Sygn. akt: KIO 866/22
Sygn. akt: KIO 886/22

WYROK

z dnia 19 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Andrzej Niwicki

Ewa Sikorska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2022 r. przez odwołujących:

A. Konsorcjum firm w składzie: MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie (ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów) oraz Voessing Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (ul. Kościuszki 53, 85-079 Bydgoszcz);

B. Konsorcjum firm w składzie: BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie (al. Jerozolimskie 155 lok. U3, 02-326 Warszawa) oraz BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie

(ul. Gen. Bema 42A, 96-300 Żyrardów)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie (ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa) prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy (ul. Fordońska 6, 85-085 Bydgoszcz)

przy udziale wykonawców:
w sprawie o sygn. akt: KIO 866/22

I. Zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:

A. Konsorcjum firm w składzie: BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie (al. Jerozolimskie 155 lok. U3, 02-326 Warszawa) oraz BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie (ul. Gen. Bema 42A, 96-300 Żyrardów);

B. Wykonawca SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre CEDEX (15/27 rue du Port, Parc de l'Ile, 92022 Nanterre CEDEX, Francja);

C. Konsorcjum firm w składzie: Lider: TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (ul. Zabytkowa 2, 80- 253 Gdańsk); Partner: „B-ACT" Sp. z o.o. z siedzibą w

Bydgoszczy (ul. Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz); Partner: EKOCENTRUM - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (ul. Budziszyńskiej 35/1, 54-434 Wrocław)

II. Zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:
A. Konsorcjum firm w składzie: INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (ul.

Józefa Marcika 25D/2, 30-443 Kraków); MP Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (ul. Józefa Marcika 25D/2, 30-443 Kraków); PPT Consult sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (ul. Fordońska 353/20, 85-796 Bydgoszcz);

w sprawie o sygn. akt: KIO 886/22

I. Zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A. Konsorcjum firm w składzie: INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (ul. Józefa Marcika 25D/2, 30-443 Kraków); MP Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (ul. Józefa Marcika 25D/2, 30-443 Kraków); PPT Consult sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (ul. Fordońska 353/20, 85-796 Bydgoszcz);

B. Konsorcjum firm w składzie: MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie (ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów) oraz Voessing Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (ul. Kościuszki 53,

85-079 Bydgoszcz);

C. Wykonawca SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre CEDEX (15/27 rue du Port, Parc de l'Ile, 92022 Nanterre CEDEX, Francja);

D. Konsorcjum firm w składzie: Lider: TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (ul. Zabytkowa 2, 80- 253 Gdańsk); Partner: „B-ACT" Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (ul. Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz); Partner: EKOCENTRUM - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (ul. Budziszyńskiej 35/1, 54-434 Wrocław)

orzeka:

1. Oddala odwołania o sygn. akt: KIO 866/22 i sygn. akt: KIO 886/22;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołujących:

A. Konsorcjum firm w składzie: MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie (ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów) oraz Voessing Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (ul. Kościuszki 53, 85-079 Bydgoszcz) oraz

B. Konsorcjum firm w składzie: BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie (al. Jerozolimskie 155 lok. U3, 02-326 Warszawa) oraz BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie

(ul. Gen. Bema 42A, 96-300 Żyrardów)

i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisów od odwołań każdy w kwocie po 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy).

3. Zasądza na rzecz zamawiającego: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie (ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa) prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy (ul. Fordońska 6, 85-085 Bydgoszcz) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika od odwołującego:

3.1. Konsorcjum firm w składzie: MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie (ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów) oraz Voessing Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (ul. Kościuszki 53, 85-079 Bydgoszcz) kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)

oraz

3.2. Konsorcjum firm w składzie: BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie (al. Jerozolimskie 155 lok. U3, 02-326 Warszawa) oraz BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie (ul. Gen. Bema 42A, 96-300 Żyrardów) kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

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 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 866/22
Sygn. akt: KIO 886/22

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w dniu 28 marca 2022 r. przez wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcja firm w składzie:

1) Odwołujący 1: MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie i Voessing Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (Konsorcjum MGGP lub Odwołujący MGGP)

2) Odwołujący 2: BBC Best Building Consultants Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie oraz BBC Best Building Consultants Nadzory I Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie (Konsorcjum BBC lub Odwołujący BBC)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „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. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz.Urz. UE 2021/S 117-461632 w dniu 13/09/2021.

Sygn. akt: KIO 866/22

Odwołujący - Konsorcjum MGGP (Odwołujący MGGP) podał, że wnosi odwołanie wobec:

1) czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

INKO Consulting Sp. z o.o.; MP Consulting Sp. z o.o.; PPT Consult Sp. z o.o. (dalej jako:

"INKO" lub "Konsorcjum INKO") pomimo tego, że to oferta Odwołującego powinna zostać

wybrana jako oferta najkorzystniejsza;

2) zaniechania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum INKO z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp pomimo tego, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. pkt 17.3 Tomu I Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako:

"SWZ") - Instrukcja dla Wykonawców (dalej jako: "IDW") oraz § 11 ust. 3 i ust. 16 oraz § 13 ust. 4 i 5 Tomu II SWZ-Wzór umowy (dalej jako: "Wzór umowy") oraz pkt 2.1 Tomu Iii SWZ-Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej jako: "OPZ");

3) zaniechania czynności wezwania Konsorcjum INKO na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień z zakresie sposobu kalkulacji pozycji 1.5 oraz 1.6 Formularza Cenowego pomimo tego, że pozycje te wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia

lub wynikającymi z odrębnych przepisów;

4) zaniechania czynności wezwania Konsorcjum INKO na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień z zakresie sposobu kalkulacji pozycji 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4,

2.2.5, 2.2.6, 2.2.7, 2.2.8, 2.2.9, 2.2.10, 2.2.20, 2.2.21, 2.2.22, 2.2.23, 2.2.24, 2.2.25, 2.2.26, 2.2.27, 2.2.28, 2.2.29, 2.2.30, 2.2.31, 2.2.32, 2.2.33, 2.2.34, 2.2.36, 2.2.37, 2.2.38, 2.2.39

Formularza Cenowego pomimo tego, że pozycje te wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów;

5) zaniechania 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 INKO Consulting Sp. z o. o. w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadziło w błąd PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (dalej "PKP PLK") w postępowaniu pn. ,,Pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach projektu PO/iŚ 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 - POIiŚ 5.1-14 (dalej Postępowanie LOT A") przy przedstawianiu informacji, że INKO Consulting Sp. z o. o. oraz Drogowa Trasa Średnicowa S.A. (dalej "DTŚ") spełniają warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.5.2 ppkt 4 SIWZ Tom I- IDW, dotyczący doświadczenia inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym, co zostało potwierdzone wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1320/20 (dalej "Wyrok KIO 1320/20");

6) zaniechania czynności wykluczenia Konsorcjum INKO z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w sytuacji, w której INKO Consulting Sp. z o.o. w wyniku

zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd w

niniejszym Postępowaniu przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu na

podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez wskazanie w Jednolitym Europejskim

Dokumencie Zamówienia (dalej "JEDZ INKO") w Części 111 Sekcji C: PODSTAWY

ZWIĄZANE Z NIEWYPŁACALNOŚCIĄ, KONFLIKTEM INTERESÓW LUB WYKROCZENIAMI ZAWODOWYMI na pytanie "Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji: a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu

informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) zataił te informacje; c) nie był w stanie niezwłocznie

przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?", iż INKO Consulting Sp. z o. o. nie była winna poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji podczas, gdy w rzeczywistości INKO Consulting Sp. z o. o. dopuściła się poważnego wprowadzenia w błąd PKP PLK przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji spełniania kryteriów kwalifikacji w Postępowaniu LOT A i została wykluczone z Postępowania LOT A na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy z dnia 24 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej "ustawa Pzp 2004 r.") na skutek Wyroku KIO 1320/20;

7) zaniechania czynności wykluczenia Konsorcjum INKO z Postępowania na podstawie art.

109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w sytuacji, w której INKO Consulting Sp. z o. o. w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd w niniejszym Postępowaniu przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu na podstawie 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez wskazanie w JEDZ INKO w Części Ili Sekcji C: PODSTAWY ZWIĄZANE Z NIEWYPŁACALNOŚCIĄ, KONFLIKTEM INTERESÓW LUB WYKROCZENIAMI ZAWODOWYMI na pytanie ""Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji: a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) zataił te informacje; c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?", iż INKO Consulting Sp. z o. o. nie była winna poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji podczas, gdy w rzeczywistości INKO Consulting Sp. z o. o. dopuściło się poważnego wprowadzenia w błąd PKP PLK przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji spełniania kryteriów kwalifikacji w Postępowaniu LOT A i zostało wykluczone z Postępowania LOT A na podstawie art. 24 ust. 1

pkt 16 ustawa Pzp 2004 r. na skutek Wyroku KIO 1320/20, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący - wskazując na powyższe - podniósł zarzut naruszenia:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum INKO z postępowania, pomimo tego, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. pkt 17.3 IDW oraz§ 11 ust. 3 i ust. 16 oraz§ 13 ust. 4 i 5 Wzoru Umowy oraz pkt 2.1 OPZ;

2) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum INKO do złożenia wyjaśnień z zakresie sposobu kalkulacji pozycji 1.5 oraz 1.6 Formularza Cenowego pomimo tego, że pozycje te wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów;

3) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum INKO do złożenia wyjaśnień z zakresie sposobu kaikulacji pozycji 2.2. i, 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4,

2.2.5, 2.2.6, 2.2.7, 2.2.8, 2.2.9, 2.2.10, 2.2.20, 2.2.21, 2.2.22, 2.2.23, 2.2.24, 2.2.25, 2.2.26, 2.2.27, 2.2.28, 2.2.29, 2.2.30, 2.2.31, 2.2.32, 2.2.33, 2.2.34, 2.2.36, 2.2.37, 2.2.38, 2.2.39 Formularza Cenowego pomimo tego, że pozycje te wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów;

4) art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 111 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Konsorcjum INKO w sytuacji, w której INKO Consulting Sp. z o. o. w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło w błąd PKP Polskie Linie Kolejowe w Postępowanie LOT A przy przedstawianiu informacji, że INKO Consulting Sp. z o. o. oraz DTŚ spełniają warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.5.2 ppkt 4 SIWZ Tom I - IDW, dotyczący doświadczenia inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym, co zostało potwierdzone w Wyroku KIO 1320/20;

5) art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum INKO z Postępowania w sytuacji, w której INKO Consulting Sp. z o. o. w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd w niniejszym Postępowaniu przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez wskazanie w JEDZ INKO w Części III Sekcji C: PODSTAWY ZWIĄZANE Z NIEWYPŁACALNOŚCIĄ, KONFLIKTEM INTERESÓW LUB WYKROCZENIAMI ZAWODOWYMI na pytanie "Czy wykonawca może potwierdzić, że: nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji", że INKO może potwierdzić, że nie było winne poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji podczas, gdy w rzeczywistości INKO Consulting Sp. z o. o. dopuściło się poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu

informacji wymaganych do weryfikacji spełniania kryteriów kwalifikacji w Postępowaniu LOT A i zostało wykluczone z Postępowania LOT A na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16

ustawy Pzp 2004 r. na skutek Wyroku KIO 1320/20;

6) art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z

Postępowania Konsorcjum INKO w sytuacji, w której Konsorcjum INKO Consulting Sp. z o. o. w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd w niniejszym Postępowaniu przy przedstawianiu informacji, że nie podlega

wykluczeniu na podstawie 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez wskazanie w JEDZ INKO w Części Ili Sekcji C: PODSTAWY ZWIĄZANE Z NIEWYPŁACALNOŚCIĄ, KONFLIKTEM INTERESÓW LUB WYKROCZENIAMI ZAWODOWYMI na pytanie "Czy wykonawca może potwierdzić, że: nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu

informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji

spełnienia kryteriów kwalifikacji", iż INKO Consulting Sp. z o. o. może potwierdzić, że nie było winne poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji podczas, gdy w rzeczywistości INKO Consulting Sp. z o. o. dopuściło się poważnego wprowadzenia w błąd PKP PLK przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji spełniania kryteriów kwalifikacji w Postępowaniu LOT A i zostało wykluczone z Postępowania LOT A na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawa Pzp 2004 r. na skutek Wyroku KIO 1320/20, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum INKO, jako najkorzystniejszej;

2) odrzucenie oferty Konsorcjum INKO na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako

niezgodnej z warunkami zamówienia;

3) wykluczenia Konsorcjum INKO z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z

art. 111 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, a w konsekwencji

uznanie złożonej przez Konsorcjum INKO oferty jako podlegającej odrzuceniu na

podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp;

4) wezwanie Konsorcjum INKO w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w

zakresie sposobu kalkulacji ceny w zakresie pozycji 1.5, 1.6 oraz 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4,

2.2.5, 2.2.6, 2.2.7, 2.2.8, 2.2.9, 2.2.10, 2.2.20, 2.2.21, 2.2.22, 2.2.23, 2.2.24, 2.2.25, 2.2.26, 2.2.27, 2.2.28, 2.2.29, 2.2.30, 2.2.31, 2.2.32, 2.2.33, 2.2.34, 2.2.36, 2.2.37, 2.2.38, 2.2.39 Formularza Cenowego;

5) dokonanie ponownej oceny i badania ofert.

(...)

Wskazał, że (...) Odwołujący jest wykonawcą, który bierze udział w przedmiotowym postępowaniu i który złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Aktualnie oferta Odwołującego plasuje się na drugim (2) miejscu w rankingu ofert, a uwzględnienie odwołania spowoduje, że oferta Odwołującego będzie ofertą najwyżej ocenioną. Odwołujący posiada również interes w żądaniu wezwania Konsorcjum INKO do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny pozycji 1.5, 1.6 oraz 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6, 2.2.7, 2.2.8, 2.2.9, 2.2.1 O, 2.2.20, 2.2.21, 2.2.22, 2.2.23, 2.2.24, 2.2.25, 2.2.26, 2.2.27, 2.2.28, 2.2.29, 2.2.30, 2.2.31, 2.2.32, 2.2.33, 2.2.34, 2.2.36, 2.2.37, 2.2.38, 2.2.39 Formularza Cenowego, gdyż złożone w tym zakresie wyjaśnienia (i) mogą utwierdzić Zamawiającego w przekonaniu, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, a tym samym będą skutkować wyeliminowaniem tego wykonawcy z postępowania, jak również (ii) będą umożliwiać Odwołującemu wykazanie nieprawidłowości dokonanej w tym zakresie przez INKO kalkulacji w kolejnym postępowaniu odwoławczym. Powyższe zwiększać będzie

szanse Odwołującego na uzyskanie zamówienia. Niezgodne z ustawą Pzp rozstrzygnięcie postępowania może spowodować szkodę po stronie Odwołującego w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym wygenerowania zysku z realizacji zamówienia".

W uzasadnieniu zarzutów wskazał na następujące okoliczności (cyt.):

I. Stan faktyczny

1. Zamawiający prowadzi postępowanie na: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją

Robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.: "Projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz - Toruń, odcinek 1 od węzła Bydgoszcz Południe do węzła Emilianowa wraz z rozbudową OK 25 i odcinek 2 od węzła Emilianowa do węzła Solec" (dalej jako: "Postępowanie").

2. W pkt 17 SIWZ - IDW Zamawiający określił sposób obliczania ceny:

SPOSÓB OBLICZENIA CENY OFERTY

17.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularze cenowe oraz Formularz Zbiorczy sporządzone na formularzach stanowiących integralną część SWZ - Tom IV.

17.2. Formularze cenowe oraz Formularz Zbiorczy, o których mowa w pkt. 17.1., należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tych formularzach, wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto. Wykonawca powinien określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tych formularzach, a następnie wyliczyć cenę netto łącznie. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględniać wszystkie pozycje opisane w Formularzach cenowych oraz w Formularzu Zbiorczym. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularzy cenowych oraz Formularza Zbiorczego.

17.3. Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilość rozliczenia w Formularzach cenowych.

17 .4. Przekroczenie któregokolwiek z ustanowionych w Formularzach cenowych limitów spowoduje odrzucenie oferty.

17.5. Dla każdej pozycji wyszczególnionej w Formularzach cenowych, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienie kosztów składowych.

3. Załącznikiem nr IV do SIWZ był wzór Formularza Cenowego, w którym wykonawcy byli zobowiązani określić koszty świadczenia usługi przez Personel Biurowy oraz Personel Pomocniczy:

(...)

Jednocześnie w uwagach do sposobu wypełnienia Formularza Cenowego znalazło się zastrzeżenie, że:

(...)

4. Przedmiotem wyceny w pozycjach 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6, 2.2.7, 2.2.8, 2.2.9, 2.2.10, 2.2.20, 2.2.21, 2.2.22, 2.2.23, 2.2.24, 2.2.25, 2.2.26, 2.2.27, 2.2.28, 2.2.29, 2.2.30, 2.2.31, 2.2.32, 2.2.33, 2.2.34, 2.2.36, 2.2.37, 2.2.38, 2.2.39 Formularza Cenowego miały być również dzienne stawki zaangażowania Personelu:

- Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności: mostowej;
- Głównego Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności drogowej;
- Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności: konstrukcyjno - budowlanej;
- Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynieryjnej: mostowej;
- Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynieryjnej: drogowej;
- Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynieryjnej: kolejowej;
- Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności inżynieryjnej: wyburzeniowej;
- Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci,

instalacji i urządzeń: telekomunikacyjnych;

• Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (w tym melioracja);

• Weryfikatora dokumentacji projektowej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: elektrycznych i elektroenergetycznych;

• Asystenta Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej: mostowej;

• Asystenta Inspektora Nadzoru specjalności inżynieryjnej: drogowej;

• Asystenta Technologa;

• Specjalisty ds. rozliczeń;

• Specjalisty ds. roszczeń;

• Specjalisty ds. technologii i materiałów;

• Specjalisty ds. nadzoru geotechnicznego;

• Specjalisty ds. nadzoru geologicznego w zakresie posadowienia obiektów budowlanych;

• Specjalisty ds. nadzoru przyrodniczego i ochrony środowiska;

• Specjalisty ds. inżynierii ruchu (w tym organizacji ruchu);

• Specjalisty ds. kontaktów ze społecznością, promocji i sprawozdawczości;

• Specjalisty ds. umów z podwykonawcami, dostawcami, usługodawcami oraz umów z

• gestorami sieci;

• Specjalisty ds. zieleni;

• Specjalisty ds. systemu zarządzania ruchem (1 dla obydwu Odcinków, wyceny należy dokonać w Formularzu dla Odcinka 1);

• Specjalisty ds. herpetologii.

5. Wzór umowy w § 4 określa następujące zasady rozliczenia świadczenia usługi:

§ 4

Wynagrodzenie

2. Wysokość miesięcznego wynagrodzenia zależy od rzeczywistego zakresu i czasu świadczonej Usługi, przy czym maksymalna wartość zobowiązania za wykonywanie czynności będących Przedmiotem Umowy, z uwzględnieniem waloryzacji, wraz z naliczonym podatkiem VAT, nie może

przekroczyć ..... (słownie: .....), obliczonej jako 150%

szacowanej łącznej wysokości wynagrodzenia brutto.

3. Miesięczne wynagrodzenie Konsultanta ustalane będzie w oparciu o następujące zasady:

a) wynagrodzenie z tytułu rozliczenia kosztów administracyjnych od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia oraz kosztów administracyjnych od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności przysługuje, za jeden miesiąc kalendarzowy,

6. Paragraf 7 opisuje z kolei reguły, na podstawie których będzie dokonywana zapłata wynagrodzenia:

§ 7

Warunki płatności wynagrodzenia

1. Płatność wynagrodzenia za wykonywanie Usługi będzie następowała w okresach miesięcznych w oparciu o faktycznie przepracowaną ilość Dniówek i Półdniówek przez Personel Konsultanta, uwzględniony w zatwierdzonym przez Kierownika Projektu Harmonogramie Pracy Personelu Konsultanta (HPPK) oraz w przypadku pozycji ryczałtowych i określonych jako "miesiąc" i „sztuka" - po wykonaniu danej usługi w danym miesiącu kalendarzowym, na podstawie prawidłowo wystawionych przez Konsultanta faktur VAT.

8. Rozliczenie pozycji ustalonych w Formularzu Cenowym, dla których określono rozliczeniową jednostkę - ,,miesiąc", w przypadku niepełnego miesiąca, dokonywane będzie proporcjonalnie do liczby dni kalendarzowych wykonania Usługi w danym miesiącu.

7. Postanowienia § 11 ust. 3 i 16 z kolei określają zasady angażowania personelu na potrzeby

wykonania zamówienia, w tym także Personelu Biurowego oraz Personelu Pomocniczego:

§ 11

Potencjał kadrowy i zasoby administracyjne
3. W terminie do 7 dni od daty rozpoczęcia świadczenia Usługi, Konsultant przekaże Kierownikowi Projektu pierwszy Harmonogram Pracy Personelu Konsultanta (HPPK) zawierający harmonogram płatności, określający planowaną liczbę osób Personelu Konsultanta wraz z określeniem ilości Dniówek lub Półdniówek dla każdej osoby Personelu Konsultanta oraz kosztów z tym związanych w każdym miesiącu świadczenia Usług oraz uwzględniający terminy mobilizacji zasobów administracyjnych określonych w Formularzu Cenowym w punktach od 1.1 do 1.5 i od 4.1 do 4.5 oraz terminy prowadzenia działań promocyjnych, określonych w Formularzu Cenowym w punktach od 3.1 do 3.8.

16. Konsultant jest zobowiązany z własnej inicjatywy zaproponować natychmiastowe zastępstwo, najpóźniej dnia następnego po dniu w jakim nastąpiła jedna z okoliczności opisanych niżej:

1) śmierci, choroby, wypadku lub urlopu którejkolwiek z osób Personelu Konsultanta;

2) jeżeli jest konieczne zastąpienie którejkolwiek z osób Personelu Konsultanta z innych, niż wymienione w pkt 1, niezależnych od Konsultanta przyczyn.

Kierownik Projektu jest zobowiązany rozpatrzyć propozycję w terminie 2 dni od daty kiedy Kierownik Projektu otrzyma/ propozycję Konsultanta. Kierownik Projektu może nie wyrazić zgody na osobę zaproponowaną przez Konsultanta z podaniem uzasadnienia. Zastąpienia nie stosuje się w stosunku do osób Personelu Konsultanta, które nie są zobowiązane w term i nie 30 dni od zaistnienia jednej z wyżej wymienionych okoliczności do podjęcia czynności związanych z Usługą.

Odwołujący wskazuje, że co prawda ustęp 16 powyżej odnosi się do Personelu Konsultanta, w skład którego wchodzą jedynie Eksperci Kluczowi i Inni Eksperci, ale z całokształtu § 11

należy wywodzić, że ma on zastosowanie również do Personelu Biurowego i Pomocniczego. Za takim rozumieniem wymagań Zamawiającego świadczy fakt, że weryfikacja wypełnienia powyższych postanowień jest dokonywana w oparciu o listę obecności Personelu

Konsultanta, która uwzględnia również Personel Biurowy i Pomocniczy (vide §11 ust. 23 wzoru umowy w zw. z załącznikiem nr 6 do wzoru umowy).

8. Jednocześnie Zamawiający określił w § 13 ust. 4 i 5 wzoru umowy obowiązek zatrudnienia Personelu Biurowego i Pomocniczego na podstawie umowy o pracę:

§ 13

Ogólne obowiązki Konsultanta

4. Zamawiający wymaga aby zatrudnione na podstawie stosunku pracy byty osoby wykonujące czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących Personel biurowy I pomocniczy, tj.: czynności biurowe, administracyjne I organizacyjne wskazane w pkt. 2.1. OPZ.

5. Wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, przez okres świadczenia Usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, będą zatrudnione na podstawie stosunku pracy w wymiarze pełnego etatu. Konsultant zobowiązuje się przez cały okres świadczenia Usługi, do wydania ostatniego Świadectwa Przejęcia, utrzymywać ciągłość zatrudnienia w wymiarze pracy nie mniejszym niż wynikającym z niniejszej Umowy (dot. Personelu Biurowego oraz Personelu Pomocniczego). W przypadku rozwiązania stosunku pracy w trakcie obowiązywania niniejszej Umowy z którakolwiek z osób zatrudnionych na podstawie

stosunku pracy, Konsultant będzie zobowiązany niezwłocznie do wyznaczenia na to miejsce nowej,

innej osoby zatrudnionej na podstawie stosunku pracy, w wymiarze nie mniejszym niż wynikający z

zasad określonych w niniejszej umowie.

W przypadku zmiany, o której mowa wyżej, wyznaczenie danej osoby do świadczenia Usługi musi nastąpić w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia wystąpienia zakończenia umowy z poprzednio zatrudnioną osobą.

9. W pkt 2.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia Zamawiający określił szczegółowe wymagania dotyczące zatrudnienia Personelu Biurowego i Pomocniczego:

2. Wymagania:

2.1 Personel Konsultanta

Nadzór nad realizacją Kontraktów będzie powierzony osobom wskazanym w Ofercie Konsultanta oraz osobom zaakceptowanym przez Kierownika Projektu zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i procedurami kontraktowymi.

Głównym miejscem świadczenia Usługi przez Personel Konsultanta będzie biuro Konsultanta, o którym mowa w pkt. 2.2.1 OPZ i Plac Budowy.

Konsultant na każdym etapie trwania Kontraktów zapewni Personel niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia.

W celu realizacji zamówienia Konsultant zapewni odpowiedni:

1) Personel Konsultanta (Eksperci Kluczowi, Inni Eksperci),

2) Personel biurowy:

Dla okresu projektowania oraz okresu realizacji robót budowlanych min 3 osoby, np.: sekretariat, obsługa techniczno - administracyjna itp.

Dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu min 1 osobę, np.: sekretariat, obsługa techniczno - administracyjna itp.

3) Personel pomocniczy:

Dla okresu projektowania oraz okresu wykonywania robót budowlanych min 3 osoby, niezbędne w czasie realizacji usługi.

Dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu min 1 osobę niezbędną w czasie realizacji usługi.

Dowód: Specyfikacja Warunków Zamówienia - w aktach postępowania

10. W postępowaniu oferty złożyło dziesięciu (13) wykonawców, w tym Odwołujący: (...)

Dowód: zbiorcze zestawienie ofert - w aktach postępowania

11. INKO wskazał miesięczny koszt wykonania zamówienia w zakresie zatrudnienia Personelu

Biurowego i Pomocniczego na poziomie 6.000 zł/miesiąc. Dzienne zaangażowanie

Personelu

przywołanego w pkt 4 uzasadnienia odwołania INKO wyceniło na poziomie 175 zł netto/ dzień.

Jednocześnie w JEDZ INKO zostało wskazane, że:

Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji:

a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji;

b) zataił te informacje;

c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz

d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?

Proszę podać odpowiedź

O Tak

O Nie

Dowód: oferta INKO - w aktach postępowania

12. Zamawiający w dniu 18 marca 2022 r. poinformował o wyborze oferty INKO, jako oferty najkorzystniejszej.

Dowód: informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej - w załączeniu

13. Z protokołu z postępowania udostępnionemu Odwołującemu wynika, że Zamawiający nie prowadził procedury badania i oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, tj. z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie badał również ofert pod kątem prawidłowej i zgodnej z wymaganiami Zamawiającego kalkulacji pozycji 1.5 i pozycji 1.6 Formularza cenowego.

14. W ocenie Odwołującego podjęta przez Zamawiającego decyzja o wyborze oferty Konsorcjum INKO jako oferty najkorzystniejszej nie czyni zadość przepisom ustawy Pzp wskazanym w petitum odwołania. Zamawiający w sposób nieprawidłowy oraz automatyczny przyjął, że wykonawca ten złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę.

II. Uzasadnienie zarzutów odwołania

II.1 Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenie oferty Konsorcjum INKO pomimo tego, że złożona przez niego oferta jest niezgodna z warunkami Zamówienia

15. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odrzuca się ofertę, która nie jest zgodna z warunkami zamówienia. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej "niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia musi być powiązana z warunkami, które identyfikują cechy, walory czy też inne oczekiwane przez Zamawiającego parametry lub warunki świadczenia. Cena oferty stanowi wyłącznie ekwiwalent świadczenia oferowanego do wykonania. To samo świadczenie poddawane jest zatem ocenie z punktu widzenia parametrów i ich zgodności z warunkami zamówienia. Cena oferty może być badana pod kątem zgodności przedmiotu świadczenia z wymaganiami, co jednak wymaga powiązania z konkretnymi elementami zamówienia, których wycena może budzić wątpliwości, co do ich zgodności z wymaganiami zamawiającego." (KIO/KO 18/21)

16. W ocenie Odwołującego oferta INKO nie spełnia określonych przez Zamawiającego wymagań, gdyż nie uwzględnia zasad związanych z zatrudnianiem personelu Biurowego i Pomocniczego, które zostały opisane przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej. W

konsekwencji wykonawca ten nie jest w stanie wykonać zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego.

17. Jak wynika bowiem z przedstawionego powyższej stanu faktycznego Zamawiający

wymaga, aby w ramach świadczenia usługi nadzoru wykonawca w ramach swojego

Personelu zatrudnił 3 (trzy) osoby mające pełnić funkcję personelu Biurowego oraz 3 (trzy) osoby pełniące funkcję Personelu Pomocniczego w pełnym wymiarze czasu pracy oraz na pełen etat. Jednocześnie Zamawiający wymaga zapewnienia ciągłości zatrudnienia tych pracowników oraz zapewnienia ewentualnych zastępstw w sytuacji choroby lub urlopu zatrudnionej osoby lub innego zdarzenia powodującego absencję pracownika. Sposób koordynacji prac poszczególnych osób ma zapewniać dostęp do biura Konsultanta w zakresie i wymiarze określonym w OPZ (w określonych godzinach).

18. Stosunek pracy zgodnie z art. 22 § 1 Kodeksu Pracy to nawiązanie stosunku pracy w którym pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca do zatrudnienia pracownika za wynagrodzeniem. Zgodnie ze wskazaną definicją, o stosunku pracy mówimy w przypadku umowy o pracę spełniające wskazane przesłanki.

19. Zgodnie z przepisami Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2021r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 3 010 zł - a zatem co najmniej taką minimalną stawkę wynagrodzenia w wysokoś_ ci 3 01 O zł brutto INKO powinno przyjąć do kalkulacji swoich ofert. Wskazania jednakże wymaga, że powyższy koszt nie uwzględnia konieczności ponoszenia wydatków z tytułu składek m.in. na ubezpieczenie zdrowotne. Całkowity miesięczny koszt zatrudnienia 1 pracownika w 2022 r. wynosi 3.626,46 zł:

Elementy składowe kosztu zatrudnienia pracownika:

Wysokość:

Wartość minimalnego wynagrodzenia 3 010,00 zł

składka na ubezpieczenie emerytalne w wysokości 9,76% 293,78 zł

składka na ubezpieczenie rentowe w wysokości 6,50% 195,65 zł

składka na ubezpieczenie wypadkowe w wysokości 1,67%1 50,27 zł

składka na Fundusz Pracy - 2,45% 73,75 zł

składka na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych - O, 10% 3,01 zł

RAZEM: 3 626,46 zł
1 INKO korzysta obniżonej składki 0,67%, co pozwala na miesięczne obniżenia kosztów zatrudnienia pracownika o ok. 30 zł.

20. Powyższa okoliczność powinna stanowić podstawę do powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości, co do zasadności przyjętej kalkulacji ceny oferty (nieuwzględnienie wszystkich kosztów wykonania zamówienia), co powinno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy z Postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

21. Wskazania wymaga, że przedstawiona powyżej kalkulacja zawiera tylko i wyłączenie koszt

ponoszony w związku z zatrudnieniem jednej osoby w ramach danego zamówienia. Koszty te nie stanowią jednak całego kosztu, jaki poniesie wykonawca w okresie świadczenia usługi, gdyż jak zostało wskazane powyżej Zamawiający w OPZ określił dodatkowe wymagania związane z angażowaniem pracowników Personelu Biurowego i Pomocniczego.

22. Pierwszym dodatkowym kosztem, jaki należy uwzględnić w wycenie to koszt związany z przysługującym każdemu pracownikowi urlopem wypoczynkowym. Zgodnie z przepisem art.

152 § 1 Kodeksu pracy (Dział VII - Urlopy pracownicze) minimalny urlop, za który pracownikowi

przysługuje wynagrodzenie, to 20 dni roboczych. W skali roku mowa tutaj o jednym miesiącu płatnej nieobecności jednego pracownika, dla którego - jak wynika z OPZ - wykonawca jest

obowiązany zapewnić zastępstwo.

23. W świetle powyższego każda z pozycji powinna zostać zwiększona min. o 302,20 zł (3 626,46 zł /12 mc; tj. 3 626,46 zł + 302,20 zł = 3 928,66 zł).

24. Zatem wykonawca musi dla każdej z sześciu osób zapewnić zastępstwo co najmniej na 1 Jeden) roboczomiesiąc. Nawet jeśli osoba zatrudniona na zastępstwo także zarabiałaby minimalne wynagrodzenie, to koszt takiego urlopu wynosi równowartość 6-miesięcznego

kosztu pracodawcy w danym roku.

25. Zgodnie z OPZ wykonawca jest również obowiązany zapewnić zastępstwo podczas

choroby danego pracownika. Powyższe będzie generować zarówno koszt związany z zapłatą

wynagrodzenia choremu pracownikowi, jak również koszt samego zastępstwa.

26. Warto przy tym zauważyć, że zgodnie z obowiązującym prawem za pierwsze 33 dni tzw. chorobowego wynagrodzenie płaci pracodawca. Departament Statystyki i Prognoz Aktuarialnych ZUS opublikował w 2021 roku raport „Absencja chorobowa w 2020 roku", z którego wynika, że „Liczba dni absencji chorobowej dla całej Polski w przeliczeniu na 1 ubezpieczonego zdrowotnie wyniosła 15,46 dnia", natomiast przeciętna długość zaświadczenia lekarskiego wynosiła 12,27 dni.

Tabl. 1 (...)

W porównaniu z 2019 r. nastąpił wzrost liczby dni absencji chorobowej o 4,4% zaś liczby zaświadczeń lekarskich o 0,3%.

27. Zatem INKO powinno ująć w tej pozycji formularza co najmniej dodatkową kwotę w

wysokości połowy miesięcznego wynagrodzenia w skali roku w przypadku każdego z

pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Wynika to z faktu, że w okresie urlopu wypoczynkowego / chorobowego wykonawca zobowiązany jest zapłacić w tym

samym

okresie wynagrodzenie pracownikowi na urlopie oraz pracowników, który go zastępuje:

28. Powyższego problemu nie rozwiązuje możliwość wzajemnego zastępowania się pracowników Personelu Biurowego i Pomocniczego podczas nieobecności danej osoby.

Wskazać bowiem, że w takiej sytuacji wykonawcy nie będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie z tytułu tego, że dana osoba wypełnia obowiązki własne i nieobecnego pracownika. Powyższe wynika wprost z § 11 ust. 18: "Konsultant nie otrzymuie wynagrodzenia z tytułu tymczasowego wykonywania obowiązków przez członka Personelu Konsultanta jednocześnie wykonującego obowiązki własne i obowiązki osoby tymczasowo zastępowanej."

29. Dodatkowo założenia te potwierdza dotychczasowa praktyka Zamawiającego wypracowana podczas realizacji podobnych zamówień.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 9 listopada 2021 r. - w załączeniu

30. Innymi słowy - Zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie za świadczenie pracy w danym okresie przez 1 (jedną) osobę, a wykonawca będzie zobowiązany za ten sam okres zapłacić wynagrodzenie dwóm pracownikom:

(...)

Powyższe wymusza na wykonawcy konieczność uwzględniania kosztów, jakie będzie ponosił w okresie urlopów.

31. Ponadto, każda z wyżej wskazanych pozycji Formularza Cenowego powinna zostać zwiększona o ponoszony koszt związany z koniecznością wyposażenia danego stanowiska oraz wykonania obowiązkowych badań lekarskich. Koszt ten szacuje się na 510,00 PLN w

skali usługi, a więc 8,95 zł/ miesiąc.

32. Mając na względzie powyższe minimalny miesięczny koszt zatrudnienia jednej osoby na podstawie umowy o pracę prezentuje się następująco:

Element kosztotwórczy: Koszt:

Koszt miesięczny pracodawcy 3 626,46 zł

Uśredniony koszt miesięczny badań lekarskich 8,95 zł

Koszty urlopu i zastępstwa (20 dni w skali roku) 3 453,77 zł

Koszty zwolnienia chorobowego (15 dni kalendarzowych/1 O dni roboczych w skali roku) 1 726,89 zł
Suma kosztów dla jednego pracownika 48 805,58 zł biurowego/administracyjnego w skali roku
Średni koszt miesięczny dla jednego pracownika

4 0'67.13 :Zł biurowego/administracyjnego

33. Przenosząc powyższe wyliczenia na grunt analizowanego stanu faktycznego należy wskazać, że oferta INKO jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż (i) wykonawca ten w sposób niewłaściwy wypełnił Formularz Cenowy z uwagi na nieujęcie w nim powyżej wskazanych kosztów (niezgodność z pkt 17.3 IDW), (ii) wykonawca ten zamierza wykonać zamówienie w sposób niezgodny z warunkami zamówienia wskazanymi w przywołanych w pkt 5 - 9 uzasadnienia odwołania (niezgodność § 11 ust. 3 i ust. 16 oraz § 13 ust. 4 i 5 Wzoru Umowy oraz pkt 2.1 OPZ).

34. Mając na uwadze powyższe wskazać należy, iż INKO nie uwzględnił w pozycji 1.5 i 1.6 Formularza Cenowego ceny jednostkowej wszystkich kosztów związanych z zatrudnianiem pracowników zgodnie z SWZ, co świadczy w sposób jednoznaczny o jej niezgodności z zapisami SWZ pkt. 17.3, zgodnie z którym: ,,Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej iednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym." Dodatkowe wymagania w tym zakresie Zamawiający zawarł w Formularzu Cenowy (stosowane od wystawienia ostatniego

Świadectwa Przejęcia zgodnie z pkt 4), iż każda z tych pozycji musi obejmować „całość kosztów''. Co więcej w przypadku „Personelu biurowego" ma to być całość kosztów „związanych z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania biura Konsultanta".

35. Powyższe skutkuje tym, że INKO nie jest uprawniony do wskazywania, iż część kosztów została ujęta gdzie indziej, w innych kosztach. Stanowczo zaprzeczają temu zapisy SWZ

oraz

przedmiotowe obostrzenia zastosowano w samym Formularzu Cenowym, gdzie w „Uwagach Zamawiającego", widnieje wymóg w zakresie działu nr 1 „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia" oraz nr 4 „Koszty administracyjne od wystawienia ostatniego Świadectwa Przejęcia do wystawienia Ostatecznego Świadectwa Płatności", iż:

„2. Pozycja ,Personel biurowy" obejmuje całość kosztów związanych z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania biura Konsultanta

„3. Pozycja ,Personel pozycja" obejmuje całość kosztów związanych z zapewnieniem wszystkich innych asystentów, którzy nie zostali wymienieni w kategorii ..inni projektanci" a którzy są niezbędni do prawidłowego wykonania Usług zgodnie z Umową i OPZ".

36. Podkreślić należy, że brak jest podstaw do uznania, że powyższe niezgodności mogą

być

konwalidowane poprzez złożenie oświadczenia o tym, że koszty te zostały ujęte, ale w innej pozycji, gdyż to generowało by kolejną niezgodność w zakresie przekroczenia limitu

wynagrodzenia.

37. Zgodnie z IDW, pkt. 17.4. ,,Przekroczenie któregokolwiek z ustanowionych w Formularzu cenowym limitów spowoduje odrzucenie oferty."

38. Nie uwzględnienie nawet w najmniejszym stopniu czynników takich jak urlop, który jest elementem związanym z wymogiem zatrudnienia na podstawie stosunku pracy świadczy o

przygotowaniu oferty w sposób niezgodny z wytycznymi Zamawiającego.

39. Wskazania wymaga, że kwestia nieuwzględnienia powyżej wskazanych okoliczności w poz. 1.5 i 1.6 Formularza Cenowego w postępowaniach prowadzonych przez GDDKiA była niejednokrotnie przedmiotem orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak i sądy powszechne.

40. W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 grudnia 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 1429/18 wskazano, że: "W takiej sytuacji skoro w myśl zapisów zamieszczonych w uwagach pod Formularzem Cenowym:

1. "Dział musi obejmować całość kosztów związanych z prawidłową realizacją usługi zgodnie

z Umową i OPZ.

2. Pozycja "Personel Biurowy" musi obejmować całość kosztów związanych z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania biura Konsultanta.

3. Pozycja "personel pomocniczy" musi obejmować całość kosztów związanych z

zapewnieniem wszelkich innych asystentów, pracowników, którzy są niezbędni do prawidłowego wykonania usługi zgodnie z Umową i OPZ."

(...). Podobnie należało ocenić sprawę umiejscowienia w Formularzu cenowym kosztów zastępowalności pracowników biurowych i pomocniczych. Pojęcie "całość kosztów" zawarta w pkt 3 Uwag pod Formularzem Cenowym dotyczy wszystkich kosztów ogólnie rozumianych pracowników niezbędnych do prawidłowego wykonania usługi. Skoro zatem osoby zastępujące personel np. z uwagi na iego choroby zostały zatrudnione oznaczało to, że były one niezbędne dla realizacji umowy, a tym samym koszty z nimi związane powinny być ujęte w odpowiednich pozycjach działu 1 formularza ofertowego."

41. Podobnie Izba przyjęła w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 246/21 wydanym w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, gdzie przedmiotem oceny Izby była oferta INKO i zakładany przez tego wykonawcę sposób realizacji zamówienia w zakresie zatrudnienia personelu biurowego i pomocniczego (postanowienia umowy były niemal identyczne jak w przedmiotowym postępowaniu).

42. Izba wskazała, że: "Jak wynika z omówionych już powyżej wyjaśnień Odwołującego, nie uwzględnił on w ofercie kosztów zastępstwa personelu, wobec czego zasadne jest uznanie, że oferta nie obejmuje pełnego zakresu przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami S/WZ, stosownie do postanowień § 11 ust. 16, 17, 18 /PU, gdzie Zamawiający zawarł wymagania odnośnie obowiązku zapewnienia zastępstw dla osób z Personelu Konsultanta.

Z treści oświadczeń przedłożonych przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami nie wynika, że wskazane osoby zobowiązują się do zapewnienia w ramach wskazanego w oświadczeniu wynagrodzenia do zapewnienia zastępstwa. Wyjaśnienie Odwołującego, że "nie poniesie kosztów związanych z zastępstwem Inspektorów i innych Specjalistów, z wyłączeniem osób zatrudnionych na Umowę o pracę (personel biurowy oraz personel pomocniczy), gdyż wymieniony Personel w ramach zwartych umów, zobowiązany będzie do zapewnienia sobie zastępstwa w przypadku urlopu lub choroby." nie znajduje potwierdzenia w treści ogólnych oświadczeń wskazanych osób oraz w szczególności nie dotyczy osób "pracujących na co dzień w biurze". Odwołujący nie wykazał też w kalkulacji, że uwzględnił koszty zastępstwa personelu zatrudnionego na umowę o pracę."

43. Mając na względzie powyższe nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że odwołanie w tym zakresie zasługuje na uwzględnienie.

II.2 Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania INKO do wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji pozycji 1.5 i 1.6 Formularza Cenowego

44. Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp: "Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych."

45. W ocenie Odwołującego opisane w pkt 11.1 uzasadnienia odwołania okoliczności potwierdzają, że Zamawiający przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej był obowiązany zweryfikować czy dokonany przez INKO sposób kalkulacji ceny oferty uwzględnia wszystkie koszty oraz okoliczności związane z wykonaniem zamówienia.

46. W niniejszym postępowaniu wysokość kosztów obsługi administracyjnej kontraktu wynosi 10% ceny globalnej oferty, co pozwala zaliczyć powyższe pozycje jako istotne części składowe oferty. Z uwagi na niewielkie różnice w cenach oferowanych przez poszczególnych wykonawców, to właśnie powyższe elementy ceny oferty determinowały rozkład punktacji w kryterium "Cena" w Postępowaniu. W świetle powyższego Zamawiający był zobowiązany zweryfikować czy Konsorcjum INKO celowo nie obniżyło poniżej kosztów wykonania tej pozycji, aby uzyskać przewagę konkurencyjną w postępowaniu. Przede wszystkim Zamawiający powinien uzyskać informację czy Konsorcjum INKO - i w jakiej wysokości - przewidziało w koszcie wykonania zamówienia koszty urlopów oraz zwolnień lekarskich Personelu Biurowego i Pomocniczego.

47. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: "Zgodnie z art. 224 ust. 1 p.z.p., jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Wskazany wyżej przepis adresowany jest do zamawiającego, który w przypadku, gdy zajdą przesłanki zawarte w przepisie - obowiązany jest wezwać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu." (KIO 1139/21)

48. Podobnie także: "Ustawa z 2019 r. - Prawo zamówień publicznych i wiążące ustawodawstwo Unii Europejskiej nie zawierają definicji legalnej rażąco niskiej ceny lub procentowego poziomu, na podstawie którego można byłoby automatycznie stwierdzić, kiedy mamy do czynienia z zaoferowaniem ceny rażąco niskiej. Zatem w każdym przypadku przeprowadzania procedury udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli jest ku temu podstawa. Kwestię tę należy badać ad casum. Weryfikacja czy cena wykonawcy została skalkulowana rzetelnie i posiada ekwiwalentny charakter powinna nastąpić przez pryzmat warunków przedmiotu zamówienia. sposobu jego realizacji, z uwzględnieniem możliwych szczególnych uwarunkowań dostępnych wykonawcom, którzy będą realizować umowę oraz charakterystyki danego rynku. Innymi słowy ustalenie, czy cena ma charakter ceny rażąco niskiej będzie każdorazowo wymagało dokonania konkretyzacji na tle okoliczności stanu faktycznego właściwego dla danego postępowania. Skoro więc określenie ceny oferty jako mogącej nosić charakter ceny rażąco niskiej jest dokonywane w szeroko pojętych realiach danej sprawy, to również weryfikacja czy zamawiający był zobowiązany do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej sposób kalkulacji ceny - wskazanej w art. 224 ust. 1 p.z.p., czyli badanie czy zaistniała przesłanka obligująca zamawiającego do rozpoczęcia procedury wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w jaki sposób i na jakiej podstawie wyliczono

cenę oferty - także jest dokonywana w okolicznościach faktycznych konkretnego zamówienia przy uwzględnieniu realiów właściwego rynku." (KIO 2847/21)

49. Podobnie także: "Ustawodawca w art. 224 ust. 1 p.z.p. pozostawił zamawiającemu ocenę zaistnienia podstaw do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wyliczenia

ceny. Zamawiający powinien zatem wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w sytuacji, gdy zaistnieją wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia

zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów." (KIO 1617/21)

50. Zaniechanie wezwania wykonawcy INKO do złożenia wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny oferty stanowi zatem znaczące uchybienie dyspozycji art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

II.3 Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania INKO do wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji pozycji 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6, 2.2.7, 2.2.8, 2.2.9, 2.2.10, 2.2.20, 2.2.21, 2.2.22, 2.2.23, 2.2.24, 2.2.25, 2.2.26, 2.2.27, 2.2.28, 2.2.29,

2.2.30, 2.2.31, 2.2.32, 2.2.33, 2.2.34, 2.2.36, 2.2.37, 2.2.38, 2.2.39 Formularza Cenowego

51. W ocenie Odwołującego przedmiotem badania i oceny oferty INKO pod kątem przesłanek istnienia ceny rażąco niskiej powinny być również pozycje: 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6, 2.2.7, 2.2.8, 2.2.9, 2.2.10, 2.2.20, 2.2.21, 2.2.22, 2.2.23, 2.2.24, 2.2.25, 2.2.26, 2.2.27, 2.2.28, 2.2.29, 2.2.30, 2.2.31, 2.2.32, 2.2.33, 2.2.34, 2.2.36, 2.2.37, 2.2.38, 2.2.39 Formularza Cenowego (...)

52. W ocenie Odwołującego również i o sposób kalkulacji powyższych pozycji Zamawiający

powinien wezwać INKO do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

53. Konsorcjum INKO dla każdego z wyżej wskazanych specjalistów wskazało taką samą wartość "dniówki" - 175 złotych netto (co w skali miesiąca stanowi wynagrodzenie o wartości 3.500 zł netto). Odwołujący pragnie wskazać, że zaoferowane stawki odbiegają zarówno od stawek oferowanych przez innych wykonawców w postępowaniu, jak również stawek przyjmowanych przez Zamawiającego na etapie ustalania szacunkowej wartości zamówienia.

54. Dodatkowo wskazania wymaga, że oferowane kwoty różnią się od stawek oferowanych przez INKO w równolegle prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach przetargowych, które oscylowały na znacznie wyższym poziomie.

Dowód: Formularze Cenowe INKO składane w równolegle prowadzonych postępowaniach -

w

załączeniu

55. Z ogólnodostępnych danych na temat średnich stawek oferowanych na danych stanowiskach również nie sposób wywieść prawidłowości przyjętych wyliczeń.

56. W przypadku stanowisk polegających na weryfikacji dokumentacji (pozycje 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6, 2.2.7, 2.2.8, 2.2.9, 2.2.10, 2.2.20, 2.2.21, 2.2.22) średnie stawki oscylują na następującym poziomie o prawie 1.000 zł wyższym w skali miesiąca niż zakłada to Konsorcjum INKO3:

(..)

57. Z portali pozwalających pozyskać wiedzę na temat średnik stawek rynkowych w danej branży wynika, że zarobki specjalistów, np. do spraw rozliczeń czy roszczeń (pozycje 2.2.23, 2.2.24) średnio wynoszą średnio ok. 4.000 netto/miesiąc:

(...)

58. Podobnie także należy odnieść się do specjalistów ds. technicznych (pozycje 2.2.25,

2.2.26, 2.2.27, 2.2.28, 2.2.29, 2.2.30, 2.2.31, 2.2.32, 2.2.33, 2.2.34, 2.2.36, 2.2.37, 2.2.38, 2.2.39), gdzie średnie zarobki wahają się w granicach, gdzie wskazuje się, że średnie wynagrodzenie oscyluje w granicach 4.300 - 5.000 złotych netto/miesiąc:

(.)

59. Podobnie także: tu: Asystent ds. technicznych - zarobki

(.)

60. Dodatkowo wskazać należy, że pozycje 2.2.29, 2.2.30, 2.2.31, 2.2.34, 2.2.35, 2.2.36 Formularza Cenowego w sposób istotny odbiegają od szacunków dokonanych przez Zamawiającego na etapie przygotowania Postępowania. W wielu pozycjach kwota wskazana przez Konsorcjum INKO jest o połowę niższa niż przyjęty przez Zamawiającego szacunek. Dowód: formularz cenowy zawierający szacunkową wartość zamówienia obliczoną przez Zamawiającego przed wszczęciem Postępowania - w załączeniu

61. W tym zakresie przytoczyć należy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 304121 - również wydany w analogicznym stanie faktycznym w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, gdzie przedmiotem oceny była kwestia związana z badaniem poszczególnych pozycji formularza cenowego wykonawcy w kontekście dokonanych przez Zamawiającego szacunków.

62. Izba w wyroku uznała, że: "rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia ma się wydawać cena lub koszt lub ich istotne części składowe. Z uwagi na okoliczność, że zarówno

Zamawiający jak i Przystępujący TPF w swojej argumentacji referowali jako do punktu odniesienia do szacunku wartości zamówienia wykonanego przez Zamawiającego, Izba uznała, że dokonując oceny zarzutu w omawianym zakresie również odniesie się do tego źródła. W ocenie Izby zarzut potwierdził się w zakresie w jakim dotyczy zaoferowanych przez Przystępującego TPF cen dla Kluczowych ekspertów wskazanych w poz. 2.1.2 tj. głównego specjalisty ds. rozliczeń - Przystępujący TPF zaoferował stawkę 150 zł, podczas gdy Zamawiający oszacował tę pozycję na kwotę 290 zł, analogicznie sprawa się przedstawia z poz. 2.2.3 dotyczącą głównego specjalisty ds. roszczeń Przystępujący zaoferował 150 zł

podczas gdy Zamawiający oszacował tę poz. na 290 zł. a także w odniesieniu do poz. 2.1.4 dotyczącej technologa - Przystępujący TPF zaoferował stawkę 150 zł, Zamawiający w swoim szacunku 200 zł. Ogólne wyjaśnienia Przystępującego TPF, że umowy z tymi wszystkimi osobami, których wynagrodzenie Odwołujący kwestionuje, są w formule współpracy 828 w zakresie powyższych pozycji Izba uznała za niewystarczające. Wskazać bowiem należy. że ww. pozycie formularza cenowego dotyczą ekspertów uznanych przez Zamawiającego za kluczowych. a stawka jaką zaoferował Przystępujący TPF odbiega od szacunku Zamawiającego w przypadku dwóch pozycji prawie o połowę. Nie ma wątpliwości co do tego, że osoby te będą najbardziej zaangażowane w realizację przedmiotu zamówienia, co ma również swoje potwierdzenie w formularzu cenowym, gdzie z kolumny 4 „liczba jednostek" wynika, że Zamawiający podał „880". Wskazać należy również, że różnica między ceną zaproponowaną przez Przystępującego a szacunkiem Zmawiającego dla tych trzech pozycji wynosi ok. 7,3% a zatem nie jest to wartość marginalna. w szczególności pamiętając o tym, że chodzi o ekspertów kluczowych dla realizacji przedmiotu zamówienia. Na koniec zauważyć należy, że kwoty te znacząco odbiegają również od cen podanych w tych samych pozycjach formularza cenowego zarówno przez Przystępującego SCALA-CED jak i przez Odwołującego. Okoliczności te powinny zdaniem Izby wzbudzić wątpliwości Zamawiającego skutkujące wszczęciem procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. O ile bowiem, co do zasady kwestia wystąpienia po stronie Zamawiającego wątpliwości jest jego subiektywnym przekonaniem, o tyle w sytuacji gdy obiektywne okoliczności sprawy wskazują, że Zamawiający powinien był takie wątpliwości powziąć, tak jak w rozpoznawanej sprawie, należy uznać, że obowiązkiem Zamawiającego jest wezwanie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień. Mając na uwadze powyższe skład orzekający doszedł do przekonania, że zaoferowane przez Przystępującego TPF ceny powinny zostać wyjaśnione."

63. W świetle powyższego, mając na względzie okoliczność, iż szereg niezależnych od siebie analiz płacowych świadczy o tym, że zaoferowane przez INKO stawki za jeden dzień pracy poszczególnych członków Personelu odbiegają on przyjętych i uśrednionych warunków zatrudnienia, Zamawiającego powinien powziąć wątpliwość co do realności i rynkowości tych

stawek.

64. W niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z inwestycją drogową realizowaną przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, co dodatkowo zwiększa koszty wykonania zamówienia, mając na względzie specjalistyczny charakter pracy specjalistów oraz ograniczoną liczbę dostępnych na rynku pracowników spełniających wymagania Zamawiającego. Wskazania bowiem wymaga, że do realizacji zamówienia zostaną dopuszczone wyłącznie osoby posiadające wiedzę i doświadczenie przy realizacji tego rodzaju zamówień.

65. Zamawiający jest zatem zobowiązany zweryfikować, na podstawie złożonych przez INKO w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień czy faktycznie wykonawca ten dysponuje zapleczem kadrowym zdolnym do wykonania zamówienia za 175 złotych netto/ dzień. Dopiero otrzymane wyjaśnienia mogą stanowić ewentualnie podstawę do przyjęcia, że stawka ta nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Nie powinno być zatem wątpliwości, że odwołanie w tym zakresie zasługuje na uwzględnienie.

II.4 Zarzuty naruszenia art.109 ust.1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum INKO z Postępowania pomimo tego, iż jeden z konsorcjantów INKO Consulting Sp. z o.o. przedstawił w JEDZ INKO nieprawdziwe informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd

Zarzut nr 4 Odwołania

66. Słowem wstępu wskazania wymaga, że w prowadzonym w 2020 r. Postępowaniu LOT A

prowadzonym przez PKP PLK wskutek Wyroku KIO 1320/20 INKO Consulting Sp. z o. o. została wykluczona z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp 2004 r. z powodu wprowadzenia zamawiającego w wyniku rażącego niedbalstwa w błąd przy przedstawieniu informacji, że INKO Consulting Sp. z o. o. i DTŚ spełniają warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.5.2 ppkt 4 SIWZ Tom I- IDW, dotyczący doświadczenia inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym.

67. Co istotne dla niniejszego Postępowania, INKO Consulting Sp. z o. o. informacje wprowadzające w błąd PKP PLK przedstawiło jeszcze w maju 2020 r. Są to okoliczności stwierdzone prawomocnym wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, który nie został zaskarżony w sądu okręgowego i w konsekwencji wynikające z sentencji Wyroku KIO 1320/20 okoliczności mają charakter powagi rzeczy osądzonej. Okoliczności te nie mogą

obecnie być kwestionowane przez Konsorcjum INKO. Dowód: Wyrok KIO 1320/20 - w załączeniu

68. Mający według pkt 8.1 SWZ zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jest

odpowiednikiem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp 2004 r. O ile jednak na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp 2004 r. wykonawca mógł być wykluczony tylko z tego postępowania, w którym złożył wprowadzające w błąd informacje, to już w związku z brzmieniem art. 111 pkt 5 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca złożył informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, podlega on wykluczeniu w każdym kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia przez okres dwóch lat liczonych od dnia wprowadzenia zamawiającego w błąd. Zatem jeżeli dany wykonawca został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp 2004 r., to według art. 11 pkt 5 ustawy Pzp podlega on wykluczeniu z każdego kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez okres dwóch lat licząc od chwili wprowadzenia danego zamawiającego w błąd.

69. Oferta Konsorcjum INKO w Postępowaniu została złożona w dniu 7 listopada 2021 r.

70. Nieprawdziwe informacje wskazane przez INKO będące podstawą wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp 2004 r. zostały podane przez INKO w pismach z dnia 11 marca 2020 r., 16 kwietnia 2020 r. oraz z dnia 6 maja 2020 r. i 22 maja 2020 r.

71. Zarówno w dniu składania ofert, jak i w dniu, w którym oferta Konsorcjum INKO została

wybrana, jako najkorzystniejsza INKO Consulting Sp. z o. o., a zatem w zw. z art. 58 ust. 5 ustawy Pzp i całe Konsorcjum INKO podlegało wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Bezspornie bowiem od czasu złożenia przez INKO Consulting Sp. z o. o. w kwietniu i maju 2020 r. nieprawdziwych informacji będących podstawą do wykluczenia INKO Consulting Sp. z o. o. z Postępowania LOT A wskutek Wyroku KIO 1320/20 nie minął dwuletni okres wykluczenia. Okres ten minie dopiero w maju 2022 r. Zamawiający zaniechał czynności wykluczenia Konsorcjum INKO z Postępowania na wskazanej podstawie prawnej i tym samym naruszył przepisy ustawy Pzp.

72. W związku z tym niniejsze odwołanie winno być uwzględnione.

Zarzut nr 5 i 6 Odwołania

73. Wraz z ofertą Konsorcjum INKO w dniu ? listopada 2021 r. złożyło JEDZ INKO, w którym wskazała w Części Ili Sekcji C: PODSTAWY ZWIĄZANE Z NIEWYPŁACALNOŚCIĄ, KONFLIKTEM INTERESÓW LUB WYKROCZENIAMI ZAWODOWYMI na pytanie "Czy

wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji: a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przv dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) zataił te informacje; c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?"

zaznaczyła opcję "NIE". Wymaga wskazania, że udzielona przez INKO odpowiedź jest nieprawdziwa i pomija okoliczność wprowadzenia przez INKO w błąd PKP PLK w Postępowaniu LOT A w zakresie wskazanym w Wyroku KIO 1320/20. Brak wskazania przez

INKO Consulting Sp. z o. o. informacji w zakresie wykluczenia INKO Consulting Sp. z o. o. z

Postępowania LOT A z powodu wprowadzenia zamawiającego w wyniku rażącego niedbalstwa w błąd przy przedstawieniu informacji, że INKO Consulting Sp. z o. o. i DTŚ spełniają warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.5.2 ppkt 4 SIWZ Tom I - IDW, dotyczący doświadczenia inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym uniemożliwiło Zamawiającemu ocenę czy Konsorcjum INKO winno zostać wykluczone z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

74. Dla wykazania istnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp niezbędne jest wykazanie, że:

a. wykonawca działał w sposób zamierzony lub rażąco niedbały;

b. wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu lub je zataił;

c. wprowadzenie w błąd miało - lub mogło mieć - wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

75. Z kolei według wymagań art. 109 ust. 1 pkt10 ustawy Pzp działanie wykonawcy wystarcza, że jest lekkomyślne lub niedbałe, a informacje były wprowadzające w błąd i mogły mieć one wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

76. W niniejszym stanie faktycznym spełnione zostały wszystkie z wyżej przywołanych przesłanek.

77. Odnosząc się do pierwszej z nich - nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że działanie Konsorcjum INKO, które w żaden sposób nie dokonało weryfikacji czy wskazywane przez INKO Consulting Sp. z o. o. informacje wskazane w JEDZ INKO są prawdziwe w związku z Wyrokiem KIO 1320/20, powinno zostać zakwalifikowane co najmniej jako niedbalstwo. Mając na względzie tak doniosłą okoliczność, jak wykluczenie wykonawcy z postępowania z powodu podania nieprawdziwych informacji, brak wskazania takiej okoliczności w JEDZ INKO należałoby ocenić co najmniej jako rażąco niedbałe, a nawet lekkomyślne. INKO

Consulting Sp. z o. o. nie mogło bowiem nie mieć świadomości, że podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, a przypuszczenie, że wskutek zatajenia tych informacji uniknie wykluczenia w niniejszym Postępowaniu było lekkomyślne.

78. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: "Niedbalstwo definiowane jest jako stan, w którym osoba podejmująca określone działanie nie przewiduje jego skutków, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Z kolei lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie. Istotne jest przy tym, że działanie w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa nie musi doprowadzić do powstania u zamawiającego mylnego wyobrażenia o rzeczywistości (innymi słowy- dla zastosowania sankcji z komentowanego przepisu nie jest konieczne wprowadzenie zamawiającego w błąd), natomiast warunkiem sine qua non zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. jest potencjalny istotny wpływ informacji nieprawdziwych na decyzje zamawiającego podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia" (KIO 1397120). Wskazuje w orzecznictwie Izba także, iż "Jeżeli wykonawca przedstawił w złożonym przez siebie oświadczeniu informacje pozostające w sprzeczności z faktami, uznać należy, że co najmniej wykazał się niedbalstwem wprowadzającym zamawiającego w błąd(. . .)" (KIO 1267120).

79. Wreszcie wskazania wymaga, iż podanie przez INKO Consulting Sp. z o. o. nieprawdziwych informacji w treści JEDZ INKO nastąpiło w dniu 8 listopada 2021 r., a zatem na długo przed upływem dwuletniego okresu wykluczenia INKO na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z podaniem nieprawdziwych informacji w Postępowaniu LOT A i wykluczeniem INKO Consulting Sp. z o. o. z tego postępowania wskutek Wyroku KIO 1320/20. Bezspornie zatem INKO Consulting Sp. z o. o. nie mogło uważać, że z uwagi na upływ okresu wykluczenia nie jest już zobowiązane do wskazania w JEDZ okoliczności jego wykluczenia w Postępowaniu LOT A na skutek Wyroku KIO 1320/20.

80. Z pewnością informacje podane w JEDZ INKO polegające na wskazaniu w JEDZ INKO w Części Iii Sekcji C: PODSTAWY ZWIĄZANE Z NIEWYPŁACALNOŚCIĄ, KONFLIKTEM INTERESÓW LUB WYKROCZENIAMI ZAWODOWYMI opcji "NIE" i potwierdzeniu, iż INKO może potwierdzić, że nie było winne poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, są informacjami nieprawdziwymi. W rzeczywistości bowiem INKO było winne poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji w Postępowaniu LOT A, co zostało potwierdzone Wyrokiem KIO 1320/20.

81. W orzecznictwie KIO wskazuje się, że: "Zawarta w przepisie przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje

obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji Zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim." (KIO 904/20) "Prawda ma bowiem charakter obiektywny, niezależny od stanu wiedzy, czy świadomości podmiotu dokonującego weryfikacji danej informacji z rzeczywistością. Tym samym dla zrealizowania się przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp obojętne jest, czy nieprawdziwa informacja mogła wywołać u zamawiającego mylne wyobrażenie o rzeczywistości. Wskazuje

na to również konstrukcja komentowanego przepisu, w którym przewidzianą w nim sankcję oderwano od skutku w postaci rzeczywistego wpływu na istotne decyzje zamawiającego podejmowane w postępowaniu. Wystarczającym jest stwierdzenie potencjalnego wpływu na przebieg procesu decyzyjnego zamawiającego" (KIO 1077120).

82. W sprawie niewątpliwie doszło również do zmaterializowania się ostatniej z przesłanek,

albowiem przedstawienia przez Konsorcjum INKO w JEDZ INKO nieprawdziwej informacji

było podstawą dla uznania, że Konsorcjum INKO nie podlega wykluczeniu, a jego oferta może zostać uznana jako oferta najkorzystniejsza. W świetle powyższego działanie Konsorcjum INKO miało bezpośredni wpływ na przyjęte przez Zamawiającego rozstrzygnięcie Postępowania. Wskutek złożenia nieprawdziwego oświadczenia w JEDZ INKO, Zamawiający został pozbawiony możliwości zweryfikowania istnienia przesłanki wykluczenia Konsorcjum INKO z Postępowania. Tym samym, złożenie w JEDZ INKO informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd należy rozpatrywać, jako dodatkową i niezależną podstawą do wykluczenia Konsorcjum INKO z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stwierdzoną Wyrokiem KIO 1320/20. Nawet bowiem gdyby ostatecznie okazało się, że Konsorcjum INKO nie podlega wykluczeniu z powodu wprowadzenia w błąd PKP PLK w Postępowaniu LOT A - niezależnie od przyczyn takiego stwierdzenia - to i tak Zamawiający w związku z nieprawdziwym oświadczeniem w JEDZ INKO, byłby zobowiązany do wykluczenia Konsorcjum INKO z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 5 listopada 2020 r. (KIO 2706120) "wprowadzenie w błąd poprzez podanie nieprawdziwych informacji bądź zatajenie informacji ma miejsce także wówczas, gdy w ostatecznym rozrachunku nie zostanie potwierdzona podstawa wykluczenia, co do przesłanek, której zamawiający został wprowadzony w błąd. Innymi słowy nieprawdziwe oświadczenie w JEDZ, co do konkretnej okoliczności faktycznej stanowiącej jedną z przesłanek określonej podstawy wykluczenia - niezależnie od tego czy dana podstawa wykluczenia rzeczywiście jest spełniona - skutkuje więc wykluczeniem wykonawcy z uwagi na wprowadzenie w błąd".

83. Wymaga podkreślenia, że znaczenie obowiązku prawdziwego oświadczenia w JEDZ w przedmiocie okoliczności mogących być podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania, w tym na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp należy postrzegać szerzej niż tylko w relacji w stosunku do Zamawiającego, który jako gospodarz postępowania weryfikuje ziszczenie się lub nie przesłanek wykluczenia wykonawcy. To bowiem na podstawie oświadczenia wykonawcy zawartego w JEDZ także inni wykonawcy mogą kontrolować istnienie podstaw wykluczenia danego wykonawcy z postępowania. Rzetelność tego oświadczenia zawartego w JEDZ jest tym bardziej istotne dla prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Zatem przesłankę "wprowadzenia w błąd lub możliwości wprowadzenia w błąd" należy postrzegać w kategorii obiektywnej. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 27 marca 2019 r. "dla wyczerpania hipotezy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. nie jest istotne ani to, czy informacje wprowadzające w błąd były możliwe - względnie jak łatwe były- do wykrycia, nie jest również relewantne to, czy zamawiający dał się w błąd wprowadzić z uwagi na własne niedbalstwo, lub przyczynił się do zaistnienia błędu po swojej stronie - istotny jest jedynie stopień zawinienia wykonawcy, który polega na nieprawdziwej informacji celem wywołania tego błędu". W innym wyroku Izba wskazała, że "Warunkiem uznania zaistnienia podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. nie jest stwierdzenie, iż w danym przypadku faktycznie doszło do wprowadzenia w błąd zamawiającego, lecz że wystarczające jest, aby taki skutek mógł zostać wywołany wskutek przedstawienia przez wykonawcę informacji niezgodnych z rzeczywistością. Izba nie podziela

stanowiska zamawiającego, iż stwierdzenie zaistnienia ww. podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania wyłączone jest w przypadku posiadania przez danego zamawiającego informacji, na podstawie których jest on w stanie zweryfikować prawdziwość informacji przekazanych przez wykonawcę." (KIO 1938120).

84. Jak wreszcie wskazał Sąd Okręgowy Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy

Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 29 października 2021 r. (sygn. akt XXIII Zs 109/21)

"Sytuacja, w której wykonawca nie podaje prawdziwych informacji związanych z istnieniem

podstawy do ewentualnego wykluczenia, może skutkować wybraniem, jako najkorzystniejszej,

oferty wykonawcy, który powinien być wykluczony z postępowania i w konsekwencji, w oparciu o nieprawdziwe informacje - zawarciem z nim umowy na realizację zamówienia, wbrew przepisom ustawy - Prawo zamówień publicznych. Należy przy tym wskazać na

obowiązek zamawiającego wykluczenia wykonawcy w przypadku ustalenia, że przedstawił on informacje wprowadzające w błąd lub wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji. Oznacza to, że zastosowanie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 dPZP nie doznaje ograniczeń czasowych i może nastąpić także na etapie badania informacji podanych przez wykonawcę w dokumencie JEDZ. Dodać należy także, że ustawodawca krajowy, implementując do prawa krajowego (ustawy - Prawo zamówień publicznych sprzed nowelizacji) art. 57 ust. 4 lit. h Dyrektywy 2014/24/UE wprost wskazał, iż działanie wykonawcy w zakresie złożenia nieprawdziwych informacji nie musi mieć charakteru umyślnego, ale może być to również działanie nieumyślne, tj. działanie niedbale. Konstrukcja omawianego przepisu pozwala na przyjęcie, że zachowanie wykonawcy przy podaniu informacji zamawiającemu podlega ocenie w świetle art. 355 § 1 k.c., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności. Stwierdzenie niedbalstwa danego podmiotu jest uzasadnione tylko wtedy, gdy podmiot ten zachował się w określonym miejscu

1 czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niego miernika należytej staranności. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 §

2 k.c. precyzuje, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. W tym wypadku wykonawca powinien dokonać szczególnej weryfikacji prezentowanych przez siebie danych, mając prawną świadomość, jako profesjonalista, konsekwencji ich nierzetelnej prezentacji (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 grudnia 2018 r., KIO 2372/18)".

85. Z tych względów nie powinno budzić wątpliwości, że Odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum INKO/MP z Postępowania zasługuje na uwzględnienie i wydaje się być "książkowym" przykładem sytuacji wprowadzenia zamawiającego publicznego w błąd.

86. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że Zamawiający z Postępowania wykluczył

BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k., BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. właśnie na podstawie okoliczności i argumentacji, która została przedstawiona w odwołaniu (vide pkt VI informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej). Odwołujący nie widzi podstaw, dla których Zamawiający w zakresie oceny jednego z wykonawców wyciąga określone wnioski, a w stosunku do innego oferenta uznaje, że nie mają one znaczenia w sprawie.

87. Odwołanie z tego tytułu powinno zostać uwzględnione.

Brak możliwości dokonania samooczyszczenia

88. Zauważenia wymaga, że Konsorcjum INKO/MP nie ma możliwość podjęcia procedury selfcleaning, gdyż jest ona dopuszczalna tylko i wyłącznie w sytuacji, w której dany wykonawca z własnej inicjatywy wskazuje zamawiającemu fakt popełnionego błędu oraz wykazuje fakt podjęcia "działań zaradczych". Uprawnienie wynikające z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp nie materializuje się natomiast do sytuacji, w której dopiero na skutek działania innego wykonawcy lub samego zamawiającego dochodzi do ustalenia, że przedstawione przez niego informacje nie są zgodne z rzeczywistością. Powyższe stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie w ugruntowanym w tym zakresie orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Jako reprezentatywne można uznać następujące orzeczenia:

- KIO 274/18: "Łączna interpretacja art. 24 ust. 8 i 9 p.z.p. prowadzi do wniosku, że to wykonawca ma wystąpić z inicjatywą samooczyszczenia i przedstawić zamawiającemu dokumenty dające mu podstawę do odstąpienia od obowiązku wykluczenia tego wykonawcy. Procedura wskazana w art. 24 ust. 8 p.z.p. służy dobrowolnemu naprawieniu szkody - wykonawca winny wprowadzenia w błąd musi się do tego przyznać, zanim fakt ten uświadomi sobie zamawiający. W przeciwnym wypadku zastosowanie ma art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. Przepis ten nie przewiduje możliwości zaoferowania wykonawcy "drugiej szansy"."

- KIO 113/18: "Przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. stanowią sankcję dla nieuczciwych bądź niedbałych wykonawców. Celem tej regulacji jest zmuszanie wykonawców do zachowywania należytej staranności i uczciwego postępowania wobec zamawiającego, pod rygorem wykluczenia z postępowania. Łączna interpretacja art. 24 ust. 8 i 9 p.z.p. wskazuje, że to wykonawca ma wystąpić z inicjatywą samooczyszczenia i przedstawić zamawiającemu dokumenty dające mu podstawy do odstąpienia od obowiązku wykluczenia wykonawcy."

- KIO 444/20: "Dopuszczalność zastosowania procedury samooczyszczenia w przypadku przekazania informacji wprowadzających w błąd ma szczególny charakter i jej przeprowadzenie jest możliwe wyłącznie gdy wykonawca zastosuje taką procedurę niezwłocznie, zanim zamawiający poweźmie wiedzę o tym, że przekazane informacje mają charakter informacji wprowadzających w błąd. Przyznanie przez wykonawcę faktu wprowadzenia zamawiającego w błąd musi być dokonane niezwłocznie, po uzyskaniu takiej wiedzy. Zwlekanie z tą czynnością przez wykonawcę do momentu, gdy zamawiający zażąda wyjaśnień dotyczących danej osoby, wyłącza możliwość uznania, że wykonawca z własnej inicjatywy przyznał, że informacje przekazane zamawiającemu są nieprawdziwe."

89. W świetle powyższego brak jest możliwości podjęcia przez Konsorcjum INKO działa,,

konwalidujących skutki związane ze złożeniem nieprawdziwych w JEDZ INKO informacji poprzez dokonanie samooczyszczenia.

Brak podstaw do uzupełnienia JEDZ przez Konsorcjum INKO

90. Dalej, Odwołujący pragnie wskazać, że na gruncie stanu faktycznego sprawy brak jest podstaw do wezwania Konsorcjum INKO/MP do uzupełnienia JEDZ INKO, jako zawierającego błąd. Na gruncie wydawanych przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczeń niedopuszczalnym jest zastąpienie nieprawdziwych informacji informacjami prawdziwymi, na co zwróciła uwagę Izba w wyroku w sprawie sygn. akt KIO 2333/20.

91. Dodatkowo Odwołujący pragnie wskazać, że powyższa teza wynika m.in. z następujących

orzeczeń KIO:

- KIO 1181/12: "Art. 26 ust. 3 p.z.p. nie ma zastosowania w sytuacji złożenia nieprawdziwych informacji, gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą."

- KIO 2384/16: "Stanowisko przeciwne oznaczałoby, że w ramach przesłanki wpływu na

wynik

postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, mieści się badanie, czy wykonawca składający nieprawdziwą informację był już wzywany do uzupełnienia dokumentów. W konsekwencji prowadziłoby to do takiej wykładni normy art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, zgodnie z którą nie podlega wykluczeniu wyłącznie wykonawca, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jeżeli uczynił to po raz pierwszy tzn. nie był wzywany do zastąpienia nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnianie warunku udziału prawdziwą informacją potwierdzającą spełnianie tego warunku. Zdaniem Izby taka interpretacja wpływu na wynik postępowania (poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego) jest nie do zaakceptowania z punktu widzenia naczelnych zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 pzp, zgodnie z którym zamawiający ma przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Prowadziłaby to również do odmiennego traktowania wykonawców, którzy są winni poważnego wprowadzenia w błąd Zamawiającego, w zależności od tego, czy dotyczyło to treści oferty, czy też warunków udziału w postępowaniu, względnie potwierdzenia zgodności dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego. Wyłącznie w tym drugim przypadku mogłoby dojść do zastąpienia nieprawdziwej informacji zupełnie inną ale prawdziwą informacją, gdyż co do zasady zmiana treści oferty nie jest dopuszczalna w ogóle."

92. Brak możliwości uzupełnienia JEDZ INKO powoduje, że wobec Konsorcjum INKO zachodzi automatycznie przesłanka wykluczenia z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie zgłosili:

I.po stronie Odwołującego 1:

D. Konsorcjum firm w składzie: BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie oraz BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie;

E. Wykonawca SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre CEDEX, (Francja);

F. Konsorcjum firm w składzie: TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (Lider) oraz Partnerzy: „B-ACT" Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy i

EKOCENTRUM - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu -

- wnosząc o uwzględnienie odwołania, z tym że Konsorcjum BBC (lit A.) tylko co do zarzutów związanych z ceną ofertową (w zakresie cen jednostkowych co do wskazanych w odwołaniu

pozycji);

II. po stronie Zamawiającego: Konsorcjum firm w składzie: INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie; MP Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie; PPT Consult sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy - wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 12/04/22) wniósł o oddalenie odwołania. Podał w szczególności (cyt.): (...)

W ocenie Zamawiającego argumentacja oraz zarzuty podniesione w odwołaniu nie znajdują odzwierciedlenia w okolicznościach stanu faktycznego i prawnego niniejszego postępowania. Zamawiający w niniejszym Postępowaniu dokonał oceny wszystkich ofert zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 t.j.) oraz zgodnie z zapisami Specyfikacji Warunków Zamówienia, a także przy zachowaniu zasad równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji.

I. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenie oferty

Konsorcjum INKO pomimo tego, że złożona przez niego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania INKO do wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji pozycji 1.5 i 1.6 Formularza Cenowego
Ad. II.1 Odwołania

Na wstępie Zamawiający wskazuje na błąd w treści zarzutu odwołania - odwołanie dotyczy

pozycji z pkt 1.4 (Personel biurowy) i 1.5 (Personel pomocniczy) Formularza Cenowego, a

nie jak omyłkowo wskazano w odwołaniu pkt 1.5 i 1.6. Według Odwołującego podstawą do odrzucenia oferty Konsorcjum INKO jest art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp tj. niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Zgodnie z komentarzem do ustawy zamieszczonym na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych - niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia określonych m.in. w art. 91-98. Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Zamawiający odnosząc się do zarzutów naruszenia dyspozycji przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp informuje, że prawidłowo ocenił ofertę Konsorcjum INKO i nie miał jakichkolwiek wątpliwości, że zaoferowana cena pokrywa koszty związane z wykonaniem zamówienia, a oferta jest zgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający kategorycznie nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, iż oferta Konsorcjum INKO nie uwzględnia wszystkich zasad związanych z zatrudnianiem personelu biurowego i pomocniczego, które zostały opisane przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej. Zamawiający w dokumentacji przetargowej określił wymóg, aby świadcząc usługi nadzoru wykonawca w ramach swojego Personelu zatrudnił:

Personel biurowy: min. 3 osoby dla odcinka 1 i odcinka 2 S10 dla okresu projektowania oraz okresu realizacji robót budowlanych oraz min. 1 osobę dla odcinka 1 i odcinka 2 S10 dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu.

Personel pomocniczy: min. 3 osoby dla odcinka 1 i odcinka 2 S10 dla okresu projektowania oraz okresu realizacji robót budowlanych oraz min. 1 osobę dla odcinka 1 i odcinka 2 S10 dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu.

Zamawiający wymaga również, aby osoby tworzące personel biurowy i pomocniczy, tj.: wykonujące czynności biurowe, administracyjne i organizacyjne wskazane w pkt. 2.1.

Opisu Przedmiotu Zamówienia, były zatrudnione na podstawie stosunku pracy (§ 13 ust.

4 umowy).

Wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę w Polsce w 2022 roku określona została w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. „w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r." Zgodnie z § 1 Rozporządzenia od 1 stycznia 2022 r. ustalone zostało minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 3010 zł. Jest to kwota brutto wynagrodzenia wraz ze składkami ZUS. Oznacza to, że w 2022 r. przy wynagrodzeniu minimalnym wynoszącym 3010 zł brutto pracownik zatrudniony na pełen etat otrzyma wynagrodzenie netto w wysokości 2 363,56 zł. Całkowity koszt pracodawcy wyniesie 3 626,46 zł.

Koszt pracodawcy dla 3 pracowników np. personelu biurowego wyniesie:

3 626,46 zł x 3 osoby = 10 879,38 zł/miesiąc

Analogicznie należy wyliczyć koszt dla personelu pomocniczego.

Konsorcjum INKO w Ofercie dla personelu biurowego zakłada łącznie dla Odcinka 1 i

Odcinka 2 S10 cenę 12 000,00 zł/miesiąc.

Zakładana przez Konsorcjum INKO w ofercie cena dla personelu biurowego (lub pomocniczego) w wysokości 12 000,00 zł jest wyższa aniżeli wymagana przepisami.

Nawet gdyby założyć, co w ocenie Zamawiającego jest niezasadne, konieczność powiększenia kosztu pracodawcy o wyliczoną przez Odwołującego kwotę 287,81 zł/miesiąc z tytułu kosztów urlopu i zastępstwa (20 dni w skali roku) to miesięczny koszt zatrudnienia wynosić będzie:

3 626,46 x 3 osoby + 287,81 x 3 osoby = 11 742,81 zł/miesiąc

Konsorcjum INKO w Ofercie dla personelu biurowego zakłada łącznie dla Odcinka 1 i Odcinka 2 S10 cenę 12 000,00 zł/miesiąc.

Analogicznie należy wyliczyć koszt dla personelu pomocniczego.

Zakładana przez Konsorcjum INKO w Ofercie cena dla personelu biurowego (lub pomocniczego) w wysokości 12 000,00 zł jest wyższa aniżeli wymagana przepisami włączając dodatkowo hipotetyczny koszt zastępstwa na czas urlopu wypoczynkowego. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że Odwołujący błędnie argumentuje w pkt. 11 odwołania, iż Konsorcjum INKO wskazało miesięczny koszt wykonania zamówienia w zakresie zatrudnienia Personelu Biurowego i Pomocniczego na poziomie 6.000 zł/ miesiąc. Z powyższego mogłoby wynikać, że Konsorcjum INKO zamierza przeznaczyć wyłącznie 6.000 zł na zatrudnienie całego personelu biurowego i pomocniczego (tj. 6 osób) na odc. 1 i 2 S10, co nie jest prawdą.

Jak już wskazano powyżej, wykonawca zobowiązany jest do zatrudnienia łącznie na odc. 1 i odc. 2 min. 3 osób z personelu biurowego i min. 3 osób z personelu pomocniczego tj. łącznie 6 osób. Przy czym Zamawiający nie wskazał ile konkretnie osób wykonawca ma skierować do realizacji danego odcinka oraz w jaki sposób (tj. dla ilu osób) ma kalkulować cenę w danej pozycji Formularza, pozostawiając to do decyzji wykonawcy. Oznacza to, że wykonawcy mogli np. przyjąć, iż na odc. 1 skierują po dwie osoby z personelu biurowego i pomocniczego, a na odc. 2 po jednej osobie i z takim założeniem wyliczą koszty, o których mowa w pkt. 1.4 i 1.5 Formularza Cenowego, ale mogli też te koszty podzielić na pół między oba odcinki, co także należy uznać za prawidłowe.

Z Formularza cenowego zarówno dla odc. 1 jak i odc. 2 wynika, że Konsorcjum INKO dla pozycji 1.4 i 1.5 przyjęło koszt po 6.000 zł/ miesiąc, co oznacza, że wykonawca dla grupy 6 pracowników (personel biurowy + pomocniczy) miesięcznie będzie dysponował kwotą 24.000,00 zł tj. 12.000 zł odc. 1 i 12.000 zł odc. 2. Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że Odwołujący celowo próbuje wprowadzić Izbę w błąd.

Zauważyć jednakże należy, że na czas urlopu oraz zwolnienia lekarskiego wykonawcy nie

zatrudniają i nie są zobowiązani do zatrudniania dodatkowego personelu. W szczególności dotyczy to właśnie pracy wymagającej przeszkolenia stanowiskowego i wdrożenia. Zastępstwo pełnią inne osoby zatrudnione w danej firmie, a zwyczajowo w opisie zakresu obowiązków danego pracownika pracodawca ustala regulacje dot. zastępstw na innych, podobnych, stanowiskach.

Zgodnie z Umową zawartą w SWZ, w przypadku, gdy członek Personelu Konsultanta nie może zostać zastąpiony lub zmieniony, Inżynier Kontraktu lub Konsultant jest zobowiązany najpóźniej w tym samym dniu wskazać spośród Personelu Konsultanta osobę lub osoby wykonujące tymczasowo obowiązki osoby zastępowanej lub zmienianej, przy czym stan taki nie będzie trwał dłużej niż 3 miesiące (Umowa - § 11 ust. 17). Nadto zgodnie z ust. 18 Konsultant nie otrzymuje dodatkowego wynagrodzenia z tego tytułu, zatem brak jest podstaw do „doliczania" w omawianych pozycjach Formularza Cenowego dodatkowych kosztów związanych z zastępstwem pracowników.

Należy wskazać, że taki sposób zgłaszania nieobecności i ustalania zastępstw stosuje sam Odwołujący w trakcie aktualnie realizowanych umów na rzecz Zamawiającego, zatem nie jest to dla Odwołującego nieznana praktyka. Umowy te w przedmiotowym zakresie zawierają analogiczne postanowienia dotyczące obowiązków Konsultanta. Odwołujący w trakcie wykonywania umowy na rzecz Zamawiającego niejednokrotnie informował o nieobecności Personelu wyznaczając jednocześnie personel tymczasowy na zastępstwo spośród innych zatrudnionych u siebie osób.

W tym miejscu Zamawiający wskazuje, że grafiki przedstawione na stronie 16 odwołania nie mają nic wspólnego z praktyką stosowaną przez wykonawców i samego Odwołującego, bowiem nie zatrudnia się dodatkowego personelu na okres urlopowy osoby zastępowanej.

Z doświadczenia życiowego i doświadczenia Zamawiającego jako pracodawcy wynika, że w sytuacji, gdy pracownik udaje się na urlop wypoczynkowy lub zwolnienie lekarskie, to w jego miejsce nie zatrudnia się nowej osoby, tylko inne osoby z tej samej komórki, bądź o podobnych uprawnieniach wykonują jego pracę.

Dodatkowo, już na marginesie, Zamawiający zwraca uwagę na treść § 13 ust. 5 umowy:

„(.) W przypadku rozwiązania stosunku pracy w trakcie obowiązywania niniejszej Umowy z którąkolwiek z osób zatrudnionych na podstawie stosunku pracy, Konsultant będzie zobowiązany niezwłocznie do wyznaczenia na to miejsce nowej, innej osoby zatrudnionej na podstawie stosunku pracy, w wymiarze nie mniejszym niż wynikający z zasad określonych w niniejszej umowie. W przypadku zmiany, o której mowa wyżej, wyznaczenie danej osoby do świadczenia Usługi musi nastąpić w terminie nie dłuższym niż 30 dni od dnia wystąpienia zakończenia umowy z poprzednio zatrudnioną osobą."

Gdyby odszukać w Internecie statystyczną długość trwania umów o pracę można by obliczyć statystyczną korzyść jaką mógłby mieć Konsultant w 30-dniowym okresie przerwy pomiędzy zakończeniem umowy Personelu Biurowego i Pomocniczego a wyznaczeniem nowej osoby do świadczenia Usługi - co akurat pomniejszyłoby wartość analizowanego kosztu pracodawcy. Za całkowicie niezasadne należy uznać twierdzenia Odwołującego w zakresie obowiązku zwiększenia kosztów wskazanych w pkt. 1.4 oraz 1.5 Formularza Cenowego o koszt związany z koniecznością wyposażenia stanowiska oraz wykonania obowiązkowych badań lekarskich, który wg szacunków Odwołującego wynosi 510 zł tj. 8,95 zł/ miesiąc. Po pierwsze wskazany koszt jest to koszt wyłącznie szacunkowy wyliczony przez Odwołującego, a nie rzeczywisty koszt jaki ewentualnie przyjęło Konsorcjum INKO. Po drugie Zamawiający wskazuje, iż możliwym jest, że pracownicy, którzy zostaną skierowani do realizacji zamówienia jako personel biurowy i pomocniczy posiadają aktualne badania lekarskie, więc nie ma potrzeby ich wykonywania, a wykonawca posiada na stanie niezbędne wyposażenie dla tego stanowiska pracy. Zgodnie z pkt. 2.2.1. OPZ „Wymaga się, aby Konsultant dysponował sprzętem, oprogramowaniem komputerowym i wyposażeniem, w asortymencie i ilości umożliwiającej należyte wykonanie Usługi", co oznacza, że Zamawiający jedynie wymaga aby Konsultant sprzęt posiadał, nie zobowiązuje go natomiast do zakupu nowego sprzętu na potrzeby realizacji tej umowy. Zatem argumentacja Odwołującego w tym zakresie zdaje się być jedynie próbą sztucznego podważenia ceny oferty zaproponowanej przez Konsorcjum INKO. W ocenie Zamawiającego Konsorcjum INKO uwzględniło w pozycji 1.4 i 1.5 Formularza Cenowego wszystkie wymagane prawem koszty związane z zatrudnieniem pracowników zgodnie z SWZ, co świadczy o jej zgodności z treścią SWZ pkt. 17.3 Instrukcji dla Wykonawców, zgodnie z którym: „Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzach cenowych."

Zaznaczyć dodatkowo trzeba, że kalkulacje, które przedstawił Odwołujący, przedstawiają wyłącznie jego własne wyliczenia odnośnie tego jak kształtują się koszty pracodawcy w przypadku umowy o pracę, które to również opierają się na przyjętych przez niego

założeniach odnośnie absencji z powodu choroby (15 dni w roku tj. 1 726,89 zł/rok), nieobecności z tytułu urlopu (20 dni roboczych tj. dodatkowe 287,81 zł miesięcznie), a także wyliczonych kosztów wyposażenia danego stanowiska i wykonania badań lekarskich (przyjęto 8,95 zł/miesiąc). Jednakże nawet w przypadku umowy o pracę owe koszty pracodawcy, na które zwraca uwagę Odwołujący kształtują się różnie w różnych podmiotach. Tym samym zauważyć należy, że wyliczenia w zakresie dodatkowych składników, które w ocenie Odwołującego należy uwzględnić w kosztach pracy będą zależne od przyjętych przez dany podmiot założeń, jego doświadczeń w zakresie prowadzonej działalności czy zasad prowadzenia działalności, a zatem mogą się różnić lub w ogólnie nie zaistnieć.

Powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2021r., KIO 211/21 zgodnie, z którym: „Dodatkowo kalkulacje, które przedstawił jako dowód na rozprawie, przedstawiają jego własne wyliczenia odnośnie tego jak kształtują się koszty pracodawcy w przypadku umowy o pracę i umowy-zlecenia, które to również opierają się na przyjętych przez niego założeniach odnośnie absencji z powodu choroby (9 dni w roku), nieobecności z tytułu urlopu (1,75 dnia miesięcznie), a także wyliczonych kosztów przeprowadzanych badań lekarskich (przyjęto 200,00 zł rocznie) czy szkoleń BHP (150,00 zł rocznie). Należy zauważyć, że nawet w przypadku umowy o pracę czy umowy zlecenia owe koszty pracodawcy, na które zwraca uwagę odwołujący kształtują się różnie w różnych podmiotach. Tym samym zauważyć należy, że wyliczenia w zakresie dodatkowych składników, które należy uwzględnić w kosztach pracy będą zależne od przyjętych przez dany podmiot założeń, jego doświadczeń w zakresie prowadzonej działalności a zatem mogą się różnić w zależności od indywidulanych okoliczności i warunków”.

Powyższe okoliczności prowadzą do wniosku, iż oferta Konsorcjum INKO jest zgodna z warunkami zamówienia i Zamawiający nie miał podstaw do jej odrzucenia, wobec czego

zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jest bezpodstawny.

Ad. II. 2 Odwołania

Kolejno, w zakresie zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, podkreślenia wymaga, iż o rażąco niskiej cenie nie można mówić w przypadku każdego odstępstwa od cen rynkowych, lecz jedynie wówczas, gdy takie odstępstwo ma charakter zasadniczy. Jak się wskazuje w piśmiennictwie, rażąco niską ceną będzie cena niewiarygodnie niska, znacznie odbiegająca od cen rynkowych (P. Banasik, O rażąco niskiej cenie oferty raz jeszcze, Publikacje Elektroniczne ABC nr 109011).

Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Katowicach w uzasadnieniu wyroku z 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07, o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, „gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”.

Również Krajowa Izba Odwoławcza jednolicie przyjmuje, że „rażąco niska cena jest ceną nierealistyczną, zaoferowaną poniżej kosztów świadczenia usługi, uniemożliwiającą wykonanie przedmiotu zamówienia” (sygn. akt KIO 240/13). Jest ona ceną „nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno - organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających” (sygn. akt KIO 1100/14).

W tym kontekście, należy jednoznacznie stwierdzić, że cena zaoferowana w postępowaniu przez Konsorcjum INKO nie odpowiada ww. definicji rażąco niskiej ceny. Zaproponowana przez Konsorcjum INKO cena w żadnym przypadku nie odbiega od poziomu cen rynkowych i w żaden sposób nie może być uznana za niewiarygodną.

W Postępowaniu złożono 13 ofert. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący zaoferował

wykonanie zamówienia za kwotę: 22 240 564,80 zł, a wybrana oferta Konsorcjum INKO wynosi 22 225 159,05 zł. Różnica pomiędzy tymi ofertami wynosi jedynie 15 405,75 zł. Pięć ofert na trzynaście opiewa na kwotę 22 mln zł, a różnice pomiędzy tymi ofertami liczone są w tysiącach złotych. Zatem w żaden sposób nie można stwierdzić, że złożone oferty, w tym oferta Konsorcjum INKO, mają charakter rażąco niskich lub nierynkowych.

Poniżej Zamawiający przedstawia zestawienie złożonych ofert w odniesieniu do wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego wynoszącej 27 714 759,71 zł brutto oraz do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (różnice kwotowe i procentowe):

l» oferty	Nazwa i adres Wykonairc,'	Cena (PLN brutto)	Kolejn g£Ć
1	Przedsiębiorstwo- usnjg Inwestycyjnych EKO-3NWEST fi.A.	2S 270 eao$_r$as	no
	ul-lerzepd Zantonałatga 20, 71-201 5-zczean		
2	ayE&a Polffca Sp- r oo„ ul- Szyb Walenty 26a, 41-700 Ruda Śląska	23 755 691,59	7
3	Srifece Sj.S, IS/27 rua du tort Parę de Ule, 92022 Nanterre CEDEX, Francja	23 274 515,10	6
	konsołyjiMT,:		
	Lider: TRAN5PROJEKT GDAŃSKJ SP. Z O, ul. Zabyłrowa 2, BO-253 Gdańsk	22 497 616,35	
4	Partner: „B-ACT" SP. 2 O. O., Ul. Paderewskiego 24, OS-O75 Bydgoszcz		5
	Partner: EKOCENTfftlM - wzodawski Ośrodek Usiuq Ekolog csnydi Sp. z 0. o-., ul. Budziszyńskiej 35/1, S-H34 Wrocław		
s	OOP Stoi z o-» , DępfWMfcitgo 461, 60 - 451 Poznań	27 093 666,70	6
e	AECOM Polska Sfł. z ó„O„r 02-672 WARSZAWA, UL Ocwniniewskj Ma	31 S36 003,74	12
?	TPF Sp- i 0-p., J. Annopnl 1S, 03-J36 Wł«lW«	27 726 933,55	0
e	Z&M 5,A.,el. Cybernetyki 196, 02-677 Warszawa	26 323 757,71	11
	K t>nsę.'qtXTi firm -		
s	sec Best Buiiang Consultants Spółka z agrar*c3oną odpowecf aalnosdą Bpóła komandytowa z siedzibą przy Al. Jerozolimskie 155 lok. UJ w Warszawie, 02-J36 Warszawa (Lider),	22 219 519,50	1
	SBC Best SuilWConsultanS Nadzory 1 doradztwo Budowlane ul. Cer•1 42A. 96-300 ardÓWrpa^^™		
10	E<jif Ppland Sp. z o-o-,, ul. O-gmanewska 34A, 03-672 Warszawa	40 033 560,30	13
	konso.-QL.–n firm :	25 240 554,30	
11	MC-CP SJL, ki Kaczłowdtiepo 6. 33-100 Tamdw - ueter konsorcjiwn		3
	Voessing Polska Sp, z c.o,, ul. Kaśouszki 53, 85-073 Byduoszcz - Partner k.«isorcicKii		
	kc>nsoˈQGm firm:	22 31$ 313,10	
12	DTŚ S.A, - Lider Konsorcjum, t4. Mieszka S 10, 40-877 Kato wioe		4
	Przedsiębiorstwo Budowy Tras Komuolcacyinydi 'TRAKT w Szczeome Sp. z 0.0. - Partner k nniicrniEn„ ul. Enerąplykiw 0, 70-656 SfrznCin		
	KonsarejLM, fam:		
	]NKO ConsUhng Sp. z o.a. - Lider, ul. JAzefa Maroka 2SD/2, 30-442 Kraków	22 22S 159,OS	
13	mP Censiktmg Sp, z o-o- - Partner, tri- Józefa Miraka 3SO/2. 30-443 Kraków		a
	PPT Consult Sp, z qjo. - Partner, ul. fordońska		

Rdinlca wartofd ofert w stosunku do wartości zamOwienia	fióinlca do średniej

SS612L17	2,01	2CCO243.77	7,61
-3 958866,12	-14,28	-2 514745,52	-9,57
-4 440 244,61	1602	2 996122,01	-11.40
-5 2l7143,36	-13'2	-3 77302076	14,36
-621193,01	-2,24	B22 929,59	3,13
3 823 244,03	13,79	5 267 366,63	20.05
12173,84	QM	145629644	5,54
608993,00	2,20	2 05312060	7.82
-5495 240,21	•1M3	-4061117,61	-15,42
12 316800,59	44,45	13 762 923,19	52,39
-5 474194,91	-19,75	-40(30 07231	-15.34
-5396446,61	-1&47	-3952 324,01	-15,04
-5469600,66	-1W1	-4 04647606	-15,40

Jak wynika z powyższego zestawienia osiem ofert ma ceny niższe od wartości zamówienia wynoszącej 27 714 759,71 zł brutto - różnica w przedziale od 2 % do 19 %. Z kolei, w odniesieniu do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, która wynosi 26 270 637,11 zł - siedem ofert ma ceny niższe od średniej - różnica w przedziale od 9 % do 15 %. Ceny zbadanych ofert, są cenami realnymi, zostały skalkulowane prawidłowo i nie są one rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym brak było podstaw do przeprowadzania procedury wyjaśniania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny.

Wskazać należy, że to na Odwołującym ciąży ciężar dowodu wykazania, że kwestionowana przez niego oferta zawiera cenę rażąco niską. Odwołujący temu wymaganiu nie sprostał i nie przedstawił żadnego dowodu, który chociażby uprawdopodobniałby jego twierdzenia w tym zakresie. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie mógł takiego dowodu przedstawić już tylko ze względu na faktyczną tożsamość ceny jego oferty z ceną oferty Konsorcjum INKO. Skoro Odwołujący uważa, że cena jego oferty jest ceną rynkową i nie zawiera ceny rażąco niskiej, to również oferta Konsorcjum INKO musi być oceniona, jako zawierająca cenę rynkową. Jest to jedyny logiczny i zgodny z doświadczeniem życiowym, a także z zasadą równego traktowania wykonawców wniosek jaki się nasuwa w przedmiotowej sprawie.

Mając powyższe na uwadze wskazać należy, iż Zamawiający nie miał podstaw do wzywania Konsorcjum INKO do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji pozycji 1.4 i 1.5 Formularza Cenowego, a zarzuty w tym zakresie uznać należy za bezzasadne.

II. Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum INKO do wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji pozycji 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6, 2.2.7, 2.2.8, 2.2.9, 2.2.10, 2.2.20, 2.2.21, 2.2.22, 2.2.23, 2.2.24, 2.2.25, 2.2.26, 2.2.27,

2.2.28, 2.2.29, 2.2.30, 2.2.31, 2.2.32, 2.2.33, 2.2.34, 2.2.36, 2.2.37, 2.2.38, 2.2.39 Formularza Cenowego

(Ad. II.3 Odwołania)

Odnosząc się natomiast do wskazanych wyżej pozycji kosztorysu dotyczących wynagrodzenia ekspertów, Zamawiający zaznacza, iż przedmiotem zamówienia są usługi nadzoru - oparte na pracy intelektualnej, wymagającej doświadczenia oraz umiejętności, także umiejętności organizacyjnych, zatem są to usługi niepoliczalne kosztowo. Tym samym, podstawą kalkulacji ceny oferty są własne założenia i polityka cenowa danego wykonawcy. Nie można zatem abstrahować od indywidualnych okoliczności i warunków, w których działa dany wykonawca albo arbitralnie przyjmować, że każdy wykonawca ponosi identyczne koszty działalności w danej branży. Aby stwierdzić, iż oferta danego wykonawcy winna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę, konieczne jest wykazanie, że dany wykonawca, działający w konkretnych warunkach, nie jest w stanie za określoną cenę wykonać w sposób prawidłowy przedmiotu zamówienia. Konsorcjum INKO w swojej kalkulacji zastosowało się do wymagań nałożonych Rozporządzeniem Rady Ministrów o minimalnej stawce wynagrodzenia, w tym godzinowej, co zdaniem Zamawiającego wyczerpuje wymagania określone w dokumentacji przetargowej. Tym samym nietrafione są twierdzenia Odwołującego, co do przyjętych wyliczeń, tym bardziej, że zgodnie z zapisami SWZ w odniesieniu do ww. ekspertów nie wymagano zatrudnienia tego personelu na postawie umowy o pracę. W tym zakresie, Konsorcjum INKO i personel ekspercki mają dowolność w kształtowaniu łączącego ich stosunku prawnego, swoją współpracę mogą oprzeć na wszelkiego rodzaju umowach cywilnoprawnych (umowy zlecenia, świadczenia usług i inne), zawartych w trybie negocjacji i opartych na zasadzie swobody kontraktowej w zakresie ustalenia należnego ekspertowi wynagrodzenia. Wysokość minimalnej stawki godzinowej w Polsce w 2022 roku określona została w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r. Zgodnie z § 2 Rozporządzenia od 1 stycznia 2022 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 19,70 zł. Wskazana kwota jest kwotą brutto, netto będzie to kwota 14,91 zł (w przypadku, gdy jest to jedyne źródło dochodu). W związku z powyższym, przy przyjęciu minimalnej stawki godzinowej wynikającej z ww. Rozporządzenia oraz 8- godzinnego systemu wykonywania obowiązków, dniówka eksperta wynosiłaby 157,60 zł brutto/ 119,28 zł netto.

Z kolei Konsorcjum INKO w Formularzu Cenowym wyceniło dniówki ekspertów w przedmiotowych pozycjach na kwotę 175,00 zł netto.

Zatem, odnosząc się do poszczególnych dniówek ekspertów, nawet przy założeniu 8 - godzinnego systemu wykonywania obowiązków, przy wysokości 175,00 zł netto na dzień - ekspertowi należy się wyższa stawka godzinowa, aniżeli stawka wynikająca z przepisów prawa tj. Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości

minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w

2022r. Przypomnieć w tym miejscu należy, że Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. wprowadzono minimalne wynagrodzenie za pracę obowiązujące od 1 stycznia 2022 r. w wysokości 3010,00 zł, natomiast ustalona minimalna stawka godzinowa wynosi 19,70 zł. Przepisy odnoszą się zatem wyłącznie do tych dwóch form, w jakich możliwa jest współpraca pomiędzy wykonawcą a osobami, które wykonywały będą czynności, przewidziane w ramach zamówienia.

W § 11 projektu umowy, która zostanie zawarta z wyłonionym w przetargu wykonawcą przewidziano, że personel będzie wykonywał swoje zadania na zasadach i zgodnie z przygotowanym harmonogramem. Pierwszy harmonogram wykonawca przekazuje

Kierownikowi Projektu, w terminie do 7 dni od daty rozpoczęcia świadczenia Usługi w ramach zamówienia (§ 11 ust. 3). Zgodnie z tym postanowieniem harmonogram zawiera harmonogram płatności, określający planowaną liczbę osób personelu, wraz z określeniem ilości dniówek lub półdniówek dla każdej osoby oraz kosztów z tym związanych w każdym miesiącu świadczenia usług oraz uwzględniający terminy mobilizacji zasobów administracyjnych i terminy prowadzenia działań promocyjnych. Harmonogram ten będzie podlegał aktualizacji, w każdym miesiącu świadczenia usług przez wykonawcę. W umowie wskazano również, że harmonogram pracy personelu konsultanta sporządzany jest w oparciu o własną analizę postępu Kontraktu wraz ze wskazaniem liczby dni, w których każdy członek personelu będzie pełnił swoje obowiązki oraz datę rozpoczęcia pracy przez każdego z członków tego personelu. Powyższe zapisy świadczą zatem, że to wykonawca określa ilość dniówek pracy danego specjalisty, w zależności od rzeczywistych potrzeb w tym zakresie. W konsekwencji przewidziane do realizacji zamówienia osoby, wykonujące swoje usługi, nie są obowiązane do realizowania swoich zadań 5 dni w tygodniu, przez 8 godzin. Tym samym możliwa jest sytuacja, w której dany specjalista będzie łączył zatrudnienie w

innym miejscu z wykonywaniem obowiązków w ramach tego Kontraktu. Powyższa okoliczność ma znaczenie o tyle, że Odwołujący w swojej argumentacji pominął zupełnie inne formy współpracy wykonawcy z personelem dedykowanym do realizacji zamówienia. Jedną z takich możliwych form, jest zawarcie umowy zlecenia z osobą fizyczną zatrudnioną w innym podmiocie, która z tytułu tego zatrudnienia osiąga co najmniej minimalne wynagrodzenie. W powyższej sytuacji koszty po stronie wykonawcy będą inne, znacznie niższe niż prezentował to Odwołujący, gdyż w takim wypadku składki emerytalne i rentowe mają charakter dobrowolny, natomiast koszt pracodawcy stanowią jedynie składki na ubezpieczenie zdrowotne (tak też KIO 211/21).

Podobna sytuacja zachodzi w przypadku, gdy wykonawca podejmie współpracę z osobą, która prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą. Wówczas rozliczenia pomiędzy wykonawcą a tą osobą następują w oparciu o wystawioną fakturę, a wykonawca z tego tytułu nie ponosi już żadnych dodatkowych kosztów. Przedsiębiorca, za godzinę pracy, kalkuluje kwotę za godzinę pracy 19,70 zł i taka będzie też wartość faktury, którą wystawi wykonawcy z tytułu świadczenia przez niego usług.

Biorąc pod uwagę minimalną stawkę godzinową, ustaloną na 2022 r. w wysokości 19,70 zł brutto, to przy założeniu 8 - godzinnego dnia pracy daje to kwotę 157,60 zł. Z kolei Zamawiający w §1 wzoru umowy zdefiniował dniówkę jako jednostkę rozliczeniową czasu świadczenia usługi przez Personel Konsultanta wskazaną w Formularzu Cenowym, stanowiącą podstawę rozliczania Usługi zgodnie z Umową, przy czym pod pojęciem dniówki rozumie się przepracowanie w danej dobie co najmniej 8 godzin, przy czym przepracowanie dodatkowej godziny lub godzin ponad obwiązujący dobowy wymiar 8 godzin pracy nie będzie wpływał na zwiększenie wynagrodzenia Konsultanta. To z kolei oznacza, że przy kalkulacji dniówki należało wycenić pracę specjalisty w wymiarze 8 godzin. W konsekwencji uznać należy, że stawka przyjęta w ofercie przez przystępującego na poziomie 175,00 zł jest stawką wystarczającą, pokrywającą koszty wynagrodzenia osób - Personelu Konsultanta.

Nadto Zamawiający dokonał wyliczenia średniej arytmetycznej wszystkich cen jednostkowych za pracę Ekspertów:

Średnia arytmetyczna wszystkich cen jednostkowych za pracę Ekspertów	Oferta Odwołującego	Oferta Konsorcjum INKO
Odcinek 1 S10	219,89	219,00
Odcinek 2 S10	220,38	211,88

Pomiędzy ofertami istnieją różnice, ale są na tyle nieznaczne, że nie uprawniają one w żaden sposób do stwierdzenia, że oferta Odwołującego jest ofertą rynkową, a oferta Konsorcjum INKO już nie. Przygotowując niniejsze stanowisko Zamawiający dokonał zestawienia cen jednostkowych oferowanych przez Odwołującego z cenami oferowanymi przez Konsorcjum INKO.

(....) tu: Tabele 1 i 2

Odwołujący w treści odwołania skupił się na cenach jednostkowych „Innych ekspertów", a zdaniem Zamawiającego należy w toku analizy cen zwrócić również, a może przede wszystkim, uwagę na wycenę dniówek Odwołującego w zakresie „Ekspertów kluczowych", a więc tych członków Personelu Konsultanta, którzy jak sama nazwa wskazuje odgrywać będą kluczową rolę przy uzgadnianiu wszelkich dokumentów wykonawcy robót.

W tym zakresie oferty Odwołującego i Konsorcjum INKO przedstawiają się następująco:

Eksperci Kluczowi - suma	Oferta Odwołującego	Oferta Konsorcjum INKO
Odcinek 1 S10	2 748 475,00	2 976 760,00
Odcinek 2 S10	1 695 975,00	1 703 450,00

Z powyższego zestawienia wyraźnie wynika, że Konsorcjum INKO wyżej wyceniło pracę Ekspertów Kluczowych aniżeli Odwołujący.

W kolejnych punktach swojego pisma Odwołujący wskazuje, że „mediana wynagrodzeń dla stanowiska Specjalista ds. dokumentacji technicznej wynosi 6120 zł brutto". W tym zakresie Odwołujący wycenił dniówkę na 190 zł - przy założeniu pracy 30 dniówek/miesiąc daje to kwotę 5700 zł, co jest kwotą mniejszą aniżeli 6120 zł - a więc sam Odwołujący swoją ofertą zakwestionował postawione w odwołaniu tezy.

Nadto mediana to wartość środkowa, zatem taka osoba może otrzymywać wynagrodzenie wyższe lub niższe. To samo dotyczy przedstawionej mediany wynagrodzeń dla Specjalisty ds. dokumentacji technicznej oraz Specjalistów ds. rozliczeń.

Z powyższych względów twierdzenia Odwołującego o nieuwzględnieniu przez Konsorcjum INKO kosztów pracy specjalistów na poziomie koniecznym przy realizacji niniejszego zamówienia, należy uznać za błędne i bezpodstawne.

Należy także zwrócić uwagę, zarówno w kontekście przedmiotowego zarzutu, jak i zarzutów z pkt. II.1 i II.2 odwołania, na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 listopada 2021r., KIO 3215/21, gdzie Izba wskazała: „daje się zauważyć, zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie, że nie zawsze porównywani cen/stawek ustalonych jako szacunek zamówienia opracowany przez zamawiającego, nie daje wymiernego efektu w kontekście ustalenia czy badania cena ofertowa jest rażąco niska. W tym zakresie, w ocenie Izby, miarodajnym wyznacznikiem są ceny ofert konkurencji, czy też ceny funkcjonujące na rynku danej branży. Skoro zatem ceny obu wykonawców są zbliżone, to nie sposób wywieść, że jedna z nich, niższa w niektórych pozycjach, jest rażąco niska". Tym samym nieuzasadnione są zarzuty odwołującego, naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp z powodu zaniechania czynności wezwania Konsorcjum INKO do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny. Cena oferty danego wykonawcy w kontekście ustalenia czy jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być badana zawsze w odniesieniu do warunków realizacji zamówienia i wynikających z nich kosztów, dostępnych temu wykonawcy. Dlatego też biorąc pod uwagę okoliczności, że w ramach tej umowy możliwa jest współpraca z wymienionymi w formularzu ekspertami nie tylko na podstawie umowy o pracę czy umowy zlecenia, jak też okoliczność, że stawki te mieszczą się w ustalonej przepisami minimalnej stawce godzinowej - zarzuty Odwołującego w ocenie Zamawiającego są niezasadne i nie zasługują na uwzględnienie.

III. Zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie

wykluczenia Konsorcjum INKO z Postępowania pomimo tego, iż jeden z konsorcjantów INKO Consulting sp. z o.o. przedstawił w JEDZ nieprawdziwe informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd

(ad. II.4 odwołania)

W tym miejscu Zamawiający wskazuje, iż na moment dokonywania wyboru oferty najkorzystniejszej tj. w dniu 18 marca 2022 r. nie posiadał wiedzy na temat istnienia przesłanek wykluczenia wobec Konsorcjum INKO, o których mowa w odwołaniu, zatem Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Żaden przepis prawa nie nakazuje Zamawiającemu dokonywania w trakcie prowadzonego postępowania weryfikacji i analizy całego rynku zamówień publicznych pod kątem możliwości wystąpienia przesłanek wykluczenia czy spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców składających oferty w danym postępowaniu. Zamawiający w toku postępowania przetargowego opiera się wyłącznie na dokumentach i oświadczeniach przekazywanych mu przez wykonawców i te dokumenty oraz oświadczenia weryfikuje. Przepisy ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych do ustawy nie przewidują obowiązku pozyskiwania dodatkowych informacji o oferentach, ponad te, których Zamawiający żąda lub może żądać na podstawie przepisów.

Zatem skoro w dniu dokonywania wyboru oferty Konsorcjum INKO jako oferty

najkorzystniejszej, Zamawiający nie miał wiedzy o sytuacji zaistniałej w postępowaniu

prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. pn. „Pełnienie nadzoru nad

opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach projektu POIiŚ

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 - POIiŚ 5.1-14 i wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2020r., KIO 1320/20, nie można czynić Zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Taki zarzut były zasadny w przypadku, gdyby Zamawiający posiadał wiedzę o okolicznościach mogących stanowić przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp, a wykluczenie by nie nastąpiło.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający w momencie dokonywania wyboru oferty najkorzystniejszej miał świadomość, iż wobec Konsorcjum INKO mogą zachodzić przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp, wobec czego nie sprostał w tym zakresie ciążącemu na nim ciężarowi dowodowemu.

Wskazać także należy, że dnia 15 listopada 2021 r. Zamawiający, na wniosek Odwołującego, udostępnił mu ofertę Konsorcjum INKO, w tym JEDZ, zatem od tego dnia Odwołujący wiedział jakich odpowiedzi w JEDZ udzieliło Konsorcjum INKO i skoro według informacji, które posiadał Odwołujący, jeden z konsorcjantów INKO Consulting sp. z o.o. został wykluczony z przywołanego powyżej postępowania mógł powiadomić o tym Zamawiającego już wtedy, czego nie uczynił.

Dowód: pismo z dnia 12.11.2021 r., O/BY.D-3.2410.5.4.1.2021.15.pw, pytanie nr 24 do postępowania wraz z odpowiedzią (komunikacja za pośrednictwem platformy zakupowej pod adresem: (...)

Brak możliwości stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 ustawy Pzp w takim stanie faktycznym potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2021 r., KIO 3467/21, gdzie Izba stwierdziła: „W rozpoznawanym przypadku Izba dokonała oceny czynności i zaniechań zamawiającego, których emanacją było zawiadomienie z dnia 19 listopada 2021 r. Odwołujący nie wykazał, że w tym dniu zamawiający miał świadomość tego, że wobec przystępującego Budimex mogą zachodzić przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że dokonując czynności wyboru najkorzystniejszej oferty nie posiadał informacji dotyczących wykonawcy Budimex. Żaden przepis ustawy P.z.p. nie zobowiązuje zaś zamawiającego do dokonywania poszukiwań "na własną rękę" w celu ustalenia, czy wobec danego wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 16 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, niemniej jednak nie wykazał, by zamawiający dysponował analogicznymi informacjami wobec obu wykonawców, a tylko jednego z nich wykluczył z postępowania. Tym samym w czynnościach i zaniechaniach zamawiającego Izba nie dopatrzyła się naruszenia wskazanych przez odwołującego zasad".

Sygn. akt: KIO 886/22

Odwołujący 2 -Konsorcjum BBC (Odwołujący BBC) podał, że wnosi odwołanie wobec

A. czynności: 1) badania i oceny ofert; 2) wyboru oferty najkorzystniejszej; 3) odrzucenia oferty Odwołującego;

B. ewentualnego zaniechania wezwania do wyjaśnień.

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu:

1) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie INKO Consulting sp. z

o.o., MP Consulting sp. z o.o. i PPT Consult sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum INKO),

podczas, gdy w sytuacji prawidłowej oceny oferty Odwołującego, w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert, to oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne

odrzucenie oferty Odwołującego wynikające z uznania, że Odwołujący podał informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, co do faktu wcześniejszego rozwiązania z Odwołującym umów oraz w zakresie wcześniejszych wykluczeń Odwołującego z powodu podawania nieprawdziwych informacji, podczas gdy prawidłowa ocena winna prowadzić do uznania, że Odwołujący nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd w tym zakresie;

3) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu JEDZ, który ewentualnie zawierał błędy w zakresie informacji dot. przesłanek z art. 109

ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp;

4) art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niejasne uzasadnienie faktyczne odrzucenia

oferty Odwołującego, uniemożliwiające prawidłowe sformułowanie zarzutów odwołania, który nie jest w stanie zidentyfikować, czy oprócz odrzucenia oferty z powodu rzekomego podania informacji wprowadzających w błąd, podstawa decyzji Zamawiającego były również inne przesłanki;

z daleko posuniętej ostrożności, w razie nieuwzględnienia zarzutu z pkt 3) i uznaniu, że podstawę odstąpienia stanowiły w również przesłanki wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 7, 111 pkt 5 lub 6 ustawy Pzp, zarzucił naruszenie:

5) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie przez Zamawiającego, że w ramach wskazanych pkt III li. A) i B) umów Odwołujący, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał istotne zobowiązania wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do rozwiązania umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady podczas, gdy rozwiązanie tych umów nie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego;

6) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 111 pkt 5 i 6 oraz w zw. z 110 ust. 2 ustawy Pzp poprzez ich błędne zastosowanie i uznanie, że:

a) przepisy te mają zastosowanie w odniesieniu do wykluczeń na podstawie art. 24 ust.

1 pkt 16 lub 17 dawnej ustawy Pzp,

b) zaistniały w uprzednio prowadzonych postępowaniach przesłanki do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 dawnej ustawy Pzp;

c) okres karencji udziału w postępowaniach winien być liczony od daty wykluczenia, a nie zaistnienia zdarzenia stanowiącego podstawę wykluczenia;

7) art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dalszego wezwania do wyjaśnień, w sytuacji, gdy informacje wskazane przez Odwołującego w dalszym ciągu budziły wątpliwości Zamawiającego.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) przystąpienie do ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Wskazał, że (.) Odwołujący jest wykonawcą, którego oferta uplasowała się na pierwszym (1) miejscu w rankingu ofert pod względem kryteriów oceny ofert, a zatem posiada interes w uzyskaniu zamówienia objętego Postępowaniem. Gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów wskazanych w petitum Odwołania to oferta Odwołującego zostałaby uznana, jako oferta najkorzystniejsza. Wskutek odrzucenia oferty Odwołującego oraz w świetle powyższego, Odwołujący może ponieść szkodę w związku z niezgodnym z prawem działaniem Zamawiającego, która powinna być rozumiana jako utrata możliwości wygenerowania przez niego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia".

W uzasadnieniu zarzutów wskazał w szczególności na następujące okoliczności (cyt):

1. Stan faktyczny

(.)

2. Zamawiający wskazał w SWZ, że fakultatywna przesłankę wykluczenia stanowią również okoliczności opisane m.in. w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

3. Odwołujący zgodnie z wymaganiami SWZ, złożył wraz z ofertą m.in. dokument JEDZ oraz dokument zatytułowany „Informacja o sytuacjach spornych" z dnia 08.11.2021r., wraz z załącznikiem.

4. W części III pkt C JEDZ, obaj członkowie Konsorcjum (Odwołujący), w pozycjach:

„Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?

oraz

Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji:

a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) zataił te informacje;

c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz

d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?"

- zaznaczyli odpowiedzi „NIE”

5. Zamawiający, w dniu 05.01.2022 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego dokumentu „Informacja o sytuacjach spornych” wraz z załącznikiem, a Odwołujący udzielił wyjaśnień w dniu 10.01.2022r.

6. Zamawiający w dniu 18.03.2022 r., poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania.

7. Odwołujący nie zgadza się z powyższą decyzją wskazując, że została ona podjęta z rażącym naruszeniem dyspozycji przepisów stanowiących podstawę rozstrzygnięcia postępowania w stosunku do oferty Odwołującego.

II. Uzasadnienie zarzutu

Ad. 1 Odwołujący wskazuje, że gdyby nie błędna ocena oferta dokonana przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, oferta Odwołującego nie podlegałaby odrzuceniu, a w świetle ustanowionych kryteriów oceny ofert zajęłaby pierwsze miejsce. Tym samym wybór dokonany przez Zamawiającego obarczony jest wadą i z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, dokonał on wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza.

Ad. 2. Z treści uzasadnienia wynika, że podstawą odrzucenia oferty Odwołującego było przyjęcie przez Zamawiającego, że w związku ze wskazaniem w dokumentach JEDZ odpowiedzi „NIE” w odniesieniu do przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 oraz art. 111 pkt 5 lub 6 ustawy Pzp (wobec wcześniejszego podania informacji wprowadzających w błąd), doszło do podania w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia informacji wprowadzających w błąd, które miały istotne wpływ na podejmowanie decyzji przez Zamawiającego, a podanie tych informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że Zamawiający, czemu zresztą nie zaprzecza w odrzuceniu, otrzymał od Odwołującego wraz z ofertą i dokumentem JEDZ, dokument zatytułowany „Informacja o sytuacjach spornych” wraz z załącznikami. W dokumencie tym i załącznikach znajdowało się wyjaśnienie w odniesieniu zarówno do umów wskazanych w pkt III lit A) i B) uzasadnienia odrzucenia, jak i pkt IV lit. A) - D) uzasadnienia odrzucenia. W dokumentach tych były również wyjaśnienia w zakresie innych umów realizowanych przez Odwołującego, które zostały wcześniej rozwiązane, jednak prawdopodobnie z uwagi na upływ

3 - letniego okresu od daty wypowiedzenia, Zamawiający nie poświęcił tym umowom uwagi w swojej decyzji. Tym samym należy stwierdzić, że Zamawiający otrzymał komplet informacji dotyczących wszystkich umów, które zostały z Odwołującym rozwiązane przed czasem oraz komplet informacji w zakresie sytuacji dotyczących wykluczenia Odwołującego z powodu podania nierzetelnych informacji w postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

To, że w dokumencie JEDZ, Odwołujący zaznaczył w obu pozycjach „NIE”, chociaż zgodnie z tezą Zamawiającego winien zaznaczyć „TAK” jest w tak opisanym stanie faktycznym irrelewantne i z całą pewnością nie sposób przyjąć, że Odwołujący podał nieprawdziwe informacje, gdyż wraz z JEDZ, Zamawiający otrzymał cały komplet informacji.

Nie sposób przy tym się zgodzić, że w pozycjach tych chodzi o wskazanie obiektywnych informacji, a nie subiektywnego nastawienia do przesłanek wykluczenia. O ile jeszcze taka teza byłaby może uzasadniona w przypadku wcześniejszego rozwiązania umowy, gdzie opis odnosi się tylko do faktu, o tyle w pozycji dotyczącej „podania nieprawdziwych informacji”, opis odnosi się do sfery ocennej. Wskazać jednak należy, w obu przypadkach dokument JEDZ należy odczytywać przez pryzmat celu, któremu służy, a dokument JEDZ służy wstępnemu potwierdzeniu, że wykonawca nie podlega wykluczeniu. Skoro więc dany wykonawca ocenia, że nie ziściły się wobec niego podstawy wykluczenia, do których

odnoszą się dane pozycje, to ma prawo wpisać tam informację, zgodną z jego przeświadczeniem.

Abstrahując jednak od powyższych rozważań i przyjmując nawet stanowisko Zamawiającego, że formularz JEDZ powinien być inaczej wypełniony, to wskazać należy, że w świetle przedstawienia dokumentu „Informacje o sytuacjach spornych" wraz z załącznikiem możemy co najwyżej mówić o błędnym wypełnieniu dokumentu JEDZ, a tym samym Zamawiający winien wezwać Odwołującego do jego poprawienia.

Oparcie całej decyzji Zamawiającego na błędnym, w jego ocenie, wypełnieniu JEDZ stanowi jaskrawy przejaw stawiania formalizmu na celem ustawy i brzmieniem przepisu. Odwołujący zgodziłby się z Zamawiającym, że gdyby nie załączył „Informacji o sytuacjach spornych", to wtedy jak najbardziej Zamawiający byłby uprawniony do podjęcia decyzji o odrzuceniu, ale w sytuacji gdy w innym niż JEDZ dokumencie, zawarł informacje na temat zdarzeń, a jedynie uznając (być może błędnie), że w odpowiednich pozycjach należy zaznaczyć „TAK" tylko w sytuacji, gdy faktycznie zachodzą wobec niego przesłanki do wykluczenia nie może stanowić wystarczającej podstawy do odrzucenia oferty.

Spojrzeć wreszcie należy na dyspozycję przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, która wymaga przedstawienia informacji wprowadzających w błąd. W całym uzasadnieniu nie sposób znaleźć wzmianki, które informacje wprowadzały w błąd Zamawiającego, chyba, że za takowe należy uznać stwierdzenie na str. 6-7, że informacje w JEDZ stały w sprzeczności, upraszczając nieco, z dodatkowym dokumentem złożonym przez Odwołującego. Zamawiający nie wskazuje bowiem, że informacje zawarte w „Informacji (...)" zawierają jakieś nieprawdzie informacje, co najwyżej wskazuje, że są niepełne, niekompletne z czego wywodzi, że stanowią celową próbę zatajenia pewnych faktów związanych z realizacją umowy, przy czym wniosek taki jest całkowicie nieuprawniony.

Zwrócić należy bowiem uwagę, że nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający wdrożył procedurę wyjaśniania tych dokumentów jeżeli budziły one jego wątpliwości, co zresztą uczynił, ale zadając jedynie lakoniczne pytanie, na które odpowiedziano zgodnie z wezwaniem.

Ponadto podnieść należy, że przedstawione w toku postępowania informacje w żaden sposób nie mogły wprowadzić Zamawiającego w błąd, skoro otrzymał dane umożliwiające mu weryfikację tego, czy wykonawca podlega wykluczeniu, czy też nie. Jak już wyżej wskazano, odmiennie rzec by się miała, gdyby Wykonawca poprzestał w JEDZ na wyrazach „NIE" i nie przedłożył żadnych dokumentów w tym zakresie. Co najwyżej, Zamawiający na podstawie przedstawionych mu dokumentów, mógł dojść do wniosku, że albo Wykonawca odpowiadając w JEDZ przedstawił swoją ocenę, co do podstaw wykluczenia albo że nie wiedział, jak wypełnić JEDZ. W żadnym jednak wypadku, brak było podstaw do stwierdzenia, że podane informacje są informacjami wprowadzającymi w błąd. Co istotne, w „Informacji (.)", Odwołujący w sposób wyraźny wpisał, dlaczego w JEDZ wskazał odpowiedzi „NIE" i z czego to wynika, a mianowicie z faktu, że - w jego ocenie - nie zachodzą wobec niego przesłanki do wykluczenia. Co najwyżej więc, można tutaj mówić o błędnej interpretacji wymagań w zakresie wypełniania JEDZ.

Ad. 3. Jak wskazano powyżej, stwierdzony stan faktyczny nakazywał, o ile w ogóle to niezbędne w świetle przedstawienia „Informacji (...), do wezwania do poprawienia JEDZ, z uwagi na błędy lub niekompletność.

Ad. 4. Odwołujący wskazuje, że z uzasadnienia nie wynika w sposób jednoznaczny, jakie są podstawy odrzucenia. W ocenie Odwołującego, jedyną faktyczną podstawę odstąpienia stanowi opisana w Ad. 2 sytuacja dotyczą zaznaczenia odpowiedzi w JEDZ. W szczególności Zamawiający nie wskazuje w uzasadnieniu, czy ocenił, iż wcześniejsze rozwiązanie umów lub wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 dawnej ustawy Pzp, stanowią podstawę wykluczenia. Wątpliwość Odwołującego wynika z pkt VIII uzasadnienia, gdzie Zamawiający odwołuje się do braku procedury self-cleaningu, przy czym nigdzie nie wskazuje, do czego ta procedura miałaby się odnosić. Skoro Wykonawca uważa, że nie zachodzą wobec niego przesłanki do wykluczenia z powodu wcześniejszych zachowań, to oprócz opisu stanu faktycznego, który został przedstawiony w postępowaniu, nie musi podejmować żadnych czynności samooczyszczających.

Podnieść przy tym należy, że w żadnym fragmencie uzasadnienia, Zamawiający nie wskazał, że uznaje, iż ziściły się przesłanki wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, czy też w art. 111 pkt 5 lub 6 ustawy Pzp.

Jeżeli natomiast self-cleaning miałby odnosić się do podania nieprawdziwych informacji w obecnym postępowaniu w zakresie JEDZ, to Odwołujący wskazuje, że brak jest podstaw do takiego działania z przyczyn opisanych w Ad. 2.

Ad. 5

Z daleko posuniętej ostrożności jedynie, Odwołujący wskazuje, że w przypadku umów wskazanych w uzasadnieniu, a dotyczących realizacji zamówień na rzecz Towarzystwa Budownictwa Społecznego Warszawa Południe sp. z o.o. oraz Wojskowej Akademii Technicznej, odstąpienia nie nastąpiły z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Okoliczności odstąpienia zostały przedstawione w „Informacji (...)" i załącznikach do niej, co - jak się wydaje - zostało uznane przez Zamawiającego za wystarczające, gdyż nie wskazał w decyzji jako podstawy odrzucenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje, że w przypadku zamówienia na rzecz Towarzystwa Budownictwa Społecznego Warszawa Południe sp. z o.o., podmiotem odpowiedzialnym za odstąpienie był Zamawiający, który wymagał wykonania dodatkowych prac nieobjętych zamówieniem lub oczekiwał wydania dokumentacji, której termin realizacji nie upłynął i to Odwołujący odstąpił od przedmiotowej umowy.

W zakresie zamówienia na rzecz Wojskowej Akademii Technicznej, jak sam stwierdził ten Zamawiający w swojej decyzji, odstąpienie nastąpiło za powstałe opóźnienie. Jak sama nazwa wskazuje, opóźnienie nie oznacza okoliczności leżących po stronie dłużnika, lecz może być wynikiem działania podmiotów trzecich, na które wykonawca nie ma wpływu. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp: "Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady."

Z brzmienia regulacji wynika, że aby doszło do materializacji przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania niezbędne jest wykazanie, że:

a) Wykonawca nie wykonał, nienależycie wykonał lub długotrwale nienależycie wykonywał zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego;

b) Zobowiązanie to było zobowiązaniem istotnym;

c) Finalnie powyższe doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

W ocenie Odwołującego brak jest podstaw do uznania, że okoliczności związane z realizacją tych umów stanowią przesłankę do wykluczenia Odwołującego z Postępowania.

Wykluczenie Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest dopuszczalne jedynie w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Wykluczając Wykonawcę, Zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą. Zamawiający musi także wykazać, że do rozwiązania umowy (lub zasadzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę. Oznacza to, że Zamawiający musi wykazać, czego konkretnie Wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał. Ponadto zobowiązany jest wykazać, że określone we wcześniejszej umowie zobowiązanie, którego Wykonawca nie wykonał lub wykonał nienależycie, było dla tej umowy istotne. W świetle dyrektywy klasycznej oznacza to, że Zamawiający musi wykazać, że Wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależycie w stopniu znaczącym lub nienależyte wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczarce. Rolą Zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych w przepisie przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także dla możliwości skorzystania przez wykonawcę z procedury tzw. samooczyszczenia lub skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej.

Analiza uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazuje, że uznał, iż brak jest podstaw do wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, bowiem w żadnym miejscu nie wskazał, że w jego ocenie to Odwołujący ponosi odpowiedzialność za rozwiązanie tych umów. Ocena zasadności przesłanek wykluczenia nie może opierać się wyłącznie na subiektywnej ocenie sytuacji dokonanej przez inny podmiot zamawiający. Podkreślić bowiem należy, że interes zamawiającego nie zawsze jest tożsamy z interesami wykonawców realizujących zamówienia. Choć co do zasady dążą oni do realizacji jednego celu tj. wykonania zamówienia publicznego, to jednak, jak w każdym zobowiązaniu

kontraktowym, pojawić się mogą spory co do interpretacji zapisów umownych czy dokumentacji stanowiącej podstawę realizacji umowy. Strony mogą dokonywać odmiennej oceny zaistniałych okoliczności faktycznych czy prawnych, to skutkować może sporami w trakcie realizacji umowy. Obiektywna zaś ocena danej sytuacji, to próba podjęcia analizy stanowisk obu stron sporu, analiza materiału dowodowego i ocena mocy dowodowej poszczególnych dokumentów jak i stanowisk stron.

Ad. 6. Również ten zarzut podnoszony jest z ostrożności, gdyż Odwołujący nie wie, czy podstawą odrzucenia oferty nie jest fakt, że Odwołujący został wykluczony z wcześniejszych postępowań na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.

Ad. 6a. W ocenie Odwołującego nie ulega wątpliwości, że art. 111 pkt 5 lub 6 ustawy Pzp może mieć zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy wcześniejsze wykluczenie nastąpiło na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 nowej ustawy Pzp, a nie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 dawnej ustawy Pzp. Powyższy wniosek wynika z trzech zasadniczych okoliczności.

Po pierwsze, gdyby wolą ustawodawcy było odniesienie okresu karencji również do wykluczeń na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 dawnej ustawy Pzp, znalazłoby to wyraźne odzwierciedlenie w postanowieniu.

Po drugie, sankcje wykluczenia należy rozpatrywać raczej opierając się na zasadach prawa karnego, gdyż stanowi swoistego rodzaju karę za niewłaściwe postępowanie. Tym samym, brak jest podstaw do uznania, że sankcja wykluczenia można obejmować zdarzenia występujące przed wprowadzeniem takiej sankcji stosując analogie do zasady „nie ma przestępstwa bez ustawy" i „prawo nie działa wstecz". Skoro wykonawcy nie mieli wiedzy, że z powodu podania „nieprawdziwych" informacji mogą zostać wykluczeniu także z przyszłych postępowań, to pomimo, że takie działanie jak najbardziej naganne i godne potępienia, nie może być dodatkowo sankcjonowane wykluczaniem z kolejnych postępowań.

Po trzecie, w odniesieniu do dawnego art. 24 ust. 1 pkt 16, wskazać należy, że zasadniczo zmienił się opis sankcjonowanego postępowaniu w porównaniu do obecnego art. 109 ust. 1 pkt 8, co oznacza, że tym samym przepisem nie mogą być objęte różne zdarzenia.

Ad. 6b). Odwołujący wskazuje, że sam fakt braku zaskarżenia decyzji Zamawiających w poprzednich postępowaniach nie stanowi wystarczającej podstawy do uznania, że doszło zdarzeń będących przedmiotem wykluczenia. Co najwyżej istnieje pewne domniemanie, ale z uwagi na to, że nie zostało ono usankcjonowane w ustawie Pzp w postaci właśnie domniemania, należy stwierdzić, że Zamawiający winien wykazać te okoliczności. Już w tym miejscu należy stwierdzić, że w postępowaniach wskazanych w pkt VI lit. B), C) i D), Odwołujący nie miał szans na uzyskanie tych zamówień, co powodowało wniesienie środka odwoławczego bezprzedmiotowym, natomiast w przypadku zamówienia wskazanego w pkt VI lit. A), Odwołujący podjął decyzję o zaniechaniu ubiegania się o udzielenie zamówienia, o czym zresztą poinformował Zamawiającego.

Po drugie, Odwołujący wyjaśnił w „Informacji (.), dlaczego w jego ocenie brak było podstaw do wykluczenia go z postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Zamawiający, w swoim uzasadnieniu, w żaden sposób nie odniósł się do tych wyjaśnień.

Decyzje Zamawiających w danym postępowaniu, wiążą Zamawiającego i uczestników tylko w tym postępowaniu, nie korzystają z żadnego domniemania, a tym bardziej nie stanowią żadnej podstawy do działania przez innych Zamawiających.

Odwołujący kwestionuje, że we wskazanych postępowaniach doszło do ziszczenia się przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 dawnej ustawy Pzp, z jednym wyjątkiem, o którym będzie mowa poniżej.

Ad. 6c). Jeżeli Zamawiający zastosował wobec Odwołującego przesłankę wykluczenia na podstawie art. 111 pkt 5 lub 6 ustawy Pzp, to wskazać należy, że Zamawiający całkowicie mylnie przyjął daty, od których należy liczyć okres karencji, co w efekcie doprowadziło do błędnych decyzji. Przyjmując nawet z ostrożności, z czym Odwołujący się nie zgadza, że zaistniały zdarzenia będące podstawą wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 dawnej ustawy pzp i że w ogóle przepis ten ma zastosowanie do takich zdarzeń, to wskazać należy, że oba postanowienia nie odnoszą się do samej decyzji wykluczenia, ale do zaistnienia zdarzeń stanowiących podstawę wykluczenia. Tym samym, Zamawiający winien najpierw ustalić, kiedy w danych postępowaniach nastąpiło podanie nieprawdziwych danych, a następnie wyliczyć właściwy okres karencji. Powyższe ma zasadnicze znaczenie, gdyż w przypadku postępowania VI. Lit. B) uzasadnienia - ewentualne informacje, które stanowiły podstawę wykluczenia zostały złożone na długo przed 14.05.2021r., co oznacza, że okres 1 - rocznej karencji upłynął, przed decyzją Zamawiającego o wykluczeniu z tego postępowania;

Natomiast w odniesieniu do postępowań wskazanych w pkt VI. Lit. A) i C) uzasadnienia - ewentualne informacje, które stanowiły podstawę wykluczenia zostały złożone również wcześniej niż rok od dnia wykluczenia Odwołującego z niniejszego postępowania, przy czym wskazać należy, że absolutnie nie zachodziły w tych postępowaniach wobec Odwołującego podstawy wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 dawnej ustawy Pzp.

W odniesieniu do postępowania wskazanego w pkt VI. Lit. D, Odwołujący wskazuje, że absolutnie nie było podstaw do wykluczenia wykonawcy, gdyż informacje zawarte w dokumentach odpowiadały prawdzie, a spór w istocie rzeczy dotyczył interpretacji warunku udziału w postępowaniu. Jedynie w odniesieniu do postępowania wskazanego w pkt VI. Lit B, Odwołujący wskazuje, że w wyniku zaufania do osoby przekazującej informacje, nie zweryfikował ich i doszło do podania nieprawdziwych informacji, jednak, jak wskazano powyżej podanie informacji nastąpiło wcześniej niż rok liczony od dnia 18.03.2022r., w związku z czym Odwołujący nie podlega wykluczeniu z tytułu tego postępowania.

Ad. 7. Odwołujący wskazuje, że jeżeli jakiekolwiek informacje zawarte w dokumencie „Informacja (.)" załącznikach do tego dokumentu lub JEDZ, Zamawiający winien wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Zaniechanie tej czynności, jak widać, doprowadziło Zamawiającego do podjęcia całkowicie błędnych decyzji w postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 12/04/22) stwierdził, że: (.) zarzuty podniesione w treści Odwołania są niezasadne i winny być oddalone w

całości". Podał w szczególności (cyt.):

Ad. 1 i 2

W ocenie Zamawiającego jego czynność polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego była prawidłowa, zaś Konsorcjum BBC nie udowodniło okoliczności przeciwnej. Zamawiający wyeliminował BBC z postępowania, ponieważ stwierdził wypełnienie hipotezy art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. W niniejszym postępowaniu Konsorcjum BBC wraz z ofertą złożyło dokumenty JEDZ, w których każdy z członków Konsorcjum BBC udzielił odpowiedzi „NIE" na pytania w części III: Podstawy wykluczenia, sekcja C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi:

1. „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?".

2. „Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji:

a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) zataił te informacje;

c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz

d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?".

- co stoi w sprzeczności z faktami oraz dokumentami zebranymi w toku badania oferty. Ponadto wraz z ofertą BBC złożyło dokument z dnia 08 listopada 2021r. pt. „Informacja o sytuacjach spornych". W przedmiotowym piśmie Wykonawca przedstawił swoją wersję wydarzeń, w całości obciążając zamawiających winą za nienależytą realizację umów i ich wcześniejsze zakończenie oraz wskazując, że wszelkie wykluczenia z postępowań były niezasadne i Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności z tego tytułu.

Dokument „Informacje o sytuacjach spornych" wzbudził u Zamawiającego szereg wątpliwości, co do prawdziwości oświadczeń składanych przez BBC, wobec czego celem zachowania należytej staranności i celem umożliwienia dokonania prawidłowej i rzetelnej

weryfikacji przedstawionych przez BBC informacji, Zamawiający skierował zapytania do inwestorów zadań wskazanych w ww. dokumencie w przedmiocie m.in. realizacji tychże zadań i ich wcześniejszego zakończenia oraz podstaw i przyczyn wykluczenia z postępowań.

Nadto mając na uwadze konieczność wyjaśnienia okoliczności, na które powoływało się BBC, Zamawiający pismem z dnia 05 stycznia 2022r. wezwał BBC do złożenia wyjaśnień. Wykonawca udzielił odpowiedzi na powyższe wezwanie w dniu 10 stycznia 2022 r. Weryfikacja udzielonych odpowiedzi wskazuje na to, iż Wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego.

Dla zastosowania podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, konieczne jest spełnienie następujących przesłanek: 1) przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, wprowadzającej zamawiającego w błąd, 2) przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa, 3) informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Zarówno w orzecznictwie jak i w doktrynie wskazuje się, że do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp wystarczy, aby przedstawione informacje cechowały się zdolnością do wprowadzenia w błąd. Zamawiający nie musi zostać skutecznie wprowadzony w błąd (tak: „Prawo zamówień publicznych. Komentarza" pod red. Huberta Nowaka, Matusza Winiarza, UZP Warszawa 2021, str.410).

Przy uzupełnianiu JEDZ nie ma przyzwolenia na dokonywanie przez wykonawcę samodzielnej, subiektywnej oceny czy w stosunku do niego zachodzą przesłanki wykluczenia, albowiem jest to rola zamawiającego. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 marca 2022r., KIO 449/22 (dalej KIO 449/22), „pytanie w JEDZ jest proste, a jego formuła dotyczy obiektywnych zdarzeń i daje zamawiającemu możliwość dokonania sprawdzenia czy problemy, na które natknął się wykonawca w toku realizacji innych inwestycji są na tyle poważne i na tyle wpływają na obraz wykonawcy, że uzasadniają wykluczenie go z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Weryfikacja ta nie będzie możliwa, jeżeli wykonawca nie dokona notyfikacji takich okoliczności w oświadczeniu JEDZ (.)

Niemniej w sytuacji, w której wykonawca nie uznaje się za podlegającego eliminacji, nadal obciąża go obowiązek powiadomienia jednostki zamawiającej o określonych w omawianym pytaniu zdarzeniach (nie zaś o całej historii kontraktowej)(.) warto również zaznaczyć, że konstrukcja JEDZ umożliwia wykonawcy pełne wykazanie niepodlegania wykluczeniu i daje możliwość szerokiego odniesienia się do udzielonych informacji, oczywiście pod warunkiem, że taka informacja zostanie wskazana - po zaznaczeniu odpowiedzi „tak" na sporne pytanie w JEDZ mamy pole do wypełnienia pn. „proszę je opisać", gdzie wykonawca ma możliwość szczegółowego odniesienia się do udzielonej odpowiedzi.

(.) udzielenie odpowiedzi „tak" otwiera drogę do rzetelnego badania zdolności podmiotowej co do okoliczności, które należy zweryfikować w ramach podstawy wykluczenia. Dokument JEDZ jest uniwersalnym oświadczeniem i nie ma przyzwolenia na podawanie w nim informacji wprowadzających w błąd, omawiane pytanie jest proste i daje zamawiającemu podstawę do rzetelnej weryfikacji zdolności podmiotowej wykonawcy. Odwołujący, który zaznaczył odpowiedź „nie", mając na uwadze okoliczności dotyczące przebiegu realizacji umowy na budowę [.], zachował się nieprawidłowo. (.)

Rację ma również zamawiający, który w informacji o odrzuceniu oferty podkreślał, że podanie przez odwołującego prawdy w JEDZ pozwoliłoby jednostce zamawiającej na rzetelną ocenę oferty wykonawcy, także w postaci sprawdzenia czy nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., czego zamawiający został pozbawiony. Inicjatywa w tym zakresie leżała po stronie odwołującego, a profesjonalista zdaje sobie sprawę, że udzielenie negatywnej odpowiedzi w JEDZ będzie miało realny wpływ na ocenę ofert dokonywaną przez zamawiającego, a tym samym na decyzje podejmowane w przetargu".

Konsorcjum BBC zaznaczając w JEDZ odpowiedź „NIE" na ww. pytania samo zamknęło sobie drogę do skutecznego wyjaśnienia okoliczności, które zaistniały przy realizacji wcześniejszych umów oraz we wcześniej prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, a także skutecznego przeprowadzenia procedury samooczyszczenia.

Udzielenie odpowiedzi „NIE" wyraźnie wskazuje na ocenę dokonaną przez Konsorcjum BBC tj., że wykonawca nie znajdował się w żadnej z sytuacji, o której mowa w JEDZ, a która mogłaby stanowić podstawę wykluczenia, co jest niezgodne z ustalonym stanem

faktycznym.

Nie można przyjąć, tak jak sugeruje Odwołujący na str. 7 odwołania, iż w stanie faktycznym sprawy zaznaczenie w JEDZ odpowiedzi „NIE", chociaż winien w ocenie Zamawiającego zaznaczyć „TAK" jest „irrelewantne". Zamawiający także stanowczo nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, iż „Nie sposób przy tym się zgodzić, że w pozycjach tych chodzi o wskazanie obiektywnych informacji, a nie subiektywnego nastawienia do przesłanek wykluczenia".

Zgodnie z art. 125 ust. 1 i 2 ustawy Pzp JEDZ stanowi oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

Jak wskazuje się w doktrynie „Wykonawca wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertą przedkłada deklarację tymczasowo zastępującą dowody (do czasu przedłożenia podmiotowych środków dowodowych), że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria selekcji (w trybach postępowania, w których mają one zastosowanie). To wstępne potwierdzenie przybiera postać oświadczenia wiedzy wykonawcy co do wskazanych okoliczności. Natomiast zgodnie z art. 126 ust. 1 p.z.p. regułą jest, że jedynie wykonawca, którego oferta została oceniona najwyżej, będzie przedkładał na żądanie zamawiającego zestaw oświadczeń oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, a także spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji.

Złożenie oświadczenia o odpowiedniej treści jest obowiązkiem wykonawcy, który składa wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertę - w zależności od trybu, w jakim prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia". (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 125.)

Udzielenie w JEDZ odpowiedzi „NIE" na pytania dotyczące możliwości występowania w stosunku do wykonawcy przesłanek wykluczenia, skutkuje powstaniem u Zamawiającego przekonania, że takie przesłanki nie zachodzą. Powstanie u Zamawiającego takiego przeświadczenia w stosunku do wykonawcy, którego oferta jest najkorzystniejsza, może doprowadzić do wyboru oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) ustawy Pzp, zatem kwestii dotyczącej udzielenia odpowiedzi w JEDZ nie można traktować jako irrelewantnej.

Nadto należy wskazać, że sposób uzupełniania JEDZ nie zależy od subiektywnej oceny i odczuć wykonawcy. Rolą wykonawcy jest przedstawienie Zamawiającemu kompleksowej informacji dotyczącej nieprawidłowości przy realizacji innych zamówień, bądź istnienia innych przesłanek wykluczenia, a rolą Zamawiającego ocena, czy te przesłanki faktycznie zostały wypełnione, czy wykonawca złożył przekonywujące wyjaśnienia w tym zakresie oraz ostatecznie czy podlega wykluczeniu.

Powyższe znajduje potwierdzenie w ugruntowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, np. w wyroku z dnia z dnia 13 grudnia 2021 r. (sygn. akt KIO 3467/21) Izba wskazała: „Aby zamawiający mógł ocenić, czy w przypadku odwołującego zachodzą przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., odwołujący winien przekazać zamawiającemu wszystkie okoliczności dotyczące wskazanej inwestycji. O ile bowiem przesłanki dotyczące niewykonania lub nienależytego wykonania oraz wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy mają charakter obiektywny, o tyle okoliczność, czy nastąpiło to z przyczyn leżących po stronie wykonawcy ma już charakter oceny. Tym też należy tłumaczyć treść pytania zawartego w części III sekcja C JEDZ. Wykonawca ma udzielić odpowiedzi na pytanie o zaistnienie okoliczności faktycznych i obiektywnych, natomiast w sytuacji, gdy odpowiedź na to pytanie brzmi „TAK" - ma udzielić szczegółowych informacji na ten temat tak, aby zamawiający mógł dokonać oceny w zakresie trzeciej przesłanki wykluczenia."

Podobnie Izba orzekła w wyroku z dnia 28 lutego 2022r., KIO 315/22, wskazując: „kwestia, czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy ma charakter oceny i ta ocena nie należy do wykonawcy lecz do Zamawiającego - żeby była możliwa do przeprowadzenia konieczne jest podanie odpowiednich informacji przez wykonawcę."

Stan faktyczny niniejszej sprawy jest taki, że w przypadku Konsorcjum BBC doszło do wcześniejszego rozwiązania (przez odstąpienie) umów na realizację zadań publicznych oraz wykluczono odwołującego z postępowań na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 starej ustawy Pzp. Zgodnie z informacjami, które posiada Zamawiający, doszło do wcześniejszego zakończenia m.in. następujących umów, których stroną był członek Konsorcjum BBC:

1. Wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej remontu kapitalnego zespołu budynków przy ul. Targowej 14 w Warszawie z częściową zmianą sposobu

użytkowania lokali wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w okresie realizacji robót wykonywanych na podstawie ww. dokumentacji (Zamawiający: Towarzystwo Budownictwa Społecznego Warszawa Południe sp. z o.o.); 04.10.2019 r. - odstąpienie od umowy przez BBC (wg pisma BBC z dnia 10.01.2022 r.), 15.10.2019 r. - odstąpienie od umowy przez TBS;

2. Umowa dotycząca opracowania dokumentacji projektowo-kosztorysowej na budowę „Centrum Innowacji Wydziału Cybernetyki"; Zamawiający: Wojskowa Akademia Techniczna);

odstąpienie od umowy przez zamawiającego - 22.12.2020 r.; kary umowne z tytułu odstąpienia - 47 880,00 zł.

Mając na uwadze powyższe okoliczności wskazane w pkt. 1 i 2 powyżej nie ma wątpliwości, że Wykonawca znajdował się niejednokrotnie w sytuacjach, które winny skutkować udzieleniem odpowiedzi „TAK" na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?".

W tym miejscu należy przywołać wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2021 r., gdzie Izba orzekła: „Wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, wysunięte roszczenie odszkodowawcze lub naliczenie kar umownych nie musi być usankcjonowane przez sąd. Nawet zakwestionowanie tych czynności lub roszczeń przed sądem cywilnym nie ma wpływu na wykluczenie wykonawcy. Nadto członkowie Konsorcjum BBC byli wykluczani na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 starej ustawy Pzp z następujących postępowań:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Kompleksowa przebudowa obiektów Palmiarni Poznańskiej - wykonanie koncepcji, prac projektowych, dokumentacji towarzyszącej oraz świadczenie usług zgodnie z zakresem określonym w Umowie, w tym świadczenie usług nadzoru autorskiego (prawo opcji) wraz z uzyskaniem wykonalnego pozwolenia na budowę", nr: PIM/08/20/ZP49/2020-258; Zamawiający: Poznańskie Inwestycje Miejskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, działająca w imieniu i na rzecz Miasta Poznań; podstawa wykluczenia - art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 starej ustawy Pzp; informacja o powtórnym wyborze najkorzystniejszej oferty - 28.01.2021 r.;

2. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją Kontraktu pn.: Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach inwestycji „Budowa i przebudowa trasy tramwajowej w ciągu ul. Kasprzaka i ul. Wolskiej". Nr: DWZ/61/2020; Zamawiający: Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., podstawa wykluczenia - art. 24 ust. 1 pkt 17 starej ustawy Pzp; zawiadomienie o wykluczeniu wykonawcy - 14.05.2021 r.;

3. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla zadania pn. „Budowa nowej siedziby dla Zespołu Szkół Drzewnych i Leśnych im. Jana Kochanowskiego w Garbatce Letnisku"; Zamawiający: Zespół Szkół Drzewnych i Leśnych im. Jana Kochanowskiego w Garbatce-Letnisku; podstawa wykluczenia -art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 starej ustawy Pzp; zawiadomienie o wykluczeniu wykonawcy - 20.05.2020 r.;

4. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie dokumentacji projektowej wraz z nadzorem autorskim dla pierwszego etapu realizacji inwestycji pn.: „Fabryka Pełna Życia - nowe centrum Dąbrowy Górniczej w rejonie ulic: Kościuszki, Kolejowej i Konopnickiej"; Zamawiający: Fabryka Pełna Życia Sp. z o.o.; podstawa wykluczenia - art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 starej ustawy Pzp, zawiadomienie o wykluczeniu wykonawcy - 11.06.2021 r.

Wykonawca nie zaskarżył skutecznie żadnej z ww. czynności wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 starej ustawy Pzp, uznać zatem należy, że podstawa wykluczenia nie była przez niego kwestionowana, a czynności wykluczenia były w pełni skuteczne.

Wykonawca oświadczając w JEDZ, że nie znajdował się w sytuacji, w której doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd, przedstawił informacje niezgodne ze stanem faktycznym, skutkujące uznaniem, że zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp. Należy zwrócić uwagę, że Odwołujący nie podważa informacji przekazanych Zamawiającemu przez inwestorów innych zadań, zatem uznać należy je za prawdziwe, a okoliczności tam wskazane za przyznane przez Konsorcjum BBC.

Podanie przez Wykonawcę w niniejszym przypadku nieprawdziwych informacji było decydujące dla oceny czy w danym przypadku w stosunku do Wykonawcy zachodzą okoliczności stanowiące podstawę wykluczenia. Ocenie podlega czy w momencie złożenia dokumentu JEDZ i udzielenia negatywnej odpowiedzi na pytania Wykonawca przekazał informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, co mogło mieć istotny wpływ na decyzję zamawiającego w postępowaniu.

Nie ulega wątpliwości, że na podstawie informacji zawartych w JEDZ Zamawiający podejmuje decyzję czy w stosunku do wykonawcy istnieją przesłanki do wykluczenia go z postępowania.

Zamawiający opierając się wyłącznie na treści JEDZ złożonych wraz z ofertą przez Konsorcjum BBC mógł uznać, iż w stosunku do ww. Wykonawcy nie zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 oraz art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 ustawy Pzp. Jednak z analizy stanu faktycznego i informacji w posiadanie, których wszedł Zamawiający w toku postępowania wynika, że istniały takie okoliczności i Zamawiający winien móc je zbadać. Zgodnie z zasadą przejrzystości postępowania i uczciwej konkurencji, Wykonawca był zobowiązany do przedstawienia Zamawiającemu rzetelnej i zgodnej ze stanem faktycznym informacji.

W tych okolicznościach, odpowiedź negatywna na ww. pytania zawarte w JEDZ oznacza podanie nieprawdziwych informacji, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, przy czym bez wątpienia można również Wykonawcy przypisać winę w postaci lekkomyślności lub niedbalstwa.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (tj. jest świadomy, że może podawać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego jednak nie dojdzie) lub niedbalstwa (tj. podaje nieprawdziwe informacje nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ustawodawca krajowy, implementując do prawa krajowego art. 57 ust. 4 lit. h Dyrektywy 2014/24/UE wprost wskazał, iż działanie wykonawcy w zakresie złożenia nieprawdziwych informacji nie musi mieć charakteru umyślnego, ale może być to również działanie nieumyślne, tj. działanie niedbałe.

Dodatkowo podkreślić należy, że ocena postępowania wykonawcy biorącego udział w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego winna być oceniana przez pryzmat zawodowego charakteru jego działalności. Zgodnie z art. 355 § 2 KC - należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, że w stosunku do Konsorcjum BBC ziściły się wszystkie przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp, zatem czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenie jego oferty były prawidłowe, a zarzuty odwołania w tym zakresie są bezzasadne.

Ad. 3

Zamawiający wskazuje, że na gruncie stanu faktycznego sprawy brak było podstaw do wzywania Konsorcjum BBC do uzupełnienia lub poprawienia JEDZ, z uwagi na błąd lub niekompletność. Z utrwalonej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej jednoznacznie wynika, iż niedopuszczalnym jest zastąpienie nieprawdziwych informacji informacjami prawdziwymi - tak np. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 czerwca 2012r., KIO 1181/12 „Art. 26 ust. 3 p.z.p. nie ma zastosowania w sytuacji złożenia nieprawdziwych informacji, gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą.” oraz z dnia 24 października 2008r., KIO/UZP 1098/08 „Złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi wyjątek od generalnego obowiązku wzywania do uzupełnienia wynikającego z art. 26 ust. 3 p.z.p., gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W odniesieniu do dokumentu zawierającego informację nieprawdziwą nie można uznać, iż ma się do czynienia z błędem, o którym mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p., który można sanować”. Równie istotny dla rozpoznawania okoliczności niniejszej sprawy jest przywołany wyżej wyrok KIO 449/22, gdzie wskazano: „Co prawda, art. 128 ust. 4 p.z.p. nie wyłącza możliwości prowadzenia postępowania wyjaśniającego poprzez wielokrotne wzywanie wykonawcy, jednakże nie dotyczy to sytuacji, w których wykonawca przedstawił

zamawiającemu informacje wprowadzające go w błąd. Tutaj dyspozycja ustawodawcy jest jednoznaczna, takiego wykonawcę należy wykluczyć (art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p.) a jego ofertę należy odrzucić (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a p.z.p). Przyjęcie innego stanowiska prowadziłoby do sytuacji niedającej się pogodzić z celem postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, jakim jest wybór rzetelnego wykonawcy, w której wykonawca mógłby bezkarnie przedstawiać informacje wprowadzające w błąd na temat swojej przeszłości kontraktowej (zatajając określone fakty), licząc na to, że nawet jeśli zamawiający posiądzie o nich wiedzę, to i tak będzie zobligowany do zwrócenia się do wykonawcy z wnioskami o wyjaśnienia w zakresie przyczyn tych problemów. Taka sytuacja byłaby nieakceptowalna z perspektywy całego systemu zamówień publicznych, oznaczałaby ona wręcz przyzwolenie na podawanie przez wykonawców nieprawdziwych informacji. Przy tym podstawa eliminacji odwołującego z postępowania, czyli art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p., systemowo pełni także rolę prewencyjną, jego celem nie jest tylko wykluczenie nierzetelnych wykonawców ale również zapewnienie, że wykonawcy nie będą zachęcani przez zbyt pobłażliwe normy prawne do usiłowania wprowadzenia w błąd zamawiającego, z ewentualną opcją na „poprawę" czy „późniejsze wyjaśnienie" swojego działania w przypadku, gdy ich zachowanie zostanie wykryte."

Dalej w wyroku KIO 449/22 Izba wskazuje: „Skład orzekający uznał za bezpodstawny także zarzut nr 4 - naruszenia przez zamawiającego art. 128 ust. 1 w zw. z art. 110 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt. 1 i 3 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do poprawienia treści JEDZ oraz umożliwienia przedstawienia dowodów mających zapobiec jego wykluczeniu z postępowania. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinien dawać gwarancję prawidłowego wykonania umowy. Warunkiem skorzystania z przywrócenia wiarygodności zawodowej przez wykonawcę, który powinien podlegać wykluczeniu, jest przyznanie się do popełnionego błędu (podstawy wykluczenia), poprzez złożenie stosownego oświadczenia w JEDZ." Jak wskazuje się w orzecznictwie „to obowiązkiem wykonawcy, który ubiega się o zamówienie, a nie zamawiającego, który dokonuje oceny tych informacji, jest weryfikacja podawanych danych, szczególnie w sytuacji gdy te mają lub mogą mieć wpływ na ocenę złożonej oferty. Stwierdzić zatem należy, że sama możliwość dokonania przez zamawiającego sprawdzenia podanej przez wykonawcę informacji, nie może legitymizować oczywistej niedbałości w podejmowanych przez wykonawcę działaniach i braku rzetelnej weryfikacji okoliczności faktycznych objętych treścią składanych oświadczeń. To wykonawca obowiązany jest do dochowania należytej, przynależnej profesjonaliście staranności przy składaniu oświadczeń w danym postępowaniu" (wyrok Krajowej Izby odwoławczej z dnia 26 października 2020r., KIO 2422/20).

Mając na uwadze brak możliwości uzupełnienia/ poprawienia JEDZ BBC stwierdzić należy, że wobec Konsorcjum BBC zachodzi automatycznie przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp, a zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp uznać należy za bezzasadny.

Ad. 4

Jak wskazuje Krajowa Izba odwoławcza w wyroku z dnia 16 września 2019r., KIO 1688/19, „Zamawiający podaje podstawy prawne (przepis Prawa zamówień publicznych) oraz faktyczne (jaka treść złożonej oferty nie odpowiada jakiej treści SIWZ). Tak opisany obowiązek ustawowy służy celom nie tylko informacyjnym, ale ma doniosłe skutki dla postępowania - wykonawca, znając powody odrzucenia złożonej przez siebie oferty, może albo z nimi się zgodzić, albo polemizować z nimi w drodze środków ochrony prawnej". Należy wskazać, że uzasadnienie odrzucenia oferty BBC, zawarte w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 18 marca 2022r. (O/BY.D-3.2410.5.15.2021.15.pw), spełnia ww. przesłanki. Zamawiający wyraźnie wskazał, iż podstawą odrzucenia oferty Konsorcjum BBC jest art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) ustawy Pzp, a podstawą wykluczenia jest art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przy czym wyczerpująco uzasadnił podstawy podjętej decyzji. Niezrozumiałe jest stanowisko Odwołującego wyrażone na str. 9 odwołania, iż Zamawiający nie wskazuje w uzasadnieniu, czy ocenił, iż wcześniejsze rozwiązanie umów lub wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 dawnej ustawy, stanowią podstawę wykluczenia oraz że w żadnym fragmencie uzasadnienia, Zamawiający nie wskazał, że uznaje, iż ziściły się przesłanki wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, czy też w art. 111 pkt 5 lub 6 Pzp.

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazuje, że art. 111 pkt 5 i 6 ustawy Pzp nie stanowią przesłanek wykluczenia z postępowania.

Kolejno Zamawiający wskazuje, iż art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp stanowi samodzielną podstawę wykluczenia z postępowania. Jest to odrębny przepis, który nie jest uzależniony od stwierdzenia przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp czy innych. „Zamawiający nie ma dodatkowego obowiązku udowodnienia wypełnienia hipotezy art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., aby prawidłowo wykluczyć odwołującego za przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p" (KIO 449/22).

Mając powyższe na uwadze Zamawiający wskazuje, iż nie dopuścił się naruszenia art. 253

ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ad. 5, 6, 7

Z uwagi na ewentualny charakter zarzutów, z ostrożności procesowej Zamawiający w niniejszym piśmie odniesie się do nich pokrótce.

Ad. 5

W pierwszej kolejności Zamawiający raz jeszcze wskazuje, że podstawą wykluczenia Konsorcjum BBC z postępowania był art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, a nie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, co stara się sugerować Odwołujący. Jak już wskazano w pkt ad. 4 odpowiedzi na odwołanie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp zawiera samodzielną podstawę wykluczenia i nie jest uzależniony od dodatkowego badania wypełnienia przesłanek, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Badanie przesłanek wykluczenia z postępowania związanych z niewykonaniem/ nienależytym wykonaniem umowy miałoby miejsce, gdyby Konsorcjum BBC nie wprowadziło Zamawiającego w błąd przy uzupełnianiu JEDZ i rzetelnie poinformowało o nieprawidłowościach przy realizacji wcześniejszych umów, co jednak w niniejszym postępowaniu nie miało miejsca.

Ad. 6a

Kolejno Zamawiający wskazuje, że zgodnie z art. 111 ustawy Pzp, wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Zdarzenie, o którym mowa w ww. przepisie, to moment w którym zamawiający ostatecznie uzyskał przekonanie iż, doszło do niedozwolonego wpływu wykonawcy na jego czynności w postępowaniu i wprowadzenia go w błąd, to znaczy, że wykonawca co najmniej przez swoją lekkomyślność lub niedbalstwo przedstawił mu informacje wprowadzające go w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na jego decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dojście do takiego przekonania poprzedzone jest analizą dokumentów i oświadczeń wykonawcy złożonych w postępowaniu i finalnie przybiera postać konkretnej decyzji zamawiającego że wprowadzenie w błąd nastąpiło tj. czynności zawiadomienia wykonawcy o wykluczeniu go z postępowania. Co istotne, takie działania (zabiegi) wykonawcy mogą nastąpić w innym postępowaniu u innego zamawiającego. Potwierdzenie tego twierdzenia znajduje się w oficjalnym komentarzu UZP do nowej ustawy Pzp: Przepisy art. 109 ust. 1 pkt 9 i 10 Pzp nie wymagają, aby niedozwolony wpływ nastąpił w danym, konkretnym postępowaniu. Podstawę wykluczenia mogą również stanowić wcześniejsze zdarzenia, jakie zaszły w poprzednich postępowaniach, jeżeli zdarzenia będące podstawą wykluczenia zaistniały odpowiednio w okresie 3 lat bądź 1 roku od wykluczenia (art. 111 pkt 4 i 6 Pzp). W przypadku ziszczenia się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 9 lub 10 Pzp nie stosuje się art. 109 ust. 3 Pzp, który przewiduje możliwości odstąpienia od wykluczenia, jeżeli wykluczenie byłoby w oczywisty sposób nieproporcjonalne. (Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, UZP Warszawa 2021).

Tak rozumiane zdarzenie i odesłanie do innych postępowań należy również stosować na gruncie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp tj. wprowadzenia w błąd w przypadku wyższego stopnia winy. Natomiast, oprócz innego opisu samego zachowania wykonawcy w tym przepisie różnicą jest także to, że 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. Przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp nie wymaga, aby wprowadzenie w błąd nastąpiło w danym, konkretnym postępowaniu. Podstawę wykluczenia mogą również stanowić wcześniejsze zdarzenia, jakie zaszły w poprzednich postępowaniach. Zgodnie z art. 111 pkt 5 Pzp chodzi o zdarzenia zaistniałe w okresie ostatnich 2 lat przed wykluczeniem. (Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, UZP Warszawa 2021). Również aktualna instrukcja wypełniania JEDZ (str. 47), dostępna na stronie Urzędu Zamówień Publicznych, w odniesieniu do podstawy wykluczenia opisanej w następujący sposób:

Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji:

a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji;

b) zataił te informacje;

c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz

d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek

zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?

- wyjaśnia, że należy brać pod uwagę wcześniejsze zdarzenia, jakie zaszły w poprzednich postępowaniach.

Poprzednia instrukcja wypełniania JEDZ	Aktualna instrukcji wypełniania JEDZ
W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie wprowadzenia w błąd zamawiającego w niniejszym postępowaniu.	W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie do wprowadzenia w błąd zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Ponadto, podkreślenia wymaga fakt, że ustawodawca nie przewidział w przepisach wprowadzających nową ustawę Pzp zatarcia przewinienia jakie zaistniało w okresie obowiązywania poprzedniej ustawy Pzp, ale zakreślił ramy czasowe w jakich należy się poruszać aby ocenić czyn wykonawcy. Taką postawę ustawodawcy należy uznać za słuszną i racjonalną, zgodną z dobrem publicznym i indywidualnym interesem każdego zamawiającego dążącego do wybrania oferty rzetelnego i profesjonalnego wykonawcy, który z powodzeniem zrealizuje umowę.

Ad. 6b

Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, iż „sam fakt braku zaskarżenia decyzji Zamawiających w poprzednich postępowaniach nie stanowi wystarczającej podstawy do uznania, że doszło do [przyp. Zamawiającego] zdarzeń będących przedmiotem wykluczenia".

W ocenie Zamawiającego jest wręcz odwrotnie, fakt braku zaskarżenia decyzji zamawiających w poprzednich postępowaniach stanowi wystarczają podstawę do uznania, że doszło do zdarzeń będących przedmiotem wykluczenia, w szczególności, że nie były one kwestionowane przez Konsorcjum BBC w postępowaniu odwoławczym. Raz jeszcze Zamawiający wskazuje, że przy uzupełnianiu JEDZ nie ma przyzwolenia na dokonywanie przez wykonawcę samodzielnej, subiektywnej oceny czy w stosunku do niego zachodzą przesłanki wykluczenia, albowiem jest to rola zamawiającego.

Ad. 6c

Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem odwołującego, jakoby całkowicie mylnie przyjął daty, od których należy liczyć okres karencji, co w efekcie doprowadziło do błędnych decyzji. Zgodnie z art. 111 pkt. 5 i 6 ustawy Pzp okres wykluczenia liczy się od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Nawet gdyby uznać, że za „zaistnienie zdarzenia" należy uznać moment otwarcia ofert tj. najdalej wysunięty w postępowaniu przetargowym moment, w którym zamawiający uzyskuje dostęp do oferty wykonawcy, to i tak warunki te uznać należy za spełnione. Wskazać także należy, że istnienie choćby jednego przypadku stanowiącego podstawę wykluczenia z postępowania, czyni to wykluczenie skutecznym. W stosunku do umów realizowanych na rzecz 1) Towarzystwa Budownictwa Społecznego Warszawa Południe sp. z o.o. oraz 2) Wojskowej Akademii Technicznej, które zostały rozwiązane przed terminem, wskazać należy, że do wprowadzenia w błąd doszło w momencie złożenia oferty, a Zamawiający po raz pierwszy zapoznał się z tymi informacjami (przy czym nie wiedział jeszcze, że są one nieprawdziwe) w dniu otwarcia ofert tj. 8 listopada 2021 r.

Natomiast w zakresie postępowań, z których Wykonawca został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, gdyby uznać, że terminy o których mowa w art. 111 pkt 5 i 6 ustawy Pzp należy liczyć od dnia otwarcia ofert (choć można przyjąć, że wprowadzenie błąd miało miejsce później), to okresy te biegłyby od następujących dat:

1) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Kompleksowa przebudowa obiektów Palmiarni Poznańskiej - wykonanie koncepcji, prac projektowych, dokumentacji towarzyszącej oraz świadczenie usług zgodnie z zakresem określonym w Umowie, w tym świadczenie usług nadzoru autorskiego (prawo opcji) wraz z uzyskaniem wykonalnego pozwolenia na budowę" - otwarcie ofert: 22 września 2020 r.,

2) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla zadania pn. „Budowa nowej siedziby dla Zespołu Szkół

Drzewnych i Leśnych im. Jana Kochanowskiego w Garbatce Letnisku" - otwarcie ofert: 28 kwietnia 2020 r.

3) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie dokumentacji projektowej wraz z nadzorem autorskim dla pierwszego etapu realizacji inwestycji pn.: „Fabryka Pełna Życia - nowe centrum Dąbrowy Górniczej w rejonie ulic: Kościuszki, Kolejowej i Konopnickiej" - otwarcie ofert: 16 listopada 2020 r.

Z kolei w stosunku do postępowania prowadzonego pn. Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją Kontraktu pn.: Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach inwestycji „Budowa i przebudowa trasy tramwajowej w ciągu ul. Kasprzaka i ul. Wolskiej", Nr: DWZ/61/2020, wskazać należy, że otwarcie ofert nastąpiło 29 stycznia 2021 r., jednakże w uzasadnieniu wykluczenia z tego postępowania, zamawiający wskazuje na pismo Wykonawcy z 26 kwietnia 2021 r. mające stanowić wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy informacjami zawartymi w ofercie, a informacjami w posiadanie których wszedł zamawiający. Zatem można uznać, że momentem wprowadzenia w błąd było pismo z dnia 26 kwietnia 2021 r.

Raz jeszcze Zamawiający wskazuje, że osobista, autorska ocena Odwołującego, iż przesłanki wykluczenia z ww. postępowań nie wystąpiły lub wykluczenia były bezzasadne, nie mają znaczenia dla rozpoznawania niniejszej sprawy. Wykonawca miał prawo kwestionować je w tamtych postępowaniach, a nie w niniejszym.

Ad. 7

Zamawiający w pkt. ad. 3 w sposób szczegółowy odniósł się do braku podstaw wezwania Konsorcjum BBC do złożenia wyjaśnień i podtrzymuje uzasadnienie w tym zakresie.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie zgłosili po stronie

Zamawiającego:

A. Konsorcjum firm w składzie: INKO Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie; MP Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie; PPT Consult sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy

B. Konsorcjum firm w składzie: MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie oraz Voessing Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy;

C. Wykonawca SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre CEDEX, (Francja);

D. Konsorcjum firm w składzie: Lider: TRANSPROJEKT GDAŃSKI Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku; Partner: „B-ACT" Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy; Partner: EKOCENTRUM - Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu -

- wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania podlegają oddaleniu, albowiem Izba uznała podnoszone w nich zarzuty za niezasadne z następujących powodów:

Sygn. akt: KIO 866/22

Odwołujący 1 - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie i Voessing Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (Konsorcjum MGGP lub Odwołujący MGGP) w odwołaniu podniósł zarzut naruszenia:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum INKO z postępowania, pomimo tego, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. pkt 17.3 IDW oraz § 11 ust. 3 i ust. 16, § 13 ust. 4 i 5 Wzoru Umowy oraz pkt 2.1 OPZ;

2) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum INKO do złożenia wyjaśnień z zakresie sposobu kalkulacji pozycji 1.5 oraz 1.6 Formularza Cenowego pomimo tego, że pozycje te wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów;

3) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum INKO do złożenia wyjaśnień z zakresie sposobu kalkulacji pozycji 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6, 2.2.7, 2.2.8, 2.2.9, 2.2.10, 2.2.20, 2.2.21, 2.2.22, 2.2.23, 2.2.24, 2.2.25, 2.2.26, 2.2.27, 2.2.28, 2.2.29, 2.2.30, 2.2.31, 2.2.32, 2.2.33, 2.2.34, 2.2.36, 2.2.37, 2.2.38, 2.2.39 Formularza Cenowego pomimo tego, że pozycje te wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów;

4) art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 111 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Konsorcjum INKO w sytuacji, w której INKO Consulting Sp. z o. o. w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło w błąd PKP Polskie Linie Kolejowe w Postępowanie LOT A przy przedstawianiu informacji, że INKO Consulting Sp. z o. o. oraz DTŚ spełniają warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.5.2 ppkt 4 SIWZ Tom I - IDW, dotyczący doświadczenia inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym, co zostało potwierdzone w Wyroku KIO 1320/20;

5) art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum INKO z Postępowania w sytuacji, w której INKO Consulting Sp. z o. o. w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd w niniejszym Postępowaniu przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez wskazanie w JEDZ INKO w Części III Sekcji C: PODSTAWY ZWIĄZANE Z NIEWYPŁACALNOŚCIĄ, KONFLIKTEM INTERESÓW LUB WYKROCZENIAMI ZAWODOWYMI na pytanie "Czy wykonawca może potwierdzić, że: nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu

informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji

spełnienia kryteriów kwalifikacji", że INKO może potwierdzić, że nie było winne poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji podczas, gdy w rzeczywistości INKO Consulting Sp. z o. o. dopuściło się poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji spełniania kryteriów kwalifikacji w Postępowaniu LOT A i zostało wykluczone z Postępowania LOT A na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16

ustawy Pzp 2004 r. na skutek Wyroku KIO 1320/20;

6) art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z Postępowania Konsorcjum INKO w sytuacji, w której Konsorcjum INKO Consulting Sp. z o. o. w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd w niniejszym Postępowaniu przy przedstawianiu informacji, że nie podlega

wykluczeniu na podstawie 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez wskazanie w JEDZ INKO w Części Iii Sekcji C: PODSTAWY ZWIĄZANE Z NIEWYPŁACALNOŚCIĄ, KONFLIKTEM INTERESÓW LUB WYKROCZENIAMI ZAWODOWYMI na pytanie "Czy wykonawca może potwierdzić, że: nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu

informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji

spełnienia kryteriów kwalifikacji", iż INKO Consulting Sp. z o. o. może potwierdzić, że nie było winne poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji podczas, gdy w rzeczywistości INKO Consulting Sp. z o. o. dopuściło się poważnego wprowadzenia w błąd PKP PLK przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji spełniania kryteriów kwalifikacji w Postępowaniu LOT A i zostało wykluczone z Postępowania LOT A na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawa Pzp 2004 r. na skutek Wyroku KIO 1320/20, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i w

konsekwencji nakazanie Zamawiającemu:

6) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum INKO, jako najkorzystniejszej;

7) odrzucenie oferty Konsorcjum INKO na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia;

8) wykluczenie Konsorcjum INKO z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 111 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, a w konsekwencji uznanie złożonej przez Konsorcjum INKO oferty jako podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp;

9) wezwanie Konsorcjum INKO w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny w zakresie pozycji 1.5, 1.6 oraz 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6, 2.2.7, 2.2.8, 2.2.9, 2.2.10, 2.2.20, 2.2.21, 2.2.22, 2.2.23, 2.2.24,

2.2.25, 2.2.26, 2.2.27, 2.2.28, 2.2.29, 2.2.30, 2.2.31, 2.2.32, 2.2.33, 2.2.34, 2.2.36, 2.2.37, 2.2.38, 2.2.39 Formularza Cenowego;

10) dokonanie ponownej oceny i badania ofert.

Odwołanie podlega oddaleniu w całości z uwagi na niezasadność podnoszonych w nim zarzutów, co do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Zarzuty dotyczące naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 1 tej ustawy (pkt 1 do 3) nie podlegają uwzględnieniu z następujących powodów:

Jak wskazał Zamawiający: „Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia".

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu jest „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.: Projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz - Toruń, odcinek 1 i odcinek 2"

Zamawiający w dokumentacji przedmiotowego postępowania (SWZ i jej załącznikach) w zakresie spornym określił (po korekcie pozycja 1.4 i 1.5 Formularza cenowego, a nie jak wskazał wykonawca 1.5 i 1.6) wymóg, aby świadcząc usługi nadzoru wykonawca w ramach Personelu zatrudnił:

✓ Personel biurowy: min. 3 osoby dla odcinka 1 i odcinka 2 S10 dla okresu projektowania oraz okresu realizacji robót budowlanych oraz min. 1 osobę dla odcinka 1 i odcinka 2 S10 dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu.

✓ Personel pomocniczy: min. 3 osoby dla odcinka 1 i odcinka 2 S10 dla okresu projektowania oraz okresu realizacji robót budowlanych oraz min. 1 osobę dla odcinka 1 i odcinka 2 S10 dla okresu przeglądów i rozliczenia Kontraktu.

Wykonawca zobowiązany będzie zatem do zatrudnienia min. 3 osób z personelu biurowego i min. 3 osób z personelu pomocniczego tj. łącznie 6 osób łącznie na odc. 1 i 2. Zamawiający - jak podkreślał w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie - nie wskazał ile konkretnie osób wykonawca ma skierować do realizacji danego odcinka oraz w jaki sposób (tj. dla ilu osób) ma kalkulować cenę w danej pozycji Formularza, pozostawiając to do decyzji wykonawcy. Oznacza to, że wykonawcy mogli przykładowo założyć, że na odc. 1 skierują po dwie osoby z personelu biurowego i pomocniczego, a na odc. 2 po jednej osobie i z takim założeniem wyliczą koszty, o których mowa w pkt. 1.4 i 1.5 Formularza Cenowego, ale mogli też te koszty podzielić na pół między oba odcinki. Zamawiający w odpowiedzi wskazał na wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę w Polsce w 2022 r. (wg rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r.) i przedstawił kalkulację kosztu pracodawcy dla 3 pracowników z uwzględnieniem minimalnego

wynagrodzenia. Podobnie dla personelu pomocniczego. Ponadto - uwzględniając praktykę, co jest faktem notoryjnie znanym - należało zgodzić się z Zamawiającym, że na czas urlopu oraz zwolnienia lekarskiego - z zasady - pracodawcy (w tym przypadku wykonawcy) nie zatrudniają i nie są zobowiązani do zatrudniania dodatkowego personelu. W szczególności dotyczy to właśnie pracy wymagającej przeszkolenia stanowiskowego i wdrożenia. Zastępstwo pełnią inne osoby zatrudnione w danej firmie, a zwyczajowo w opisie zakresu obowiązków danego pracownika pracodawca ustala regulacje dotyczące zastępstw na innych, podobnych stanowiskach.

Zgodnie ze Wzorem Umowy (w tym jej § 11 ust. 17 i 18), w przypadku, gdy członek Personelu Konsultanta nie może zostać zastąpiony lub zmieniony, Inżynier Kontraktu lub Konsultant jest zobowiązany najpóźniej w tym samym dniu wskazać spośród Personelu Konsultanta osobę lub osoby wykonujące tymczasowo obowiązki osoby zastępowanej lub zmienianej, przy czym stan taki nie może trwać dłużej niż 3 miesiące oraz Konsultant nie otrzymuje dodatkowego wynagrodzenia z tego tytułu. Zatem brak jest podstaw do domagania się „doliczania" w omawianych pozycjach Formularza Cenowego dodatkowych kosztów związanych z zastępstwem pracowników.

Za niezasadne należy uznać także twierdzenia Odwołującego w zakresie obowiązku zwiększenia kosztów wskazanych w pkt. 1.4 oraz 1.5 Formularza Cenowego o koszt związany z koniecznością wyposażenia stanowiska oraz wykonania obowiązkowych badań lekarskich. Po pierwsze wskazany koszt jest to koszt wyłącznie szacunkowy wyliczony przez

Odwołującego, a nie rzeczywisty koszt jaki ewentualnie przyjęło Konsorcjum INKO. Po drugie pracownicy, którzy zostaną skierowani do realizacji zamówienia jako personel biurowy i pomocniczy posiadają aktualne badania lekarskie. Po trzecie, Zamawiający nie wymaga nowego wyposażenia dla stanowiska pracy. Zgodnie z pkt. 2.2.1. OPZ „Wymaga się, aby Konsultant dysponował sprzętem, oprogramowaniem komputerowym i wyposażeniem, w asortymencie i ilości umożliwiającej należyte wykonanie Usługi", co oznacza, że Zamawiający jedynie wymaga aby Konsultant posiadał sprzęt, nie zobowiązuje go natomiast do zakupu nowego sprzętu na potrzeby realizacji tej umowy.

Zatem argumentacja Odwołującego w tym zakresie - jak zauważył Zamawiający - oparta została na własnych wyliczeniach odnośnie kosztu pracodawcy w przypadku umowy o pracę, które to wyliczenia opierają się na przyjętych przez niego nieuzasadnionych założeniach odnośnie absencji z powodu choroby, nieobecności z tytułu urlopu, wykonania badań lekarskich, a także wyliczonych kosztów wyposażenia danego stanowiska. Niewątpliwie nawet w przypadku umowy o pracę koszty pracodawcy, na które zwraca uwagę Odwołujący, kształtują się różnie w różnych podmiotach. Tym samym wyliczenia w zakresie dodatkowych składników, które w ocenie Odwołującego należy uwzględnić w kosztach pracy będą zależne od przyjętych przez dany podmiot założeń, jego doświadczeń w zakresie prowadzonej działalności czy zasad prowadzenia działalności, a zatem mogą się różnić lub w ogóle nie wystąpić.

W konkluzji Izba stwierdza, że w stanie faktycznym tej sprawy, brak jest podstaw do nakazywania Zamawiającemu kierowania wezwania do Konsorcjum INKO, celem złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji pozycji 1.4 i 1.5 Formularza Cenowego i tym samym zarzuty w tym zakresie - oparte na wątpliwościach Odwołującego - uznać należało za niezasadne.

W odniesieniu do kolejnych pozycji (2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6, 2.2.7,

2.2.8, 2.2.9, 2.2.10, 2.2.20, 2.2.21, 2.2.22, 2.2.23, 2.2.24, 2.2.25, 2.2.26, 2.2.27, 2.2.28, 2.2.29, 2.2.30, 2.2.31, 2.2.32, 2.2.33, 2.2.34, 2.2.36, 2.2.37, 2.2.38, 2.2.39 Formularza

Cenowego) kwestionowanych w odwołaniu, Izba wskazuje z kolei na przepis art. 224 ust.1.Pzp, który stanowi: „Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w

zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych".

Tak jak Zamawiający wskazał, w przedmiotowym Postępowaniu złożono 13 ofert. Z zestawienia ofert wynika, że osiem ofert ma ceny niższe od wartości zamówienia wynoszącej 27 714 759,71 zł brutto - różnica w przedziale od 2 % do 19 %. Z kolei, w odniesieniu do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, która wynosi 26 270 637,11 zł - siedem ofert ma ceny niższe od średniej - różnica w przedziale od 9 % do 15 %.

Izba zwraca uwagę, że Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę: 22 240 564,80 zł, a wybrana oferta Konsorcjum INKO wynosi 22 225 159,05 zł. Różnica pomiędzy tymi ofertami wynosi jedynie 15 405,75 zł. Pięć ofert spośród trzynastu - jak wynika z ich Formularzy - określono na kwotę ca' 22 mln zł, a różnice pomiędzy tymi ofertami liczone są w tysiącach złotych. Zatem, chociażby ta okoliczność nie wskazuje, że cena w ofercie Konsorcjum INKO, wydaje się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna budzić wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Także, że wskazane ceny jednostkowe pozycji, do których Odwołujący odnosi jego wątpliwości, mają charakter rażąco niskich lub nierynkowych.

Wskazane w odwołaniu pozycje kosztorysu dotyczą wynagrodzenia ekspertów. Niewątpliwie, przedmiotem zamówienia są usługi nadzoru oparte - co podkreślał Zamawiający - na pracy intelektualnej, wymagającej indywidualnego doświadczenia oraz umiejętności, także umiejętności organizacyjnych, które to usługi nie są policzalne kosztowo według jednolitej metodologii. Tym samym, podstawą kalkulacji ceny oferty są własne założenia i polityka cenowa danego wykonawcy. Nie można zatem abstrahować od indywidualnych okoliczności i warunków, w których działa dany wykonawca, albo arbitralnie przyjmować, że każdy wykonawca ponosi identyczne koszty działalności w danej branży. Izba zwraca uwagę, że SWZ w odniesieniu do wymienionych ekspertów nie wymaga zatrudnienia tego personelu na postawie umowy o pracę. W tym zakresie wykonawcy, również Konsorcjum INKO i personel ekspercki, mają dowolność w kształtowaniu łączącego ich stosunku prawnego. Taka współpraca może być oparta na różnego typu (rodzaju) umowach cywilnoprawnych (umowy zlecenia, świadczenia usług i innego typu, przykładowo B2B _„Business to Business”),

zawartych w trybie negocjacji i opartych na zasadzie swobody kontraktowej w zakresie ustalenia należnego ekspertowi wynagrodzenia. Przepisy o minimalnym wynagradzaniu odnoszą się wyłącznie do dwóch form, w jakich możliwa jest współpraca pomiędzy wykonawcą a osobami, które wykonywały będą czynności, przewidziane w ramach zamówienia - umowy o pracę i umowy zlecenia.

W konkluzji Izba - za Zamawiającym - stwierdza, że Odwołujący nie wykazał, że kwestionowane ceny jednostkowe pozycji są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, że nie są cenami realnymi, że nie zostały skalkulowane prawidłowo. W związku z powyższym, także w tym przypadku, brak jest podstaw do nakazania Zamawiającemu przeprowadzania procedury wyjaśniania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny ofert. Niewątpliwie cena oferty danego wykonawcy w kontekście oceny czy nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, powinna być badana w odniesieniu do warunków realizacji zamówienia i wynikających z nich kosztów, dostępnych danemu wykonawcy.

Odnosząc się do nieuwzględnionych także zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia Konsorcjum INKO z Postępowania z naruszeniem art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 111 pkt 5 ustawy Pzp art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp z uwagi na przedstawienie w JEDZ przez konsorcjanta INKO Consulting sp. z o.o. - wg twierdzeń Odwołującego - nieprawdziwych wprowadzających Zamawiającego w błąd informacji, Izba ustaliła, co następuje:

Wnioskowane przez Odwołującego wykluczenie Konsorcjum INKO z postępowania oparte zostało na ustaleniach w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1320/20 (KIO 1320/20), a dotyczących podania nieprawdziwych informacji - w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadzenia w błąd PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (PKP PLK) w postępowaniu pn. ,,Pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach projektu PO/iŚ 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 - POIiŚ 5.1-14 (dalej Postępowanie LOT A") przy przedstawianiu informacji, że INKO Consulting Sp. z o. o. oraz Drogowa Trasa Średnicowa S.A. (DTŚ) spełniają warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.5.2 ppkt 4

SIWZ Tom I- IDW, dotyczący doświadczenia inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, z uwagi na treść JEDZ złożonego we wskazanym postępowaniu LOT A - według wyroku KIO 1320/20 - INKO Consulting Sp. z o. o. dopuściła się poważnego wprowadzenia w błąd PKP PLK przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji spełniania kryteriów kwalifikacji w Postępowaniu LOT A i została wykluczone z Postępowania LOT A na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy z dnia 24 stycznia 2004 r. -

Prawo zamówień publicznych (ustawa Pzp 2004 r.) na skutek wskazywanego wyroku KIO 1320/20.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że w myśl art. 110 ust.1 Pzp: „1. Wykonawca

może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia", a zatem dowolnym, gdy tylko ujawnią się podstawy jego wykluczenia (przed jego zakończeniem aż do zawarcia umowy lub jego unieważnieniem), o ile jak dalej stanowi przepis wykonawca nie poddał się skutecznemu (uznanemu przez zamawiającego za udowodniony) samooczyszczeniu (self- cleaningowi). Tym samym Zamawiający może powoływać się na dokonywaną ocenę opartą na dokumentach i oświadczeniach przekazywanych mu przez wykonawców i te dokumenty oraz oświadczenia weryfikować, ale w konsekwencji nie wyłącznie. Jak już wskazano pozyskanie wiedzy o podstawie wykluczenia od konkurencyjnego wykonawcy, także po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej nie zwalnia zamawiającego z obowiązku zweryfikowania pod kątem przesłanek określonych w Pzp. Także takiej przeszkody nie mogłoby stanowić rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, która tylko ze względów stricte formalnych nie mogłaby orzec o uwzględnieniu takiego zarzutu. Prowadziłoby to bowiem w konsekwencji do zawarcia umowy z naruszeniem prawa i wynikającymi z tego konsekwencjami na gruncie ustawy Pzp.

Jednakże w tej sprawie kluczowe znaczenie ma okoliczność, że powyższe zarzuty zostały oparte na ustaleniach w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 27 lipca 2020 r. sygn. akt: KIO 1320/20 i jego rozstrzygnięciu. W sentencji powoływanego wyroku w punkcie 1 skład orzekający KIO stwierdził:

„1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INKO Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pszczynie oraz Drogowa Trasa Średnicowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach:

- na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu

wprowadzenia zamawiającego w wyniku rażącego niedbalstwa w błąd przy przedstawieniu informacji, że ww. wykonawcy spełniają warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.5.2 ppkt 4 SIWZ Tom I - IDW, dotyczący doświadczenia inspektora nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym,

- na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu przedstawienia w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w

błąd zamawiającego, mających wpływ na ocenę oferty w Kryterium 2 - doświadczenie personelu wykonawcy, Podkryterium 2 (PK2) - Doświadczenie Inspektora Nadzoru w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym;

- na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu przedstawienia w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć wpływ na ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.5.2 ppkt 5 SIWZ Tom I - IDW, dotyczącego doświadczenia geodety;"

Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że w uzasadnieniu do tego wyroku podano (str

3 akapit 1), że: „Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 grudnia 2019 r. pod numerem 2019/S 232-570250. Postępowanie

prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, dalej „ustawa Pzp”).”

Rozpoznawane odwołanie w tym postępowaniu odwoławczym zostało wniesione w

Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp], której przepisy weszły w życie z dniem 1 stycznia 2021 r.

W przedmiotowej sprawie kluczowe było w pierwszej kolejności rozstrzygnięcie, czy na gruncie przepisów ustawy Pzp z dnia 11 września 2019 r., której przepisy weszły w życie z dniem 1 stycznia 2021 r. możliwe było - w związku z art. 111 pkt 5 obecnie obowiązującej ustawy i na jego podstawie wykluczenie Konsorcjum INKO przez Zamawiającego z prowadzonego postępowania na: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.: "Projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz - Toruń, odcinek 1 od węzła Bydgoszcz Południe do węzła Emilianowa wraz z rozbudową OK 25 i odcinek 2 od węzła Emilianowa do węzła Solec" w powołaniu na ustalenia cytowanego wyżej wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2020 r. oparte na art. 24 ust.1 pkt 16 uprzednio obowiązującej i wskazanej ustawy Pzp w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w roku 2019/2020 a dotyczące Konsorcjum, którego liderem był wykonawca INKO Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pszczynie (także Przystępujący w ramach Konsorcjum jako jego lider w niniejszym postępowaniu odwoławczym).

Powoływane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp stanowią:

„Art. 109. 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć

wykonawcę: (...)

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

(.)

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Z kolei art. 111 pkt 5 ustawy Pzp, który odnosi się do okoliczności z art. 109 ust.1 pkt 8 Pzp stanowi:

„Wykluczenie wykonawcy następuje:

5) w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8, na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia; (.).

Izba zauważa, że do okoliczności wymienionych w art. 109 ust.1 pkt 10) Pzp odnosi się punkt 6) w myśl którego: „6) w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10, na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.”

W Ogłoszeniu w Sekcji VI. 3.7). Informacje dodatkowe wskazane zostały przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, również wskazano na te fakultatywne do których odnoszą się zarzuty odwołania, a mianowicie: „7. Z postępowania o udzielenie zamówienia

wyklucza się Wykonawcę, w stosunku do którego zachodzi którakolwiek z okoliczności, o których mowa w art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1), 2) lit. a), 3) w zakresie odnoszącym się do pkt. 2 lit. a), 4)-10) Pzp".

Odnosząc się do spornej kwestii zaniechania wykluczenia Konsorcjum INKO przez Zamawiającego na podstawie wskazanych przepisów obowiązujących ustawy z dnia 11 września 2019r. w zw. z jej art. 111 pkt 5 Pzp - z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.: "Projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz - Toruń, odcinek 1 od węzła Bydgoszcz Południe do węzła Emilianowa wraz z rozbudową OK 25 i odcinek 2 od węzła Emilianowa do węzła Solec", Izba stwierdza, że nie było możliwe wykluczenie Konsorcjum z tego postępowania, jak żąda Odwołujący. Powołane przepisy w obowiązującej ustawie Pzp nie odwołują się do przepisu art. 24 ust.1 pkt 16 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r., której przepisy obowiązują tylko w takim zakresie jak to zostało przewidziane w ustawie z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) [dalej: ustawa Pwu).

Przeciwne stanowisko powodowałoby konieczność nałożenia na wykonawcę sankcji, która nie obowiązywała w dacie zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. W ocenie Izby, taka wykładnia przepisów prowadziłaby do naruszenia zasady nie retroakcji (lex retro non agit). W myśl tej zasady (niedziałania prawa wstecz) niedopuszczalne jest stosowanie do określonych deliktów sankcji nieobowiązującej w dacie ich popełnienia. W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone przykładowo w wyrokach z dnia 19 listopada 2021 r. w sprawach połączonych: KIO 3055/21, KIO 3061/21, KIO 3199/21, KIO 3203/21, KIO 3226/21 oraz w wyroku z dnia 29 listopada 2021 r. KIO 3315/21, w których wskazywano, że (...) Wykonawca, który w poprzednim stanie prawnym dopuścił się takiego działania nie może ponosić skutków, które nie były mu wówczas znane, a które zostały wprowadzone do ustawy w późniejszym czasie. To właśnie temu ma zapobiegać zasada lex retro non agit (...)." I dalej; „skutki wykluczenia z postępowań prowadzonych w 2020 r. nie odnoszą się - według przepisów obowiązujących w dacie ich zaistnienia - do przyszłych postępowań (.)." W tej sprawie warto także wskazać na stanowisko KIO w wyroku z dnia 1 czerwca 2021 r. sygn. akt: KIO 1248/21, w uzasadnieniu którego Izba stwierdziła: „Przede wszystkim przepisy ustawy obowiązującej do 1 stycznia 2021 r., na podstawie których toczy się postępowanie, nie przewidywały w odniesieniu do podstaw wykluczenia wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp okresu, w jakim wykonawca podlega wykluczeniu. Wynika to wprost z art. 24 ust. 7 Pzp, który statuując okres karencji wykonawcy w odniesieniu do wykluczenia na podstawie poszczególnych punktów art. 24 ust. 1, pomija pkt 16 i 17. W związku z tym uznać należy, że wprowadzenie w błąd zamawiającego może nastąpić tylko skutkiem oświadczenia złożonego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a nie w postępowaniu prowadzonym wcześniej. Należy przypomnieć, że przepisy dotyczące podstaw wykluczenia, jako normy o charakterze sankcyjnym, podlegają wykładni ścisłej i nie mogą być rozszerzane na stany faktyczne, których norma nie wymienia. Istotnie, przepisy dotyczące wykluczenia wykonawcy, który wprowadził zamawiającego w błąd, mają na celu ochronę zamawiającego przed udzieleniem zamówienia wykonawcy nierzetelnemu. Jednak te względy celowościowe, nie mogą skutkować wykluczeniem, dla którego ustawa nie przewiduje podstawy prawnej.

Zasady prowadzenia postepowania o udzielenie zamówienia pisemności i przejrzystości nie pozwalają na to, aby zamawiający po złożeniu ofert wywodził z ustawy konsekwencje, które nie są przewidziane w przepisach. Wymaga tego pewność prawa."

Niewątpliwie wykonawca INKO, wchodzący w skład Konsorcjum INKO także w tym postępowaniu, będąc świadomym ewentualnych negatywnych skutków wykluczenia rozciągających się na przyszłość, pozostający w przekonaniu o niezasadności wykluczenia mógłby decyzję zamawiającego kwestionować, chociażby poprzez złożenie środka ochrony prawnej, jakim jest skarga do Sądu, co dla tej sprawy mogło być problematyczne z uwagi na dalsze miejsce jego oferty w rankingu ofert.

Jednakże dla tego stanu faktycznego Izba podkreśla, 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.

Mając na uwadze powyższe ustalenia odwołanie o sygn. akt KIO 866/22 podlega oddaleniu w całości.

Sygn. akt: KIO 886/22

Odwołujący 2 - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie oraz BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. z siedzibą w Żyrardowie (Konsorcjum BBC lub Odwołujący BBC) w odwołaniu podniósł zarzut naruszenia:

1) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór, jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie INKO Consulting sp. z

o.o., MP Consulting sp. z o.o., PPT Consult sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum INKO"), podczas, gdy w sytuacji prawidłowej oceny oferty Odwołującego, w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert, to oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego wynikające z uznania, że Odwołujący podał informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, co do faktu wcześniejszego rozwiązania z Odwołującym umów oraz w zakresie wcześniejszych wykluczeń Odwołującego z powodu podawania nieprawdziwych informacji, podczas gdy prawidłowa ocena winna prowadzić do uznania, że Odwołujący nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd w tym zakresie;

3) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu JEDZ, który ewentualnie zawierał błędy w zakresie informacji dot. przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt. 7, 8, 10 ustawy Pzp;

4) art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niejasne uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego, uniemożliwiające prawidłowe sformułowanie zarzutów odwołania, który nie jest w stanie zidentyfikować, czy oprócz odrzucenia oferty z powodu rzekomego podania informacji wprowadzających w błąd, podstawą decyzji Zamawiającego były również inne przesłanki;

z daleko posuniętej ostrożności, w razie nieuwzględnienia zarzutu z pkt 3) i uznaniu, że podstawę odstąpienia stanowiły w również przesłanki wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 7, 111 pkt 5 lub 6 ustawy Pzp, zarzucił naruszenie:

5) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie przez Zamawiającego, że w ramach wskazanych pkt III li. A) i B) umów Odwołujący, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał istotne zobowiązania wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do rozwiązania umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady podczas, gdy rozwiązanie tych umów nie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego;

6) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 111 pkt 5 i 6 oraz w zw. z 110 ust. 2 ustawy Pzp poprzez ich błędne zastosowanie i uznanie, że:

a) przepisy te mają zastosowanie w odniesieniu do wykluczeń na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 dawnej ustawy Pzp,

b) zaistniały w uprzednio prowadzonych postępowaniach przesłanki do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 dawnej ustawy Pzp;

c) okres karencji udziału w postępowaniach winien być liczony od daty wykluczenia, a nie zaistnienia zdarzenia stanowiącego podstawę wykluczenia;

7) art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dalszego wezwania do wyjaśnień, w sytuacji, gdy informacje wskazane przez Odwołującego w dalszym ciągu budziły wątpliwości Zamawiającego.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; 2) przystąpienie do ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołanie podlega oddaleniu w całości z uwagi na niezasadność podnoszonych w nim zarzutów, co do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który to zarzut Odwołujący oparł na twierdzeniu, że niejasne jest „uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego, uniemożliwiające prawidłowe sformułowanie zarzutów odwołania, który nie jest w stanie zidentyfikować, czy oprócz odrzucenia oferty z powodu rzekomego podania informacji wprowadzających w błąd, podstawą decyzji Zamawiającego były również inne przesłanki".

Zamawiający w piśmie z dnia 18 marca 2022 r. w uzasadnieniu decyzji wykluczenia Konsorcjum BBC z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (str 5 do 26 oraz podkreślenia zamawiającego) wskazał w szczególności na następujące okoliczności

(cyt.):

„Uzasadnienie prawne:

art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp - oferta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Uzasadnienie faktyczne:

Konsorcjum BBC zostało wykluczone z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp".

(...)

II. Argumentacja na potwierdzenie przedstawienia informacji wprowadzających w błąd, poprzez zaznaczenie w JEDZU-u każdego członka konsorcjum BBC odpowiedzi „NIE" na pytanie:

"Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązania przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?"

Zamawiający po dokonaniu analizy:

a) dokumentu „Informacja o sytuacjach spornych" z dnia 08 listopada 2021r.

b) wyjaśnień z dnia 10 stycznia 2022 r.,

c) dokumentów i informacji pozyskanych od inwestorów zadań wskazanych w dokumencie z dnia 08 listopada 2022r.

ustalił, co następuje:

A. Przedmiot umowy:

Umowa dotycząca wykonania kompleksowej dokumentacji projektowo- kosztorysowej remontu kapitalnego zespołu budynków z częściową zmianą sposobu użytkowania lokali i pełnieniem nadzoru autorskiego w okresie realizacji robót wykonywanych na podstawie ww. dokumentacji (nazwa zadania z pisma Wykonawcy z dnia 08.11.2021 r.)

Wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej remontu kapitalnego zespołu budynków przy ul. Targowej 14 w Warszawie z częściową zmianą sposobu użytkowania lokali wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w okresie realizacji robót wykonywanych na podstawie ww. dokumentacji (pełna nazwa zadania ustalona po weryfikacji Zamawiającego)

Strony umowy:

Zamawiający; Towarzystwo Budownictwa Społecznego Warszawa Południe sp. z o.o. (dalej: TBS)
Wykonawca: BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. (siedziba: Al. Jerozolimskie 155 lok. U3,

02-326 Warszawa) i BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. (siedziba: ul. Gen. Bema 42A, 96-300 Żyrardów) - tożsame konsorcjum jak występujące w niniejszym postępowaniu.

Wg informacji zawartych w piśmie BBC z dnia 08.11.2021 r. (Informacja o sytuacjach spornych); „W ramach realizacji tej inwestycji powstał spór wynikający z nadinterpretacji postanowień umownych przez zamawiającego, który w sposób dowolny kreował dodatkowe (niewynikające z umów) obowiązki BBC, kwestionując bezpodstawnie prawidłowość wykonywanych prac oraz żądając dokumentacji, której termin wydania jeszcze nie nastąpił, tj. zamawiający w ramach realizacji danego etapu prac oczekiwał dokumentacji, która zastrzeżona była dla etapów późniejszych. W ramach każdych z tych zadań oświadczenie o odstąpieniu od umowy z winy zamawiającego zostało także złożone przez BBC."

Zamawiający, celem weryfikacji tych okoliczności, dokonał przeglądu stron internetowych inwestora, pobrał informacje z platformy zakupowej dotyczącej postępowania dla przedmiotowej umowy i pozyskał informacje od TBS w drodze dostępu do informacji publicznej.

GDDKiA Oddział w Bydgoszczy zwrócił się do TBS Warszawa Południe z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej w zakresie odstąpienia od umowy. TBS pismem z dnia 10.02.2022 r. poinformował, że; „W związku ze stwierdzeniem nienależytego wykonania postanowień umownych przez Projektanta, wystąpieniem okoliczności uzasadniających nałożenie na Projektanta kar umownych i brakiem współpracy Projektanta w zakresie realizowania przedmiotu umowy, w tym nie usunięcie wad i braków w wyznaczonym terminie, Towarzystwo Budownictwa Społecznego Warszawa Południe Sp. z o.o. w dniu 15.10.2019 r. w całości odstąpiło z winy Projektanta od Umowy nr TBS/U/24/2019 z dnia 15.05.2019 r. opierając się na zapisach § 12 ust 1 pkt 2) oraz 7 ust. 5 Umowy oraz przepisach Kodeksu Cywilnego art. 491 § 1 i 636 § 1.".

Odstępując do umowy TBS powołało się na § 12 ust. 1 pkt 2 umowy tj.:

Zamawiający ma prawo odstąpić od Umowy w przypadkach wskazanych w obowiązujących przepisach prawa, a także Zamawiający ma prawo do odstąpienia Umowy w każdym czasie bez wyznaczenia dodatkowego terminu w przypadku stwierdzenia nienależytego wykonania postanowień umownych przez Projektanta lub wystąpienia okoliczności uzasadniających nałożenie na Projektanta kar umownych (§ 11) w terminie do 30 dni od daty powzięcia wiadomości przez Zamawiającego o zaistnieniu tych okoliczności, w tym w szczególności w przypadku gdy;

(...)
2) Projektant realizuje Przedmiot Umowy w sposób niezgodny z Umową - w terminie do 30 dni od daty powzięcia wiadomości przez Zamawiającego o zaistnieniu ww. okoliczności. oraz na § 7 ust. 5 umowy tj.:

W przypadku niewprowadzenia zmian, uzupełnień, poprawek lub nieusunięcia przez Projektanta wad lub braków w wyznaczonym terminie, Zamawiający może zlecić usunięcie wady osobie trzeciej w zastępstwie Projektanta i na jego koszt po uprzednim pisemnym powiadomieniu Projektanta, z jednoczesnym zastosowaniem odpowiednich zapisów dotyczących kar umownych lub obniżyć wynagrodzenie Projektanta odpowiednio do zmniejszonej wartości użytkowej lub technicznej Dokumentacji albo odstąpić od Umowy uprzednio wyznaczając Projektantowi termin na usunięcie wad lub braków.

(treść na podstawie wzoru umowy załączonego do SIWZ)

TBS poinformowało również, że naliczyło wykonawcy kary umowne za: „zwłokę w wykonywaniu umowy, za nieuzasadnioną nieobecność właściwych przedstawicieli projektanta na spotkaniach dotyczących konsultacji oraz za odstąpienie od umowy".

Nadto TBS poinformowało, że w Sądzie Okręgowym w Warszawie prowadzone jest postępowanie sądowe zainicjowane pozwem wykonawcy i przedmiotem postępowania jest także pozew wzajemny złożony przez TBS.

Na podstawie uzyskanych informacji ustalono następującą chronologię zdarzeń:

16.10.2018 r. - ogłoszenie o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego,

24.04.2019 r. - wybór oferty BBC jako najkorzystniejszej,

15.05.2019 r. - zawarcie umowy,

04.10.2019 r. - odstąpienie od umowy przez BBC (wg pisma BBC z dnia 10.01.2022 r.),

30.10.2019 r. - odstąpienie od umowy przez TBS (wg pisma BBC z dnia 10.01.2022 r.),

15.10.2019 r. - odstąpienie od umowy przez TBS (wg pisma TBS z dnia 10.02.2022 r.)

Strony ustaliły termin realizacji przedmiotowej umowy na 480 dni czyli 16 miesięcy, natomiast odstąpienie od umowy nastąpiło już po 5 miesiącach od jej zawarcia.

Realizacja umowy była podzielona na etapy. Pierwszy etap to wykonanie i przekazanie Zamawiającemu inwentaryzacji i ekspertyzy technicznej (I Etap) - do 90 dni od podpisania Umowy. Kolejne etapy były do wykonania w terminie 210 dni oraz 480 dni od podpisania umowy. Tym samym można by przypuszczać, że spór powstał podczas realizacji pierwszego etapu.

Wykonawca, jako dowód na okoliczność sposobu realizacji przedmiotowej umowy, przedstawił niezależną prywatną opinię biegłego sądowego sporządzoną przez mgr inż. M. K. (zwany dalej Ekspertem), działającego w imieniu CAS sp. z o.o. Zamawiający z ostrożności i mając na uwadze obowiązek rzetelnego wyjaśnienia wszelkich okoliczności budzących jego wątpliwości w trakcie prowadzenia postepowania o udzielenie zamówienia publicznego, podjął próbę analizy przedstawionego dokumentu.

Należy zwrócić uwagę, że Wykonawca załączył wyłącznie str. 1, 2, 3, 72 i 99 opinii z dnia 31.01.2020r., co uniemożliwia jej pełną analizę i w efekcie w ocenie Zamawiającego taki dokument nie może stanowić wiarygodnego dowodu na poparcie twierdzeń BBC. Należy zwrócić uwagę na fakt, że z przedstawionych fragmentów opinii nie wynika wprost jakiej inwestycji ona dotyczy. Jej lakoniczny tytuł nie jest zgodny z pełną nazwą umowy zawartej z TBS. W toku analizy fragmentów załączonej opinii GDDKiA Oddział w Bydgoszczy stwierdził, że wartość zamówienia wskazana w opinii tj. 1 332 951,00 zł, jest zgodna z informacją z otwarcia ofert, co pozwala przypuszczać, że opinia dotyczy umowy zawartej dnia 15.05.2019 r. z TBS na „Wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej remontu kapitalnego zespołu budynków przy ul. Targowej 14 w Warszawie z częściową zmianą sposobu użytkowania lokali wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w okresie realizacji robót wykonywanych na podstawie ww. dokumentacji".

W ocenie Zamawiającego opinia CAS to tak naprawdę stanowisko BBC w zakresie rozliczenia umowy. Wiadomym jest, że nawet jeśli nastąpi odstąpienie od umowy to strony umowy muszą się wzajemnie rozliczyć za wykonane prace. Sam fakt, że w ocenie Eksperta istnieją jakieś należności do zapłaty na rzecz wykonawcy nie przesądza jeszcze o przyczynach odstąpienia ani o winie którejkolwiek strony za wcześniejsze zakończenie umowy. BBC nie przedstawił żadnych innych obiektywnych informacji (pism, dowodów) dotyczących przyczyn odstąpienia i braku swojej winy. BBC ograniczyło się jedynie do lakonicznego stwierdzenia, że spór wyniknął z nadinterpretacji postanowień umownych przez zamawiającego, przy czym nie wyjaśnił konkretnie na czym ta nadinterpretacja miałaby polegać, dlaczego w jego ocenie jest błędna i co z niej w efekcie wynika.

Nadto Wykonawca jako załącznik do „Informacji o sytuacjach spornych" przedłożył pierwsze dwie strony z pozwu przeciwko zamawiającemu TBS, przy czym z załączonego fragmentu pozwu nie wynika jakich roszczeń dotyczy i z jakiego tytułu. Sam Wykonawca nie wyjaśnia także na jaką okoliczność przedkłada skan dwóch pierwszych stron pozwu i czego mają one dowodzić, zatem zdaniem Zamawiającego dokonanie oceny takiego dokumentu i wyciąganie z niego jakichkolwiek wniosków jest niemożliwe.

Zamawiający z tak przedstawionej dokumentacji nie jest w stanie wywieść nawet podstawowych informacji dotyczących realizowanej umowy, naliczenia kar umownych za naruszenia postanowień umownych, przyczyn odstąpienia od umowy, przedmiotu spraw spornych powstałych między stronami oraz stanowisk stron w powstałym sporze.

Zamawiający stwierdza, że przedstawienie tak lakonicznych i wybiórczych informacji przez BBC stanowi celową próbę zatajenia pewnych faktów związanych z realizacją umowy i uniknięcia przedstawienia prawdziwych okoliczności związanych z jej wcześniejszym zakończeniem.

B. Przedmiot umowy:

Umowa dotycząca opracowania dokumentacji projektowo-kosztorysowej na budowę „Centrum Innowacji Wydziału Cybernetyki".

Strony umowy:

Zamawiający: Wojskowa Akademia Techniczna (dalej: WAT)

Wykonawca: BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. (siedziba: Al. Jerozolimskie 155 lok. U3, 02-326 Warszawa) i BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. (siedziba: ul. Gen. Bema 42A, 96-300 Żyrardów) - tożsame konsorcjum jak występujące w niniejszym postępowaniu.

Wg informacji zawartych w piśmie BBC z dnia 08.11.2021 r. (Informacja o sytuacjach spornych): „W ramach przedmiotowego zadania inwestycyjnego zamawiający złożył oświadczenie odstąpieniu od umowy z uwagi na opóźnienie w realizacji prac. Opóźnienie to było wywołane okolicznościami całkowicie niezależnymi od Wykonawcy. Po pierwsze w trakcie prac projektowych pojawiły się znaczne opóźnienia w ramach toczących się postępowań administracyjnych (co ważne na chwilę odstąpienia, Wykonawca posiadał już decyzję w przedmiocie pozwolenia na budowę wobec czego rezultat umowy został osiągnięty). W toku prac pojawiały się także liczne uchybienia ze strony Zamawiającego, które przejawiały się brakiem współdziałania. W szczególności Zamawiający wielokrotnie przez okresy kilkutygodniowe, lub wręcz kilkumiesięczne zwlekał z udzielaniem Wykonawcy pełnomocnictw do reprezentacji Zamawiającego w toczących się postępowaniach administracyjnych, bez których niemożliwym było niezakłócone prowadzenie prac."

Wg informacji zawartych w piśmie BBC z dnia 10.01.2022 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 05.01.2022 r.; „Odstąpienie od umowy dotyczącej opracowania dokumentacji projektowo-kosztorysowej na budowę „Centrum Innowacji Wydziału Cybernetyki", nastąpiło po stronie Zamawiającego poprzez przesłanie oświadczenia o odstąpieniu od umowy dnia 22.12.2020 r."

Tak przedstawione informacje spowodowały powstanie u Zamawiającego istotnych wątpliwości, co do rzetelności BBC i prawdziwości jego twierdzeń, wobec czego GDDKiA Oddział w Bydgoszczy zwrócił się do Wojskowej Akademii Technicznej im. Jarosława Dąbrowskiego z siedzibą w Warszawie, jako zamawiającego, z wnioskiem o udzielenie informacji publicznej.

Celem wyjaśnienia okoliczności związanych z realizacją przedmiotowej umowy, które w ocenie Zamawiającego zostały przedstawione przez BBC celowo w sposób niekompletny i wybiórczy, Zamawiający dokonał także przeglądu stron internetowych WAT i pobrał informacje z platformy zakupowej dotyczącej postępowania przetargowego dla przedmiotowej umowy.

Na podstawie uzyskanych informacji ustalono następującą chronologię zdarzeń:

06.03.2019 r. - ogłoszenie o zamówieniu,

01.10.2019 r. - wybór oferty BBC jako najkorzystniejszej,

04.11.2019 r. - zawarcie umowy, kwota umowy: 588 924,00 PLN brutto,

22.12.2020 r. - odstąpienie od umowy przez zamawiającego WAT.

BBC nie przedstawiło żadnych dowodów dotyczących realizacji tego zamówienia.

Zamawiający stwierdza, że przedstawienie tak lakonicznych i wybiórczych informacji przez BBC stanowi celową próbę zatajenia pewnych faktów związanych z realizacją umowy i uniknięcia przedstawienia prawdziwych okoliczności związanych z jej wcześniejszym zakończeniem.

Według informacji udzielonych przez WAT dnia 27.01.2022 r. w drodze dostępu do informacji publicznej:

„. w związku z odstąpieniem Zamawiającego od umowy, zostały naliczone kary umowne w wysokości 47 880,00 zł.

W związku z realizacją umowy nie są i nie były prowadzone spory sądowe."

Natomiast BBC informuje w piśmie „Informacja o sytuacjach spornych"; „(...) w ramach każdych z zamówień toczą się postępowania sądowe o zapłatę należnego BBC wynagrodzenia za wykonane prace". Powyższe stwierdzenie, wobec informacji uzyskanej od WAT, należy uznać za nieprawdziwe.

Ponadto WAT przekazał skan oświadczenia o odstąpieniu od umowy wraz z wezwaniem do zapłaty kar umownych z dnia 18.12.2020 r. Z treści oświadczenia wynika, że przyczyną odstąpienia było opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy przekraczające 150 dni, a naliczona na podstawie § 8 ust. 1 pkt 4 umowy kara umowna za odstąpienie wynosi 47 880,00 zł.

Ponadto Zamawiający stwierdza, że zgodnie z SIWZ dla przedmiotowej inwestycji termin wykonania zamówienia wynosił: minimum 8 miesięcy i maksymalnie 10 miesięcy od dnia podpisania umowy. BBC otrzymał maksymalną liczbę punktów w postępowaniu przetargowym za proponowany termin realizacji, to oznacza, że zaoferował wykonanie umowy w terminie minimalnym tj. 8 miesięcy. Stwierdzić więc należy, że zestawienie przyjętego terminu realizacji umowy wynoszącego 8 miesięcy (tj. 240 dni) z ponad 150dniowym opóźnieniem w wykonaniu przedmiotu umowy w pełni uzasadniało odstąpienie od umowy przez zamawiającego i naliczenie kary umownej z tego tytułu. W ocenie Zamawiającego wszystkie wyżej wskazane okoliczności pozwalają na uznanie, że BBC dopuściło się rażącego naruszenia warunków kontraktu.

Mając na uwadze powyższe okoliczność opisane w lit. A i B nie ma wątpliwości, że Wykonawca znajdował się niejednokrotnie w sytuacjach, które winny skutkować udzieleniem odpowiedzi „TAK" na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?".

W tym miejscu należy przywołać raz jeszcze wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2021 r.: „Wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, wysunięte roszczenie odszkodowawcze lub naliczenie kar umownych nie

musi być usankcjonowane przez sąd. Nawet zakwestionowanie tych czynności lub roszczeń przed sądem cywilnym nie ma wpływu na wykluczenie wykonawcy. Dowodem nienależytego wykonania

umowy może być w szczególności pozew, protokoły odbioru, korespondencja stron, a nawet notatki ze spotkań (tak: „Prawo zamówień publicznych. Komentarz" pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, UZP Warszawa 2021 , str. 406) (...) Aby zamawiający mógł ocenić, czy w przypadku

odwołującego zachodzą przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.,

odwołujący winien przekazać zamawiającemu wszystkie okoliczności dotyczące wskazanej inwestycji. O ile bowiem przesłanki dotyczące niewykonania lub nienależytego wykonania oraz wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy mają charakter obiektywny, o tyle okoliczność, czy nastąpiło to z przyczyn leżących po stronie wykonawcy ma już charakter ocenny. Tym też należy tłumaczyć treść pytania zawartego w części III sekcja C JEDZ. Wykonawca ma udzielić odpowiedzi na pytanie o zaistnienie okoliczności faktycznych i obiektywnych, natomiast w sytuacji, gdy odpowiedź na to pytanie brzmi „TAK" — ma udzielić szczegółowych informacji na ten temat tak, aby zamawiający mógł dokonać oceny w zakresie trzeciej przesłanki wykluczenia. Nie ulega zatem wątpliwości, że w rozpoznawanej sprawie zaszły okoliczności, wobec których na zawarte w JEDZ pytanie w brzmieniu: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?" należało odpowiedzieć twierdząco.

Odwołujący, udzielając odpowiedzi „NIE" wprowadził zatem w błąd zamawiającego, co uzasadnia jego wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p.)" (KIO 3467/21).

IV. Dodatkowo Zamawiający wskazuje, że BBC załączyło do pisma z dnia 08.11.2021 r. (Informacja o sytuacjach spornych) załączniki, których nie można w żaden sposób powiązać z informacjami oraz inwestycjami przedstawionymi w ww. piśmie. Jednak celem zachowania należytej staranności Zamawiający podjął próbę ich analizy i badania, albowiem uznał za zasadne zweryfikować wszystkie dokumenty przedstawione przez Wykonawcę wraz z ofertą.

W załącznikach do „Informacji o sytuacjach spornych" BBC przedstawił fragmenty kolejnej opinii sporządzonej przez CAS sp. z o.o. - pana mgr inż. D. K. z dnia 19.10.2018 r. (str. 1, 2, 28, 29, 53, 54, 55). W opinii tej mowa o zakończeniu jakiejś nieokreślonej umowy z dniem 13.08.2018 r. na poziomie 82% zaawansowania, jednakże żaden z udostępnionych fragmentów opinii nie określa przedmiotu umowy, daty jej zawarcia ani jej stron, co uniemożliwia jakąkolwiek weryfikację informacji przedstawionych w opinii i przypisanie jej do jakiejkolwiek z inwestycji opisanych w dokumencie „Informacja o sytuacjach spornych". Dla Zamawiającego taki dokument jest całkowicie nieprzydatny do oceny czy wobec Wykonawcy zaistniały przesłanki do wykluczenia z postępowania oraz czy dokonał on skutecznego samooczyszczenia, a jedynie wprowadza chaos informacyjny. Jednakże to co udało się wywnioskować z opinii z dnia 19.10.2018 r. to fakt, że doszło do kolejnego odstąpienia od umowy, którą realizowało BBC, o czym Wykonawca nie poinformował Zamawiającego.

Kolejnym załączonym dokumentem są fragmenty opinii sporządzonej przez CAS sp. z o.o. - pana M. K. z dnia 19.09.2018 r. (str. 1, 2, 27, 28, pkt. 5.5, str. 59, 60, 62, 140, 145, 157, 158). Opinia wskazuje na naruszenie praw autorskich przez zamawiającego na kwotę 98 626,32 zł brutto. Ponownie żaden z udostępnionych fragmentów opinii nie określa przedmiotu umowy, daty jej zawarcia ani jej stron, co uniemożliwia jakąkolwiek weryfikację informacji przedstawionych w opinii i przypisanie jej do jakiejkolwiek z inwestycji opisanych w dokumencie „Informacja o sytuacjach spornych". Jednakże to co udało się wywnioskować z opinii z dnia 19.09.2018 r. to fakt, że doszło do odstąpienia od opisywanej w opinii umowy, którą realizowało BBC, o czym Wykonawca nie poinformował Zamawiającego.

BBC w załącznikach do „Informacji o sytuacjach spornych" przedstawił także pierwszą stronę pozwu z dnia 04.10.2018 r. przeciwko Skarbowi Państwa - Okręgowy Inspektorat Służby Więziennej na kwotę 432.739 zł nie wskazując przy tym jakich roszczeń i jakiej inwestycji spór dotyczy oraz na jaką okoliczność Wykonawca przedstawia Zamawiającemu przedmiotowy fragment pozwu.

Następnie BBC przedstawił pierwszą stronę pozwu z dnia 22.07.2019 r. przeciwko Gminie Miasto Gdańsk - Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska na kwotę 506.965,00 zł po raz kolejny nie wyjaśniając czego spór dotyczy.

Zamawiający nie wie w jakim celu przedstawiono wyżej wskazane dokumenty, czego mają dowodzić i jak je interpretować. Jedyny nasuwający się logicznie wniosek to, że są to dowody na kolejne odstąpienia od umów realizowanych przez BBC jakie miały miejsce.

V. Zgodnie z wytycznymi Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącymi instrukcji wypełniania JEDZ w części III, sekcja C, pytanie dot. wcześniejszych umów „wykonawca składa oświadczenie odnośnie nieprawidłowości w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji w okolicznościach wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (.) W przypadku zaistnienia takich nieprawidłowości formularz wymaga od niego podania szczegółowych informacji na ten temat".

W ocenie Zamawiającego na ww. pytanie JEDZ Wykonawca powinien odpowiedzieć zgodnie z prawdą tj. zaznaczyć odpowiedź „TAK" i opisać okoliczności faktyczne i prawne dotyczące nieprawidłowości związanych z realizacją umowy oraz ich wcześniejszym rozwiązaniem. Pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?" nie ma charakteru subiektywnego. Pytanie zostało sformułowane na tyle jasno, aby Wykonawca mógł odpowiedzieć „tak" lub „nie".

Obowiązkiem Wykonawcy było zatem udzielenie jednoznacznej odpowiedzi na pytanie dotyczące odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji, nie zaś samodzielna ocena przez Wykonawcę przesłanki wykluczenia ww. zakresie, która miałaby determinować odpowiedzi na pytania zawarte w JEDZ.

Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13.12.2021 r. (sygn. akt KIO 3467/21): „Aby zamawiający mógł ocenić, czy w przypadku odwołującego zachodzą przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., odwołujący winien przekazać zamawiającemu wszystkie okoliczności dotyczące wskazanej inwestycji. O ile bowiem przesłanki dotyczące niewykonania lub nienależytego wykonania oraz wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy mają charakter obiektywny, o tyle okoliczność, czy nastąpiło to z przyczyn leżących po stronie wykonawcy ma już charakter oceny. Tym też należy tłumaczyć treść pytania zawartego w części III sekcja C JEDZ. Wykonawca ma udzielić odpowiedzi na pytanie o zaistnienie okoliczności faktycznych i obiektywnych, natomiast w sytuacji, gdy odpowiedź na to pytanie brzmi „TAK" - ma udzielić szczegółowych informacji na ten temat tak, aby zamawiający mógł dokonać oceny w zakresie trzeciej

przesłanki wykluczenia."

Wykonawca oświadczając w JEDZ, że nie znajdował się w sytuacji, w której doszło do wcześniejszego rozwiązania umowy lub nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z wcześniejszą umową, przedstawił informacje niezgodne ze stanem faktycznym, wprowadzające Zamawiającego w błąd.

Dodatkowo wskazać należy, że przepisów ustawy Pzp ani z wytycznych /instrukcji dotyczących zasad wypełnienia JEDZ nie wynika, aby w przypadku, gdy pomiędzy stronami trwa spór, co do sankcji związanych z naliczeniem kar umownych czy też w przypadku gdy inwestor wystawia referencje, Wykonawca był zwolniony z obowiązku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na przedmiotowe pytanie zawarte w JEDZ w części III w sekcji C.

VI. Argumentacja na potwierdzenie przedstawienia informacji wprowadzających w błąd, poprzez zaznaczenie w JEDZU-u każdego członka konsorcjum BBC odpowiedzi „NIE" na pytanie;

„Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji;

a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji;

b) zataił te informacje;

c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz

d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?"

Zamawiający po dokonaniu analizy:

a) dokumentu „Informacja o sytuacjach spornych" z dnia 08 listopada 2021r.

b) wyjaśnień z dnia 10 stycznia 2022 r.,

c) dokumentów i informacji pozyskanych od inwestorów zadań wskazanych w dokumencie z dnia 08 listopada 2022r. ,

ustalił, co następuje:

W piśmie z dnia 08 listopada 2021r. Wykonawca wskazał wcześniejsze inwestycje, gdzie został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 starej ustawy Pzp (obecnie odpowiednio art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp).

Zamawiającego dokonał zestawienia informacji przedstawionych przez Wykonawcę z informacjami pozyskanymi od inwestorów poszczególnych zadań. Przeprowadzona analiza prowadzi do wniosku, iż w następujących postępowaniach doszło do ziszczenia się przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp:

A. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Kompleksowa przebudowa obiektów Palmiarni Poznańskiej - wykonanie koncepcji, prac projektowych, dokumentacji towarzyszącej oraz świadczenie usług zgodnie z zakresem określonym w Umowie, w tym świadczenie usług nadzoru autorskiego (prawo opcji) wraz z uzyskaniem wykonalnego pozwolenia na budowę", nr: PIM/08/20/ZP49/2020-258.

- Zamawiający: Poznańskie Inwestycje Miejskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w

Poznaniu, działająca w imieniu i na rzecz Miasta Poznań,

- Z postępowania wykluczono BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. sp. k. (podmiot występujący w niniejszym postępowaniu jako Lider konsorcjum) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 starej ustawy Pzp,
- Informacja o powtórnym wyborze najkorzystniejszej oferty, w której zawarto uzasadnienie prawne i faktyczne wykluczenia na podstawie ww. przepisów, została przesłana wykonawcy w dniu 28.01.2021 r.

Decyzja zamawiającego nie została zaskarżona poprzez wniesienie środka ochrony prawnej w postaci odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

B. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją Kontraktu pn.: Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach inwestycji „Budowa i przebudowa trasy tramwajowej w ciągu ul. Kasprzaka i ul.

Wolskiej. Nr: DWZ/61/2020

- Zamawiający: Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o.,
- Z postępowania wykluczono BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. sp. k. (podmiot występujący w niniejszym postępowaniu jako Lider konsorcjum) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 starej ustawy Pzp,
- Zawiadomienie o wykluczeniu wykonawcy, w którym zawarto uzasadnienie prawne i faktyczne wykluczenia na podstawie ww. przepisu, zostało przesłane wykonawcy w dniu 14.05.2021 r.

Decyzja zamawiającego nie została zaskarżona poprzez wniesienie środka ochrony prawnej w postaci odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

C. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla zadania pn. „Budowa nowej siedziby dla Zespołu Szkół Drzewnych i Leśnych im. Jana Kochanowskiego w Garbatce Letnisku".

- Zamawiający: Zespół Szkół Drzewnych i Leśnych im. Jana Kochanowskiego w Garbatce-Letnisku,
- Z postępowania wykluczono tożsame konsorcjum tj. BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. sp. k. (Lider) i BBC Best Building Consultants. Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł. Z. (Partner) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 starej ustawy Pzp,
- Zawiadomienie o wykluczeniu wykonawcy, w którym zawarto uzasadnienie prawne i faktyczne wykluczenia na podstawie ww. przepisów, zostało przesłane wykonawcy w dniu 20.05.2020 r.
- Decyzja zamawiającego nie została zaskarżona poprzez wniesienie środka ochrony prawnej w postaci odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

D. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie dokumentacji projektowej wraz z nadzorem autorskim dla pierwszego etapu realizacji inwestycji pn.: „Fabryka Pełna Życia - nowe centrum Dąbrowy Górniczej w rejonie ulic: Kościuszki, Kolejowej i Konopnickiej"

- Zamawiający: Fabryka Pełna Życia Sp. z o.o.,
- Z postępowania wykluczono BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. sp. k. (podmiot występujący w niniejszym postępowaniu jako Lider konsorcjum), między innymi, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 starej ustawy Pzp,
- Zawiadomienie o wykluczeniu wykonawcy, w którym zawarto uzasadnienie prawne i faktyczne wykluczenia na podstawie ww. przepisów, zostało przesłane wykonawcy w dniu 11.06.2021 r.
- Decyzja zamawiającego nie została zaskarżona poprzez wniesienie środka ochrony prawnej w postaci odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Co więcej, wykonawca w dniu 01.07.2021 r. oświadczył w piśmie, iż rezygnuje z dalszego udziału w postępowaniu i tym samym nie zamierza korzystać z jakichkolwiek środków ochrony prawnej.
- W dniu 21.06.2021 r. Wykonawca wystąpił z wnioskiem o reasumpcję stanowiska ws. wykluczenia z postępowania. Ze względu na obszerną dokumentację zgromadzoną w

postępowaniu stanowiącą dowód, iż wystąpiła nawet kwalifikowana forma wprowadzenia w błąd tj. wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, zamawiający Fabryka Pełna Życia Sp. z o.o. w ogóle nie rozważał zmiany swojej decyzji.

Zgodnie z wytycznymi Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącymi instrukcji wypełniania JEDZ w części III, sekcja C, pytanie dot. wprowadzenia w błąd „W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie do wprowadzenia w błąd zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ustawodawca przewidział w tym zakresie fakultatywne przesłanki do wykluczenia z postępowania w art. 109 ust. 1 pkt 8 - 1 0 ustawy Pzp."

Mając na uwadze powyższe okoliczność opisane w lit. A - D nie ma wątpliwości, że Wykonawca znajdował się niejednokrotnie w sytuacjach, które winny skutkować udzieleniem odpowiedzi „TAK" na pytanie „Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji;

a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji;

b) zataił te informacje;

c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz

d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?"

Wykonawca oświadczając w JEDZ, że nie znajdował się w sytuacji, w której doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd, przedstawił informacje niezgodne ze stanem faktycznym, skutkujące uznaniem, że zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp.

VII. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, wraz z określonymi dokumentami i oświadczeniami, obowiązek aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zarówno w orzecznictwie jak i w doktrynie wskazuje się, że do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp wystarczy, aby przedstawione informacje cechowały się zdolnością do wprowadzenia w błąd. Zamawiający nie musi zostać skutecznie wprowadzony w błąd (tak; „Prawo zamówień publicznych. Komentarza" pod red. Huberta Nowaka, Matusza Winiarza, UZP Warszawa 2021, str.410).

Za aktualną należy uznać wypowiedź Krajowej Izby Odwoławczej; „Analizując zaistnienie przesłanki wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 16, należy zauważyć, że posługuje się ona zwrotem w formie dokonanej - «wprowadził w błąd», zatem podstawą wykluczenia [wprowadzenia - przyp. aut.] w błąd nie może być sama próba bądź zamiar wprowadzenia zamawiającego w błąd, a jedynie faktyczne wywołanie u Zamawiającego mylnego wyobrażenia o faktach dotyczących kwestii podlegania wykluczeniu wykonawcy, spełnienia warunków udziału lub kryteriów selekcji. (...) Ustawodawca odmiennie ukształtował przesłankę wykluczenia wykonawcy wyrażoną w art. 24 ust. 1

przedstawionych przez wykonawcę informacji, wystarczającym jest, iż takie wyobrażenie mogło powstać. Istotna jest zatem sama treść informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości

zamawiającego, niezależnie od okoliczności, czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło" (wyrok

KIO z 2.11.2017 r., KIO 2007/17, KIO 2014/17, LEX nr 2406828).

Podnieść należy, jak słusznie podkreślił Sąd Okręgowy w Gdańsku, że decydujący dla ustalenia wpływu na decyzje Zamawiającego jest moment składania nieprawdziwych informacji, a nie skutek jaki powodują one po zapoznaniu się z nimi przez Zamawiającego (Sąd Okręgowego w Gdańsku - XI Wydział Gospodarczy Odwoławczy wyrok z dnia 9 kwietnia 2019 r. XI Ga 206/19, analogicznie wyrok KIO z dnia 04.03.2021 r. sygn. akt. 460/21).

Podanie przez Wykonawcę w niniejszym przypadku nieprawdziwych informacji było decydujące dla oceny czy w danym przypadku w stosunku do Wykonawcy zachodzą okoliczności stanowiące podstawę wykluczenia.

Ocenie podlega czy w momencie złożenia dokumentu JEDZ i udzielenia negatywnej odpowiedzi na

pytania Wykonawca przekazał informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, co mogło mieć istotny wpływ na decyzję zamawiającego w postępowaniu.

Nie ulega wątpliwości, że na podstawie informacji zawartych w JEDZ Zamawiający podejmuje decyzję czy w stosunku do wykonawcy istnieją przesłanki do wykluczenia go z postępowania.

Zamawiający opierając się wyłącznie na treści JEDZ złożonych wraz z ofertą przez Konsorcjum BBC mógł uznać, iż w stosunku do ww. Wykonawcy nie zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 oraz art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 ustawy Pzp. Jednak z analizy stanu faktycznego i informacji w posiadanie, których wszedł Zamawiający w toku postępowania wynika, że zaistniały takie okoliczności i wymagały zbadania przez Zamawiającego. Przy czym wymaga podkreślenia, że brak jest podstaw prawnych do przyjęcia, że to wykonawca udzielając odpowiedzi samodzielnie weryfikuje przesłanki wykluczenia wynikające z ustawy Pzp.

Wykonawca miał świadomość istnienia nieprawidłowości przy realizacji umów wskazanych w „Informacji o sytuacjach spornych" oraz o fakcie i podstawach wykluczeń z postępowań o udzielenie zamówień przywołanych w tym dokumencie. Informacje przedstawione przez Wykonawcę w JEDZ pozostają zatem w oczywistej sprzeczności z rzeczywistością, a ich podanie skutkowało mylnym przekonaniem Zamawiającego, iż nie zachodzą wobec Wykonawcy okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 7, 8 i 10 ustawy Pzp.

Zgodnie z zasadą przejrzystości postępowania i uczciwej konkurencji, Wykonawca był zobowiązany do przedstawienia Zamawiającemu rzetelnej i zgodnej ze stanem faktycznym informacji.

W tych okolicznościach, odpowiedź negatywna na ww. pytania zawarte w JEDZ oznacza podanie nieprawdziwych informacji, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, przy czym bez wątpienia można również Wykonawcy przypisać winę w postaci lekkomyślności lub niedbalstwa.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (tj. jest świadomy, że może podawać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego jednak nie dojdzie) lub niedbalstwa (tj. podaje nieprawdziwe informacje nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ustawodawca krajowy, implementując do prawa krajowego art. 57 ust. 4 lit. h Dyrektywy 2014/24/UE wprost wskazał, iż działanie wykonawcy w zakresie złożenia nieprawdziwych informacji nie musi mieć charakteru umyślnego, ale może być to również działanie nieumyślne, tj. działanie niedbałe.

Dokonując oceny stanu faktycznego sprawy przez pryzmat wystąpienia pozostałych przesłanek uzasadniających wykluczenie Wykonawcy na podstawie art. 109 ust.1 pkt 10 ustawy Pzp, odwołać się należy do również wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 lipca 2018 r., sygn. akt: XXII Ga 849/18 zgodnie, z którym: „Działając na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (tzn. jest świadomy, że może podać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego nie dojdzie) lub niedbalstwa (tzn. podaje nieprawdziwe informacje nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia".

Jeżeli zatem Wykonawca od początku udziału w postępowaniu był świadomy tego, że podawane przez niego w JEDZ informacje dotyczące okoliczności wynikających z art. 109 ust.1 pkt. 7, 8 i 10 ustawy Pzp są informacjami niezgodnymi ze stanem faktycznym, działanie Wykonawcy winno zostać ocenione jako działalnie lekkomyślne, jeżeli natomiast Wykonawca podając w JEDZ obiektywnie nieprawdziwe informacje nie zdawał sobie z tego sprawy, pozostając w nieuzasadnionym okolicznościami przekonaniu, że nie jest zobowiązany do ich podania, w konsekwencji czego wprowadził Zamawiającego w błąd, takie działanie Wykonawcy winno zostać ocenione jako niedbalstwo.

W ocenie Zamawiającego treść złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień wskazuje na to, że możliwe jest przypisanie Wykonawcy co najmniej niedbalstwa przy przedstawianiu Zamawiającemu przedmiotowych informacji polegającego na braku należytego zweryfikowania zgodności z rzeczywistością treści składanych Zamawiającemu oświadczeń.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (tak m.in. wskazano w uzasadnieniu do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2004 r., IV CK 151/03).

Dodatkowo podkreślić należy, że ocena postępowania wykonawcy biorącego udział w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego winna być oceniana przez pryzmat zawodowego charakteru jego działalności. Zgodnie z art. 355 § 2 KC - należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

Niewątpliwie również Wykonawca biorący udział w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego winien zostać uznany za profesjonalistę.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2018 r. , KIO 1983/18 - „Za profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. W tym wypadku wzorzec należytej staranności nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości bowiem, te składane w toku przetargu zmierzają do udzielenia zamówienia publicznego temu właśnie wykonawcy i mają wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego."

Nie może także ulegać wątpliwości, iż Wykonawca mógł i powinien był dokonać realnej i rzetelnej weryfikacji składnego przez siebie oświadczenia w kontekście treści sformułowanych w JEDZ pytań, czego jednak nie uczynił. W konsekwencji, złożenie przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, niezgodnych z rzeczywistością informacji dotyczących okoliczności istotnych dla prowadzonego postępowania, w sposób oczywisty odbiega od miernika należytej staranności przynależnej profesjonaliście.

Uwzględniając przytoczone okoliczności faktyczne i prawne, stanąć należy na stanowisku, zgodnie z którym po stronie Wykonawcy wystąpiła również co najmniej wina nieumyślna, jako przesłanka uzasadniająca jego wykluczenie z udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający dodatkowo podkreśla, iż doktryna i orzecznictwo nie pozostawia wątpliwości co do tego, że możliwość uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji. W wyroku z dnia 13 grudnia 2021 r. (KIO 3467/21) KIO stwierdza; „Izba uznała za nieuzasadniony zarzut ewentualny naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do poprawienia JEDZ z zaznaczeniem odpowiedzi "TAK" w pytaniu dotyczącym realizacji wcześniejszych umów lub art. 110 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie umożliwienia odwołującemu zastosowania procedury tzw. "samooczyszczenia", a w konsekwencji, naruszenie art. 16 pkt 3 ustawy P.z.p. tj. zasady prowadzenia postępowania w sposób proporcjonalny.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że; wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W rozpoznawanym przypadku wskazany wyżej przepis nie znajdzie zastosowania. Wobec uznania za zasadne wykluczenie odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p., za niezasadny należy uznać zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. Wykonawca, który przedstawił informacje, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy

P.z.p., nie jest wzywany do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 109 ust. 1 ustawy P.z.p. Zgodnie bowiem z jednolitą linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, powstałą wprawdzie pod rządami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), lecz mającą zastosowanie również wobec postępowań prowadzonych na podstawie przepisów ustawy P.z.p. z 2019 r., w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji wyłączona jest możliwość uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. (aktualnie art. 128 ust. 1) (tak m.in. wyrok KIO z 2 kwietnia 2015 r., KIO 526/15; wyrok KIO z 11 lutego 2015 r., KIO 177/15, wyrok KIO z 13 lipca 2015 r., KIO 1370/15). Jeżeli wykonawca winny jest wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego zostały wypełnione wszystkie przesłanki wynikające z ww. przepisu. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeśli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

VIII. Dodatkowo Zamawiający wskazuje, że zgodnie z przepisem art. 110 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy Pzp, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki określone w tym przepisie („selfcleaning").

Decyzja zamawiającego o tym, aby wykonawcy nie wykluczać z ubiegania się o zamówienie, następuje każdorazowo po przeprowadzeniu określonej procedury sanacyjnej, w której ten udowodni zamawiającemu, że podjął środki niezbędne, powodujące, że nie popełni on podobnego czynu w przyszłości.

Instytucję „self-cleaning" należy zatem rozumieć w taki sposób, iż wykonawca, wiedząc i mając świadomość co do tego, iż zaistniały wobec niego przesłanki wykluczenia z postępowania, opisane w cytowanych przepisach, korzysta z przysługującego mu uprawnienia do udowodnienia zamawiającemu, że podjął on starania w celu wyeliminowania w przyszłości sytuacji, które miały wpływ na zaistnienie wobec niego przesłanki wykluczenia go z możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne.

To wykonawca w pierwszej kolejności musi wskazać, że zaistniała wobec niego podstawa wykluczenia z postępowania, opisując jednocześnie jakie działania naprawcze podjął w celu wyeliminowania podobnych zdarzeń w przyszłości. Informacje takie winny znaleźć się już w oświadczeniu, składanym na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w tym w jednolitym dokumencie (JEDZ).

O istnieniu podstawy wykluczenia, jak też o podjętych przez wykonawcę działaniach, zamawiający powinien dowiedzieć się bezpośrednio od wykonawcy.

Na podstawie art. 110 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.

Procedura naprawcza (samooczyszczenia („self-cleaningu") nie daje możliwości zakwestionowania podstaw wykluczenia, pozwala natomiast wykonawcy udowodnić, że mimo zaistnienia jednej lub kilku przesłanek z art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy Pzp podjęte przez niego działania są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Instytucja self-cleaningu służy temu, że nawet w przypadku stwierdzenia określonych naruszeń zamawiający nie będzie uprawniony do wykluczenia wykonawcy, jeżeli ten ostatni udowodni, iż podjął środki zaradcze w celu wyeliminowania powstania takich naruszeń w przyszłości, jak też w celu naprawienia szkody.

(patrz: Józef Edmund Nowicki, Komentarz do Pzp).

W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że inicjatywa mająca na celu przeprowadzenie procedury self-cleaning leży wyłącznie po stronie wykonawcy. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 18.01.2019 r.,stwierdził "łączna interpretacjarZamPubl2004
[obecnie art. 110 ust. 2 i 3] prowadzi do wniosku, że to wykonawca ma wystąpić z inicjatywą samooczyszczenia i przedstawić zamawiającemu dokumenty dające mu podstawę do odstąpienia od obowiązku wykluczenia tego wykonawcy".

Co istotne i co wymaga podkreślenia „aby skorzystać z self-cleaning wykonawca musi przyznać się do deliktu, a jeśli temu zaprzecza, to jego oświadczenie o samooczyszczeniu jest niewiarygodne" (wyroki KIO: z dnia 31.07.2020 r., KIO 1248/20 oraz z dnia 03.02.2017 r., KIO 139/17).

W przedmiotowym przypadku, mając na uwadze treść dokumentów JEDZ i udzielone odpowiedzi „NIE", uznać należy, że pisma BBC „Informacja o sytuacjach spornych" nie można traktować, jako „self-cleaningu", a Wykonawca udzielając takiej odpowiedzi świadomie zrezygnował z przeprowadzenia procedury samooczyszczenia".

Przytaczane w całości uzasadnienie decyzji przeczy twierdzeniom Odwołującego, że

jest „niejasne uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego, uniemożliwiające prawidłowe sformułowanie zarzutów odwołania, który nie jest w stanie zidentyfikować, czy oprócz odrzucenia oferty z powodu rzekomego podania informacji wprowadzających w błąd, podstawą decyzji Zamawiającego były również inne przesłanki".

Wskazany art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wymaga, aby w uzasadnieniu decyzji, w tym przypadku o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający podał podstawy prawne (przepis Prawa zamówień publicznych) oraz faktyczne (okoliczności, które uzasadniały wykluczenie). Przytoczone uzasadnienie spełnia te przesłanki. Zamawiający - jak podkreślał w odpowiedzi na odwołanie - wyraźnie wskazał, że podstawą odrzucenia oferty Konsorcjum BBC jest art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) ustawy Pzp, a podstawą wykluczenia jest art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i wyczerpująco uzasadnił podstawy podjętej decyzji. Niewątpliwie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp stanowi samodzielną podstawę wykluczenia z postępowania. Jest to odrębny przepis, który nie jest uzależniony od stwierdzenia innych przesłanek, w tym m.in. art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i tym samym zamawiający nie ma dodatkowego obowiązku udowodnienia wypełnienia hipotezy art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, aby prawidłowo wykluczyć odwołującego za przedstawienie informacji wprowadzających w błąd w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Nie jest także zasadny zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na jego wykluczenie z przedmiotowego postępowania z powodu podania informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, co do faktu wcześniejszego rozwiązania z Odwołującym umów oraz w zakresie wcześniejszych wykluczeń Odwołującego z powodu podawania nieprawdziwych informacji jest prawidłowa. Tak jak wskazał

Zamawiający w cytowanym piśmie, wykluczył Konsorcjum BBC z postępowania, ponieważ stwierdził wypełnienie hipotezy art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Konsorcjum BBC wraz z ofertą złożyło dokumenty JEDZ, w których każdy z członków Konsorcjum BBC udzielił odpowiedzi „NIE" na pytania w części III: „Podstawy wykluczenia, sekcja C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi", sprzecznie z ustaleniami Zamawiającego opartymi także na dokumentach uzyskanych w toku badania oferty.

Po pierwsze, Konsorcjum BBC wraz z ofertą złożyło dokument z dnia 8 listopada 2021 r. pt. „Informacja o sytuacjach spornych". W przedmiotowym piśmie Wykonawca przedstawił jego wersję oceny wydarzeń, w całości obciążając zamawiających winą za nienależytą realizację umów i ich wcześniejsze zakończenie oraz wskazując, że wszelkie wykluczenia z postępowań były niezasadne i Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności z tego tytułu. Zamawiający z uwagi na ten dokument i złożone w JEDZ oświadczenie (oraz jego wątpliwości, co do prawdziwości oświadczeń Konsorcjum BBC, celem dokonania prawidłowej i rzetelnej weryfikacji przedstawionych przez BBC informacji, jak podał w odpowiedzi) - skierował zapytania do inwestorów zadań wskazanych w wymienionej Informacji m.in. co do realizacji tych zadań i ich wcześniejszego zakończenia oraz podstaw i przyczyn wykluczenia z postępowań. Ponadto także pismem z dnia 5 stycznia 2022 r. wezwał BBC do złożenia wyjaśnień. Wykonawca udzielił odpowiedzi na powyższe wezwanie w dniu 10 stycznia 2022 r.

Weryfikacja udzielonych odpowiedzi wskazuje na to, iż Wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego.

Po drugie, Przy uzupełnianiu JEDZ nie ma przyzwolenia na dokonywanie przez wykonawcę samodzielnej, subiektywnej oceny czy w stosunku do niego zachodzą przesłanki wykluczenia, albowiem jest to rola zamawiającego. Orzecznictwo KIO (także wskazane w odpowiedzi na odwołanie KIO 449/22) zwraca uwagę, że „pytanie w JEDZ jego formuła dotyczy obiektywnych zdarzeń i daje zamawiającemu możliwość dokonania sprawdzenia czy problemy, na które natknął się wykonawca w toku realizacji innych inwestycji są na tyle poważne i na tyle wpływają na obraz wykonawcy, że uzasadniają wykluczenie go z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Weryfikacja ta nie będzie możliwa, jeżeli wykonawca nie dokona notyfikacji takich okoliczności w oświadczeniu JEDZ (...). Nawet w sytuacji, w której wykonawca nie uznaje się za podlegającego wykluczeniu, nadal obciąża go obowiązek powiadomienia jednostki zamawiającej o określonych w omawianym pytaniu zdarzeniach (nie o całej historii kontraktowej). Także wskazuje się, że konstrukcja JEDZ umożliwia wykonawcy pełne wykazanie niepodlegania wykluczeniu i daje możliwość szerokiego odniesienia się do udzielonych informacji, oczywiście pod warunkiem, że taka informacja zostanie wskazana - po zaznaczeniu odpowiedzi „tak" na sporne pytanie w JEDZ mamy pole do wypełnienia pn. „proszę je opisać", gdzie wykonawca ma możliwość szczegółowego odniesienia się do udzielonej odpowiedzi. Odwołujący, który zaznacza odpowiedź „nie", przedstawiając jednocześnie historię kontraktową przerzuca na siebie ryzyko ustaleń, jakich dokona zamawiający i także, co do decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia. Niewątpliwie - w stanie faktycznym tej sprawy - inicjatywa w spornym zakresie leżała po stronie odwołującego, a profesjonalista zdaje sobie sprawę, że udzielenie negatywnej odpowiedzi w JEDZ będzie miało realny wpływ na ocenę ofert dokonywaną przez zamawiającego, a tym samym na decyzje podejmowane w przetargu". Konsorcjum BBC zaznaczając w JEDZ odpowiedź „NIE" na ww. pytania zamknęło sobie drogę do skutecznego wyjaśnienia okoliczności, które zaistniały przy realizacji wcześniejszych umów oraz we wcześniej prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, a także skutecznego przeprowadzenia procedury samooczyszczenia. Udzielenie odpowiedzi „NIE" wyraźnie wskazuje na ocenę dokonaną przez Konsorcjum BBC tj., że wykonawca nie znajdował się w żadnej z sytuacji, o której mowa w JEDZ, a która mogłaby stanowić podstawę wykluczenia, co jest niezgodne z ustalonym stanem faktycznym. Nie można przyjąć, tak jak sugeruje Odwołujący na str. 7 odwołania i na co zwracał uwagę Zamawiający, że w stanie faktycznym sprawy zaznaczenie w JEDZ odpowiedzi „NIE", chociaż winien w ocenie Zamawiającego zaznaczyć „TAK" jest „irrelewantne". Zgodnie z art. 125 ust. 1 i 2 ustawy Pzp JEDZ stanowi oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Zamawiający wskazując na doktrynę prawidłowo zauważa, że „Wykonawca wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertą przedkłada deklarację tymczasowo zastępującą dowody (do czasu przedłożenia podmiotowych środków dowodowych), że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria selekcji (w trybach postępowania, w których mają one zastosowanie). To wstępne potwierdzenie przybiera postać oświadczenia wiedzy wykonawcy co do wskazanych okoliczności. Natomiast zgodnie z art. 126 ust. 1 Pzp regułą jest, że jedynie wykonawca, którego oferta została oceniona najwyżej, będzie przedkładał na żądanie zamawiającego zestaw oświadczeń oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, a także spełnianie warunków

udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji. Złożenie oświadczenia o odpowiedniej treści jest obowiązkiem wykonawcy, który składa wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertę - w zależności od trybu, w jakim prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia".

Udzielenie w JEDZ odpowiedzi „NIE" na pytania dotyczące możliwości występowania w stosunku do wykonawcy przesłanek wykluczenia, skutkuje powstaniem u zamawiającego przekonania, że takie przesłanki nie zachodzą. Powstanie u zamawiającego takiego przeświadczenia w stosunku do wykonawcy, którego oferta jest najkorzystniejsza, może doprowadzić do wyboru oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) ustawy Pzp, zatem kwestii dotyczącej udzielenia odpowiedzi w JEDZ nie można traktować jako irrelewantnej. W istocie, sposób uzupełniania JEDZ nie zależy - w zakresie spornym - od subiektywnej oceny i odczuć wykonawcy. Rolą wykonawcy jest przedstawienie kompleksowej informacji dotyczącej nieprawidłowości przy realizacji innych zamówień, bądź istnienia innych przesłanek wykluczenia, a z kolei rolą zamawiającego ocena, czy te przesłanki faktycznie zostały wypełnione, czy wykonawca złożył przekonywujące wyjaśnienia w tym zakresie oraz ostatecznie czy podlega wykluczeniu. Nawet wątpliwości, co do należytego wykonywania umowy, powinny sygnalizować u profesjonalnego przedsiębiorcy - potrzebę podjęcia działań eliminujących takie wątpliwości w odniesieniu do kolejnych zamówień (kontraktów). Powyższe jest związane z ocenną kwestią, czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest skutkiem przyczyn leżących po stronie wykonawcy i taka ocena w danym postępowaniu należy do danego zamawiającego. Aby taka ocena była możliwa do przeprowadzenia konieczne jest podanie odpowiednich informacji przez wykonawcę z ryzykami, na które Izba wskazuje powyżej. O ile bowiem przesłanki dotyczące niewykonania lub nienależytego wykonania oraz wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy mają charakter obiektywny, o tyle okoliczność, czy nastąpiło to z przyczyn leżących po stronie wykonawcy ma już charakter oceny. Tym też należy tłumaczyć treść pytania zawartego w części III sekcja C JEDZ. Wykonawca ma udzielić odpowiedzi na pytanie o zaistnienie okoliczności faktycznych i obiektywnych, natomiast w sytuacji, gdy odpowiedź na to pytanie brzmi „TAK" - ma udzielić szczegółowych informacji na ten temat tak, aby zamawiający mógł dokonać oceny w zakresie trzeciej przesłanki wykluczenia." (tak: KIO 3467/21)

Stan faktyczny niniejszej sprawy jest taki, że w przypadku Konsorcjum BBC doszło do wcześniejszego rozwiązania (przez odstąpienie) umów na realizację zadań publicznych oraz wykluczono odwołującego z postępowań na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy Pzp z dnia 29 stycznia 2004 r. Zgodnie z ustaleniami Zamawiającego nastąpiło wcześniejsze zakończenie m.in. następujących umów, których stroną był członek Konsorcjum BBC:

1. Umowa dotycząca „Wykonania kompleksowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej

   remontu kapitalnego zespołu budynków przy ul. Targowej 14 w Warszawie (.....) dla

   którego to kontraktu zamawiającym było Towarzystwo Budownictwa Społecznego Warszawa Południe sp. z o.o.); 04.10.2019 r. - odstąpienie od umowy przez BBC (wg pisma BBC z dnia 10.01.2022 r.), 15.10.2019 r. - odstąpienie od umowy przez TBS;

2. Umowa dotycząca „Opracowania dokumentacji projektowo-kosztorysowej na budowę „Centrum Innowacji Wydziału Cybernetyki"; Zamawiający: Wojskowa Akademia Techniczna); odstąpienie od umowy przez zamawiającego - 22.12.2020 r.; kary umowne z tytułu odstąpienia - 47 880,00 zł.

Powyższe okoliczności wskazują, że Wykonawca znajdował się w sytuacjach, które powinny skutkować udzieleniem odpowiedzi „TAK" na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?".

Także ustalenia co do postępowań z przedmiotem zamówienia pn.:

1. „Kompleksowa przebudowa obiektów Palmiarni Poznańskiej - wykonanie koncepcji,

   prac projektowych, dokumentacji towarzyszącej oraz świadczenie usług zgodnie z zakresem określonym w Umowie, w tym świadczenie usług nadzoru autorskiego (prawo opcji) wraz z uzyskaniem wykonalnego pozwolenia na budowę", nr:

   PIM/08/20/ZP49/2020-258; Zamawiający: Poznańskie Inwestycje Miejskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, działająca w imieniu i na rzecz Miasta Poznań; podstawa wykluczenia - art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 starej ustawy Pzp;

informacja o powtórnym wyborze najkorzystniejszej oferty - 28.01.2021 r.;

2. Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją Kontraktu pn.: Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach inwestycji „Budowa i przebudowa trasy tramwajowej w ciągu ul. Kasprzaka i ul. Wolskiej". Nr: DWZ/61/2020; Zamawiający: Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., podstawa wykluczenia - art. 24 ust. 1 pkt 17 starej ustawy Pzp; zawiadomienie o wykluczeniu wykonawcy - 14.05.2021 r.;

3. „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla zadania pn. „Budowa nowej siedziby dla Zespołu Szkół Drzewnych i Leśnych im. Jana Kochanowskiego w Garbatce Letnisku"; Zamawiający: Zespół Szkół Drzewnych i Leśnych im. Jana Kochanowskiego w Garbatce-Letnisku; podstawa wykluczenia - art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 starej ustawy Pzp; zawiadomienie o wykluczeniu wykonawcy - 20.05.2020 r.;

4. „Wykonanie dokumentacji projektowej wraz z nadzorem autorskim dla pierwszego etapu realizacji inwestycji pn.: „Fabryka Pełna Życia - nowe centrum Dąbrowy Górniczej w rejonie ulic: Kościuszki, Kolejowej i Konopnickiej"; Zamawiający: Fabryka Pełna Życia Sp. z o.o.; podstawa wykluczenia - art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 starej ustawy Pzp, zawiadomienie o wykluczeniu wykonawcy - 11.06.2021 r.

- wskazują, że Konsorcjum BBC oświadczając w JEDZ, że nie znajdowało się w sytuacji, w której doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd, przedstawił informacje niezgodne ze stanem faktycznym, skutkujące uznaniem, że zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp.

Konsorcjum BBC, tak jak wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, nie podważyło tych ustaleń - informacji przekazanych Zamawiającemu przez inwestorów innych zadań. Domagając się w odwołaniu zastosowania procedury wyjaśnień wskazało, że jej nie zastosowanie stanowi naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem zastosowanie procedury pozwoliłoby na uzupełnienie dokumentu JEDZ, który ewentualnie zawierał błędy w zakresie informacji dotyczących przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt. 7, 8, 10 ustawy Pzp. Na gruncie tego stanu faktycznego brak było podstaw do wzywania Konsorcjum BBC do uzupełnienia lub poprawienia JEDZ, z uwagi na błąd lub niekompletność. Z utrwalonej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej jednoznacznie wynika, że niedopuszczalnym jest zastąpienie nieprawdziwych informacji informacjami prawdziwymi i prowadzenie postępowania wyjaśniającego z wzywaniem wykonawcy, nie dotyczy sytuacji, w których wykonawca przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające go w błąd. Tutaj dyspozycja ustawodawcy jest jednoznaczna, takiego wykonawcę należy wykluczyć (art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.) a jego ofertę odrzucić (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp). Tak jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie przyjęcie innego stanowiska prowadziłoby do sytuacji, w której wykonawca mógłby bezkarnie przedstawiać informacje wprowadzające w błąd na temat swojej przeszłości kontraktowej (zatajając określone fakty), licząc na to, że nawet jeśli zamawiający posiądzie o nich wiedzę, to i tak będzie zobligowany do zwrócenia się do wykonawcy z wnioskami o wyjaśnienia w zakresie przyczyn tych problemów. Byłoby to niezgodne z z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór rzetelnego wykonawcy Obowiązkiem wykonawcy, który ubiega się o zamówienie, a nie zamawiającego, który dokonuje oceny tych informacji, jest weryfikacja podawanych danych, szczególnie w sytuacji gdy te mają lub mogą mieć wpływ na ocenę oferty. Sama możliwość dokonania przez zamawiającego sprawdzenia podanej przez wykonawcę informacji, nie może legitymizować m.in. braku rzetelnej weryfikacji przez wykonawcę okoliczności faktycznych objętych treścią składanych oświadczeń. To wykonawca obowiązany jest do dochowania należytej, przynależnej profesjonaliście staranności przy składaniu oświadczeń w danym postępowaniu. (tak: KIO 2422/20).

Tym samym podnoszone zarzuty naruszenia art. 109 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp, a także art. 128 ust. 1 ustawy Pzp uznać należało za bezzasadny.

W odniesieniu do zarzutów ewentualnych wskazanych w punktach 5,6 i 7 odwołania Izba (podobnie jak Zamawiający) stwierdza, że podstawą wykluczenia Konsorcjum BBC z postępowania był art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, a nie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, co sugeruje Odwołujący. Wskazany art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp stanowi - jak podano wyżej - samodzielną podstawę wykluczenia i nie jest uzależniony od dodatkowego badania

wypełnienia przesłanek, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Izba ponownie zwraca uwagę, że w tym stanie faktycznym podstawa wykluczenia była oparta na przesłance z art. 109 ust.1 pkt 10 Pzp.

Z kolei art. 111 ustawy Pzp, (częściowo w zakresie spornym omówiony w sprawie o sygn. akt: KIO 866/22) stanowi o wykluczeniu wykonawcy w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, która to okoliczność nie stanowiła na gruncie tej sprawy podstawy wykluczenia Konsorcjum BBC. Tak jak wskazywała Izba w sprawie KIO 866/22 wykładnia przepisów w kierunku nałożenia na wykonawcę sankcji, która nie obowiązywała w dacie zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, prowadziłaby do naruszenia zasady niedziałania prawa wstecz (lex retro non agit). Jednakże w tej sprawie wejście w życie przepisu art. 109 ust.1 pkt 10 Pzp nie zostało ograniczone czy opóźnione przepisami intertemporalnymi. Przepis ten nie stanowi, że do zdarzenia będącego podstawą wykluczenia mogłoby dojść dopiero wówczas, gdyby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było prowadzone na podstawie nowego Pzp. W tym przypadku nie dopatrywać się w czynności Zamawiającego złamania zasady nie retroakcji prawa. W stanie faktycznym tej sprawy Zamawiający dokonał samodzielnych ustaleń w kierunku podstaw wykluczenia Konsorcjum BBC, dokonał oceny wskazywanych zamówień na liście oznaczonej jako „Informacja o sytuacjach spornych" załączonych do JEDZ i z tej oceny wynika podstawa wykluczenia Konsorcjum BBC w oparciu o art. 109 ust.1 pkt 10 ustawy Pzp, o czym Konsorcjum zostało szczegółowo powiadomione w piśmie z dnia 18 marca 2022 r.

W przedstawionych okolicznościach także odwołanie o sygn. akt: KIO 886/22 podlega oddaleniu w całości.

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

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.