

Sygn. akt: KIO 259/23

WYROK

z dnia 13 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:	Monika Szymanowska
Członkowie:	Maksym Smorczewski Bartosz Stankiewicz
Protokolant:	Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2023 r. przez odwołującego TPF Sp. z o. o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, w imieniu której działa Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski w Sosnowcu, przy udziale:

– wykonawcy „ECM Group Polska S.A.” w Warszawie przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

– wykonawcy Safège S.A.S. w Nanterre Cedex (Francja) przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust 1-3

p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k. i w zw. z art. 16 p.z.p. poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Safège S.A.S. w Nanterre Cedex (Francja) oświadczeń i wyjaśnień dotyczących przesłanek

wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. i art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. wraz z załącznikami do tych dokumentów oraz zaktualizowanych wyjaśnień selfcleaningu dotyczących przesłanki określonej w art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p.,

2. częściowo uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

- 2.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,

- 2.2. odrzucenie oferty wykonawcy Safège S.A.S. w Nanterre Cedex (Francja) z powodu:

- a) wprowadzenia zamawiającego w błąd co do okoliczności wykluczenia wykonawcy, które miało miejsce w dniu 29 listopada 2022 r. w ramach postępowania na „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadania pn. Rozbudowa drogi krajowej nr 25 w m. Bukowo” prowadzonego przez GDDKiA Oddział w Bydgoszczy (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p.);

- b) zaoferowania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 p.z.p.),

- 2.3. powtórzenie badania i oceny ofert,

3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

4. kosztami postępowania odwoławczego w części 1/2 obciąża odwołującego TPF Sp.

z o. o. w Warszawie oraz w części 1/2 obciąża wykonawcę Safège S.A.S. w Nanterre Cedex (Francja) i:

- 4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego TPF Sp. z o. o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

- 4.2. zasądza od wykonawcy Safège S.A.S. w Nanterre Cedex (Francja) na rzecz odwołującego TPF Sp. z o. o. w Warszawie kwotę 7 500,00 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) tytułem zwrotu połowy wpisu uiszczonego od odwołania,

- 4.3. znosi wzajemnie między stronami pozostałe koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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.

Przewodniczący:

Członkowie:

Uzasadnienie

wyroku z dnia 13 lutego 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 259/23

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-405 Warszawa, jednostka prowadząca postępowanie Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski ul. 3 Maja 16, 41-200 Sosnowiec, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: "Pełnienie nadzoru nad „Realizacją robót budowlanych oraz wykonaniem projektu wykonawczego i realizacją robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych, systemu dynamicznej informacji podróżnych na odcinku Będzin – Katowice Szopienice Południowe” w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, etap I: linia E 65 na odcinku Będzin – Katowice Szopienice Płd. – Katowice – Katowice Piotrowice”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 lutego 2022 r. pod numerem 2022/S 035-091361, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 30 stycznia 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego wniósł wykonawca TPF Sp. z o.o. ul. Postępu 14B, 02-627 Warszawa (dalej zwany

„odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 18 ust. 1 - 3 Ustawy PZP w związku z art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji oraz w związku z art. 16 Ustawy PZP poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez Safège jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów:

- a) oświadczenia i wyjaśnienia dotyczące przesłanki wykluczenia określonej w art.

109 ust. 1 pkt 10) ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) oraz Oświadczenia i wyjaśnienia dotyczące przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) i załączników do ww. dokumentów,

- b) aktualizowane wyjaśnienia selfcleaningu dotyczące przesłanki określonej w art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp;

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Ustawy PZP w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP

poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Safège, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał okoliczności wskazanych w art. 110 ust. 2 PZP dla wykluczenia, które miało miejsce w dniu 29 listopada 2022 roku w ramach postępowania prowadzonego przez GDDKiA Oddział w Bydgoszczy na „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadania pn. „Rozbudowa drogi krajowej nr 25 w m. Buszkowo”;

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Ustawy PZP w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 PZP

poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Safège, pomimo iż wykonawca ten nie udowodnił Zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki wskazane w art. 110 ust. 2 PZP;

4. art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy PZP w związku z art. 224 ust. 5 i 6 Ustawy PZP

i w związku z art. 16 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Safège, pomimo iż Safège nie złożył w wyznaczonym terminie wyjaśnień, które uzasadniają podaną w ofercie cenę oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez Safège i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

5. art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy PZP w związku z art. 224 ust. 5 i 6 Ustawy PZP i w

związku z art. 16 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Safège, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez Safège i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienie i udostępnienie dokumentów wskazanych w odwołaniu, odrzucenia oferty wykonawcy Safège S.A.S. w Nanterre Cedex (Francja) (dalej także jako „Safège”) oraz ponowną ocenę ofert.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia, w zakresie zarzutu nr 1 odwołania, odwołujący wskazał co następuje. Zarzut dotyczy: a) dokumentów złożonych z ofertą – co do których wykonawca nie był poinformowany, że zamawiający zakończył ocenę w zakresie skuteczności zastrzeżenia dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa, b) dokumentu „zaktualizowane wyjaśnienia selfcleaningu dotyczące przesłanki określonej w art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp”, który został złożony przez Safegę w dniu 15 września 2022 r. Wiedząc o fakcie, że taki dokument został złożony odwołujący pozyskał dopiero po dniu wyboru oferty najkorzystniejszej wraz z otrzymaniem wglądu w dokumentację postępowania inną niż oferty

(które są jawne od dnia złożenia). Niemniej, co do tych dokumentów nie wykazano, że zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a zamawiający, z nieznanym odwołującemu powodów uznał, że skoro samoocyszczenie pierwotnie złożone wraz z ofertą zostało zastrzeżone przez Safegę, to także i zaktualizowane samoocyszczenie zostało objęte takim zastrzeżeniem. Gdyby zaś zastrzeżenie jawności zostało przez Safegę dokonane, i gdyby Safegę dołączył do przedmiotowej aktualizacji uzasadnienie dla takiego zastrzeżenia, odwołujący podnosi, że zastrzeżono całe dokumenty, co jest nieskuteczne. (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 53/21 oraz wskazane w odwołaniu orzecznictwo Izby dotyczące prymatu zasady jawności postępowania). Co prawda odwołującemu nie udostępniono uzasadnienia dla zastrzeżenia dokumentu aktualizacji samoocyszczenia, jednakże z ostrożności należy przyjąć, że Safegę powołał się na uzasadnienie pierwotnie dołączone do oferty dla samoocyszczenia lub też zamawiający bezpodstawnie przyjął, że to uzasadnienie dołączone do oferty (załącznik 14 do oferty) ma zastosowanie także do aktualizacji samoocyszczenia, kiedy zdaniem odwołującego dołączone do oferty uzasadnienie zastrzeżenia objętych odwołaniem dokumentów jest niewystarczające i nie spełnia przesłanek art. 11 ust. 2 u.z.n.k. - jest ogólnikowe, bez żadnej konkretnej wartości informacji, która czyniłaby z dokumentu wartość wymierną finansowo czy gospodarczo.

Ponadto, w dniu 9 listopada 2022 r. Centralny Port Komunikacyjny w ramach postępowania „Świadczenie usług Inżyniera Kontraktu dla Zadania Inwestycyjnego pn. Budowa linii kolejowej nr 85 na odc. Warszawa Zachodnia - CPK - Łódź Niciarniana (bez odcinka w obrębie Węzła kolejowego CPK) w podziale na 2 Części.” odtajnił dokumenty samoocyszczenia złożone przez Safegę wraz z ofertą, tj.: a) oświadczenia i wyjaśnienia dotyczące przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP i b) oświadczenia i wyjaśnienia dotyczące przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP -które to dokumenty odwołujący załącza jako załącznik nr 5. Tym samym od dnia 9 listopada 2022 r. składane przez Safegę dokumenty samoocyszczenia nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i jako takie powinny być jawne. Odwołujący nie zna treści dokumentów samoocyszczenia złożonych w niniejszym postępowaniu. Jednak opierając się na doświadczeniu życiowym i dotychczasowej praktyce - można stwierdzić, że dokumenty samoocyszczenia są identyczne lub też tożsame w przeważającej treści. Safegę nie zaskarżył tamtego odtajnienia, więc należy uznać, że dla wykonawcy dokumenty te nie mają żadnej wartości, a czynność utajnienia ma jedynie utrudnić do nich dostęp konkurencji.

W zakresie zarzutów nr 2 i 3 odwołania odwołujący podnosił jak niżej. Termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu upłynął w dniu 16.05.2022 r. W JEDZ Safegę, w ramach części C podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, przedstawił następującą informację: 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? – zaznaczono odpowiedź „NIE”, 2) Czy wykonawca może potwierdzić, że: a) nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) nie zataił tych informacji; c) jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz d) nie przedsięwziął kroków, 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? – zaznaczono odpowiedź „NIE”.

Do dokumentu JEDZ został dołączony załącznik nr 11 „Sposób wypełnienia JEDZ z uzasadnieniem”, który zawiera 1) informację odnośnie jednej spornej umowy: „Jednocześnie, mając na względzie wdrożoną u Wykonawcy politykę transparentności, a także nowe brzmienie przesłanek wykluczenia wprowadzone ustawą z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poza 2019 z późn. zm.), które wśród konsekwencji wymienia m.in. wykonawstwo zastępcze, Wykonawca w załączeniu do JEDZ przedkłada szczegółowe wyjaśnienia dotyczące jednego z projektów, w ramach którego pozostaje w sporze z Zamawiającym, w tym w odniesieniu do kwestii wykonawstwa zastępczego.”, 2) w zakresie self cleaningu odnośnie art. 109 ust. 1 pkt. 10 PZP: „W zakresie pytania: 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 (...) Wykonawca w odpowiedzi na ww. pytanie, mając na względzie treść Instrukcji wypełniania JEDZ opublikowanej przez Urząd Zamówień Publicznych (z której wynika, że ww. pytanie ma na celu ustalenie, czy zachodzą przesłanki do wykluczenia z postępowania określone w art. 109 ust. 1 pkt 8-10 ustawy Pzp), zaznaczył odpowiedź „NIE”, albowiem w 2021 r. zaistniał przypadek wykluczenia Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 (ustawa Pzp z 2004 r.) i w związku z powyższym Wykonawca podjął odpowiednie środki naprawcze. Wykonawca w załączeniu przekazuje wyjaśnienia selfcleaning dot. przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 (ustawa Pzp z 2019 r.) wraz z dowodami.”

Powyższe dokumenty zostały co prawda zastrzeżone w niniejszym postępowaniu, ale - jak wskazano powyżej, w ramach zarzutu nr 1 - zostały odtajnione w postępowaniu

prowadzonym przez Centralny Port Komunikacyjny, a zatem są znane uczestnikom postępowania (stanowią załącznik do niniejszego odwołania).

W dniu 19.05.2022 r. Safegę złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez GDDKiA Oddział Kielce, w ramach przetargu pn. „Pełnieniu nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa drogi ekspresowej S19 Białystok - Lubartów odc. gr. woj. maz. i lub. - Międzyrzec Pdl. (k. obwodnicy)” Do oferty dołączono JEDZ, podpisany przez pana W. M. W ramach dokumentu JEDZ, Safegę na tożsame pytania odpowiada już inaczej, zaznaczając odpowiedź „TAK”, w tym co do przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP dodając następujące uzasadnienie „Wykonawca w odpowiedzi na ww. pytanie zaznaczył odpowiedź „TAK”, działając z daleko posuniętej ostrożności, mając na celu zachowanie całkowitej transparentności w zakresie historycznych realizacji inwestycji. Niemniej jednak Wykonawca uznaje, iż nie zachodzi wobec niego podstawa wykluczenia wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021, poz. 1129; dalej: ustawa Pzp), jako że nie zostały kumulatywnie spełnione przesłanki wskazane w ww. przepisie. Mając na względzie powyższe, a także najnowszą wykładnię Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącą instrukcji wypełniania dokumentu JEDZ, przedmiotowe działanie Wykonawcy polegające na, zaznaczeniu odpowiedzi „TAK” (mimo, iż zdaniem Wykonawcy nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp) wraz z przedłożeniem wyjaśnień powinno zostać uznane za prawidłowe. W załączeniu wyjaśnienie stanowiące **TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA**”, bez powzięcia środków dotyczących samooczyszczenia. I zaznaczając „NIE” w zakresie sytuacji dotyczących wprowadzenia w błąd. Odwołujący przedkłada w załączeniu JEDZ z postępowania prowadzonego przez GDDKiA jako załącznik nr 6.

Z powyższego dla odwołującego wynika, iż wykonawca Safegę, w okresie mniej niż tygodnia złożył w dwóch różnych postępowaniach dwa różne oświadczenia w dokumencie JEDZ. W dniach 13 maja i 19 maja, ta sama osoba, działająca w imieniu Safegę, złożyła zupełnie inne oświadczenia w ramach dokumentu JEDZ i tylko jedno z tych oświadczeń może być prawdziwe.

W dniu 05.09.2022 r. zamawiający wezwał Safegę o złożenie aktualnych podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 126 ust. 1 PZP. W dniu 16.09.2022 r. Safegę złożył z podmiotowe środki dowodowe oraz dołączył do nich załącznik 9.7.3.2 stanowiący „Aktualizację samooczyszczenia”. Nie jest odwołującemu znana treść tego dokumentu (zarzut nr 1), ale z samego faktu jego złożenia należy wywnioskować, że pomiędzy 15 maja 2022 r. (dniem złożenia oferty) a 16 września 2022 r. ziszczyły się przesłanki, które mogłyby skutkować wykluczeniem wykonawcy, gdyby nie poinformowano

o nich zamawiającego. Zatem wykonawca Safegę zdecydował się na poinformowanie zamawiającego o takich okolicznościach - i w tym zakresie zachowano się prawidłowo.

W dniu 29.11.2022 r. oferta Safegę została odrzucona w postępowaniu prowadzonym przez GDDKiA w ramach przetargu na „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadania pn. „Rozbudowa drogi krajowej nr 25 w m. Buszkowo”. GDDKiA wskazał na wykluczenie Safegę na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP, wobec faktu, że Safegę 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 (tak wybór najkorzystniejszej ofert z 29.11.2022 r., załącznik nr 7 do odwołania). Tym razem Safegę nie poinformował zamawiającego w ramach niniejszego postępowania, iż w stosunku do niego zaktualizowały się kolejne przesłanki wykluczenia (29 listopada 2022 r.). Wykonawca Safegę tym razem zaniechał złożenia aktualizacji dokumentów samooczyszczenia, chociaż był do tego zobowiązany i chociaż miał świadomość takiego obowiązku, gdyż uprzednio z własnej inicjatywy informował o innych przypadkach podlegających samooczyszczeniu. W dniu 19 stycznia 2022 r. oferta Safegę została wybrana jako najkorzystniejsza.

Dalej, w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. (zarzut nr 2), odwołujący podkreślił, że w dniu 29 listopada 2022 r. wykonawca Safegę został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. Safegę przedstawił informacje wprowadzające w błąd GDDKiA Oddział w Bydgoszczy. Co istotne, Safegę nie wniósł odwołania od czynności wykluczenia, zatem od dnia 9 grudnia 2022 r. wobec wykonawcy Safegę, we wszystkich innych toczących się postępowaniach, zaktualizowała się przesłanka wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p.

Zgodnie z regulacją Prawa zamówień publicznych wykonawca, który dopuścił się przedstawienia wprowadzających zamawiającego w błąd podlega wykluczeniu, chyba dokona samooczyszczenia (art. 110 ust. 2 p.z.p.) i wykaże, że już po przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd podjął odpowiednie kroki, które będą zapobiegać nieprawidłowym zrachowaniom w przyszłości. W stanie faktycznym niniejszego postępowania Safegę nie wykazał zamawiającemu, że podjął odpowiednie kroki po dniu 29 listopada 2022 r. Tym samym, wobec zaniechania podjęcia czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 p.z.p., wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania.

W ocenie odwołującego brak poinformowania zamawiającego o nowej okoliczności skutkującej wykluczeniem, w przypadku braku złożenia samooczyszczenia, stanowi oczywiste naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 p.z.p. Treść oświadczenia JEDZ jest niezgodna z rzeczywistością, więc Safegę wprowadził zamawiającego w błąd i podlega wykluczeniu. W opinii odwołującego wykonawca zdaje sobie sprawę z tego, że

w przypadku ziszczenia się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nowych przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 p.z.p., konieczne jest zaktualizowanie oświadczenia JEDZ. Wynika to wprost z zachowania się Safegę w niniejszym postępowaniu, wykonawca przedstawił taką aktualizację samooczyszczenia w dniu 15 września 2022 r.

Dodatkowo, co do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust.

1 pkt 8 i/lub 10 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Safege, pomimo iż wykonawca ten nie udowodnił zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki wskazane w art. 110 ust. 2 p.z.p. (zarzut nr 3) odwołujący wyjaśnił, że w jego ocenie niesporne jest, że wobec Safege zaistniały przesłanki wykluczenia wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 p.z.p. Potwierdza to sam wykonawca składając zamawiającemu kolejne dokumenty samooczystczenia, mające wykazać, że wdrożył środki wskazane w art. 110 ust. 2 p.z.p. Skoro zatem przesłanka wykluczenia wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 p.z.p. ziściła się wobec Safege, to wykonawca podlega bezwzględnej wykluczeniu z postępowania -chyba, że wykaże, iż ma do niego zastosowanie przepis wyłączający wykluczenie, tj. art. 110 ust. 2 p.z.p. Aby to wykazać Safege musi udowodnić zamawiającemu, że podjął odpowiednie środki dla zapobiegania swojemu dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu. Gdybyśmy do kwestii tego udowodnienia podeszli całkowicie formalnie, to można stwierdzić, że Safege wykazał, że wdrożył wskazane procedury, przeszkolił pracowników, itd., jednakże w opinii odwołującego są to jedynie kroki formalne. W samym postępowaniu wykonawcy nic się nie zmieniło, jak wcześniej przedstawiał zamawiającym informacje wprowadzające w błąd, tak nadal je przedstawia.

Wykonawca Safege raz z ofertą wykonawca przedstawił oświadczenie i wyjaśnienia dotyczące przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p., w których: opisał, w jaki sposób przedstawił informacje wprowadzające w błąd; przedstawił podjęte środki zapobiegawcze: dokonał częściowej reorganizacji zespołów ofertujących, a także zmian organizacyjnych i kadrowych; rozpowszechnia wśród personelu wiedzę na temat przyjętej polityki etycznej; wydał „Zarządzenie Dyrektora Generalnego SAFEGE Oddział w Polsce dotyczące wytycznych w zakresie ofertowania oraz skutków nieprawidłowego postępowania”, podnosi kompetencje pracowników m.in. poprzez szkolenia wewnętrzne; wprowadził cykliczne spotkania osób przygotowujących oferty, w celu wymiany doświadczeń i stałego podnoszenia jakości przygotowywanych ofert. Jednakże środki zapobiegawcze wdrożone w 2022 r. nie dały oczekiwanego skutku. Safege nadal składa oferty, w którym podaje informacje wprowadzające zamawiających w błąd, czego dowodem jest w/w postępowanie prowadzone przez GDDKiA Oddział w Bydgoszczy. Co więcej, to wprowadzenie w błąd jest na tyle oczywiste i poważne, że Safege nawet nie podjął próby bronięcia swojego stanowiska i nie wniósł odwołania od czynności wykluczenia na

podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. Z powyższego dla odwołującego wynika jedno -Safege co prawda wdrożyło środki zapobiegawcze, ale są to środki, które nie przyniosły żadnego efektu, czego wymaga norma art. 110 ust. 2 p.z.p., czyli nie doprowadziły do zapobiegania dalszym nieprawidłowościom. Zatem wykonawca Safege nie udowodnił zamawiającemu, że nie podlega wykluczeniu zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 p.z.p. Co prawda złożono do oferty dokument samooczystczenia, ale jest to tylko dokument. Nie idą za nim żadne skutki w postaci zmiany postępowania wykonawcy, który jedynie formalnie wykazał wdrożenie środków zaradczych.

W przedmiocie zarzutu nr 4 odwołujący podkreślił, że wykonawca Safege składał wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny trzy razy, tj. pismami z: 31.05.2022 r., 08.07.2022 r. oraz 28.12.2022 r. Zamawiający wzywał Safege w II i III wezwaniu do wyjaśnienia kwestii, które Safege powinien był wyjaśnić już w I wyjaśnieniach. Zamawiający wyraźnie bowiem wskazywał, że oczekuje wyjaśnień w zakresie wynagrodzeń specjalistów - wskazano na obowiązek przedstawienia wyjaśnień w zakresie zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Natomiast wykonawca nie przedstawił w tym zakresie odpowiednio dokładnych i rzetelnych wyjaśnień, czego dowodem jest fakt dalszego, dwukrotnego wzywania do złożenia dalszych wyjaśnień, każdorazowo w zakresie wynagrodzeń specjalistów. Kiedy zdaniem odwołującego wszystkie powyższe kwestie powinny być jednoznacznie wyjaśnione już w I wyjaśnieniach z maja 2022 r.

W szczególności, że sam wykonawca w I wyjaśnieniach wskazuje: „Wyjaśnienia te powinny wskazywać, czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia i wskazywać” oraz „Zwracamy uwagę, że w przypadku realizacji umów o świadczenie usług to koszty personelu stanowią główny czynnik cenotwórczy”. Oczywiście jest zatem, że wszystkie elementy związane z kosztami personelu powinny być rzetelnie i w sposób pełny opisane w I wyjaśnieniach w zakresie ceny. Wszystkie braki I wyjaśnień, które zostały uzupełnione w wyniku II i III wezwania, są brakami, które nie podlegają uzupełnieniu. Tym samym pierwsze wyjaśnienia w zakresie ceny są nierzetelne, nie przedstawiają w sposób pełny sposobu kalkulacji ceny, co z kolei skutkuje koniecznością odrzucenia oferty Safege.

Zarzut nr 5 - odwołujący zacytował treść I wyjaśnień wykonawcy Safege i podniósł, że wskazane wyliczenie dotyczy okresu podstawowego, a więc 44 miesiące realizacji robót budowlanych. Wobec czego uśredniając koszt zespołu stałego w skali miesiąca to koszt 135 000 PLN (5.940.000 zł / 44 miesiące = 135.000 zł/miesiąc).

Zamawiający w dniu 21.12.2022 r. wystąpił do Safege o dodatkowe wyjaśnienia w zakresie wykazanej dostępności personelu: „Wykonawca złożył, wraz z ofertą, załącznik nr 1B do formularza ofertowego, w którym wskazał dla Zespołów Stałych stawki miesięczne personelu Wykonawcy przy założeniu 100% zaangażowania pracy zgodnie z SWZ

Natomiast w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny dotyczących kosztów zatrudnienia zespołu stałego Wykonawca napisał: „Stawki wskazane dla personelu w załączniku 1 B odnoszą się do wartości wynagrodzenia przypadającej tylko za ten kontrakt (za wyjątkiem INŻYNIERA PROJEKTU oraz INŻYNIERA REZYDENTA, którzy nie będą podejmować innych zajęć zarobkowych podczas realizacji zamówienia i ich zaangażowanie na kontrakcie wyniesie 100%)”. Wobec powyższego Zamawiający wzywa Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień w poniższym zakresie i potwierdzenia, że personel Wykonawcy wchodzący w skład Zespołów Stałych będzie dostępny do dyspozycji Zamawiającego, w wymiarze co najmniej pełnego etatu czasu pracy zgodnie z pkt 3.1 ppkt 6) OPZ.”

Wykonawca Safege w wyjaśnieniach z dnia 28.12.2022 r. oświadczył: „Jednocześnie potwierdzamy, że stawki wskazane

w załączniku 1B dla personelu Wykonawcy wchodzącego w skład Zespołów Stałych odnoszą się do wartości wynagrodzenia przypadającego tylko za ten kontrakt i potwierdzamy, że personel Wykonawcy wchodzący w skład Zespołów Stałych będzie dostępny do dyspozycji Zamawiającego, w wymiarze co najmniej pełnego etatu czasu pracy zgodnie z pkt 3.1 ppkt 6) OPZ ” Zgodnie z brzmieniem wskazanego pkt 3.1 ppkt 6) OPZ „Osoby wymienione w Zespole stałym będą dostępne do dyspozycji Zamawiającego w wymiarze co najmniej pełnego etatu czasu pracy na warunkach opisanych w § 9 ust. 9 WU. Inżynier jest zobowiązany przedłożyć Zamawiającemu HPPI, który w szczegółowy sposób będzie określać dostępność poszczególnych osób Personelu stałego i zmiennego Inżyniera”.

W ocenie odwołującego analiza wyjaśnień wykonawcy Safege z 31.05.2022 r. oraz z 28.12.2022 r. potwierdza niedoszacowanie oferty w zakresie okresu wydłużonego umowy. Safege jasno określił, jakie koszty będzie ponosił miesięcznie w zakresie utrzymania personelu stałego i z kwot wskazanych w wyjaśnieniach wynika, że wynoszą one 135 000 PLN miesięcznie. Tymczasem, w wyjaśnieniach z 31.05.2022 r., w zakresie okresu wydłużonego wskazano: „6) Koszty Okresu wydłużonego - łącznie 15 miesięcy (12 miesięcy okresu wydłużonego i 3 miesiące okresu ponad okres wydłużony). Koszty okresu wydłużonego zostały wyliczone w oparciu o wzory Zamawiającego i załącznik 1A. Kwota wynagrodzenia na 12 miesięcy okresu wydłużonego wynosi 1 170 080,75 PLN netto, co daje wynagrodzenie miesięczne na poziomie 97 500,06 PLN. Kalkulując wynagrodzenie w okresie wydłużonym i po okresie wydłużonym wzięto pod uwagę zmniejszenie liczby i zaangażowania personelu co dopuszcza Zamawiający. Kwota wynagrodzenia na 3 miesiące okresu wykraczającego poza okres wydłużony wynosi 75 838,57 PLN netto, co daje wynagrodzenie miesięczne na poziomie 25 279,52 PLN netto. Wykonawca w tej kwocie pokryje koszty pracownika biurowego w zakresie obsługi sekretariatu oraz koszty niezbędnego personelu stałego. Powyższe stawki wynagrodzenia Wykonawcy za okres 12 miesięcy okresu wydłużonego i 3 miesiące okresu ponad okres wydłużony wynikają

bezpośrednio ze wzorów przyjętych do wyliczenia przedmiotowych stawek określonych przez Zamawiającego w postępowaniu przetargowym.”

Zdaniem odwołującego wykonawca Safege musi utrzymywać personel stały przez cały okres realizacji umowy, do pełnej dyspozycji zamawiającego w wymiarze co najmniej pełnego etatu. Niezależnie od okresu realizacji umowy (okres podstawowy, wydłużony lub wykraczający poza wydłużony) dostępność personelu nie ulega żadnej zmianie, jak również żadne zapisy SWZ nie upoważniają wykonawców do ograniczenia personelu stałego na tym etapie realizacji umowy. Koszt takiej dyspozycyjności Safege skalkulował jako 135 000 PLN miesięcznie i odniósł go tylko do okresu podstawowego realizacji umowy. Safege nie przedstawił żadnej kalkulacji, w przypadku, gdy umowa wejdzie w okres wydłużony. Okresy te, zgodnie z SWZ należało również wycenić i uwzględnić w ofercie, znając wymagany personel oraz czas trwania okresów wydłużonych. Należy zatem przyjąć, że Safege w ogóle nie wycenił kosztów personelu w okresach wydłużonych.

Odwołujący podkreślił dalej, że porównanie kwot za okres wydłużony i wykraczający poza wydłużony powoduje istotną różnicę. Koszt personelu stałego za okres wydłużony lub wykraczający poza okres wydłużony, obliczony w sposób wskazany w wyjaśnieniach z 31.05.2022 - okres wydłużony 12 miesięcy r. = 1 620 000,00 PLN, - okres wykraczający poza wydłużony 3 miesiące = 405 000,00 PLN, tj. suma 2 025 000,00 PLN, wynagrodzenie w PLN za okres wydłużony lub wykraczający poza wydłużony określone w załączniczku 1a w tabeli 5 - okres wydłużony 12 miesięcy r. = 1 170 080,75 PLN, - okres wykraczający poza wydłużony 3 miesiące = 75 838,57 PLN, tj. suma 1 245 919,32 PLN.

Mając na uwadze powyższe, w opinii odwołującego niedoszacowanie w ofercie kosztów personelu w okresie wydłużonym i wykraczającym poza wydłużony to 779 080,68 PLN, co stanowi 6,4 % wartości całej oferty Safege. Ponadto, wskazane niedoszacowanie nie może zostać zniwelowane, ani pokryte innymi pozycjami formularza cenowego takimi jak zysk, ryzyko czy koszty zarządu - zgodnie z załącznikiem 1b w tych pozycjach wykonawca Safege uwzględnił 297 489,00 PLN.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający uwzględni odwołanie w całości.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 p.z.p., skład orzekający dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę „ECM Group Polska S.A.” Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego i wykonawcę Safege S.A.S. 15-27 rue du Port, Parc de l'Île 92022 Nanterre Cedex, Francja (dalej zwanego także „przystępującym Safege”), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego i przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskami przystępujących, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., a odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z wymogami art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego Safege, który podnosił, że w zakresie zarzutu nr 4 i nr 5 odwołanie powinno zostać odrzucone jako spóźnione. W ocenie przystępującego termin na postawienie omawianych zarzutów rozpoczął bieg od przekazania wykonawcom zaproszenia do aukcji elektronicznej, czyli uznania przez zamawiającego,

że ich oferty nie podlegają odrzuceniu.

Skład rozpoznający spór ustalił, że zgodnie z materiałem procesowym, po aukcji elektronicznej, zamawiający wzywał przystępującego Safege do wyjaśnień dotyczących wymiaru etatu personelu zespołów stałych oraz „(...) kosztu zapewnienia członków personelu stałego, poprzez wskazanie, czy całkowite koszty ponoszone przez Wykonawcę, w związku ze współpracą z osobami wymienionymi w Załączniku 1B do formularza ofertowego, będą ograniczać się do kwot wskazanych w treści tego załącznika.” – tak wezwanie z dnia 21 grudnia 2022 r. wystosowane w trybie art. 128 ust. 4 p.z.p. Zatem w ocenie Izby – mając też na uwadze, że istotna jest treść wezwania, a zarazem treść udzielonych wyjaśnień dotyczących wysokości skalkulowanej ceny, a nie podstawa prawna wezwania podana przez zamawiającego – dokumenty te jednoznacznie wskazują, że po aukcji elektronicznej zamawiający kontynuował badanie i ocenę oferty przystępującego Safege w przedmiocie zaoferowanej ceny, w zakresie objętym zaskarżeniem, co zakończono wyborem tej oferty jako najkorzystniejszej. Zgodnie więc z art. 515 ust. 1 lit. a p.z.p. termin na postawienie przedmiotowych zarzutów rozpoczął bieg 19 stycznia 2023 r., czyli od dnia przekazania wykonawcom informacji o wyborze (tj. od dnia zakończenia przez zamawiającego badania i oceny – także w zakresie prawidłowości skalkulowania ceny – oferty przystępującego Safege i przekazania wyników tych czynności pozostałym wykonawcom) i upłynął 30 stycznia 2023 r., więc został właściwie zachowany przez odwołującego.

Skład orzekający wskazuje dalej, że przystępujący Safege wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów nr: 2, 3, 4 i 5 odwołania, mając więc na uwadze dyspozycję art. 522 ust. 4 w zw. z art. 568 pkt 3 p.z.p. skład orzekający umorzył postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 odwołania, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 tenoru sentencji wyroku.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, uwzględniając odpowiedź na odwołanie, stanowiska przystępujących oraz oświadczenia złożone w toku rozprawy, Izba stwierdziła, że rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu nr 2 i nr 5 z petitum odwołania, co skutkowało nakazaniem zamawiającemu dokonania unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty przystępującego Safege zgodnie z punktem 2 tenoru sentencji wyroku. Natomiast oddalone zostały zarzuty nr 3 i nr 4.

W przedmiocie zarzutu nr 2 odwołania dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Safege, pomimo iż nie wykazał okoliczności wskazanych w art. 110 ust. 2 p.z.p. dla wykluczenia, które miało miejsce w dniu 29 listopada 2022 r. w ramach postępowania prowadzonego przez GDDKiA Oddział w Bydgoszczy na „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadania pn. „Rozbudowa drogi krajowej nr 25 w m. Buszkowo”, Izba wskazuje co następuje.

Odwołujący podnosił, że w dniu 29 listopada 2022 r. oferta przystępującego Safege została odrzucona w postępowaniu prowadzonym przez GDDKiA w ramach przetargu na „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadania pn. „Rozbudowa drogi krajowej nr 25 w m. Buszkowo” ze względu na wprowadzenie zamawiającego w błąd w trybie art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. (vide str. 2 - 7 informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 29.11.2022 r. - informacja o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone). O tym fakcie przystępujący Safege nie poinformował zamawiającego w ramach niniejszego postępowania, pomimo że w dniu 29 listopada 2022 r. zaktualizowały się wobec niego podstawy do wykluczenia z przetargu (od czynności wykluczenia przez GDDKiA Oddział w Bydgoszczy nie wniesiono odwołań) i w dniu 19 stycznia 2023 r. wybrano jego ofertę jako najkorzystniejszą.

Odwołujący zaznaczał, że wcześniej – w zakresie wyeliminowania przystępującego z przetargu przez GDDKiA Oddział w Kielcach – poinformowano o tym fakcie zamawiającego i przedstawiono self-cleaning (tak złożona w dniu 16.09.2022 r. „aktualizacja samooczyszczenia”, którą przystępujący przedstawił zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie z dnia 05.09.2022 r., wystosowane w trybie art. 126 ust. 1 p.z.p.). Według odwołującego składając 16 września 2022 r. aktualizację samooczyszczenia, kiedy w JEDZ złożonym wraz z ofertą oświadczone, że przystępujący Safege nie podlega wykluczeniu (część III lit. c JEDZ, zaznaczano „NIE”), zachowano się prawidłowo. Nieprawidłowym zaś jest zaniechanie złożenia aktualizacji dokumentów samooczyszczenia dotyczących wykluczenia przez GDDKiA Oddział w Bydgoszczy. W szczególności, że przystępujący miał świadomość takiego obowiązku, skoro uprzednio, z własnej inicjatywy informował o takich przypadkach zamawiającego.

W ocenie odwołującego bez dokonania samooczyszczenia wykonawca, który dopuścił się przedstawienia informacji wprowadzających w błąd, podlega wykluczeniu. Safege nie wykazał zamawiającemu, że podjął odpowiednie środki naprawcze po dniu 29 listopada 2022 r., zatem wobec zaniechania podjęcia czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 p.z.p., wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania. Według odwołującego brak poinformowania zamawiającego o nowej okoliczności skutkującej wykluczeniem, w przypadku braku złożenia samooczyszczenia, stanowi oczywiste naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 p.z.p. Treść oświadczenia JEDZ jest niezgodna z rzeczywistością, więc Safege wprowadził zamawiającego w błąd i podlega wykluczeniu. Zdaniem odwołującego wykonawca zdaje sobie sprawę z tego, że w przypadku ziszczenia się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nowych przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 p.z.p., konieczne jest zaktualizowanie oświadczenia JEDZ. Wynika to wprost z zachowania się Safege w niniejszym postępowaniu, tj. przystępujący Safege przedstawił taką aktualizację samooczyszczenia w dniu 15 września 2022 r.

Izba stwierdziła, że stan faktyczny nie był między stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale procesowym, przedstawiony przez odwołującego. Strony różniły się natomiast oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych. Warto tylko dodać, że skład orzekający dodatkowo ustalił, iż po wyborze oferty najkorzystniejszej, poza czynnościami składającymi się na badanie i ocenę ofert przed rozstrzygnięciem przetargu, zamawiający w dniu 26 stycznia 2023 r. wezwał przystępującego do „ustosunkowania się do zarzutów przedłożonych przez Wykonawcę TPF Sp. z o. o. w piśmie z dnia 25.01.2023 r.” (jako podstawę podano art. 128 ust. 4 p.z.p.). Przystępujący Safege, w dniu 30 stycznia 2023 r., złożył wyjaśnienia wraz z pięcioma załącznikami, w tym z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Na wstępie należy zaznaczyć, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach w sposób jasny wskazuje, że sąd nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia, przeciwnie – sąd jest obowiązany rozpatrzyć sprawę wszechstronnie i wziąć pod rozagę wszystkie przepisy prawne, które powinny zostać zastosowane w rozważanym przypadku (por. wyroki Sądu Najwyższego: z 30.11.2016 r. sygn. akt: III CSK 351/15, z 28.03.2014 r. sygn. akt: III CSK 156/13, z 19.03.2012 r. sygn. akt: II PK 175/11, z 12.12.2008 r. sygn. akt: II CSK 367/08, z 27.03.2008 r. sygn. akt: II CSK 524/07, z 29.10.2008 r. sygn. akt: IV CSK 260/08, z 02.12.2005 r. sygn. akt: II CK 277/05, 13.07.2005 r. sygn. akt: I CK 132/05). Przenosząc ten pogląd na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą – w myśl zasady *da mihi factum, dabo tibi ius* – Izba, w ramach dokonywanej subsumpcji, jest uprawniona do oceny odwołania w aspekcie tych norm prawnych, które powinny zostać zastosowane. Izba nie jest natomiast związana podstawą prawną wskazaną przez odwołującego. Stanowisko to potwierdzają sądy powszechne, gdzie trafnie stwierdza się, że zakres zarzutów wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy (por. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 29.06.2018 r. sygn. akt: XIII Ga 546/18, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012 r. sygn. akt: I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. sygn. akt: X Ga 110/09). Argumentacja ta znajduje także odzwierciedlenie w utrwalonym orzecznictwie Izby, gdzie wskazuje się, że „za zarzuty uznaje się przedstawione przez wykonawcę okoliczności faktyczne mające świadczyć o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Podkreślić także należy, że Izba nie jest związana wskazywaną przez wykonawcę podstawą prawną zarzutów” (vide wyrok Izby z 30.05.2017 r. sygn. akt: KIO 993/17, por. też wyroki Izby: z 02.08.2017 r. sygn. akt: KIO 1488/17, z 10.08.2018 r. sygn. akt: KIO 1370/18, z 26.06.2018 r. sygn. akt: KIO 1075/18, z 17.05.2019 r. sygn. akt: KIO 805/19). Skład orzekający wskazane poglądy podziela i przyjmuje za własne.

Izba jest związana zawartymi w odwołaniu zarzutami (art. 555 p.z.p.), ale nie jest związana przyjętą przez odwołującego kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych wskazanych w zarzucie. Ustawodawca wymaga wskazania przez odwołującego czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, które doprowadziły do naruszenia ustawy, zwięzłego przedstawienia zarzutów, a także określenia żądania oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie środka zaskarżenia (516 ust. 1 pkt 7 -10 p.z.p.). Okoliczności tych nie można jednak utożsamiać z podstawą prawną, czy kwalifikacją stanu faktycznego do przepisów prawa. Art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. stanowi bowiem, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia –

niezależnie od tego, jak to naruszenie zostanie zakwalifikowane przez odwołującego. Innymi słowy, Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego i powołana podstawa faktyczna, która może być kwalifikowana według różnych norm prawnych, uzasadnia rozważenie ich przez Izbę i zastosowanie jednej z nich, nawet odmiennej od tej, która została wskazana przez odwołującego. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzając naruszenie prawa dokonuje kwalifikacji prawnej zarówno tego naruszenia, jak i skutków, jakie jego stwierdzenie ze sobą niesie, które znajdują swoje odzwierciedlenie w rozstrzygnięciu zawartym w sentencji wydanego orzeczenia.

W świetle powyższego skład orzekający stwierdził, że rozpoznawany zarzut zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zamawiający powinien odrzucić ofertę przystępującego Safege z powodu wprowadzenia w błąd co do okoliczności wykluczenia przystępującego, które miało miejsce w dniu 29 listopada 2022 r. w ramach postępowania na „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadania pn. Rozbudowa drogi krajowej nr 25 w m. Bukowo” prowadzonego przez GDDKiA Oddział w Bydgoszczy, tj. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p., nie dzieląc całości oceny prawnej przedstawionej przez odwołującego, który w ramach ustalonych okoliczności faktycznych dopatrywał się także naruszenia art. 110 ust. 2 p.z.p. i wysnuł zbyt daleko idące wnioski dotyczące konieczności przedstawienia zaktualizowanego JEDZ czy zaniechania dokonania samooczyszczenia, o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia.

W ramach uwag ogólnych warto też zaznaczyć, że zamówienia publiczne powinny być udzielane wykonawcom rzetelnym i wiarygodnym, dającym gwarancję należytego wykonania umowy, którzy spełniają warunki udziału w przetargu i nie zachodzą wobec nich podstawy wykluczenia. Badanie przesłanek wykluczenia stanowi jeden z elementów podmiotowej kwalifikacji podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, obok badania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Weryfikowanie zdolności podmiotowej wykonawcy, na pierwszym etapie postępowania, następuje na podstawie oświadczenia, o którym mowa w p.z.p. Następnie zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia dowodów ją potwierdzających, czyli podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień złożenia (art. 126 p.z.p.). „Podmiotowe środki dowodowe, składane na wezwanie w trybie art. 126 PZP, mają zatem stanowić odzwierciedlenie istniejącej na dzień ich złożenia sytuacji podmiotowej wykonawcy. Jednocześnie powinny potwierdzać, że na dzień ich złożenia stan w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia nie uległ zmianie i ma charakter ciągły w stosunku do stanu z dnia złożenia jednolitego dokumentu”. (tak Prawo zamówień publicznych. Komentarz. red. M. Jaworska, Warszawa 2022, art. 126, Legalis). Ponadto, zgodnie z art.

126 ust. 3 p.z.p., zamawiający w każdym czasie ma prawo wymagać zaktualizowanych dokumentów

i oświadczeń. Należy zatem uznać, że posiadanie przez wykonawcę właściwej sytuacji podmiotowej powinno mieć charakter ciągły, nastąpiło bowiem odejście od zasady, że składane środki podmiotowe mają potwierdzać stan odpowiedniej zdolności jedynie na moment przystąpienia do przetargu – moment złożenia oferty lub wniosku. Ewolucja ta jest logiczna – celem bowiem przepisów jest ustanowienie normy, która ma w założeniu eliminować wykonawców nierzetelnych. Momenty weryfikacji nie zaburzają faktu, że określone warunki pozytywne (zdolności podmiotowe) i warunki negatywne (brak podstaw do wykluczenia) muszą być spełniane w sposób ciągły – ustanawiają one jedynie minimalne standardy weryfikacji, gdzie zamawiający „ufa, ale sprawdza”.

Przywołane przepisy, w związku ze sobą, należy zatem wyklądać nie przez pryzmat czynności zamawiającego, które siłą rzeczy zawsze będą „punktowo” sprawdzały stan faktyczny, a przez pryzmat uregulowania stanu, który jest poddawany ocenie – z treści zestawionych norm wynika w sposób logiczny i spójny, że o ile weryfikacja zdolności podmiotowej jest „punktowa”, o tyle odbywa się ona na linii ciągłej w czasie, gdzie w każdym momencie ta weryfikacja może się odbyć. Stan spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia nie jest zatem stanem wyłącznie konkretnego dnia, który może się zmieniać (raz warunki podmiotowe mogą być spełnione, innym razem nie – wymagałoby to przyjęcia, że wykonawca posiada odpowiedni potencjał podmiotowy, bo zamawiający akurat „nie trafi” ze sprawdzeniem na moment, w którym warunki nie są spełnione), a powinno być stanem ciągłym. Obecnie wykonawca powinien posiadać odpowiednią sytuację podmiotową od złożenia oferty w przetargu (co nie powinno ulegać zmianie w toku badania i oceny ofert), i w momencie wyboru oferty wykonawcy, jako oferty najkorzystniejszej, dalej powinien to być podmiot spełniający warunki udziału w przetargu, wobec którego nie zachodzą podstawy do wykluczenia.

W ustalonym stanie rzeczy, zamawiający w dniu 19 stycznia 2023 r. wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą, kiedy w międzyczasie (po dokonaniu weryfikacji oświadczenia wstępnego i dokumentów oraz oświadczeń składanych w trybie art. 126 p.z.p.), w dniu 29 listopada 2022 r., wykluczono tego wykonawcę z innego postępowania, prowadzonego przez GDDKiA Oddział w Bydgoszczy. Ergo tuż przed wyborem oferty, przystępujący podlegał wykluczeniu z postępowania, którego dotyczy rozpoznawane odwołanie, ze względu na wprowadzenie innego zamawiającego – GDDKiA Oddział w Bydgoszczy w błąd (art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 111 ust. 6 p.z.p.). Zatem zdaniem Izby, ponieważ doszło do okoliczności implikujących konieczność wykluczenia przystępującego Safege z przetargu, zamawiający obowiązany był tej czynności dokonać, niezależnie w jakim momencie i w jaki sposób dowiedział się o utracie wymaganej zdolności podmiotowej przez przystępującego. Jednakowoż, skoro zamawiający dokonując wyboru oferty przystępującego Safege nie był świadomy okoliczności dotyczących konieczności

utrąty przez przystępującego wymaganej zdolności podmiotowej i wybrał podmiot podlegający wykluczeniu z przetargu, to został przez przystępującego wprowadzony w błąd.

Przystępujący Safege podnosił, że ustawa p.z.p. nie obliguje go do składania zamawiającemu innych dokumentów i oświadczeń, niż te składane na wezwanie, zaś po dniu 16 września 2022 r. zamawiający nie kierował do wykonawcy jakiegokolwiek wezwania do uzupełnienia dokumentów czy składania wyjaśnień w zakresie przesłanek wykluczenia. Argumentowano, że przepisy p.z.p. nie nakładają na wykonawcę obowiązku aktualizowania swojego oświadczenia z własnej inicjatywy, po upływie terminów na przedstawienie dokumentów, również odwołujący nie wskazał na przepis, z którego miałby taki obowiązek wynikać.

W ocenie składu orzekającego przystępujący Safege formułuje argumentację, która przesuwając ciężar zakresu analizy wymaganej do rozstrzygnięcia sprawy w inną sferę, która nie jest rzeczywiście do tego niezbędna. Domaga się on bowiem wyraźnej podstawy prawnej, która nakładałaby na niego obowiązek aktualizacji danych przedstawionych zamawiającemu, które na moment ich złożenia były zgodne z rzeczywistością, ale przestały być z nią zgodne w toku postępowania. Zatem zadając pytanie o „podstawę prawną” do tego, aby poinformować zamawiającego o zmianie okoliczności faktycznych, następuje próba, która miałaby przesunąć ciężar uczciwego i lojalnego zachowania z wykonawcy na ustawodawcę, co jednak nie jest celne. Natomiast nie powinno być wątpliwym, że skoro wykonawca powinien spełniać warunki i nie podlegać wykluczeniu przez cały czas, ponieważ stanowi to element zapewnienia, że prawidłowo zrealizuje swoje zobowiązanie, to logicznym jest, że nagła utrata tej zdolności musi być lojalnie zakomunikowana zamawiającemu. Ustawa p.z.p. nie formułuje kazuistycznych regulacji mających z założenia opisywać każdą mogącą się zdarzyć sytuację. Nie robi zresztą tego żadna dziedzina prawa, a takie żądanie skierowane do ustawodawcy jest przejawem daleko idącego pozytywizmu prawniczego, co pogarszałoby jakość stanowionego prawa.

W szczególności, iż przystępujący posługuje się, niemającymi zastosowania na gruncie p.z.p., wzorcami ze stosunków wertykalnych – kontroli administracyjnoprawnej, (wymaganie podstawy prawnej od urzędu na każde jego działanie), kiedy obracamy się w ramach stosunku horyzontalnego, cywilistycznego. Istotą norm p.z.p. i mających zastosowanie na kanwie art. 8 ust. 1 p.z.p. przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r., poz. 1360 ze zm., dalej jako „k.c.”), jest ustanowienie komunikacji pomiędzy wykonawcą a zamawiającym opartej na otwartości, dobrej wierze i zaufaniu, gdzie strony będą informowały się wzajemnie o istotnych okolicznościach, ponieważ mają w niedalekiej przyszłości realizować razem kontrakt – stosunek cywilny, który opiera się na współpracy, zaufaniu, dobrej wierze i realizacji zobowiązań kontraktowych w zgodzie z ich celem i zasadami współżycia społecznego (art. 5, art. 353¹, art. 354, art.

355 k.c.). Warto zwrócić też uwagę, że nawet poza reżimem p.z.p., w polskim porządku prawnym strony negocjujące umowę są zobowiązane do zachowania się względem siebie lojalnie, z poszanowaniem dobrych obyczajów (art. 72 k.c.).

Zasady ogólne p.z.p., w tym określona w art. 16 ust. 1 p.z.p. zasada zachowania uczciwej konkurencji, a także ww.

zasady lojalności i współpracy pomiędzy stronami, wymagają od wykonawcy informowania zamawiającego o wszelkich zmianach stanu faktycznego mogących mieć wpływ na wzajemne stosunki. Izba nie ma przy tym wątpliwości, że odtwarzając wzorzec należytego zachowania w takiej sytuacji, inicjatywą w poinformowaniu zamawiającego, że zachodzą wobec wykonawcy podstawy do wykluczenia należy obarczyć wykonawcę, a nie uznać, że skoro zamawiający nie zapytał, to wykonawca nie musiał ujawniać, że należy go wykluczyć, bo jedynym obowiązkiem jest odpowiedź na wezwanie (np. w trybie 126 p.z.p.). Szczególnie, że do wykluczenia doszło już po składaniu oświadczeń i dokumentów w ramach wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych, więc zgodnie z procedurą, co do zasady, zamawiający nie wzywa wykonawcy kolejny raz. Przykładowo, aby skorzystać z instrumentu z art. 126 ust. 3 p.z.p. zamawiający musi z jakiegoś źródła posiadać wiedzę o tym, że sytuacja podmiotowa wykonawcy uległa zmianie. Jednoznacznie takim źródłem powinien być wykonawca, a przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do nieuprawnionej rekonstrukcji treści norm prawnych, gdzie wykonawca byłby premiowany za bierność, dzięki której mógłby zdobyć kontrakt, którego zgodnie z przepisami nie powinien móc realizować. Innymi słowy, skutkowałoby to możliwością przyjęcia stanu niezgodnego z zasadami uczciwego obrotu i w istocie stanu niemoralnego – stanowiącego swoistą nagrodę dla wykonawców nieuczciwych, zyskujących przewagę na rynku dzięki temu, że nie ujawnialiby zamawiającemu stanu rzeczywistego, nie pozwalając podjąć prawidłowej decyzji w oparciu o wszystkie istotne informacje dotyczące stanu zdolności podmiotowej wykonawcy. I nie w każdym przetargu wystąpi inny podmiot, który taką wiedzę zamawiającemu mógłby przekazać, nie ma też przykładowo ogólnych rejestrów, skąd można byłoby dowiedzieć się o wykluczeniu w innych przetargach.

Warto zwrócić uwagę, że ustawodawca nie posłużył się formułą, że wykluczeniu podlega wykonawca, który wyłącznie na określonej dacie posiada jakieś cechy, tylko taki, który te cechy posiada w ogóle. Katalog podstaw wykluczenia został określony w art. 108 p.z.p. i 109 p.z.p., i ma charakter zamknięty. Kiedy wykonawca zostanie wykluczony z przetargu, wobec treści art. 111 p.z.p., jest eliminowany z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, przez wskazany w tej normie okres, zależny od podstawy wykluczenia. Ustawodawca uznał bowiem wykluczenie z przetargu za czynność negatywną i świadczącą o utracie przez wykonawcę przymiotu rzetelności, w tym co istotne dla rozpoznawanego sporu, z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd (art. 109 ust. 1 pkt

10 p.z.p.) przez okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia (art. 111 ust. 6 p.z.p.). Myli się zatem przystępujący twierdząc, że nie ma podstawy wyraźnie wymagającej od niego uczciwego zachowania upatrując w tym tego, że nie musi się w ten sposób zachowywać. Tą podstawą jest art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. Tak jak w przypadku wszelkich norm sankcyjnych, norma ta, czytana w sposób pozytywny, wskazuje na obowiązek wykonawcy, aby nie przedstawiać informacji wprowadzających w błąd. Odczytując ten przepis negatywnie, tzn. jako normę sankcyjną, stanowi on bezpośrednią sankcję za naruszenie tego obowiązku. W orzecznictwie podnosi się również, że normy sankcjonujące wprowadzenie zamawiającego w błąd mają na celu zmuszenie wykonawców do zachowywania należytej staranności i uczciwego postępowania wobec zamawiającego pod rygorem wykluczenia z postępowania (por. np. wyrok Izby z 02.02.2018 r., sygn. akt: KIO 113/18). Tak jak wyjaśniono wcześniej, mamy zatem zasady naczelne, stanowiące wytyczne dla standardów zachowania się wykonawcy i sankcję za działanie niełojalne, nieuczciwe uregulowaną w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 p.z.p.

Ponadto, warto zaznaczyć, że „Co istotne, do informacji, które wprowadzają zamawiającego w błąd, należy zaliczyć takie informacje, które nie są zgodne z rzeczywistością, istniejącym stanem faktycznym. Są to więc informacje nieprawdziwe, oddające fałszywy stan faktyczny, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający pozostaje w błędzie, czyli ma mylne wyobrażenie o rzeczywistości lub też nie ma jakiegokolwiek wyobrażenia o niej (taką definicję błędu podaje Z. Radwański [w:] System prawa prywatnego, t. 1, Prawo cywilne – część ogólna, red. M. Safjan, Warszawa 2008, s. 397). (...), Ustęp 1 pkt 10 komentowanego przepisu nie ogranicza zakresu podawanych przez wykonawcę informacji, ponieważ nie precyzuje (odmiennie niż w przypadku przesłanki wynikającej z ust. 1 pkt 8) o jakie informacje chodzi. Można jednak przyjąć, że obejmuje on swoją hipotezą także informacje wymienione w ust. 1 pkt 8, a zatem informacje, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria selekcji” (tak Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, red. A. Gawrońska - Baran, Warszawa 2023 r., art. 108 i art. 109, Legalis, por. też np. wyrok Izby z 25.08.2017 r. sygn. akt: KIO 1657/17, zgodnie z którym „przesłanka wykluczenia ujęta w art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. jest bardziej pojemna i zawiera w sobie przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., które można uznać za kwalifikowane przypadki wprowadzenia w błąd uregulowany w pkt 17”).

W ocenie Izby, doprowadzenie do naruszenia obowiązku lojalnego zapewnienia aktualności wiedzy zamawiającego przez wykonawcę poprzez zaniechanie wyczerpuje dyspozycję tej normy – wykonawca bowiem poprzez brak działania nie uchyla faktu, że przedstawione przez niego wcześniej informacje nie są aktualne, a zatem wywołują po stronie zamawiającego stan błędu mający istotny wpływ na decyzje podejmowane

w postępowaniu (zamawiający nie wiedząc, że wykonawca podlega wykluczeniu nie wyklucza go). Odczytanie tej regulacji w sposób, w jaki oczekiwałby tego przystępujący skutkowałoby stanem, w którym wykonawca byłby premiowany za „przechytrzenie” zamawiającego, sprytnie ukrycie przed nim rzeczywistych okoliczności faktycznych i dzięki temu zdobycie umowy, której zgodnie z przepisami nie powinien móc realizować. W związku z tym, przedstawiona przez przystępującego Safege argumentacja nie jest przekonująca – należy uznać, że art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. wymaga od wykonawcy aktywnego działania celem zapewnienia, że przedstawione przezeń informacje nie wprowadzają zamawiającego w błąd w całym okresie postępowania, a nie tylko w tym momencie, w którym są fizycznie zamawiającemu przedstawiane. Trudno także przyjąć, że profesjonalny wykonawca, ubiegający się o liczne zamówienia publiczne, nie miał wiedzy o konsekwencjach wynikających z niepodania tego typu informacji. Jednym z przejawów staranności jest obowiązek zadbania, aby zamawiający posiadał informacje opartych na prawdzie, rzetelne i znajdujących odzwierciedlenie w faktach.

Izba stwierdziła, że przystępujący działał niedbale, co należy ocenić przez zawodowy charakter działalności wykonawcy na rynku zamówień publicznych (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p.), kiedy wykonawca wprost nie przewiduje skutku jakim jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, podczas gdy skutek ten mógł i powinien być przewidzieć. Działanie niedbale polegało na braku ustalenia prawidłowego wzorca postępowania, zgodnie z którym wykonawca powinien się zachować, a przez to – chociaż w innych sytuacjach przystępujący potrafił zaktualizować przekazywane zamawiającemu informacje (dokument pt. aktualizacja samooczyszczenia) – to w tym przypadku, w którym było to dla niego niekorzystne, usiłował wywodzić brak takiego obowiązku. Mając jednak na uwadze, że przystępujący Safege przedstawił uzasadnienie swojego rozumowania, co prawda nieprawidłowe, to trudno jednak przypisać mu na tej podstawie działanie umyślne (art. 109 ust. 1 pkt 8 p.z.p.).

Brak poinformowania przez przystępującego zamawiającego o fakcie, że w dniu 29 listopada 2022 r. w ramach postępowania prowadzonego przez GDDKiA Oddział w Bydgoszczy został wykluczony z postępowania, zatem ex lege powinien być wykluczany przez innych zamawiających przez okres roku (art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 111 ust. 6 p.z.p.), wprowadził zamawiającego w błąd i skutkowało wyborem oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, kiedy wykonawca powinien zostać wykluczony, więc miało to bezpośredni wpływ na wadliwą decyzję zamawiającego w postępowaniu, czyli nieprawidłowe rozstrzygnięcie przetargu.

Mając na uwadze powyższe, Izba uwzględniła zarzut i nakazała zamawiającemu wykluczyć przystępującego Safege na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p., zgodnie z lit. a ppkt 2.2. pkt 2 tenoru sentencji wyroku.

Skład orzekający zauważa także, że odwołujący zarzucił przystępującemu Safege brak złożenia aktualizacji samooczyszczenia wobec przetargu GDDKiA Oddział w Bydgoszczy, skoro złożono taki dokument po wyeliminowaniu go przez GDDKiA Oddział w Kielcach, co byłoby kontynuacją wzorca zachowania przystępującego. Izba stoi jednak na stanowisku, że niezależnie od tego czy miałyby to być aktualizacja self-cleaningu, aktualizacja JEDZ, wyjaśnienia, czy jakakolwiek inna forma informacji, to istotnym raczej jest, aby inicjatywa jej przekazania zamawiającemu była po stronie przystępującego, bez wskazania konkretnej formy, więc obecnie nie doszło do naruszenia art. 110 ust. 2 p.z.p.

W przedmiocie zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 p.z.p. (zarzut nr 3 z petitum odwołania) odwołujący podnosił, że niespornym jest, iż wobec przystępującego Safege zaistniały ww. przesłanki wykluczenia, co przystępujący potwierdza składając kolejne dokumenty dotyczące samooczyszczenia. Jednakże, aby skutecznie zastosować art. 110 ust. 2 p.z.p., wykonawca musi udowodnić zamawiającemu, że podjęto odpowiednie środki zapobiegające dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu. Pomimo formalnego potwierdzenia zastosowania środków naprawczych, przystępujący Safege nadal podaje informacje wprowadzające zamawiających publicznych w błąd – czego dowodem jest odrzucenie jego oferty na kanwie art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. ze względu na wprowadzenie w błąd GDDKiA Oddział w Bydgoszczy. Zdaniem odwołującego wdrożone przez przystępującego środki zaradcze są nieskuteczne i nie doprowadziły do efektu wymaganego w art. 110 ust. 2 p.z.p., czyli do zapobiegania dalszym nieprawidłowościom, a samooczyszczenie stanowi jedynie formalne wypełnienie tego obowiązku.

Skład orzekający wskazuje, że odwołujący skupił się na rzekomym braku prawidłowego skutku self-cleaningu dokonanego przez przystępującego Safege, bez szczegółowego odniesienia się w odwołaniu do okoliczności powodujących konieczność dokonania przez przystępującego samooczyszczenia i podjętych przez tego wykonawcę środków zaradczych, które opisano na str. 3 - 5 wyjaśnień z dnia 16 września 2022 r. (które do dnia 07.02.23 r. były zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa). Przedstawiono Izbie hipotezę odwołującego o pozornym samooczyszczeniu, która nie poddaje się weryfikacji, ponieważ pierwszym elementem umożliwiającym rozpoczęcie oceny skuteczności dokonanego samooczyszczenia powinno być wykazanie, że do kolejnego wprowadzenia zamawiającego w błąd (GDDKiA Oddział w Bydgoszczy) doszło w zbieżnych okolicznościach faktycznych popełnianego błędu, a nie tylko w ramach jednej podstawy prawnej wykluczenia, czego w odwołaniu zabrakło.

Odwołujący nie kwestionował prawidłowości/adekwatności podejmowanych przez przystępującego środków naprawczych w zakresie konkretnego wadliwego zachowania, tylko generalnie ich skuteczność. Jednakże określone w art. 110 ust. 2 p.z.p. środki

naprawcze, ze swojej istoty, każdorazowo dotyczą przywrócenia rzetelności wykonawcy w zakresie zindywidualizowanej sytuacji wyeliminowania go z postępowania – tym samym podjęte przez wykonawcę działania mają na celu zapobieganie danemu uchybieniu. Ergo bez udowodnienia przez odwołującego, że nadal dochodzi do tożsamego błędu, nie sposób skutecznie wywodzić, że samooczyszczenie było jedynie formalnym wypełnieniem tego obowiązku.

Izba uwzględniła również stanowisko przystępującego Safege, że przekazanie zamawiającym informacji wprowadzających w błąd w obu przypadkach wykluczenia wynikało z innych przyczyn, dotyczyło odmiennych przedmiotów zamówienia, odbywało się z udziałem różnych regionów Safege i różnych zespołów składających ofertę, a także, iż doszło do zupełnie innych uchybień (wprowadzenie w błąd ze względu na wadliwą weryfikację doświadczenia specjalistów i wprowadzenie w błąd ze względu na rozbieżności interpretacyjne w zakresie kryterium oceny ofert). Podjęto też ogólne środki zapobiegawcze dotyczące całego przedsiębiorstwa przystępującego oraz działania zindywidualizowane, dedykowane uchybieniu, które było związane z postępowaniem prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S. A. z siedzibą w Warszawie.

W ocenie składu orzekającego nie sposób także uznać, że podejmowane przez wykonawcę środki zaradcze będą skuteczne wobec wszystkich przyszłych rodzajów nieprawidłowości, niezależnie od okoliczności ich powstania, nawet jeżeli uchybienia będą zawierać się w jednej podstawie prawnej do wykluczenia z postępowania (tu wprowadzenie

zamawiającego w błąd). Innymi słowy, skoro podjęto środki, które zostały dopasowane do konkretnego uchybienia, to nie sposób generalizować, że będą one efektywne dla wszystkich potencjalnie występujących uchybień, pomimo że ogólnie służą one unikaniu popełniania błędów.

Wobec powyższego Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego o pozornym samooczyszczeniu przystępującego Safege i oddaliła omawiany zarzut nr 3.

W zakresie zarzutu nr 4 i nr 5 dotyczących rażąco niskiej ceny, skład orzekający ustalił, że zamawiający, prowadząc postępowanie wyjaśniające prawidłowość skalkulowania ceny przez przystępującego Safege, wzywał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień: 1) w dniu 18 maja 2022 r. – w odpowiedzi na wezwanie złożono wyjaśnienia z dnia 31 maja 2022 r. wraz z załącznikami, 2) w dniu 4 lipca 2022 r. – w odpowiedzi na wezwanie złożono wyjaśnienia z dnia 8 lipca 2022 r. wraz z załącznikami, 3) w dniu 21 grudnia 2022 r. – w odpowiedzi na wezwanie złożono wyjaśnienia z dnia 28 grudnia 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu nieprawidłowe, wielokrotne wzywanie przystępującego Safege do składania wyjaśnień dotyczących poziomu zaoferowanej ceny, kiedy wszystkie niezbędne elementy – w tym koszty dotyczące personelu, o co pytano

w drugim i trzecim wezwaniu – przystępujący powinien zawrzeć już w pierwszych wyjaśnieniach, które były odpowiedzią na wezwanie zamawiającego z dnia 18 maja 2022 r.

Skład orzekający wskazuje, iż postępowanie dotyczące wyjaśniania ceny oferty przystępującego Safege zostało przeprowadzone przez zamawiającego w sposób właściwy i skrupulatny. Zgodnie z materiałem procesowym pierwsze wezwanie było ogólne i skupiało się na przywołaniu przesłanek art. 224 p.z.p., jednostka zamawiająca nie zawarła w nim szczegółowych wątpliwości dotyczących sprecyzowanych, jednostkowych składników ceny. W odpowiedzi na tak sformułowane wezwanie, przystępujący Safege złożył całkiem obszernie wyjaśnienia, które zostały poparte dowodami. Z uwagi na brak drobiazgowych pytań zamawiającego, przystępujący przyjął własną metodologię wyjaśniania ceny, odnosząc się do czynników cenotwórczych wskazanych w art. 224 ust. 3 p.z.p., co na tamtym etapie było działaniem prawidłowym. Drugie wezwanie dotyczyło już szczegółowych kwestii wyliczenia stawek i wymiaru zatrudnienia specjalisty ds. ochrony środowiska i inspektora nadzoru w specjalności instalacyjnej oraz stawki godzinowej członków zespołu zmiennego biura inżyniera. Natomiast trzecie wezwanie dotyczyło innego zagadnienia – wymiaru etatu i wyłączności personelu stałego.

Izba stwierdziła, że w postępowaniu, w toku badania i oceny ofert, zaistniały uzasadnione podstawy do dopytania przystępującego Safege o dodatkowe okoliczności skalkulowania ceny, które stanowiły rozwinięcie pierwszych, dość obszernych wyjaśnień. Zatem nie sposób uznać, że wezwania zamawiającego dotyczące uszczegółowienia przedłożonej kalkulacji było nieprawidłowe. O ile kolejne wezwanie w zakresie sposobu wyliczenia ceny nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia ponownej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, lapidarne, nie przedstawiając przy tym stosownych dowodów, to w ustalonym stanie rzeczy zamawiający prawidłowo dopytał przystępującego Safege. Co istotne, dwa ostatnie wezwania dotyczyły bardzo ograniczonego zakresu ceny oferty, w tym ostatnie wezwanie uplasowało się jeszcze na granicy uprawnionego działania zamawiającego. Wystosowane wezwania do złożenia wyjaśnień należy więc ocenić prawidłowo, problemem w sprawie okazały się natomiast wadliwie wyciągnięte przez zamawiającego z ich treści wnioski, i to, czego w wyjaśnieniach zabrakło, o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia.

Konkludując, zamawiający w sposób należyty przeprowadził badanie ceny oferty przystępującego, dokonując szerokiego, obiektywnie uzasadnionego wezwania do przedstawienia elementów kalkulacji, więc zarzut nr 4 z petitum odwołania został oddalony jako bezpodstawny.

Skład orzekający podzielił natomiast stanowisko odwołującego i uwzględnił zarzut nr 5 dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 -6 w zw. z art. 16 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Safege,

pomimo iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę złożonych wyjaśnień, a w konsekwencji prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba wskazuje, że zamawiający podzielił czas realizacji umowy na następujące okresy: okres podstawowy 44 miesiące, okres wydłużony 12 miesięcy i okres wykraczający poza okres wydłużony 3 miesiące. W pierwszych wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny, złożonych przez przystępującego w dniu 31 maja 2022 r. podano, że koszt zatrudnienia zespołu stałego (skład zespołu na str. 4 wyjaśnień) wynosi 5 940 000,00 zł (tak tabela ze str. 6 wyjaśnień), co daje miesięcznie kwotę w wysokości 135 000,00 zł. Dalej w kalkulacji, w zakresie okresu wydłużonego (12 + 3 = 15 miesięcy), wskazano, że koszty zostały wyliczone w oparciu o wzory zamawiającego i wynoszą za 12 miesięcy 1 170 080,75 zł (miesięcznie 97 500,00 zł), za 3 miesiące okresu poza okresem wydłużonym 75 838,57 zł (miesięcznie 25 279,52 zł). Przystępujący dodał też, że kalkulując koszty w okresie wydłużonym, i po okresie wydłużonym, wzięto pod uwagę zmniejszenie liczby i zaangażowanie personelu, co w jego ocenie dopuszcza zamawiającego (vide str. 14 wyjaśnień). Izba ustaliła również, że kosztów personelu dotyczyło drugie i trzecie wezwanie zamawiającego, gdzie w odpowiedzi na nie przystępujący Safege złożył wyjaśnienia z dnia 8 lipca 2022 r. i z dnia 28 grudnia 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu wadliwą ocenę wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przystępującego Safege, ponieważ nie wykazano realnych kosztów utrzymania personelu stałego przez cały okres realizacji kontraktu. Zdaniem strony zmniejszenie wynagrodzenia personelu w końcowych etapach realizacji umowy jest na kanwie SWZ

niedopuszczalne, więc do prawidłowej kalkulacji należy przyjąć pełne koszty personelu stałego – tożsamo jak w okresie podstawowym, co powoduje zaniżenie tych kosztów w okresie wydłużonym i w okresie wykraczającym poza okres wydłużony. Skoro bowiem miesięczny koszt utrzymania zespołu stałego w całym okresie umowy to 135 000,00 zł, to podane w wyjaśnieniach za okres 12 miesięcy (miesięcznie 97 500,00 zł) i za okres 3 miesięcy (miesięcznie 25 279,52 zł) koszty są znacząco zaniżone. Kwoty te powodują zaoferowanie rażąco niskiej ceny i niedoszacowanie ceny oferty na poziomie 779 080,68 zł, co stanowi 6,4% wartości oferty. Tak wysokiej kwoty niedoszacowania nie można było także zawrzeć w innych pozycjach oferty (np. zysk, ryzyko, koszty zarządu) i jej wysokość znacznie je przekracza (suma za koszty zarządu, ryzyka, zysku wynosi 297 489,00 zł).

Izba zgadza się w całości ze stanowiskiem odwołującego, że istnieje znacząca rozbieżność kalkulacji ceny przystępującego dotycząca kosztów personelu stałego w poszczególnych okresach realizacji zamówienia. Z wyjaśnień przystępującego wynika przyjęcie całościowego kosztu zatrudnienia zespołu stałego na miesięcznym poziomie

135 000,00 zł, a następnie za ten sam zespół za miesiąc, w okresie wydłużonym, wskazano 95 700,00 zł (12 miesięcy okresu wydłużonego) i 25 279,52 zł (3 miesiące po okresie wydłużonym). Przystępujący oświadczył także, iż wziął pod uwagę zmniejszenie liczby i zaangażowania personelu, kiedy SWZ wskazuje na niezmienną osobowość personelu stałego przez cały okres realizacji zamówienia (por. pkt 3.1 ppkt 6 OPZ ad dostępności tego personelu w wymiarze całego etatu, § 9 ust. 12 wzoru umowy dotyczący zasad zastępowania na czas urlopu/innej uzasadnionej nieobecności, § 9 ust. 7 wzoru umowy dotyczący bezwzględnego zakazu podejmowania dodatkowego zajęcia zarobkowego przez inżyniera projektu i inżyniera rezydenta kontraktu budowlanego i względny zakaz (uchylany za zgodą zamawiającego) dla pozostałych członków zespołu). W szczególności redukcja pracochłonności tej kadry, na późniejszym etapie realizacji zamówienia, nie spowoduje automatycznego zmniejszenia liczebności personelu, ponieważ zależy to od arbitralnej decyzji zamawiającego – także na uznany przez niego okres, o ile zamawiający wyrazi taką zgodę (§ 9 ust. 15 wzoru umowy). Tym samym wykonawca, aby należycie skalkulować cenę oferty powinien założyć, że dokładnie taki sam koszt personelu stałego będzie musiał ponosić w okresie podstawowym i w okresach wydłużonych. Wynika to z faktu, że wymiar zatrudnienia w okresach wydłużonych nie ulega i nie może ulec swobodnej zmianie, co oznacza, że automatycznemu zmniejszeniu nie mogą ulec także koszty wynagrodzenia personelu stałego.

Skład orzekający wskazuje dalej, że podziela w całości i przyjmuje za własne stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażone w wyroku z dnia 25 listopada 2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 113/21, gdzie wskazano, iż „Zgodnie z art. 224 ust. 5 nPzp, to wykonawca ma obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Również w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (art. 537 nPzp; tak: Nowicki Józef Edmund, KołECKI Mikołaj, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, wyd. IV). To wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, pomimo wypełnienia określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. W przypadku niewykazania przez wykonawcę powyższych kwestii uzasadnione jest zaś przyjęcie, że oferta przez niego przedstawiona zawiera rażąco niską cenę lub koszty. Przepisy nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Możliwe jest przedstawienie zatem każdego dowodu, jednakże musi być on adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach. Wskazać również należy, że każdy dowód złożony w odpowiedzi na

wezwanie podlega ocenie przez samego zamawiającego, który może uznać złożone dokumenty za niewystarczające lub niepotwierdzające okoliczności przez wykonawcę podnoszonych. Nie oznacza to jednak zupełnej dowolności w przygotowaniu wyjaśnień po stronie wykonawcy. Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji oferty (wyrok KIO z 20 kwietnia 2017 r., KIO 681/17).”.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego sporu skład orzekający stwierdził, że przystępujący Safege nie sprostął obowiązкови wyrażonemu w art. 224 ust. 5 p.z.p. i nie udowodnił realności swojej ceny, zatem jego oferta powinna zostać przez zamawiającego odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 p.z.p. Z przedstawionych przez przystępującego wyjaśnień wraz z dowodami nie sposób wywieść, aby obalono domniemanie zaoferowanie ceny rażąco niskiej w zakresie prawidłowej kalkulacji wynagrodzenia zespołu stałego w okresie wydłużonym i w okresie wykraczającym poza okres wydłużony (12 miesięcy + 3 miesiące). Zatem nie można uznać, że zaoferowana cena jest wartością realną, rynkową i pozwala na należyte wykonanie zamówienia zgodnie z warunkami umowy. Wyjaśnienia przystępującego są niekompletne i niewystarczające. Zamawiający, który wystosował do przystępującego Safege trzykrotne wezwanie do złożenia wyjaśnień, oczekiwał przedłożenia szczegółowych założeń, jakie przystępujący, który jest profesjonalnym podmiotem działającym na rynku budowlanym, przyjął na etapie kalkulowania swojej oferty. Natomiast przystępujący, pomimo otrzymania kilku szans na wyjaśnienie swojej ceny, przedłożył wyjaśnienia o charakterze niepełnym, które nie uzasadniały podanej w ofercie kwoty i budzą dalsze, uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji postępowania. Gdyby nawet przyjąć, że warunki zamówienia umożliwiają zmianę wynagrodzenia personelu stałego – pomimo, że nic takiego z SWZ nie wynika, przystępujący Safege także nie udowodnił tej okoliczności – to warto zaznaczyć, że w wyjaśnieniach ceny nie przedstawiono szczegółowej kalkulacji dla poszczególnych osób w okresach wydłużonych. Nie złożono zamawiającemu żadnych dowodów, że osoby te zgodzą się na redukcję wynagrodzenia, kiedy z doświadczenia życiowego i logiki wynika, że wykwalifikowany personel, któremu przystępujący miesięczne wypłaca wynagrodzenie np. 12 000,00 zł w okresie podstawowym, w okresie wydłużonym umowy nie będzie pracował za minimalne wynagrodzenie. Do pierwszych wyjaśnień dołączono oferty cenowe personelu, które potwierdzają pełną dyspozycyjność do celów realizacji zamówienia i wskazują ryczałtową (miesięczną) kwotę, ale brak jest informacji o ewentualnej zmianie wynagrodzenia na etapie okresów wydłużonych.

Skład orzekający podziela także w całości słuszne argumenty, że „Za nieuzasadnione zaś uznać należy zachowanie odwołującego, który dopiero na etapie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą wykazał się inicjatywą dowodową, wyjaśniając wątpliwości co do ceny zawartej w ofercie, która była przedmiotem rozstrzygnięcia zamawiającego. Dowodzenie w zakresie realności zaoferowanej ceny może się odbywać wyłącznie na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Podstawą oceny przez Krajową Izbę Odwoławczą, a następnie Sąd Okręgowy zasadności zarzutu odrzucenia oferty z powodu niewykazania, że cena oferty jest prawidłowa są tylko i wyłącznie wyjaśnienia wykonawców przesłane zamawiającemu na jego wezwanie, w terminie wskazanym do złożenia wyjaśnień. Zamawiający w oparciu o te wyjaśnienia dokonuje oceny ceny ofertowej, a Izba, a następnie Sąd bada prawidłowość tej czynności zamawiającego w świetle uzyskanych wyjaśnień. Jak słusznie podnosi się w orzecznictwie, w trakcie postępowania odwoławczego KIO nie zastępuje zamawiającego, nie przeprowadza też za zamawiającego przypisanych mu ustawowo czynności. Weryfikuje jedynie działania zamawiającego i ocenia ich zgodność z literą ustawy Prawo zamówień publicznych (wyrok KIO 2708/14). Nie jest zatem uprawnione przeprowadzanie przez Izbę oraz Sąd postępowania dowodowego. W postępowaniu odwoławczym, jak i w postępowaniu skargowym pod uwagę przy wydawaniu rozstrzygnięcia bierze się jedynie materiał dowodowy zgromadzony w toku postępowania o zamówienie publiczne. Składanie przez skarżącego dopiero przed Izbą dodatkowych wyjaśnień i przedstawianie nowych argumentów w celu wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny nie może być więc wzięte pod uwagę ani przez KIO, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy.” (tak wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 07.10.2020 r. sygn. akt: XXIII Ga 1131/20, por. też wyrok z 25.10.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 94/21).

Argumentacja przystępującego Safege, który dopiero na rozprawie zaczął szczegółowo wyjaśniać sposób kalkulacji ceny dotyczący zespołu stałego na ostatnich etapach realizacji kontraktu, jest spóźniona i nie może świadczyć o zaoferowaniu realnej ceny. Nic nie stało również na przeszkodzie, żeby została ona przedstawiona zamawiającemu w przetargu, w odpowiedzi na wezwanie do przedstawienia sposobu kalkulacji ceny (przystępujący nie podnosił żadnych wątpliwości wobec treści wystosowanych wezwań, nie zaskarżono ich, zatem był nimi związany). Dodatkowo, przystępujący Safege w pierwszych wyjaśnieniach sam zwracał uwagę, że wie co i w jaki sposób ma wyjaśnić oraz na istotność spornych kosztów personelu („W wezwaniu do wyjaśnień Zamawiający oczekuje szczegółowych informacji, w tym dowodów dotyczących wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wyjaśnienia te powinny wskazywać, czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia i wskazywać, czy istnieją konkretne uwarunkowania

i obiektywne czynniki, jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu (zarówno merytorycznego jak i finansowego) na wysokość zaoferowanej ceny”. (tak str. 1 wyjaśnień z 31.05.2022 r.), (...) „Zwracamy uwagę, że w przypadku realizacji umów o świadczenie usług to koszty personelu stanowią główny czynnik cenotwórczy, dlatego też posiadanie przez Wykonawcę doświadczanego personelu przewidzianego do realizacji zamówienia obniży pracochłonność prac, a w konsekwencji ma wpływ na wysokość zaoferowanej ceny ofertowej”. (tak str. 15 - 16 wyjaśnień z 31.05.2022 r.)).

Jak również, przedstawiając swoje stanowisko przystępujący Safege bezpośrednio nie nawiązywał do wyjaśnień składanych w postępowaniu, a podnosił nową, nieznana zamawiającemu argumentację. Natomiast etap na obalenie domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny zakończył się wraz z upływem terminu na złożenie odpowiedzi na trzecie wezwanie. Dodatkowe wyjaśnienia i nowe argumenty mające wykazać prawidłowość zaoferowanej ceny nie mogły być wzięte przez Izbę pod uwagę, jak również przekonują, że w wyjaśnieniach składanych zamawiającemu są istotne braki, które próbowano uzupełnić dopiero w postępowaniu odwoławczym.

Jedynie więc na marginesie można podkreślić, że współczynnik „n”, który pozwala na obniżenie wynagrodzenia na etapie wydłużonym, odnosi się do elementów, które na tym etapie można ograniczyć ze względu na mniejsze zaangażowanie (np. personel zmienny, środki transportu, biuro, itp.). Sporny personel stały jest niezmienny przez cały okres realizacji zamówienia, zatem stanowisko przystępującego o możliwości redukcji kosztów wynagrodzenia personelu stałego, która miałaby wynikać z mniejszej pracochłonności jest sprzeczna z warunkami realizacji umowy określonymi w SWZ i mogłaby raczej wskazywać na popełniony przez przystępującego błąd w obliczeniu ceny oferty, niż potwierdzać jej realny charakter.

Rekapitulując, skład orzekający uwzględnił omawiany zarzut, ponieważ w weryfikowanych wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny przedłożonych zamawiającemu przez przystępującego Safege zabrakło faktycznego wykazania prawidłowości wyliczenia kosztów dotyczących wynagrodzenia personelu stałego przez cały wymagany okres realizacji zamówienia, w konsekwencji brak było możliwości stwierdzenia, że oferta zawiera realną, ekwiwalentną i prawidłowo skalkulowaną cenę. Przystępujący Safege nie obalił więc domniemania rażąco niskiej ceny, co powinno skutkować odrzuceniem jego oferty przez zamawiającego.

Ponadto, Izba postanowiła dopuścić i przeprowadzić dowód ze złożonych przez przystępującego dokumentów (cztery wyciągi z umów) na okoliczności wskazane przez stronę, jednakże dowody te okazały się nieprzydatne dla rozstrzygnięcia. Dokumenty byłyby przydatne, gdyby przystępujący powiązał je ze złożonymi w przetargu wyjaśnieniami

sposobu kalkulacji ceny, których dotyczy odwołanie. Fakt, że przystępujący w innych warunkach kontraktowych zawiera umowy ryczałtowe obejmujące cały okres realizacji umowy (i rozkład wynagrodzenia może być różny) nie jest nawet luźno związany z rozpoznawanym sporem, który dotyczy wyliczenia ceny dla tego konkretnego zamówienia. Dokumenty nie mogły także stanowić samostanowiącej podstawy do stwierdzenia, że oferowana przez wykonawcę cena jest realna. Zwłaszcza, że – co wskazano wyżej – przystępujący co do zasady nie wykazał braku rażąco niskiej ceny złożonej przez niego oferty. Dodatkowo można zaznaczyć, że w dwóch dokumentach (w związku z raportem końcowym, który w przetargu objętym sporem jest sporządzany po całkowitym zakończeniu robót budowlanych, przeciwnie niż w dokumentach przedłożonych przez przystępującego) mamy zupełnie inne warunki zapłaty wynagrodzenia, a tym samym

inny sposób kalkulacji ceny. Przystępujący nie podjął nawet próby wykazania tożsamości warunków realizacji kontraktów z dowodów – czyli tożsamości okoliczności dotyczących sposobu kalkulacji ceny, z zamówieniem, którego dotyczy odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza częściowo uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, że w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało wpływ na nieprawidłowy wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wybrano ofertę przystępującego Safege, która powinna zostać odrzucona przez zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego, z uwzględnieniem brzmienia § 7 ust. 2 pkt 3 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba uwzględniła dwa zarzuty i dwa zarzuty oddaliła, co spowodowało, że odwołujący i przystępujący Safege, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego, odpowiadają za koszty postępowania odwoławczego po połowie. Odwołujący uiszczył 15 000,00 zł wpisu, więc zasądzono na jego rzecz zwrot kwoty 7 500,00 zł stanowiącej należny zwrot 1/2 części kosztów wpisu. Natomiast co do pozostałych kosztów, dotyczących wynagrodzenia pełnomocników ustalonych na podstawie złożonych przez odwołującego i przystępującego faktur VAT (zmniejszonych do limitu 3600,00 zł wynikającego z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia), zgodnie z wynikiem sporu odwołujący musiałby zwrócić przystępującemu 1800,00 zł (oddalona część odwołania), przystępujący także musiałby zwrócić odwołującemu 1800,00 zł (uwzględniona część odwołania), więc skład orzekający zniósł wzajemnie między stronami te koszty postępowania odwoławczego.

Mając na uwadze powyższe o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie: