

WYROK

Warszawa, dnia 7 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska
Michał Pawłowski
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

1. w dniu 7 października 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (Lider), B-ACTS.A z siedzibą w Bydgoszczy (Partner) i EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Partner) (KIO 3686/24)**
2. w dniu 7 października 2024 r. przez wykonawcę **Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (KIO 3697/24)**

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 3686/24:

- A. wykonawcy **Safege S.A.S. z siedzibą we Francji,**
- B. wykonawcy **Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt KIO 3697/24 – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (Lider), B-ACTS.A z siedzibą w Bydgoszczy (Partner)**

i EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Partner),

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 3697/24 – wykonawcy **Safege S.A.S. z siedzibą we Francji**

orzeka:

KIO 3686/24

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (Lider), B-ACTS.A z siedzibą w Bydgoszczy (Partner) i EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Partner) i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (Lider), B-ACTS.A z siedzibą w Bydgoszczy (Partner) i EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Partner)** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **56 zł 80 gr** (słownie: pięćdziesiąt sześć złotych osiemdziesiąt groszy) poniesioną przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę.
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (Lider), B-ACTS.A z siedzibą w Bydgoszczy (Partner) i EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Partner)** na rzecz zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **56 zł 80 gr** (słownie: pięćdziesiąt sześć złotych osiemdziesiąt groszy) poniesioną przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę.

KIO 3697/24

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 odwołania.

2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert oraz wykluczenie z postępowania wykonawcy Safège S.A.S. z siedzibą we Francji i odrzucenie oferty tego wykonawcy.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Safège S.A.S.**

z siedzibą we Francji i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania i kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę **Multiconsult Polska Sp. z o.o.**

z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2. zasądza od wykonawcy **Safège S.A.S. z siedzibą we Francji** na rzecz wykonawcy **Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawcę **Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:
.....
.....

Sygn. akt KIO 3686/24
KIO 3697/24

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego w ramach projektu: Odcinek B – Roboty budowlane w linii kolejowej nr 201 odc. Somonino – Gdańska Osowa w ramach projektu „Prace na odcinku Kościerzyna – Gdynia” wraz z elektryfikacją linii kolejowej nr 229 w ramach projektu „Prace na odcinku Glinicz – Kartuzy – Faza II”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 114/2024 z dnia 13 czerwca 2024 r. pod numerem 349585-2024.

KIO 3686/24

W dniu 7 października 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (Lider), B-ACTS.A. z siedzibą w Bydgoszczy (Partner) i EKOCENTRUM – Wrocławskie Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Partner zwani dalej „odwołującym Transprojekt Gdański”, wnieśli odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

1) przeprowadzenia nieprawidłowej czynności oceny i badania ofert, polegającej na błędnej ocenie ofert wykonawców wskazanych w uzasadnieniu odwołania, co doprowadziło do uznania przez zamawiającego, że oferty tych wykonawców nie zawierają błędów w obliczeniu ceny, są zgodne z warunkami zamówienia oraz, że oferty te nie zawierają cen rażąco niskiej, w sytuacji w której jest zupełnie odmiennie (co zostało opisane w treści odwołania);

a w konsekwencji powyższego:

2) zaniechania odrzucenia ofert wykonawców wskazanych w uzasadnieniu odwołania, pomimo tego, że zawierają one błąd w obliczeniu ceny, są sprzeczne z warunkami zamówienia oraz zawierają rażąco niską cenę;

oraz:

3) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre we Francji zwanego dalej „wykonawcą SAFEGE”, pomimo tego, że oferta ta podlega odrzuceniu z postępowania jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny, sprzeczna z warunkami zamówienia oraz jest obciążona przymiotem rażąco niskiej ceny (w tym wykonawca ten nie wykazał, aby było inaczej),

zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp, tj.:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, 3, 5 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców wskazanych w uzasadnieniu odwołania, pomimo iż oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a to z uwagi m.in. na przyjęcie stawki roboczogodziny pracy części

personelu, której wartość jest niższa nawet od minimalnego wynagrodzenia za pracę (minimalnej stawki) ustalonego na podstawie właściwych przepisów, co nie pozwala na prawidłową i należytą, zgodną z przepisami prawa i dokumentacją postępowania realizację zamówienia za zaoferowaną przez tych wykonawców cenę, a ponadto wykonawcy Ci nie wykazali, że zaoferowana przez nich cena nie jest rażąco niska, co powinno skutkować odrzuceniem ich ofert;

2)art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień wysokości zaoferowanej ceny wykonawcy wskazanego w szczególności w uzasadnieniu odwołania przede wszystkim w zakresie dotyczącym kosztów związanych z zatrudnieniem personelu delegowanego do realizacji zamówienia, pomimo tego, że wykonawca ten przyjął stawkę roboczogodziny pracy części personelu, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów, co przy braku złożenia wiarygodnych wyjaśnień i wyjaśnienia ceny w tym zakresie powinno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy;

za każdym razem:

3)art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców wskazanych w szczególności w uzasadnieniu odwołania z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia opisanymi w Instrukcji Dla Wykonawców, zwaną dalej „IDW”, co polega na nieuwzględnieniu w cenie ofertowej wszystkich kosztów bezpośrednich i pośrednich związanych z zatrudnieniem personelu mającego realizować zamówienie;

4)art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców wskazanych w szczególności w uzasadnieniu odwołania, pomimo iż oferty te zawierają błąd w obliczeniu ceny z uwagi na dokonanie przez tych wykonawców wyceny ofertowej w oparciu o koszty personelu ustalone poniżej wynikających z obowiązującego Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (od lipca);

a w konsekwencji:

5)art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwolujący Transprojekt Gdański wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2)odrzućenie ofert wykonawców wskazanych w uzasadnieniu odwołania;

ewentualnie:

- 3)wezwanie do złożenia wyjaśnień wysokości zaoferowanej ceny wykonawcy wskazanego w uzasadnieniu odwołania;

za każdym razem:

- 4)dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Transprojekt Gdański podniósł, że wykonanie zamówienia wymaga dysponowania przez wykonawcę odpowiednią kadrami, która – co zrozumiałe – powinna zostać zatrudniona przy realizacji zamówienia z uwzględnieniem wszystkich obowiązujących przepisów prawa, w tym dotyczących minimalnego wynagrodzenia o pracę. Zamawiający w pkt 3 ppkt 3.1.1. Opisu Przedmiotu Zamówienia, zwanego dalej „OPZ”, wskazał bowiem, że w całym okresie realizacji umowy, wymaga zapewnienia dostępności personelu, niezbędnego do właściwej i sprawnej realizacji usługi.

W ramach przygotowanego przez zamawiającego formularza ofertowego, wykonawcy byli zobowiązani przedłożyć szczegółowe rozbiecie ceny ofertowej (netto), w tym m.in. uwzględnić stawkę za miesiąc pracy każdego z członków personelu, dochowując wymagań związanych z minimalną liczbą dniówek dla okresu realizacji robót/ minimalną liczbą dniówek dla okresu pozyskiwania dopuszczeń.

W pkt 12 ppkt 12.1 IDW, zamawiający podkreślił, że cena ofertowa wykonawcy musi zawierać w sobie wszystkie koszty wykonania zamówienia.

W związku z cenami zaproponowanymi przez wykonawcę Multiconsult oraz wykonawcę SAFEGE, do wykonawców tych w dniu 12 sierpnia 2024 r. na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp zostały skierowane wezwania do złożenia wyjaśnień wysokości zaoferowanej ceny. Zamawiający wymagał przy tym m.in. złożenia wyjaśnień w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej (zgodnie z treścią przepisu).

Pismem z dnia 23 sierpnia 2024 r. swoją odpowiedź złożył wykonawca Multiconsult a pismem z dnia 26 sierpnia 2024 r. wykonawca SAFEGE.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy oraz nie odrzucił ofert wykonawców, którzy

dokonując kalkulacji ceny ofertowej przyjęli stawkę roboczogodziny poniżej przepisów powszechnie obowiązujących. Tym samym, wykonawcy ci:

- 1)złożyli oferty obciążone przedmiotem rażąco niskiej ceny – niemożliwe będzie wykonanie zamówienia – zatrudnienie niezbędnego personelu zgodnie z przepisami prawa i SWZ – za zaoferowaną cenę;
- 2)złożyli oferty zawierające błąd w obliczeniu ceny poprzez przyjęcie stawki wbrew przepisom prawa powszechnie obowiązującego;
- 3)złożyli oferty sprzeczne z warunkami zamówienia – nie uwzględniając w cenie ofertowej wszystkich kosztów bezpośrednich i pośrednich związanych z realizacją zamówienia;
- 4) a ponadto złożone wyjaśnienia nie obalają domniemania zaproponowania rażąco niskiej ceny (nie uzasadniają braku RNC).

Odnosnie minimalnego wynagrodzenia za pracę odwołujący Transprojekt Gdański podniósł, że na samym wstępie ustalenia wymaga, jakie minimalnej stawki wynagrodzenia za pracę powinny co najmniej zostać przyjęte przez wykonawców w postępowaniu na potrzeby przygotowywania oraz złożenia oferty (kalkulacji wynagrodzenia personelu). Na sposób ustalenia wynagrodzenia personelu wykonawców, który zamierzają oni zakontraktować wpływają m.in. przepisy:

- ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę („Ustawa o minimalnym wynagrodzeniu”);
- rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. („Rozporządzenie o minimalnym wynagrodzeniu”);
- ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług („Ustawa o VAT”);
- ustawy z dnia 13 października 1998 roku o systemie ubezpieczeń społecznych;
- ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 roku o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych;
- ustawy z dnia 26 lipca 1991 roku o podatku dochodowym od osób fizycznych;
- ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 roku o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy;

Przepisy te określają m.in. sposób kształtowania wynagrodzenia minimalnego, koszty wynikające z obowiązkowych ubezpieczeń społecznych, obowiązku uregulowania innych danin i opłat wynikających w sposób pośredni lub bezpośredni z zakontraktowania danej osoby. Dopiero po uwzględnieniu tych (oraz innych czynników) można mówić o prawidłowym ustaleniu kosztów utworzenia i utrzymania danego etatu, co z uwagi na specyfikę zamówienia będącego przedmiotem postępowania jest kluczowe. Rozporządzenie o minimalnym wynagrodzeniu ustala minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 4300,00 zł (brutto) oraz minimalną stawkę godzinową w wysokości 28,10 zł (brutto). Stawka 4300,00 zł w sposób oczywisty znajdzie zastosowanie do stosunku pracy (np. umowy o pracę), a stawka godzinowa – 28,10 zł m. in. do umowy zlecenie czy samozatrudnionych (prowadzących jednoosobową działalność gospodarczą).

Cena ofertowa wykonawców uwzględniona w Załączniku 1B do IDW (Rozbicie cenowe), zawiera cenę netto, jaką wykonawca jest zobowiązany ponieść w ramach zatrudnienia wykwalifikowanego personelu. Do otrzymanej ceny, wykonawcy byli zobowiązani doliczyć podatek VAT – 23%, co przekładało się na wartość brutto, którą zamawiający będzie zobowiązany zapłacić za przeprowadzone prace wybranemu wykonawcy. Celem ustalenia, czy wykonawcy dochowali wymagań związanych z zatrudnieniem pracowników zgodnie z przepisami dot. minimalnego wynagrodzenia/minimalnej stawki, należy w konsekwencji zweryfikować, czy wynagrodzenie kadry pracowniczej wskazane w Formularzu 1B do IDW, powiększone o podatek VAT, należne wykonawcy, pozwala pokryć minimalne wynagrodzenie z uwzględnieniem wszelkich podatków oraz danin publicznych.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy na sposób rozliczania się z osobami zatrudnionymi w oparciu o kontrakt B2B (jednoosobowa działalność gospodarcza). Zgodnie z art. 8a i 8b Ustawy wynagrodzeniu minimalnym, stawka powinna być ustalona w umowie w taki sposób, aby wysokość wynagrodzenia za każdą godzinę wykonania zlecenia lub świadczenia usług nie była niższa niż wysokość minimalnej stawki godzinowej. Jako, że stawka godzinowa od 1 lipca 2024 r. wynosi 28,10 zł brutto, przyjmując 8 godzinny dzień pracy, stawka minimalna za dzień pracy wynosi 224,8 zł brutto (w zaokrągleniu - 225 zł brutto).

Zgodnie z art. 41 ust. 1 Ustawy o VAT1, stawka podatku wynosi 22%. Stosowanie do art. 146aa ust. 1 pkt 1 Ustawy o VAT2, obecnie stawka ta została podwyższona do 23%. Jest to stawka podstawowa, która stanowi zasadniczo regułą przy określaniu wysokości opodatkowania. Przyjmując zatem, że regułą jest opodatkowanie towarów/usług stawką VAT w wysokości 23%, wynagrodzenie netto osoby zatrudnionej w oparciu o kontrakt B2B nie może być niższe niż 183 zł, co stanowi kwotę brutto w wysokości 225 zł.

Przechodząc w tym miejscu do ustalenia minimalnego wynagrodzenia za pracę, jaką powinna otrzymać osoba zatrudniona na podstawie umowy zlecenie, należy przyjąć modelowy przypadek dotyczący większości zatrudnionych w ten sposób osób, który zaprezentowano w poniższej tabeli w odniesieniu do stawki minimalnej brutto – 28,10 zł z

uwzględnieniem kosztów zleceniodawcy (wykonawcy).

Realny koszt zleceniodawcy (wykonawcy), który zobowiązany jest on ponieść w związku z zatrudnieniem personelu na podstawie umowy zlecenie, dochowując wymagań związanych z minimalnym wynagrodzeniem za pracę wynosi 32,89 zł. Przyjmując, że dzień pracy stanowi 8 godzin, dzienny minimalny koszt, który ponosi wykonawca w ramach zatrudnienia pracownika wynosi 263,12 zł.

Odnosząc się do oferty wykonawcy SAFEGE odwołujący Transprojekt Gdański podniósł, że zarówno wykonawca SAFEGE, wykonawca Multiconsult, jak i wykonawca BBF nie zawarli w swoich ofertach kosztów, które pozwolą na zatrudnienie wykwalifikowanej kadry z dochowaniem minimalnego ustawowego wynagrodzenia za pracę.

Odnosząc się do oferty wykonawcy SAFEGE odwołujący Transprojekt Gdański podkreślił, że Załącznik 1B do Formularza Ofertowego zawiera w sobie cenę netto wykonawcy. Nie należy utożsamiać tej ceny z ceną netto pracownika. Powyższe niesie ze sobą ten skutek, że wykonawca wskazując daną kwotę jako wynagrodzenie danego pracownika, a następnie powiększając tę kwotę o stawkę podatku VAT (23%), będzie zobowiązany za otrzymaną sumę, wypłacić pracownikowi wynagrodzenie wyższe niż minimalne, wywiązując się przy tym ze wszystkich zobowiązań podatkowych. Przykładowo – jeśli dany wykonawca wskazał wartość netto stawki godzinowej w wysokości 1000 zł netto, to nie oznacza to, że taką sumę „na rękę” otrzyma pracownik. Dopiero po powiększeniu tej kwoty o VAT (tj. 1230 zł), będzie on musiał z otrzymanej wartości uregulować wszystkie swoje zobowiązania społeczne/ podatkowe oraz wypłacić wynagrodzenie pracownikowi. W konsekwencji – nie sposób twierdzić, że wykonawcy: SAFEGE, Multiconsult i BBF zagwarantowali pracownikom stawki wyższe od minimalnych.

Odnosząc się do oferty wykonawcy SAFEGE odwołujący Transprojekt Gdański podniósł, że wykonawca ten wskazał, że jego koszt zatrudnienia Asystenta technicznego, wynosi 180 zł netto za dzień pracy (221 zł brutto – z zastosowaniem stawki VAT 23%). Suma 221 zł (otrzymanej od zamawiającego celem pokrycia należnego wynagrodzenia), nie jest wystarczająca do pokrycia kosztów jego zatrudnienia – zarówno w przypadku zaangażowania tej osoby na podstawie zawartej umowy zlecenie, jak i kontraktu B2B. Już „na pierwszy rzut oka” wynika, że koszt pracy Asystenta technicznego w ofercie wykonawcy SAFEGE został oszacowany w oderwaniu od wymagań ustawowych związanych z minimalnym wynagrodzeniem za pracę. Koszt wskazany w ofercie został drastycznie zaniżony i nie jest wystarczający do wypłaty wynagrodzenia zgodnie z zasadami dot. minimalnego wynagrodzenia za pracę. W przypadku zatrudnienia Asystenta technicznego na podstawie umowy B2B, minimalny koszt zatrudnienia wyniesie 225 zł. Natomiast w przypadku umowy zlecenie, koszt, jaki wykonawca będzie zobowiązany ponieść wynosi 263,12 zł. Są to wartości istotnie wyższe, niż te (zaniżone) wskazane przez SAFEGE w formularzu ofertowym.

Odnosząc się do oferty wykonawcy Multiconsult odwołujący Transprojekt Gdański podniósł, że wykonawca ten przyjął w ofercie zatrudnienie członków personelu w oderwaniu od wymagań ustawowych związanych z minimalnym wynagrodzeniem za pracę. Wskazane w ofercie wykonawcy Multiconsult wartości nie wystarczą do zapewnienia poszanowania przepisów, ustanawiających minimalne wynagrodzenie/ stawki za pracę. Rażąca ich część została ustalona na nierynkowym poziomie (wręcz na skrajnie niskim poziomie), a pracownicy, których wykonawca Multiconsult zaangażowałby w realizację zamówienia, nie otrzymaliby godziwego wynagrodzenia – wyższego bądź chociażby równego minimalnemu.

Odnosząc się do oferty wykonawcy Konsorcjum BBF odwołujący Transprojekt Gdański podniósł, że stawki personelu Konsorcjum BBF daleko odbiegają od tych „minimalnych”.

Reasumując odwołujący Transprojekt Gdański podniósł, że wykonawca SAFEGE, wykonawca Multiconsult oraz Konsorcjum BBF zaproponowali stawki wynagrodzenia personelu, które nie tylko nie odpowiadają aktualnym realiom rynkowym, ale także naruszają przepisy o minimalnym wynagrodzeniu. Rodzi to szereg skutków w postępowaniu, na które zamawiający nie zważa.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny i zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy SAFEGE oraz wykonawcy Multiconsult – zaniechania odrzucenia ofert tych wykonawców odwołujący Transprojekt Gdański podniósł m.in., że wyjaśnienia RNC wykonawcy Multiconsult oraz Wyjaśnienia RNC wykonawcy SAFEGE, o ile faktycznie zawierają rozległe wywody na temat wysokości zaoferowanej ceny, o tyle trudno doszukiwać się w nich argumentów, które obiektywnie mogłyby rozwiać wątpliwości związane z dochowaniem obowiązku zatrudnienia personelu zgodnie m.in. z Rozporządzeniem dot. płacy minimalnej. Złożone wyjaśnienia są w rzeczywistości ubogie w treść merytoryczną i zawierają co najwyżej zapewnienia własne wykonawców, niezajdujące oparcia w złożonych ofertach i dowodach. A zatem uznać należy je za niewystarczające.

Podkreślił przy tym, że już samo zwrócenie się do wykonawcy przez zamawiającego z wnioskiem o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, skutkuje wystąpieniem domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej w

stosunku do przedmiotu zamówienia. Rodzi to ten skutek, że to wykonawca „posądzony” o zaofiarowanie ceny rażąco niskiej, domniemanie taki musi obalić. O ile tak się nie stanie, przyjmuje się, że cena jest rażąco niska, a zatem oferta podlega odrzuceniu. Konsekwencją takiego wezwania było powstanie domniemania faktycznego, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną.

Wyjaśniając, iż możliwe jest wykonanie zamówienia za zaofiarowaną przez wykonawcę cenę, zobligowany jest on do poparcia swoich twierdzeń dowodami. W przeciwnym razie mieć będziemy do czynienia z wyjaśnieniami, które stanowić będą w istocie twierdzenia jedynie głoślowne, a zatem niedające „gospodarzowi postępowania” minimalnej chociażby gwarancji w zakresie możliwości wykonania zamówienia za zaofiarowaną cenę (a ta przecież budzi jego wątpliwości). Niezależnie od obowiązków wykonawcy udzielającego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, nie można zapominać, że odrębnym obowiązkiem jest także uwzględnienie skonkretyzowanych wymagań zamawiającego (o ile takowe zostały sprecyzowane w treści wezwania).

Wykonawcy SAFEGE oraz Multiconsult nie sprostali obowiązkowi, a w konsekwencji nie obalili domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny. Złożone przez wykonawcę SAFEGE oraz wykonawcę Multiconsult Wyjaśnienia nie odnoszą się do kwestii związanych z obowiązkiem zatrudnienia całego personelu zgodnie z Rozporządzeniem dot. płacy minimalnej oraz są przy tym niepełne, dowodząc w rzeczywistości rażąco niski charakter przyjętej wyceny. W świetle powyższego, zarówno oferta wykonawcy SAFEGE oraz oferta wykonawcy Multiconsult powinna zostać odrzucona. Niejako „podstawę” wezwania do złożenia wyjaśnień skierowanych zarówno do wykonawcy SAFEGE, jak i wykonawcy Multiconsult, były okoliczności związane z kosztami pracy zatrudnionego personelu. Obowiązek żądania wyjaśnień w powyższym zakresie ustanawia art. 224 ust. 4 ustawy Pzp – co już samo w sobie ukazuje doniosłość obowiązku zatrudnienia pracowników zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego. Sposobu obliczenia ceny w tym zakresie, ponad wszelką wątpliwość nie wyjaśnili odpowiednio wykonawcy SAFEGE oraz Multiconsult. Zamiast szczegółowego i popartego dowodami przedstawienia struktury kosztów związanych z wynagrodzeniem personelu, zarówno wykonawca SAFEGE, jak i wykonawca Multiconsult ograniczyli się do ogólnych stwierdzeń, które nie zawierają żadnych merytorycznych wyjaśnień. Wskazane przez wykonawców informacje odnoszące się do ich możliwości świadczenia usługi w tak niskiej cenie są jedynie deklaracjami, które nie zostały poparte żadnymi rzetelnymi dowodami, jak np. ewentualne decyzje związane z dofinansowaniami do wynagrodzeń dla osób niepełnosprawnych, stosowne zaświadczenia obejmujące stopień niepełnosprawności osób zatrudnianych przez wykonawców, podpisane umowy nienazwane z pracownikami, czy też inne dokumenty o charakterze ekonomicznym i prawnym, które mogłyby przesądzić o możliwości zaofiarowania w ofercie kosztu będącego kosztem poniżej minimalnego wynagrodzenia o pracę.

Wykonawca składający wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny zobowiązany jest do ich rzetelnego uargumentowania, a przede wszystkim do przedstawienia dowodów, które potwierdzają rzeczywistą możliwość realizacji zamówienia za oferowaną cenę. Tymczasem w przedmiotowej sprawie zarówno wykonawca SAFEGE, jak i wykonawca Multiconsult ograniczyli się jedynie do stwierdzeń w rodzaju „możemy zatrudnić kadrę pracowników, ponosząc koszt poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę”, co pozostaje w sferze zapewnień, niepopartych żadnym dowodem. Takie stwierdzenia nie mogą być uznane za spełniające wymogi ustawowe dotyczące wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Ponadto, poprzestanie przez wykonawcę SAFEGE oraz wykonawcę Multiconsult jedynie na zapewnieniach własnych, nie pozwala na ocenę, czy wskazana kwota obejmuje wszystkie niezbędne koszty pracy personelu (koszty bezpośrednie i pośrednie), w tym wynagrodzenie zgodne z obowiązującymi przepisami prawa pracy, składki na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, czy inne zobowiązania pracodawcy. Niektóre z zaproponowanych stawek są skrajnie niskie, jeśli przeliczyć je na dzień czy godzinę. Przykładowo wykonawca Multiconsult co do wszystkich osób opisanych na wstępie odwołania zaproponował stawki dzienne poniżej 183 zł. W przypadku specjalisty ds. BHP dniówka wynosi ok. 79 zł, asystenta technicznego 100 zł, a specjalisty herpetolog 18 zł (jeśli przyjąć 8h pracy, daje to ok. 2 h na godzinę). Niezależnie nawet od tego, jaką liczbę godzin przyjmiemy w ramach dniówki, trudno uznać, że stawka 18 zł jest stawką rynkową. Także stawka za dniówkę asystenta technicznego w przypadku wykonawcy SAFEGE jest na bardzo niskim poziomie – 180 zł. Jest to o tyle istotne, iż – jak podkreśla się w orzecznictwie Izby – w takiej sytuacji szczególnie ważne jest przedłożenie przez wykonawcę dowodów, które potwierdzą, że stawki te rzeczywiście są dla niego osiągalne. Wyjaśnienia RNC ww. wykonawców nie odnoszą się w sposób precyzyjny do specyfiki zamówienia, co stanowi kolejny dowód na ich ogólnikowy charakter. Brak szczegółowych informacji na temat tego, jak obaj wykonawcy zamierzają obniżyć koszty przy jednoczesnym (blankietowym) zapewnieniu wysokiej jakości usług, nasuwa uzasadnione wątpliwości co do realności zaofiarowanej ceny. W szczególności nie wskazano na minimalną liczbę godzin (czas), jaki ewentualnie uznano, że będzie w zakresie wystarczający. Z wystąpieniem RNC będziemy bowiem mieli także do czynienia w sytuacji, w której dany wykonawca wprawdzie przyjmuje stawki zgodne z przepisami prawa, ale jednocześnie uwzględnia czas, który nie pozwala na należyłą realizację umowy. Stawka nie jest bowiem jedyną składową istotną z punktu widzenia kalkulacji ceny. W wyjaśnieniach wykonawców brak jest natomiast – przy tak niskich

stawkach – wskazania, co do przyjętego czasu. W świetle tego, wyjaśnienia te należy uznać jedynie za próbę uzasadnienia ceny, która w rzeczywistości nie znajduje odzwierciedlenia w rzeczywistych kosztach realizacji zamówienia. Poza ogólnymi zapewnieniami ww. wykonawców co do rzekomej kalkulacji ceny zgodnie z wszystkimi przepisami prawa, warto ponadto wskazać, że wykonawca SAFEGE w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny posługuje się analogią do cen zawartych w wydanym przez Sekocenbud zeszycie 35/2024 za 2 kwartał 2024 r. Stanowczo podkreślić jednak należy, że porównania, które czyni wykonawca SAFEGE w przedmiotowym zakresie, pozostają całkowicie bez znaczenia z perspektywy ewentualnego potwierdzenia prawidłowości kalkulacji ceny.

Po pierwsze (niezależnie od powyższego) – zaprezentowane przez wykonawcę SAFEGE ceny na gruncie Sekocenbud obejmują badania ankietowe przeprowadzone w 2023 roku, co też uszło uwadze zamawiającego. Oczywistym jest, że w porównaniu do 2023 r. ceny produkcji budowlano-montażowej znacząco wzrosły w obecnym roku kalendarzowym (2024 r.).

Po drugie – badania ankietowe w 2023 roku zostały przeprowadzone w oparciu o znacząco niższe wynagrodzenie minimalne niż ich aktualny poziom. Kwota minimalnego wynagrodzenia za pracę od 1 stycznia 2024 r., tj. 4242 zł, oznacza wzrost o 752 zł w stosunku do kwoty obowiązującej od 1 stycznia 2023 r. (3490 zł), czyli o 21,5 proc. Podwyższenie natomiast płacy minimalnej od 1 lipca 2024 r. do 4300 zł oznacza wzrost o 700 zł w stosunku do kwoty z 1 lipca 2023 r. (3600 zł), czyli o 19,4 proc.

Podobnie sytuacja przedstawia się przy analizie stawki godzinowej dla umów zlecenie/kontraktu B2B. Minimalna stawka godzinowa dla określonych umów cywilnoprawnych od 1 stycznia 2024 r., tj. 27,70 zł, oznacza wzrost o 4,9 zł w stosunku do kwoty obowiązującej od 1 stycznia 2023 r., czyli o 21,5 proc. Podwyższenie minimalnej stawki godzinowej od 1 lipca 2024 r. do 28,10 zł oznacza wzrost o 4,6 zł w stosunku do kwoty z 1 lipca 2023 r., czyli o 19,5 proc. Referowanie do cen uwzględnionych w kwartalniku SEKOCENBUD z 2023 roku pozostaje w konsekwencji bez znaczenia z perspektywy postępowania, w całości toczącego się w od połowy 2024 r., w toku którego wybór oferty najkorzystniejszej ma miejsce w III kwartale 2024 r. Obecnie ceny są znacząco wyższe i należy je porównywać z aktualnym ich poziomem uznawanym za rynkowy (najnowszym wydaniem SEKOCENBUD). Co więcej generalny dokument funkcjonujący na rynku, będący pochodną ankiet, nie może być dowodem na osiągalność stawek dla konkretnego wykonawcy.

Ponadto na str. 21 OPZ zamawiający wskazał, że biuro główne może służyć tylko i wyłącznie realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania. W konsekwencji – wszelkie (głosłowne) zapewnienia wykonawcy SAFEGE oraz wykonawcy Multiconsult o „przerzuceniu” pracowników z innych kontraktów, którzy zobowiązani będą wykonywać czynności w biurze głównym, postrzegać należy jako czynności w rzeczywistości zabronione przez Zamawiającego, ergo: nie mogące dowieść realności wysokości zaoferowanej ceny, a wręcz sprzeczne z opisem przedmiotu zamówienia (warunkami zamówienia).

Reasumując podniósł, że Wyjaśnienia RNC wykonawcy SAFEGE oraz Wyjaśnienia RNC wykonawcy Multiconsult są przygotowane w sposób, który nie uwzględnia obowiązujących przepisów prawa (w zakresie dotyczącym kształtowania wynagrodzenia minimalnego oraz wynagrodzenia za pracę), a w konsekwencji przedstawiają sposób ukształtowania ceny wykonawcy w sposób, który nijak się ma do rzeczywistych kosztów, jakie musi on ponieść w związku z realizacją zamówienia. Są więc one nierzetelne i nieprofesjonalne. Wykonawcy nie wykazali, że zaoferowane przez nich ceny są realne i zgodne z przepisami obowiązującego prawa, w tym o minimalnym wynagrodzeniu. Ponadto nie wykazali, że stawki te są dla nich osiągalne (nie przedstawili odpowiednich dowodów w tym zakresie), a także, że przyjęty przez nich czas pozwala na należyte wykonanie zamówienia (brak w tym zakresie wycień itp.). Z uwagi na uwzględnienie w złożonych ofertach wynagrodzenie poniżej minimalnego jego poziomu ustanowionego prawem, przy jednoczesnym zaniechaniu wyczerpującego wyjaśnienia tego elementu w złożonych wyjaśnieniach RNC, zarówno oferta wykonawcy SAFEGE, jak i oferta wykonawcy Multiconsult winny zostać odrzucone z postępowaniu jako obarczone przymiotem rażąco niskiej ceny. Wykonawcy Ci ponad wszelką wątpliwość nie obalili bowiem przedmiotowego domniemania.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień RNC odwołujący Transprojekt Gdański podniósł, że pomimo tego, iż – tak jak ma to miejsce w przypadku oferty wykonawcy SAFEGE oraz oferty wykonawcy Multiconsult – w ofercie Konsorcjum BBF uwzględniono stawki wynagrodzenia poniżej minimalnego, Zamawiający nie zdecydował skierować się do tego podmiotu wezwania w oparciu o art. 224 ust 1 ustawy Pzp. W kontekście powyższego w niniejszej sprawie, ziściły się przesłanki obligujące zamawiającego do skierowania stosownego wezwania do złożenia wyjaśnień Konsorcjum BBF. Obiektywnie rzecz biorąc, z uwagi na zaoferowanie stawki personelu poniżej minimalnej, zmaterializowało się ryzyko, że Konsorcjum BBF nie mogłoby zrealizować zamówienia za zaoferowaną cenę – obowiązkiem zamawiającego było w konsekwencji wyjaśnienie przedmiotowych rozbieżności.

Odnosnie zarzutu dotyczącego błędu w obliczeniu ceny odwołujący Transprojekt Gdański podniósł, że w niniejszym stanie faktycznym doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny w ofercie wykonawcy SAFEGE, Multiconsult oraz Konsorcjum BBF. Wbrew ustawie o minimalnym wynagrodzeniu oraz wbrew Rozporządzeniu o minimalnym wynagrodzeniu, przyjęto stawki minimalne wynagrodzenia niezgodne z przepisami prawa. Taki błąd zaważył na wysokości zaaferowanej przez tych wykonawców ceny, a zatem oferty te, jako zawierające rażąco niską cenę, podlegają odrzuceniu w postępowaniu. Także z uwagi na nieudowodnienie braku RNC.

Odnosnie zarzutu dotyczącego złożenia oferty sprzecznej z warunkami zamówienia odwołujący Transprojekt Gdański podniósł, że wbrew IDW, cena ofertowa wykonawców: SAFEGE, Multiconsult oraz Konsorcjum BBF nie zawiera w sobie wszystkich kosztów pośrednich i bezpośrednich związanych z realizacją zamówienia. W sposób oczywisty, oferta została złożona w oderwaniu od ustawy o minimalnym wynagrodzeniu – i w konsekwencji – nie zawiera wymagań związanych z utrzymaniem odpowiedniej stawki wynagrodzenia personelu. Ww. wykonawcy nie będą w konsekwencji zdolni do utrzymania zatrudnienia niezbędnego do należytej realizacji zamówienia zgodnie z przepisami prawa. Jasnym jest zatem, że złożono oferty sprzeczne z warunkami zamówienia.

Zamawiający kopię odwołania przesłał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 8 października 2024 r. za pośrednictwem Platformy Zakupowej zamawiającego.

W dniu 11 października 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca SAFEGE S.A.S. z siedzibą we Francji, zwany dalej „Przystępującym SAFEGE”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu Transprojekt Gdański i zamawiającemu.

W dniu 11 października 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Przystępującym Multiconsult”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu Transprojekt Gdański i zamawiającemu.

Zamawiający w dniu 29 października 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o:

- 1) oddalenie odwołania w całości;
- 2) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego Transprojekt Gdański;
- 3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, w tym dokumentów, o których mowa w piśmie oraz dowodów przedstawionych na rozprawie na okoliczności wskazane w treści odpowiedzi na odwołanie.

W dniu 29 października 2024 r. przystępujący Multiconsult złożył pismo procesowe w sprawie, w którym oświadczył, że w całości podtrzymuje stanowisko zajęte w piśmie zgłaszającym przystąpienie z 11 października 2024 r, wnosząc o oddalenie odwołania wniesionego w dniu 7 października 2024 r. w części zarzutów odnoszących się do przystępującego Multiconsult.

W dniu 29 października 2024 r. przystępujący SAFEGE złożył pismo procesowe w sprawie.

KIO 3697/24

W dniu 7 października 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „odwołującym Multiconsult”, wniósł odwołanie na czynność zamawiającego polegającą na wyborze, jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawcy SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (Francja) zwanego dalej „wykonawcą SAFEGE”, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty wykonawcy SAFEGE, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, podczas gdy zaistniały wobec niego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp ponieważ wykonawca SAFEGE z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonało lub nienależycie wykonało albo długotrwale nienależycie wykonywało istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do nałożenia kar umownych na wykonawcę SAFEGE przez Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie, zwany dalej „ZIM”, w ramach realizacji zamówienia na opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania pn. „Budowa ul. 8 Pułku Ułanów” w Krakowie, zwaną dalej „Inwestycją 8 Pułku Ułanów”,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz pkt 10) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty wykonawcy SAFEGE, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, podczas gdy zaistniały wobec niego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz pkt 10) ustawy Pzp ponieważ wykonawca SAFEGE w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, a co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawiło informacje wprowadzające w błąd polegające

na nieujawnianiu faktu naliczenia wykonawcy SAFEGE kar umownych w ramach Inwestycji 8 Pułku Ułanów przez ZIM, co miało wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu,

3)art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwaną dalej „UZNK”, w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia odwołującemu treści Załącznika nr 7 – wycena laboratorium dołączonego do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny przedłożonych przez wykonawcę SAFEGE w toku postępowania i zastrzeżonego przez wykonawcę SAFEGE jako tajemnica przedsiębiorstwa podczas gdy wykonawca SAFEGE nie wykazało zaistnienia podstaw do uznania informacji zawartych w tym dokumencie jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą, zwaną dalej „Izbą”, odwołania i jego uwzględnienie w całości,
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania oraz opisanych szczegółowo w treści odwołania, a także dowodów, które zostaną przedstawione na rozprawie przed Izbą,
- 3) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, ponowienia badania i oceny ofert oraz:
 - a) w stosunku do zarzutu z punktu II lit. a) – nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy SAFEGE na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp,
 - b) w stosunku do zarzutu z punktu II lit. b) – nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy SAFEGE na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz pkt 10) ustawy Pzp,
 - c) w stosunku do zarzutu z punktu II lit. c) – nakazanie zamawiającemu odtajnienia Załącznika nr 7 – wycena laboratorium dołączonego do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny przedłożonych przez wykonawcę SAFEGE w toku postępowania,
 - d) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Multiconsult podniósł m.in., że w tym postępowaniu – zgodnie z wymogami zamawiającego (pkt 8.1. lit. b) Informacji dla wykonawców obowiązującej w postępowaniu, zwanej dalej „IDW” - o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, wobec których brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 2), 3), 4), 7), 8), 9), 10) ustawy Pzp.

W pkt 9.1. IDW zamawiający wskazał, że w celu wstępnego wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, każdy z wykonawców wraz z ofertą zobowiązany jest złożyć Jednolity Dokument, którego wzór stanowi Załącznik nr 1 E do IDW, zwany dalej „JEDZ”. Ponadto zamawiający określił w pkt 9.7.3. lit. h) IDW, że w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawca składa oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w JEDZ w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7)–10) ustawy Pzp. Zamawiający w ramach postępowania zdecydował się na weryfikację przesłanek wynikających z art. 109 ust. 1 pkt 7), pkt 8) oraz pkt 10) ustawy Pzp.

Zamawiający dokonał w dniu 27 września 2024 r. wyboru oferty wykonawcy SAFEGE, uznając za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez tego wykonawcę.

Wraz z ofertą wykonawca SAFEGE złożył dokument JEDZ z 23 lipca 2024 r. W treści złożonego formularza JEDZ w odniesieniu do pytania znajdującego się w części III: "Podstawy wykluczenia", lit. C: "Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi", dotyczącego rozwiązania umowy przed czasem, odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji, tj. "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?" wykonawca SAFEGE udzielił odpowiedzi pozytywnej wskazując jednocześnie, iż działa z daleko posuniętej ostrożności, mając na celu zachowanie całkowitej transparentności w zakresie historycznych realizacji inwestycji.

Jednocześnie w tym miejscu JEDZ wykonawca SAFEGE oświadczył, że wykonawca nie przedsięwziął żadnych środków w celu samooczyszczenia.

Do dokumentu JEDZ wykonawca SAFEGE załączył oświadczenie i wyjaśnienia dotyczące przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, w treści którego wykonawca stwierdziło, iż nie zachodzi wobec niego podstawa wykluczenia wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, jako że nie zostały kumulatywnie spełnione

przesłanki wskazane w ww. przepisie w stosunku do wskazanych w JEDZ inwestycji, tj.:

- usługi na rzecz Miasta stołecznego Warszawa na wykonanie koncepcji zagospodarowania i odprowadzania wód opadowych i roztopowych dla obszaru Łuku Siekierkowskiego, ze szczególnym uwzględnieniem źródeł i sposobu zasilania w wodę akwenu rezerwatu przyrody „Jeziorko Czerniakowskie” („Inwestycja 1”);
- usługi na rzecz Województwa Podkarpackiego – Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich na wykonanie operatów wodnoprawnych wraz odnowieniem pozwoleń wodnoprawnych objętej trzema umowami („Inwestycja 2”).

W dniu 4 września 2024 r. działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wezwał wykonawcę SAFEGE do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W odpowiedzi na to wezwanie, 13 września 2024 r. wykonawca SAFEGE przekazał komplet dokumentów, wśród których znalazło się również oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w JEDZ w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania, m.in. przesłanek wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7), pkt 8) oraz pkt 10) ustawy Pzp. Wykonawca SAFEGE oświadczył, że informacje zawarte przez niego w JEDZ złożonym w ramach postępowania są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji.

Tymczasem z publicznie dostępnych informacji zawartych na stronie internetowej LoveKraków.pl jednoznacznie wynika, że poza Inwestycją 1 i Inwestycją 2, także zamawiający w ramach Inwestycji 8 Pułku Ułanów negatywnie ocenia jej realizację przez wykonawcę SAFEGE. Odwołujący pozyskał w trybie dostępu do informacji publicznej dowód, że w toku realizacji tej inwestycji (Inwestycji 8 Pułku Ułanów) w ramach umowy o zamówienia publiczne zawartej pomiędzy Gminą Miejską Kraków a wykonawcą SAFEGE z 30 stycznia 2019 r. na wykonawcę SAFEGE została nałożona kara umowna w związku z nienależytą jej realizacją, tj. za pozostawanie w zwłoce w wykonaniu dokumentacji projektowej Etapu I dla Odcinka 3 w wysokości 107.500 zł. A zatem w stosunku do wykonawcy SAFEGE w związku z realizacją Inwestycji 8 Pułku Ułanów ziszczyły się wszystkie przesłanki wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp bowiem:

- a) wykonawca SAFEGE dopuścił się nienależytego wykonania (a nawet długotrwałego nienależytego wykonywania) umowy,
- b) nienależyte wykonanie było znaczące co do stopnia i zakresu naruszenia zobowiązań umownych,
- c) dotyczyło to istotnego zobowiązania umownego,
- d) miało miejsce z winy wykonawcy SAFEGE,
- e) konsekwencją powyższego było nałożenie na wykonawcę SAFEGE kary umownej, tj. odszkodowania.

Odwołujący Multiconsult pokreślił, że za istotne należy uznać nałożenie kary umownej w wysokości 107.500 zł, tj. w wysokości prawie 10% wynagrodzenia netto wynikającego z umowy. Przewinienie wykonawcy SAFEGE wiązałoby się z naliczeniem dużo wyższej kary umownej niż tylko 10% wynagrodzenia netto, gdyby nie fakt, że w umowie wprowadzono maksymalną wartość kar umownych w §7 ust. 4 umowy, a z uwagi na fakt wcześniejszego naliczenia kar umownych (w wysokości 1.500 zł), możliwa zatem do naliczenia była wyłącznie kara umowna w wysokości 107.500 zł.

Zgodnie z §4 ust. 1 lit. e) umowy, Etap I dla Odcinka 3 miał być zrealizowany w terminie do 10 miesięcy licząc od dnia zawarcia umowy, tj. do 30 listopada 2019 r. Do Umowy nie zawarto żadnych aneksów. W konsekwencji na dzień wystawienia noty obciążeniowej, tj. na dzień 22 marca 2023 r. opóźnienie w realizacji wynosiło prawie 40 miesięcy, a dokładnie 1208 dni.

Biorąc pod uwagę zatem wynagrodzenie za realizację Etapu I w ramach Odcinka 3 (wskazane w §5 ust. 2 lit. e) umowy) oraz wysokość kary umownej za zwłokę w jego realizacji (wskazaną w §7 ust. 1 pkt 3) umowy), kara umowna za to przewinienie mogła wynieść nawet 550.652,30 złotych, czyli ponad 41% wynagrodzenia brutto za realizację umowy. Co więcej, żadnych wątpliwości nie budzi, że za istotne zobowiązanie uznaje się zrealizowanie przedmiotu zamówienia w terminie, a zgodnie z notą obciążeniową z 22 marca 2023 r. opóźnienie to było zawinione przez wykonawcę SAFEGE.

W takich okolicznościach w żadnym zatem wypadku nie można mówić o braku znacznego stopnia lub braku długotrwałego nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania wynikającego z umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy SAFEGE. W konsekwencji, z powodu nienależytego wykonania umowy w tym zakresie na wykonawcę SAFEGE została nałożona kara umowna, która zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej i stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych wchodzi w zakres pojęciowy „odszkodowania” wskazanego w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

Kara umowna w ramach Inwestycji 8 Pułku Ułanów została naliczona 22 marca 2023 r., a zatem na dzień upływu terminu składania ofert nie upłynął okres wykluczenia, o którym mowa w art. 111 pkt. 4) ustawy Pzp. Wykonawca SAFEGE nie podjął przy tym żadnych środków, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp tj. nie dokonał self-cleaning. W konsekwencji wykonawca SAFEGE podlega wykluczeniu w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, a zatem zgodnie z dyspozycją z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp jego oferta powinna być odrzucona z Postępowania.

Odnosnie zarzutu 2 odwołujący Multiconsult podniósł m.in., że pomimo podleganiu wykluczeniu w oparciu o

przesłankę z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp należy stwierdzić, iż wykonawca SAFEGE podlega wykluczeniu z postępowania także w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz pkt 10) ustawy Pzp. Niezależnie bowiem od uznania, czy w ramach Inwestycji 8 Pułku Ułanów w stosunku do wykonawcy SAFEGE ziściły się wszystkie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp (co stanowi przedmiot Zarzutu nr 1), to już sam brak przedstawienia powyższych informacji w JEDZ wypełnia przesłankę wprowadzającego w błąd z art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz pkt 10) ustawy Pzp. Wykonawca ten bowiem, pomimo odpowiedzi twierdzącej na pytanie znajdujące się w części III: "Podstawy wykluczenia", lit. C JEDZ, nie przedstawił zamawiającemu żadnych informacji dot. okoliczności naliczenia kar umownych w ramach Inwestycji 8 Pułku Ułanów. Przedłożona zamawiającemu informacja w JEDZ uzupełniona Oświadczeniem i dalej powielona w ramach oświadczenia wykonawcy SAFEGE o aktualności informacji zawartych w JEDZ wprowadziła zamawiającego w błąd. Tymczasem to rolą zamawiającego jest ocena 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 ustawy Pzp.

Nie budzi żadnych wątpliwości, że wykonawca SAFEGE, zwłaszcza w kontekście chęci zachowania pełnej transparentności (jak to wskazywał w części wstępnej Oświadczenia), miał obowiązek w Oświadczeniu przedstawić także zdarzenia wynikłe na Inwestycji 8 Pułku Ułanów. Tym samym wykonawca SAFEGE w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym bezpowrotnie utracił już możliwość skorzystania z dobrodziejstwa art. 110 ust. 2 ustawy Pzp w postępowaniu. Działania wykonawcy SAFEGE nosiło znamiona przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, choć w kontekście faktu, że wykonawca SAFEGE w stosunku do innych inwestycji przedstawił Oświadczenie, jego działanie mogłoby nawet nosić znamiona rażącego niedbalstwa lub zamierzonego działania. Oświadczenie bowiem mogło bowiem mieć na celu wzbudzenie u zamawiającego ufności co do należytego zachowania wykonawcy SAFEGE i uspić jego czujność co do okoliczności, które dotyczyły innych niż wskazane tam inwestycji. W konsekwencji wykonawca SAFEGE podlega wykluczeniu w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz pkt 10) ustawy Pzp, a zatem zgodnie z dyspozycją z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp jego oferta powinna być odrzucona z postępowania.

Odnosnie zarzutu 3 odwołujący Multiconsult podniósł m.in., że w dniu 16 września 2024 r. zamawiający przekazał informację o odstąpieniu części oferty złożonej przez wykonawcę SAFEGE w tym Wyjaśnień RNC (z wyłączeniem Załącznika nr 7 – wycena laboratorium), Oświadczenia, a także wszystkich załączników do uzasadnienia zastrzeżenia Oświadczenia jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca SAFEGE powyższej czynności nie zaskarżył.

Zamawiający nigdzie nie wskazał, dlaczego akurat w przypadku Załącznika nr 7 – wycena laboratorium do Wyjaśnień RNC uznał, że wykonawca SAFEGE wykazał, iż stanowi on tajemnicę przedsiębiorstwa.

Powyższe tym bardziej budzi zdziwienie, że przytoczony fragment uzasadnienia zastrzeżenia przedstawiony przez wykonawcę SAFEGE w zasadzie dotyczył wykazania charakteru i wartości gospodarczej wszystkich zastrzeganych w ramach Wyjaśnień RNC informacji. Nie przedstawiono żadnego odmiennego uzasadnienia dotyczącego Załącznika nr 7 – wycena laboratorium.

W konsekwencji, skoro zamawiający w ramach swojej czynności uznał, że wykonawca SAFEGE w niewystarczający sposób uzasadnił dlaczego upublicznienie informacji może narazić go na szkodę i jaka to będzie szkoda oraz w czym przejawia się ich specjalna wartość względem innych podobnych dokumentów, to należy wskazać że ocena ta musiała się odnosić do wszystkich informacji zastrzeżonych w ramach Wyjaśnień RNC przez wykonawcę SAFEGE.

Odwołujący Multiconsult oświadczył, że może się jedynie domyślać, że w tym zakresie być może zamawiający uznał, że do Załącznika nr 7 – wycena laboratorium nie znalazł zastosowania drugi z jego argumentów, tj. fakt, że żaden z zastrzeganych dokumentów nie przewidywał bowiem wyraźnego zastrzeżenia jego treści jako poufnej.

Zamawiający nie może uznać za prawidłowe zastrzeżenie danego dokumentu jako tajemnica przedsiębiorstwa tylko z uwagi na to, że taka adnotacja się na nim znajduje.

Tożsamo jak wyłącznie zastrzeżenie przez wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa danej informacji bez wykazania jej wartości gospodarczej, tak zastrzeżenie takiej informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa przez inny podmiot (np. kontrahenta) bez wykazania wartości gospodarczej tej informacji przez wykonawcę nie wypełnia dyspozycji art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

Przy stwierdzeniu odmiennym, każdy dokument nie pochodzący od wykonawcy zawierający zastrzeżenie poufności automatycznie mógłby być uznany za tajemnicę przedsiębiorstwa, niezależnie od tego czy informacje tam zawarte rzeczywiście miałyby wartość gospodarczą. Prowadziłoby to do zupełnego wypaczenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazanej w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp. Co więcej, art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie wprowadza różnic w zakresie obowiązku wykonawcy co do wykazania, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK w zależności od tego, czy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, czy też innego podmiotu. Ponadto, nawet jeżeli by uznać, że w przypadku dokumentu pochodzącego od innego podmiotu (tu: kontrahenta) wystarczające jest opatrzenie takiego dokumentu klauzulą poufności

celem wykazania jego wartości gospodarczej, to kolejno analogicznie trzeba spojrzeć na wykazywanie pozostałych przesłanek z art. 11 ust. 2 UZNK tj. w szczególności na obowiązek wykazania, że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Całość uzasadnienia zachowania Wyjaśnień RNC w poufności odnosi się bowiem wyłącznie do wykonawcy SAFEGE, a nie podmiotu, którego tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi Załącznik nr 7 – wycena laboratorium.

Wykonawca SAFEGE nigdzie nie odniósł się do tajemnicy przedsiębiorstwa swoich kontrahentów. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazywał wyłącznie na tajemnicę SAFEGE, a w przypadku zobowiązania do poufności i podejmowanych w tym zakresie działań mowa o wyłączeniu o pracownikach SAFEGE. W konsekwencji zamawiający w tym zakresie niewłaściwie przyjął, że wykonawca SAFEGE wykazał, że informacje zawarte w Załączniku nr 7 – wycena laboratorium stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK. A ponadto samo uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez wykonawcę SAFEGE są stanowczo zbyt ogólne celem wykazania wartości gospodarczych zastrzeganych informacji.

W tym kontekście zupełnie niezrozumiały jest fakt odtajnienia tożsamej informacji, tj. w zakresie wyceny badań laboratoryjnych wobec jego zastrzeżenia przez innego wykonawcę biorącego udział w postępowaniu, tj. wykonawcy Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (załącznik nr 53 do złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny). W konsekwencji, przy tożsamej ocenie zbyt ogólnikowego wykazania wartości gospodarczych zastrzeganych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, zamawiający tożsamo powinien dokonać czynności odtajnienia tych informacji. Dlatego też odtajnienie jedynie wyceny badań laboratoryjnych wykonawcy Transprojekt Gdański Sp. z o.o. przy utajnieniu tożsamych informacji wykonawcy SAFEGE stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Zamawiający kopię odwołania przesłał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 8 października 2024 r. za pośrednictwem Platformy Zakupowej Zamawiającego.

W dniu 10 października 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (Lider), B-ACT.S.A. z siedzibą w Bydgoszczy (Partner) i EKOCENTRUM – Wrocławskie Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Partner zwani dalej „Transprojekt Gdański”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie odwołującego Multiconsult, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu Multiconsult i zamawiającemu.

W dniu 11 października 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca SAFEGE S.A.S. z siedzibą we Francji, zwany dalej „Przystępującym SAFEGE”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu Multiconsult i zamawiającemu.

Zamawiający w dniu 28 października 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni zarzuty wskazane w pkt II lit. a) oraz pkt II lit. b) petitum odwołania i wnosząc o:

1. umorzenie postępowania części dotyczącej zarzutów odwołania wskazanych w pkt II lit. a) oraz pkt II lit. b) petitum odwołania;
2. oddalenie odwołania w pozostałej części;
3. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego Multiconsult;
4. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, w tym dokumentów, o których mowa w niniejszym piśmie oraz dowodów przedstawionych na rozprawie na okoliczności wskazane w treści odpowiedzi na odwołanie.

W dniu 29 października 2024 r. przystępujący SAFEGE złożył pismo procesowe w sprawie, w którym oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów nr 1 i 2 odwołania i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego Transprojekt Gdański i odwołującego Multiconsult w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Multiconsult Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

zwanego dalej „Przystępującym Multiconsult”, do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 3686/24 po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy SAFEGE S.A.S. z siedzibą we Francji, zwanego dalej „Przystępującym SAFEGE”, do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 3686/24 i KIO 3697/24 po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (Lider), B-ACTS.A. z siedzibą w Bydgoszczy (Partner) i EKOCENTRUM – Wrocławskie Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Partner), zwanego dalej „Przystępującym Transprojekt Gdański”, do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 3697/24 po stronie odwołującego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej o sygn. akt KIO 3686/24 i KIO 3697/24, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez strony i przystępujących do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane przez odwołującego Multiconsult i załączone do odwołania dowody, tj.:

1. Informację ze strony internetowej – wywiad z zastępcą Prezydenta Krakowa panem A.K..
2. Wiadomość elektroniczną Pana Ł.S. Dyrektora Zarządu ZIM.
3. Notę obciążeniową z 22 marca 2023 r.
4. Notę obciążeniową z 30 kwietnia 2019 r.
5. Umowę.

Izba dopuściła zawnioskowane przez wykonawcę SAFEGE (przystępującego do sprawy o sygn. akt KIO 3697/24) i załączone do pisma z dnia 29 października 2024 r. dowody, tj.:

1. „Potwierdzenie” z dnia 18.10.2024 r.
2. Pismo SAFEGE z dnia 13.04.2023 r.

Izba dopuściła zawnioskowane przez odwołującego Transprojekt Gdański (sygn. akt KIO 3686/24) i złożone na rozprawie dowody, tj.:

1. Wyciąg z SWZ.
2. Wyciąg z projektu budowlanego Tom II Projekt Architektoniczno – Budowlany Część 11 - Ochrona Środowiska.

Izba dopuściła zawnioskowany przez wykonawcę SAFEGE (przystępującego do sprawy o sygn. akt KIO 3686/24) i złożony na rozprawie dowód, tj.: wyciąg z zeszytu Sekocenbud za 3 kwartał 2024 r.

Izba dopuściła zawnioskowane przez wykonawcę SAFEGE (przystępującego do sprawy o sygn. akt KIO 3697/24) i złożone na rozprawie dowody, tj.:

1. Korespondencję mailową z dnia 30 października 2024 r.
2. Informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej przez Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie z dnia 6 kwietnia 2023 r. i wyciąg z SWZ postępowania.
3. Dwa oświadczenia z dnia 14 października 2024 r. złożone przez Pana P.P. oraz oświadczenie z dnia 14 października 2024 r. złożone przez Pana M.K..
4. Potwierdzenie z dnia 18 października 2024 r. wystawione przez Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania.

KIO 3686/24

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3686/24, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuły naruszenia:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, 3, 5 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców wskazanych w uzasadnieniu odwołania, pomimo iż oferty te zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a to z uwagi m.in. na przyjęcie stawki roboczogodziny pracy części personelu, której wartość jest niższa nawet od minimalnego wynagrodzenia za pracę (minimalnej stawki) ustalonego na podstawie właściwych przepisów, co nie pozwala na prawidłową i należytą, zgodną z przepisami prawa i dokumentacją postępowania realizację zamówienia za zaoferowaną przez tych wykonawców cenę, a ponadto wykonawcy Ci nie wykazali, że zaoferowana przez nich cena nie jest rażąco niska, co powinno skutkować odrzuceniem ich ofert;

2)art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień wysokości zaoferowanej ceny wykonawcy wskazanego w szczegółach w uzasadnieniu odwołania przede wszystkim w zakresie dotyczącym kosztów związanych z zatrudnieniem personelu delegowanego do realizacji zamówienia, pomimo tego, że wykonawca ten przyjął stawkę roboczogodziny pracy części personelu, której wartość jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie właściwych przepisów, co przy braku złożenia wiarygodnych wyjaśnień i wyjaśnienia ceny w tym zakresie powinno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy;

za każdym razem:

3)art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców wskazanych w szczegółach w uzasadnieniu odwołania z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia opisanymi w Instrukcji Dla Wykonawców, zwaną dalej „IDW”, co polega na nieuwzględnieniu w cenie ofertowej wszystkich kosztów bezpośrednich i pośrednich związanych z zatrudnieniem personelu mającego realizować zamówienie;

4)art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców wskazanych w szczegółach w uzasadnieniu odwołania, pomimo iż oferty te zawierają błąd w obliczeniu ceny z uwagi na dokonanie przez tych wykonawców wyceny ofertowej w oparciu o koszty personelu ustalone poniżej wynikających z obowiązującego Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 15 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (od lipca);

a w konsekwencji:

5)art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości,

nie potwierdziły się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Wartość szacunkową zamówienia Zamawiający oszacował na kwotę 23 991 667,78 zł, co stanowi równowartość 5 173 851,71 euro.

Zamawiający przed otwarciem ofert udostępnił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 26 827 046,70 zł brutto.

W postępowaniu do upływu terminu składania ofert złożone zostało pięć ofert, tj.:

1)Wykonawca SAFEGE S.A.S. Cena oferty brutto: 15 356 996,74 zł.

2)Wykonawca Multiconsult Polska Sp. z o.o. Cena oferty brutto: 16 406 822,40 zł.

3)Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Transprojekt Gdański Sp. z o.o., B-Act S.A. i EKOCENTRUM – Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych Sp. z o.o. Cena oferty brutto: 18 407 873,84 zł.

4)Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BBF Sp. z o.o. i IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. Cena oferty brutto: 19 085 664,00 zł.

5)Wykonawca TPF Sp. z o.o. Cena oferty brutto: 21 934 032,39 zł.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp stanowi:

„1. 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.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6.Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.”.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nakazuje więc odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Niemniej jednak w sytuacji gdy 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. Zwrot „wydaje się” jest bowiem kierowany do

zamawiającego, który jest podmiotem zobowiązanym do badania i oceny ofert. Obowiązek ten powstaje więc w sytuacji gdy zamawiający nabierze wobec ich wysokości uzasadnionych wątpliwości.

Jeśli natomiast cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT Zamawiający obligatoryjnie zwraca się o udzielenie takich wyjaśnień.

Z kolei art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”. Oznacza to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga zamawiający i, które opisał w dokumentach zamówienia.

Natomiast art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu”. Za błąd w obliczeniu ceny uznaje się nieprawidłowości w wycenie oferty przez wykonawcę polegające na niezastosowaniu lub wadliwym zastosowaniu przepisów prawa (innych niż Pzp), które mają wpływ na wycenę oferty. Odrzuceniu, co do zasady, podlegać będzie oferta, w której popełniono błąd w wyliczeniu dofinansowania z PFRON (w sytuacji, gdy błąd dotyczy założeń do przyjęcia właściwej wysokości dofinansowania, a nie polega wyłącznie na błędzie w działaniach matematycznych). Ustalenie ceny za roboczogodzinę niższą niż minimalne wynagrodzenie za pracę może stanowić nie tylko czyn nieuczciwej konkurencji, ale także błąd w obliczeniu ceny. (Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza, Warszawa 2023).

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że zamawiający wymagał od wykonawców złożenia wypełnionego załącznika nr 1B „Szczegółowa kalkulacja wynagrodzenia”, w którym wyspecyfikował m.in. „Zespół stały biura inżyniera”, „Zespół zmienny biura inżyniera” i „Zespół zmienny przeglądu dokumentacji”, podając liczbę osób w odniesieniu do personelu każdego z zespołów oraz „Zakładane zaangażowanie pracy zgodnie z zapisami SWZ na miesiąc (%/ryczałt)”, i wskazując „100%” w odniesieniu do zespołu stałego i „ryczałt” w odniesieniu do zespołu zmiennego oraz liczbę miesięcy, podając dla wszystkich zespołów „36”. W tabeli tej należało więc wypełnić tylko dwie kolumny, tj. „Stawka (PLN) za miesiąc” oraz „Suma”.

W treści tego załącznika, poniżej zamieszczonej w nim tabeli, zamawiający podał „Zamawiający dla celów szacunkowych przyjął minimalne ilości dniówek dla poszczególnych członków personelu Inżyniera. Poniższe zestawienie stanowi minimalne wymagania Zamawiającego, które mogą być większe w zależności od realizacji robót przez wykonawcę robót. Konieczność zwiększenia zaangażowania personelu należy uwzględnić w cenie ryczałtowej” oraz zamieścił tabelę, w której wyspecyfikował „Zespół stały biura inżyniera”, „Zespół zmienny biura inżyniera” i „Zespół zmienny przeglądu dokumentacji”, podając w odniesieniu do poszczególnych funkcji „minimalną ilość dniówek dla okresu realizacji robót” oraz „minimalną ilość dniówek dla okresu pozyskiwania”.

Niemniej jednak zamawiający – na co konsekwentnie wskazywał i co przyznał także odwołujący Transprojekt Gdański - nigdzie nie podał jak należy rozumieć dniówkę, o której mowa w formularzu 1B w odniesieniu do zespołu zmiennego. Nie podał więc czy utożsamia ją ze świadczeniem minimum 8 godzin pracy dziennie, czy też nie. Kwestie tę wyjaśnił w odniesieniu do zespołu stałego. Obowiązek pracy 8 godzin dziennie a więc pełnego etatu czasu pracy wynika z Instrukcji dla wykonawców (IDW) i z odpowiedzi na pytanie nr 5, gdzie zamawiający wskazał, że dotyczy on (pełen etat) wyłącznie Zespołu stałego biura inżyniera, dla którego zamawiający przyjął już w treści tabeli konieczność zaangażowania w 100%. Natomiast w kolumnie „Zakładane zaangażowanie pracy zgodnie z zapisami SWZ na miesiąc (%/ryczałt)” w odniesieniu do zespołu zmiennego wskazał na „ryczałt” a nie 100% zaangażowania. Tak więc wymagania w zakresie dostępności w dyspozycji zamawiającego w zależności od tego czy dana osoba wchodziła w skład zespołu stałego czy zmiennego były odmienne.

Intencją zamawiającego „w budowaniu SWZ oraz celem wskazanych postanowień było rozróżnienie funkcji personelu niezbędnych nieprzerwanie w trakcie trwania całego kontraktu oraz personelu, który jest niezbędny okresowo ze zmiennym zaangażowaniem w zależności od etapu Kontraktu bądź momentu realizacji poszczególnych robót branżowych”. Dlatego też zamawiający przyjął, że wynagrodzenie wykonawcy nie będzie rozliczane w oparciu o stawkę dzienną ani godzinową. Faktyczna kalkulacja kosztów i wynagrodzenia opiera się bowiem o wynagrodzenie miesięczne, które wypłacane będzie w podanej kwocie ryczałtu niezależnie od ilości przepracowanych godzin, a którego wysokość była podana w składanym przez wykonawców formularzu 1B.

Zamawiający w informacji zawartej w załączniku 1B i zamieszczonej w nim tabeli odwołał się, wskazując na „Zespół zmienny biura inżyniera” i „Zespół zmienny przeglądu dokumentacji”, do „minimalnej ilości dniówek”, podając ich ilość w odniesieniu do poszczególnych funkcji. Zamawiający nie zdefiniował jednak dniówki dla tych zespołów tak jak uczynił to w przypadku personelu Zespołu stałego biura inżyniera. Nie zawarł także żadnych dodatkowych wymagań dotyczących personelu zespołów zmiennych, w tym dotyczących podstawy zatrudnienia tych osób, przyjętej liczby godzin pracy czy też świadczenia usług, jak również warunków i zasad wynagradzania tych osób. Jednym wymogiem jaki zamawiający postawił było zapewnienie ich dostępności przy założeniu 36 miesięcy w okresie realizacji robót i określonej „minimalnej liczbie dniówek”.

Dniówka to dzień pracy zarobkowej albo też wynagrodzenie za jeden dzień pracy. Zatrudnienie z braku jakichkolwiek dodatkowych wymogów mogło być na podstawie umowy o pracę, umowy cywilnoprawnej czy też na zasadzie współpracy z osobą prowadzącą samodzielnie działalność gospodarczą. Wobec tego dniówka obejmująca 8 godzinny czas pracy będzie wynikała z przepisów kodeksu pracy a co za tym idzie umowy o pracę. W przypadku zaś umowy cywilnoprawnej kwestię tę reguluje kodeks cywilny, a więc przepisy kodeksu pracy nie mają w tym przypadku zastosowania. To bowiem od obustronnych ustaleń zależy dzienny czas wykonywania zlecenia a więc świadczonej pracy. Wymiar czasu pracy w umowie cywilnoprawnej nie jest w żaden sposób ograniczony. Podobna sytuacja występuje w odniesieniu do współpracy z osobą prowadzącą działalność gospodarczą. To samozatrudniony często samodzielnie decyduje o czasie i miejscu pracy, a nawet o zasadach wynagradzania oraz o sposobie jego wyceniania. Dlatego też w przypadku jednoosobowej działalności gospodarczej to przedsiębiorca sam wyznacza swój czas pracy. Wobec powyższego do personelu zmiennego nie da się niejako z automatu zastosować dniówki jako 8 godzinnego czasu pracy zarobkowej.

Tymczasem w odniesieniu do tej kategorii personelu (personelu Zespołu zmiennego) zmienne jest zapotrzebowania na faktyczny nakład pracy tego personelu niezbędny do prawidłowego świadczenia usługi na poszczególnych jej etapach. Okoliczność tę podkreślali także obydwaj przystępujący.

Dlatego też założenie konieczności obliczenia dniówki w oparciu o 8 godzinny czas pracy, wobec konkretnych zapisów SWZ, jest błędne i w konsekwencji powoduje, że zarzuty oparte na tej podstawie nie znajdują żadnego uzasadnienia.

Inną kwestią jest natomiast kwestia porównywalności cen poszczególnych ofert w zakresie dotyczącym „stawki za miesiąc” osób wchodzących w skład personelu „Zespołu zmiennego biura inżyniera” i „Zespołu zmiennego przeglądu dokumentacji”. Tych cen w sposób zero jedynekowy nie da się porównać. Sam zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie przyznał, że postanowienia SWZ pozwalają wykonawcom na takie skalkulowanie oferty, aby możliwe było maksymalne obniżenie kosztów personelu. Co więcej podkreślał, że wartości przedstawione w pozycji Załącznika 1B służą do porównania ofert, nie zaś oddania poziomu wynagrodzenia osób pełniących funkcje określone w treści umowy. Są więc one nieporównywalne.

Zamawiający w odniesieniu do tego personelu (Zespołu zmiennego), na co wskazał w złożonej odpowiedzi na odwołanie, nie postawił bowiem tak rygorystycznych wymagań jak uczynił to w stosunku do personelu Zespołu stałego. To tylko osoby wymienione w Zespole stałym miały być dostępne przez minimum 8 godzin dziennie. Natomiast w stosunku do personelu zespołu zmiennego do dopiero Inżynier – jak wynika z pkt 3.1.6 OPZ – „jest zobowiązany przedłożyć zamawiającemu HPPI, który w szczegółowy sposób będzie określał dostępność poszczególnych osób Personelu stałego i zmiennego inżyniera z określeniem godzin rozpoczęcia i zakończenia pracy”. Zamawiający konsekwentnie więc dokonywał rozróżnienia funkcji personelu niezbędnego nieprzerwanie w trakcie trwania całego Kontraktu oraz personelu, który jest niezbędny okresowo ze zmiennym zaangażowaniem w zależności od etapu Kontraktu bądź momentu realizacji poszczególnych robót branżowych. Jednocześnie wskazał, że „SWZ nie zawiera zapisów, które pozwalałyby jednoznacznie stwierdzić, że część wynagrodzenia wynikająca z wartości wskazanych w formularzu 1B należy uznać za wyłączny składnik wynagrodzenia na rzecz personelu Zespołu zmiennego w związku ze świadczeniem pracy na rzecz Wykonawcy. Wynagrodzenie zawarte w cenie może stanowić jedynie część faktycznej podstawy wynagrodzenia osób pełniących poszczególne”. Zamawiający przyjmował więc, że cena wskazana w formularzu 1B nie określa stawki za miesiąc jaką faktycznie otrzyma osoba pełniąca daną funkcję w Zespole zmiennym. Przyznał bowiem, że warunki umowy, która zostanie zawarta z wyłonionym w postępowaniu wykonawcą, nie zakazują osobom wchodzącym w skład Zespołu zmiennego pełnienia równoległe funkcji np. na kilku kontraktach. Możliwym jest więc równoległe pełnienie określonych funkcji na różnych kontraktach. Zakaz podejmowania innych zajęć zarobkowych odnosił się bowiem wyłącznie do kluczowych stanowisk oraz personelu Zespołu stałego, „chyba że zamawiający wyrazi na to pisemną zgodę. Zgoda może zostać każdorazowo cofnięta przez Zamawiającego”. (§ 9 ust. 7 warunków umowy).

W kontekście powyższego argumenty odwołującego Transprojekt Gdański nie znajdują żadnego uzasadnienia w odniesieniu do ofert wykonawców: SAFEGE i Multiconsult oraz konsorcjum BBF. Podstawą podniesionych zarzutów pod adresem każdego z wyżej wymienionych wykonawców jest bowiem dniówka rozumiana jako 8 godzinny czas pracy.

Jeśli chodzi o ofertę wykonawcy SAFEGE nieprawidłowa kalkulacja ma dotyczyć osoby zatrudnionej jako asystent techniczny, dla której – zdaniem odwołującego Transprojekt Gdański – błędnie oszacowano stawkę miesięczną, która nie jest wystarczająca dla pokrycia kosztów jego zatrudnienia. Niemniej jednak odwołujący przyjął błędne założenie, zakładając że asystent techniczny a więc osoba wchodząca w skład personelu zmiennego powinna być zatrudniona w wymiarze 8 godzin dziennie. Obowiązek ten, tj. obowiązek pracy 8 godzin dziennie a więc pełnego etatu czasu pracy – jak już wyżej wskazano - wynika z Instrukcji dla wykonawców (IDW) i z odpowiedzi na pytanie nr 5, gdzie zamawiający podał, że dotyczy on wyłącznie Zespołu stałego biura inżyniera. A *contrario* oznacza to – jak słusznie zauważył przystępujący SAFEGE – że pozostały personel nie będący częścią Zespołu stałego nie jest zobowiązany do

wykonywania pracy w pełnym wymiarze czasu pracy 8 godzin dziennie. Taki obowiązek nie został nigdzie wyartykułowany. Dla osoby tej (asystenta technicznego) w Formularzu 1B bowiem podano „ryczałt”, odnosząc go do „Zakładanego zaangażowania pracy zgodnie z zapisami SWZ na miesiąc (%/ryczałt)”. Osoba ta ma więc określoną i wskazaną w Formularzu 1B stawkę miesięczną niezależnie od zaangażowania w danym miesiącu a więc niezależnie od ilości przepracowanych godzin. Wykonawca SAFEGE w złożonym wraz z ofertą Formularzu 1B dla asystenta technicznego podał „stawkę (PLN) za miesiąc” w wysokości „3590,00” oraz za „okres realizacji robót” obejmujący „36” miesięcy „sumę” „129 240,00”. Kwota ta (miesięczna stawka) – jak wykazał wykonawca SAFEGE, przedstawiając wyciąg z zeszytu Sekocenbud za 3 kwartał 2024 r. – jest kwotą rynkową. Jest ona bowiem zgodna ze stawką z Sekocenbudu i stawkę minimalną przyjmowaną na rynku, stanowiąc jednocześnie całkowity koszt pracodawcy czy też zleceniodawcy w przeliczeniu na 1 dzień pracy. Oznacza to więc, że wyliczona kwota jest skalkulowana prawidłowo. Brak jest więc podstaw do jej kwestionowania.

Odnosząc ofertę wykonawcy Multiconsult odwołujący Transprojekt Gdański podniósł, iż wykonawca ten dokonał nieprawidłowej kalkulacji i dotyczy ona osób zatrudnionych w ramach personelu Zespołu zmiennego, tj.: asystenta technicznego (stawka miesięczna „2 000,00”), asystenta specjalisty ds. obmiarowo-rozliczeniowych (stawka miesięczna „2 000,00”), specjalisty ds. BHP (stawka miesięczna „1 500,00”), specjalisty ornitologa (stawka miesięczna „200,00”), specjalisty herpetologa (stawka miesięczna „200,00”), specjalisty chiropterologa (stawka miesięczna „200,00”), obsługi administracyjnej (stawka miesięczna „2 000,00”), projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym (stawka miesięczna „500,00”) i projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych (stawka miesięczna „500,00”). Jest to – w jego ocenie – związane z przyjęciem dla potrzeb kalkulacji ceny ofertowej zatrudnienia członków personelu Zespołu zmiennego w oderwaniu od wymagań ustawowych związanych z minimalnym wynagrodzeniem za pracę a tym samym zatrudnieniem w wymiarze 8 godzin dziennie. Niemniej jednak, jak już wskazano, z SWZ wynikał jedynie obowiązek dostępności osób wymienionych w Zespole stałym przez minimum 8 godzin dziennie. Okoliczność tę potwierdził zamawiający, odpowiadając na pytania wykonawców. Zamawiający poza przyjęciem dla członków personelu Zespołu zmiennego minimalnej ilości dniówek, podkreślił, że wymóg ten stanowi minimalne wymagania, które mogą być większe w zależności od realizacji robót przez wykonawcę robót. Poza tym członkom personelu Zespołu zmiennego zamawiający nie postawił żadnych innych wymogów. Tymczasem odwołujący Transprojekt Gdański stawkę miesięczną dla zespołu zmiennego odniósł do wynagrodzenia za pracę a więc zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy względnie umowy cywilnoprawnej. Na tej też podstawie uznał, że stawki miesięczne dla członków wskazanego personelu zmiennego zostały błędnie wyliczone. Odwołujący Transprojekt Gdański całkowicie pominął zarówno rzeczywistą treść SWZ, jaki wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 23 sierpnia 2024 r. złożone przez wykonawcę Multiconsult, który wskazał w nich m.in., że część osób zatrudniona przez niego na etacie zostanie skierowana częściowo do realizacji tego zamówienia. Wykonawca podał bowiem, których pracowników personelu zmiennego sytuacja ta dotyczy.

Przystępujący Multiconsult, odnosząc się do zarzutów odwołania, zakwestionował także wyliczoną przez odwołującego Transprojekt Gdański minimalną wycenę realnego kosztu pracodawcy. Podał bowiem, że możliwe jest np. uzyskanie dofinansowania do wynagrodzenia ze strony Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych („PFRON”), skorzystanie z refundacji prac interwencyjnych z Funduszu Pracy pracodawcom z tytułu zatrudnienia skierowanego bezrobotnego, a także faktu, że zgodnie z art. 6 ust. 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych nie podlegają obowiązkowo ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym, uczniowie szkół ponadpodstawowych i studenci, do ukończenia 26 lat w przypadku wykonywania pracy na podstawie umowy zlecenia oraz wskazane w art. 9a – 9c ustawy o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy² wyłączenia z obowiązku uiszczania składek na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Oznacza to więc, że dokonanie takiego wyliczenia, jak uczynił to odwołujący Transprojekt Gdański, obarczone jest błędem, gdyż nieznanne są chociażby niektóre założenia przyjęte przez wykonawcę Multiconsult. Wykonawca ten – jak wyjaśnił w piśmie z dnia 23 sierpnia 2024 r. – kalkulując koszt wynagrodzeń asystenta technicznego, obsługi administracyjnej, czy też asystenta specjalisty ds. obmiarowo - rozliczeniowych uwzględnił możliwość uzyskania wsparcia pochodzącego z PFRON. Natomiast w odniesieniu do osób prowadzących jednoosobową działalność gospodarczą przywołał także wyjaśnienia samego odwołującego Transprojekt Gdański, które są zbieżne ze stanowiskiem wykonawcy Multiconsult, gdyż wynagrodzenie osób prowadzących jednoosobową działalność gospodarczą z uwagi na ich charakter nie są obwarowane wymogami w zakresie dotyczącym minimalnego wynagrodzenia. Przystępujący Multiconsult takie osoby będzie zatrudniał na dowód czego przedłożył oświadczenia tych osób.

Odwołujący Transprojekt Gdański zakwestionował także stawki miesięczne personelu Zespołu zmiennego w ofercie wykonawcy konsorcjum BBF w odniesieniu do asystenta technicznego (stawka miesięczna – „3 000,00”),

specjalisty herpetologa (stawka miesięczna – „500,00”) i geotechnika stawka miesięczna – „1 000,00”), opierając je na identycznych argumentach jak w przypadku dwóch pozostałych wykonawców, które, jak wyżej wskazano, opierają się na błędnym założeniu.

Odnosnie zarzutu braku wezwania do wyjaśnienia ceny oferty wykonawcy konsorcjum BBFa więc oferty, która została sklasyfikowana na czwartym miejscu w rankingu ofert stwierdzić należy, że cena oferty tego wykonawcy nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia, a więc zamawiający nie miał obowiązku wezwania tego wykonawcy (konsorcjum BBF) do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Co więcej zamawiający wskazał, że nie miał wątpliwości co do ceny oferty tego wykonawcy. Natomiast wezwanie do wyjaśnienia ceny na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp stanowi uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego, który się materializuje dopiero w określonych okolicznościach (w sytuacji wątpliwości zamawiającego) a takich zamawiający nie miał.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zarzuty odwołującego Transprojekt Gdański dotyczące rażąco niskiej ceny i błędu w obliczeniu ceny, a także niezgodności oferty z SWZ i zaniechania odrzucenia ofert wykonawców SAFEGE i Multiconsult są całkowicie nieuzasadnione. Odwołujący Transprojekt Gdański nie przedstawił bowiem żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, zaś kalkulacja wskazana w odwołaniu opiera się na błędnych założeniach i nieprawidłowej interpretacji postanowień SWZ.

Tym samym Izba uznała, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

KIO 3697/24

Odwołujący Multiconsult na posiedzeniu w dniu 30 października 2024 r. cofnął odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwanej dalej „UZNK”, w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia odwołującemu treści Załącznika nr 7 – wycena laboratorium dołączonego do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny przedłożonych przez wykonawcę SAFEGE w toku postępowania i zastrzeżonego przez wykonawcę SAFEGE jako tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy wykonawca SAFEGE nie wykazało zaistnienia podstaw do uznania informacji zawartych w tym dokumencie jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Wobec powyższego postępowanie w części cofniętego zarzutu (zarzutu nr 3 odwołania) podlega umorzeniu.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 3697/24, uznając że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty wykonawcy SAFEGE, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, podczas gdy zaistniały wobec niego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp ponieważ wykonawca SAFEGE z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonało lub nienależycie wykonało albo długotrwale nienależycie wykonywało istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do nałożenia kar umownych na wykonawcę SAFEGE przez Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie, zwany dalej „ZIM”, w ramach realizacji zamówienia na opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania pn. „Budowa ul. 8 Pułku Ułanów” w Krakowie, zwaną dalej „Inwestycją 8 Pułku Ułanów”, (zarzut 1 odwołania)

2) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz pkt 10) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty wykonawcy SAFEGE, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, podczas gdy zaistniały wobec niego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz pkt 10) ustawy Pzp ponieważ wykonawca SAFEGE w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, a co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawiło informacje wprowadzające w błąd polegające na nieujawnianiu faktu naliczenia wykonawcy SAFEGE kar umownych w ramach Inwestycji 8 Pułku Ułanów przez ZIM, co miało wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, (zarzut 2 odwołania)

potwierdziły się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny (tożsamy dla obydwu zarzutów):

Zamawiający w SWZ – TOM I Instrukcja dla wykonawców – w punkcie 8 „WARUNKI JAKIE MUSZĄ SPEŁNIĆ WYKONAWCY” podał, że:

„8.1 O udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, wobec których brak jest podstaw do wykluczenia z Postępowania:

a) na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 1-6 Ustawy, z wyłączeniem przesłanek określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h) i art. 108 ust. 1 pkt 2 Ustawy, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h) Ustawy, (podstawy wykluczenia obligatoryjne),

b) na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10 Ustawy (podstawy wykluczenia fakultatywne), (...)

8.7 Z Postępowania o udzielenie Zamówienia Zamawiający wykluczy Wykonawcę wobec którego zachodzi którakolwiek podstawa określona:

1) w art. 108 ust. 1 pkt 1-6 Ustawy, z wyłączeniem przesłanek określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h) i art. 108 ust. 1 pkt 2 Ustawy jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h) Ustawy, (podstawy wykluczenia obligatoryjne)

2) w art. 109 ust. 1 pkt. 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10 Ustawy (podstawy wykluczenia fakultatywne)

8.9 Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2, 5 Ustawy (podstawy wykluczenia obligatoryjne) lub art. 109 ust. 1 pkt. 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10 Ustawy (podstawy wykluczenia fakultatywne), jeżeli udowodni Zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki wskazane w art. 110 ust. 2 Ustawy a Zamawiający oceni, że, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu Wykonawcy, podjęte przez Wykonawcę czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 Ustawy są wystarczające do wykazania jego rzetelności. (...).

Zamawiający w punkcie 9 SWZ „JEDNOLITY DOKUMENT I WYKAZ PODMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH”, ppkt 9.1 podał, że „W celu wstępnego wykazania, braku podstaw do wykluczenia z Postępowania oraz potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, każdy z Wykonawców wraz z ofertą zobowiązany jest złożyć Jednolity Dokument, którego wzór stanowi Załącznik nr 1 E do IDW.” (...).

Wykonawca SAFEGE złożył wraz z ofertą JEDZ, w którym w Części III Podstawy wykluczenia pkt „C: PODSTAW ZWIĄZANE Z NIEWYPŁACALNOŚCIĄ, KONFLIKTEM INTERESÓW LUB WYKROCZENIAMI ZAWODOV odpowiedzi 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?”, wskazując „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 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 znajdują się wyjaśnienia stanowiące **TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA**”.

W złożonych wyjaśnieniach wykonawca SAFEGE wskazał dwie usługi, tj. jednąrealizowaną na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa i drugą realizowaną na rzecz Województwa Podkarpackiego – Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich.

Zamawiający, pismem z dnia 4 września 2024 r., działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę SAFEGE do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 13 września 2024 r., wykonawca SAFEGE złożył wymagane dokumenty.

Zamawiający, pismem z dnia 27 września 2024 r., powiadomił wykonawców o wyborze oferty wykonawcy SAFEGE jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowi, że „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”.

Określona w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp sytuacja stanowi fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy. Ocena zaistnienia podstawy wykluczenia wynikająca z tego przepisu dokonywana jest na podstawie oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu składanego przez wykonawcę na formularzu JEDZ. Wykonawca zobowiązany jest bowiem do jego wypełnienia i udzielenia odpowiedzi na pytanie czy 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 oświadczeniu tym wykonawca powinien więc poinformować zamawiającego o uprzednich nieprawidłowościach w realizacji umów, przy czym informacja ta powinna być skorelowana z przesłanką wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (tj. wykluczenie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, który 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). Skoro oświadczenie składane jest w związku z przesłanką wykluczenia określoną w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, to uwzględniając treść tego przepisu, w przywołanej wyżej części formularza JEDZ nie wskazuje się umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż określone we wskazanych w tym przepisie okoliczności. (tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 52/23)

Przepis ten opiera się na art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej, tj. Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, który to przepis upoważnia zamawiającego do wykluczenia wykonawcy, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

Ustawodawca unijny w motywie 101 preambuły do dyrektywy klasycznej zamieścił także wskazówki dotyczące stosowania ww. podstawy wykluczenia, wskazując, że instytucje zamawiające „*powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów, było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy*”.

Dla zastosowania sankcji wykluczenia z postępowania wynikającej z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp konieczne jest zatem stwierdzenie kumulatywnego zaistnienia przesłanek enumeratywnie wymienionych w tym przepisie. Wykluczeniu z postępowania podlega więc wykonawca, który:

- 1)w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał swoje zobowiązanie umowne, albo
 - długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie umowne,
 - zobowiązania wykonawcy wynikały z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- 2)niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy wynikało z przyczyn leżących po jego stronie wykonawcy,
- 3)skutkiem nienależytego wykonania lub nienależytego wykonywania obowiązków umownych było wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady, (tak np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lipca 2022 r., sygn. akt KIO1638/22).

Niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, a więc sytuacja podnoszona przez odwołującego Multiconsult, która nie została wpisana do JEDZ, dotyczy umowy z dnia 30 stycznia 2019 r. nr ZIM/02/2019/002 realizowanej na rzecz Zarządu Inwestycji Miejskich w Krakowie, zwanego dalej „ZIM”, której przedmiotem było „Opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania pn. „Budowa ul. 8 Pułku Ułanów”. W trakcie realizacji tej umowy na wykonawcę SAFEGE została nałożona kara umowna „za zwłokę w wykonaniu dokumentacji projektowej Etapu I dla Odcinka 3” w wysokości 107 500,00 zł (nota obciążeniowa z dnia 22 marca 2023 r.) a więc w wysokości, która wynosi – jak podkreślił odwołujący Multiconsult – „prawie 10% wynagrodzenia netto wynikającego z Umowy”. Naliczona kara umowna została potrącona z wynagrodzenia wykonawcy SAFEGE. W trakcie realizacji tej umowy na wykonawcę SAFEGE Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie nałożył także karę umowną w wysokości 1 500,00 zł za nieusprawiedliwioną nieobecność Projektanta na trzech spotkaniach/radach (nota obciążeniowa z dnia 30 kwietnia 2024 r.).

Etap I dla Odcinka 3 miał być zrealizowany w terminie 10 miesięcy od dnia zawarcia umowy, tj. do 30 listopada 2019 r. Przekroczenie terminu realizacji umowy (Etapu I) – jak wynika z korespondencji mailowej wykonawcy SAFEGE z ZIM i, co przyznał Przystępujący SAFEGE – wyniosło 1102 dni. Obligatoryjnym elementem umowy w sprawie zamówienia publicznego jest niewątpliwie określenie planowanego terminu zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych oraz planowanych terminów wykonania poszczególnych ich części. Tak więc termin realizacji umowy czy też określonych etapów umowy stanowi istotny element umowy a jego niedotrzymanie świadczy o niedotrzymaniu istotnych warunków umowy. Niedotrzymanie terminu jest nienależytym wykonaniem umowy. Tak też sytuację tę ocenił Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie, który w dniu 22 marca 2023 r. wystawił notę obciążeniową, naliczając wykonawcy SAFEGE „karę umowną za zwłokę w wykonaniu dokumentacji projektowej Etapu I dla Odcinka 3” i, ograniczając jej wysokość „do wartości maksymalnej wynikającej z § 7 ust. 4 tej umowy”. Wystawiona nota obciążeniowa potwierdziła więc nienależyte wykonanie umowy. Jedynie bowiem „*nienależyte wykonywanie w znacznym stopniu lub zakresie oraz jedynie zobowiązań istotnych stanowi przesłankę wykluczenia. (...) Ustawodawca uznał, że wystąpienie odszkodowania w wyniku realizacji umowy stanowi o niezetelności wykonawcy. Nie jest przy tym istotne, jaką formę odszkodowanie przybrało - czy było to świadczenie w naturze czy pieniądzu, czy stosowano zasady ogólne dotyczące naprawienia szkody, czy też doszło do naliczenia kar umownych. W tym ostatnim wypadku chodzi jednak tylko o kary umowne mające charakter odszkodowawczy za działania lub zaniechania, które można przypisać wykonawcy, nie zaś kary o charakterze gwarancyjnym. (...) odszkodowanie nie musi być zasądzone, co oznacza, że*

również odszkodowanie wypłacone bez sporu może stanowić podstawę do wykluczenia (...)." (Wł. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2021, s. 348)

Co więcej nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy SAFEGE. Z noty obciążeniowej wprost bowiem wynika, że nastąpiła zwłoka w wykonaniu dokumentacji projektowej Etapu I dla Odcinka 3 a więc opóźnienie w realizacji przedmiotu zamówienia wywołane przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy. Była to więc okoliczność zawiniona przez wykonawcę SAFEGE a taka ma miejsce wówczas gdy dłużnik jest odpowiedzialny za nieterminowe wykonanie zobowiązania z powodu swojego zawinienia. Zwłoka jest bowiem szczególnym rodzajem nienależytego wykonania zobowiązania. Skoro więc jako podstawę naliczenia kary umownej wskazano „zwłokę” nieterminowe wykonanie umowy nastąpiło wskutek okoliczności zarówno leżących po stronie wykonawcy, jak i przez niego zawinionych. Wykonawca SAFEGE nie wykazał przy tym aby było inaczej.

Wykonawca SAFEGE – jak podkreślał - zakwestionował naliczoną karę umowną. Niemniej jednak z przedłożonego w poczet materiału dowodowego pisma z dnia 13 kwietnia 2023 r. skierowanego przez tego wykonawcę do ZIM poza wskazaniem na brak zwłoki po stronie wykonawcy, odwołaniem się do wcześniejszej korespondencji z zamawiającym (Zarządem Inwestycji Miejskich w Krakowie) i zakwestionowaniem podstaw do naliczenia kary umownej żadna okoliczność przemawiająca na korzyść tego wykonawcy nie wynika. Nie przedstawiono ich także w toku postępowania odwoławczego. Wykonawca SAFEGE, mimo że powoływał się na okoliczności, które miałyby przemawiać za uznaniem, że zwłoka po jego stronie nie wystąpiła, poza ich wskazaniem nie wykazał, że miały one faktyczny wpływ na terminowość realizacji przedmiotu umowy. Co więcej w piśmie tym wykonawca „podtrzymał stanowisko wyrażone w dotychczas kierowanej do zamawiającego korespondencji”. Jednak jej także nie przedstawił.

W trakcie umowy miała mieć miejsce nie tylko zmiana zakresu prac, ale miały wystąpić także prace dodatkowe. Jednak w tym zakresie wykonawca SAFEGE nie przedstawił żadnych dowodów. Powołał się na zwiększenie zakresu projektowania o mały obiekt mostowy nie wskazany w dokumentacji przetargowej, dodatkową infrastrukturę rowerową, konieczność usunięcia kolizji z istniejącymi sieciami teletechnicznymi oraz konieczność wprowadzenia rozwiązań zamiennych i innych. Nie wiadomo jednak jakie były przyczyny wskazanych problemów oraz jakie decyzje podjęto w konsekwencji ich wystąpienia. Zapewne jakaś korespondencja była w tym zakresie prowadzona i sygnalizowane kwestie powinny z niej wynikać.

Wykonawca SAFEGE powołał się także na „niespójność przygotowanej przez zamawiającego dokumentacji”, co w konsekwencji i innych okoliczności miałyby skutkować wydłużeniem okresu prowadzenia i zakończenia prac. Niemniej jednak stanowią one jedynie głosłowne twierdzenia wykonawcy. Żadna z przywołanych okoliczności nie została bowiem wykazana.

Także Oświadczenia z dnia 14 października 2024 r. współautorów opracowania oraz Dyrektora Biura Projektów i Konsultingu złożone przez wykonawcę SAFEGE, które odwołują się do wskazanych już okoliczności (zmiany założeń projektowania lub zakresu oraz dodatkowych czynności, skutków pandemii COVID-19, przedłużonych uzgodnień i opinii), niczego nie wyjaśniając i nie wykazując.

Wydłużenie okresu uzyskania odpowiednich uzgodnień i opinii, co miałyby wskazywać na okoliczności niezależne od wykonawcy, powinno być także wykazane. Nie wiadomo bowiem jak duże były opóźnienia w ich uzyskaniu i czym były one spowodowane. Co więcej ZIM przyznał, że „zwłoka w wykonaniu Etapu I dla odcinka 3 wynikała głównie z przedłużających się uzgodnień projektów”. Wskazał więc na zawinione okoliczności leżące także po stronie tego wykonawcy.

Okres pandemii COVID-19 były okresem szczególnym dla wszystkich. Nie zwalniał on jednak od obowiązku wykonywania pracy, która w tym okresie była świadczona tylko, że inaczej. Sam przystępujący SAFEGE wskazał przecież, że jego personel w tym okresie wykonywał prace zdalnie. Pozwalał na to rozwój nowoczesnej technologii i internet. Trudno więc uznać, że samo odwołanie się do okresu pandemii COVID-19 jest okolicznością uzasadniającą brak winy po stronie wykonawcy a w zasadzie zwalniającą go z jakiegokolwiek odpowiedzialności za nienależyte (nieterminowe) wykonanie umowy.

Co istotne wykonawca podniósł także, że nawet w protokole odbioru nie wskazano na wystąpienie „zwłoki” po jego stronie, ale na „opóźnienie”. Niemniej jednak nie przedstawił na tę okoliczność żadnego dowodu – chociażby wyciągu z tego protokołu. Natomiast w treści „Potwierdzenia” z dnia 18 października 2024 r. Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie oświadczył, że faktycznie kontynuuje umowę z wykonawcą SAFEGE w zakresie realizacji dokumentacji projektowej dla pozostałych odcinków planowanej inwestycji. Wskazał jednak, że ma to miejsce „pomimo zaistniałej zwłoki”. Ponownie więc odwołał się do zwłoki a nie do opóźnienia w wykonaniu dokumentacji projektowej.

Także w korespondencji mailowej z dnia 30 października 2024 r. mowa jest o zwłoce. Oznacza to, wbrew twierdzeniom wykonawcy SAFEGE, że Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie konsekwentnie wskazuje na wystąpienie zwłoki. („zwłoka w wykonaniu Etapu I dla Odcinka 3 (...)”, „SAFEGE S.A.S. pozostawał w zwłoce w wykonaniu dokumentacji projektowej (...).”). Nie jest to więc przypadkowe i faktycznie oznacza to co z niej wynika, tj. opóźnienie z

winy tego wykonawcy.

Okoliczność, że w innym prowadzonym przez ZIM postępowaniu wykonawca SAFEGE nie został wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie oznacza, że przesłanki wykluczenia na wskazanej podstawie nie wystąpiły.

Istotnie Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie oświadczył, że – w jego ocenie – „okoliczności zaistniałe na Umowie nie prowadzą do wypełnienia przez SAFEGE przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp”. Wskazał także, że „na dzień złożenia niniejszego dokumentu, pomimo zaistniałej zwłoki na Etapie I odcinka 3 nie dostąpił od Umowy z SAFEGE i SAFEGE kontynuuje Umowę w zakresie pozostałych odcinków”. Niemniej jednak oceny braku podstaw do wykluczenia, w tym na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp dokonuje zamawiający a więc podmiot, który prowadzi dane postępowanie mające na celu zawarcie umowy o zamówienie publiczne a nie zamawiający na rzecz, którego wykonawca realizował wcześniejsze zamówienia.

Niezależnie od powyższego podkreślić należy, że to odwołujący Multiconsult wykazał zaistnienie okoliczności skutkujących wykluczeniem wykonawcy SAFEGE z postępowania. Przedstawił dowody (nota obciążeniowa i korespondencja z ZIM), które potwierdzają podnoszone przez niego argumenty. Można się zgodzić z wykonawcą SAFEGE jedynie w zakresie tego, że wywiad z jednym z polityków samorządowych (W-ce Prezydentem Miasta Krakowa) przedstawia opinię tego polityka i nie stanowi dowodu bezpośredniego potwierdzającego zasadność postawionych przez odwołującego Multiconsult zarzutów. Wskazuje jednak, że ocena realizacji tego zamówienia przez wykonawcę SAFEGE na rzecz ZIM (jednostki Miasta Krakowa) była negatywna. Wykonawca SAFEGE, wskazując nieszczątkowe i wybiórcze informacje, które mają stanowić niczym nieuprawnione przypuszczenia odwołującego Multiconsult, powodując w konsekwencji błąd w opisie stanu faktycznego, niczego jednak nie wykazał

Dlatego też Izba uznała, że zarzut pierwszy odwołania potwierdził się. Tym samym wykonawca SAFEGE zobowiązany był przedstawić te informacje w JEDZ.

Tymczasem wykonawca SAFEGE w złożonym JEDZ, w Części III Podstawy wykluczenia pkt „C: PODSTAWY ZWIĄZANE Z NIEWYPLĄCALNOŚCIĄ, KONFLIKTEM INTERESÓW LUB WYKROCZENIAMI ZAWODOV” odpowiedzi 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?”, odpowiedział „TAK”, wskazując na dwie usługi, tj. jedną realizowaną na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa i drugą realizowaną na rzecz Województwa Podkarpackiego – Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich. Wśród usług tych nie wskazał usługi realizowanej na podstawie umowy dnia 30 stycznia 2019 r. nr ZIM/02/2019/002 wykonywanej na rzecz Zarządu Inwestycji Miejskich w Krakowie. Nie musiał więc podać czy podjął środki w celu samooczyszczenia określone w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, o ile zachodziły przesłanki do wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. To bowiem dopiero wówczas zamawiający, stosownie do treści art. 110 ust. 3 ustawy Pzp, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, ocenia dowody wykazane przez wykonawcę w oświadczeniu złożonym na formularzu JEDZ. Wykonawca nie podlega więc wykluczeniu w sytuacji, gdy zamawiający uzna podjęte przez wykonawcę czynności za wystarczające do wykazania jego rzetelności. W przeciwnym wypadku, wykonawca zostanie wykluczony z postępowania.

Jednak w tym stanie faktycznym ma miejsce sytuacja, w której wykonawca SAFEGE, jak już wyżej wskazano, nie wykazał usługi realizowanej na rzecz ZIM, mimo że – w ocenie Izby – powinien to uczynić. Wykonawca SAFEGE – jak podkreślał na rozprawie – nie wykazał tej usługi, uznając że z uwagi na to, że skoro nie doszło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy to usługi tej nie musiał wykazywać. Pomiął przy tym, że w treści art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp mowa jest nie tylko o tym, że dana sytuacja „doprowadziła do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy”, ale także „odszkodowania”. „Pojęcie „odszkodowania” należy interpretować szeroko zgodnie z celem dyrektywy klasycznej („lub inne porównywalne sankcje”). Przez odszkodowanie należy rozumieć nie tylko tradycyjne odszkodowanie, ale także wszelkie jego surogaty, takie jak kara umowna (art. 483 k.c.)”. (Prawo zamówień publicznych, Komentarz, pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2023, s. 413)

Izba w tym zakresie w pełni podzieliła stanowisko zaprezentowane przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 26 września 2023 r., sygn. akt XXIII Zs 12/23, w którym sąd wskazał, że *„kary umowne wypełniają dyspozycję omawianego przepisu w zakresie pojęcia odszkodowania i powinny być uwzględniane przez wykonawców przy wypełnianiu JEDZ w zakresie fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. Ponadto w pytaniu znajdującym się w JEDZ zawarto odniesienie do odszkodowania bądź innych porównywalnych sankcji. (...) Skarżący odpowiadając na przedmiotowe pytanie twierdząco, bezwzględnie powinien wykazać kary umowne, które już na etapie wypełniania formularza JEDZ oraz potwierdzenia aktualności informacji zawartych w JEDZ funkcjonowały w obrocie. Fakt, że były one sporne nie usprawiedliwia ich niewskazania. (...) Sam fakt niezadowolenia kontrahenta obciążonego karą umowną nie powoduje, że znika ona z obrotu. Dopiero odpowiedni wyrok sądu bądź zawarte pomiędzy stronami porozumienie może*

ewentualnie zaświadczyć o nieuprawnionym naliczeniu takiej kary. (...) W tej sytuacji miał on obowiązek poinformować Zamawiającego o nałożonych na niego karach umownych w ramach umów o udzielenie zamówienia publicznego. (...) to Zamawiający jest obowiązany dokonać właściwej subsumpcji stanu faktycznego pod hipotezę normy, czyli ocenić, czy dane zdarzenia wskazane przez wykonawcę, a wymienione w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP powstały z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Natomiast Wykonawca miał obowiązek o takich zdarzeniach poinformować. Tym bardziej, że w samym pytaniu zawartym w JEDZ wskazano na wcześniejsze umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsze umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsze umowy w sprawie koncesji rozwiązane przed czasem oraz na odszkodowania bądź inne porównywalne sankcje związane z tą wcześniejszą umową. Pytanie nie wskazuje czy to mają być wydarzenia sporne czy też nie. Nawet w sytuacji, gdy nałożenie kary umownej jest czynnością jednostronną a okoliczności pozostają pomiędzy stronami sporne, to Wykonawca powinien złożyć Zamawiającemu wyjaśnienia, tak aby umożliwić dokonanie oceny czy mimo zaistnienia określonych problemów realizacyjnych pozostaje rzetelny. Wykonawca nie był zatem uprawniony do własnej dowolnej interpretacji, która nie znajduje potwierdzenia ani w wykładni literalnej, ani celowościowej czy też logicznej przedmiotowego pytania.(...)"

Oznacza to, że wykonawca SAFEGE zobowiązany był podać w JEDZ zamówienie wykonywane na rzecz ZIM nawet jeśli – w jego ocenie – nie ziszcili się przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. To bowiem zamawiający jest zobowiązany do samodzielnego zbadania czy zachodzi przesłanka wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, czy też nie i czyni to na podstawie złożonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów a w przypadku powstania jakichkolwiek wątpliwości może żądać od wykonawcy wyjaśnień ich treści. Zamawiający może też zwrócić się do podmiotów będących w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w zakresie oceny czy zachodzi wobec tego wykonawcy podstawa wykluczenia z postępowania. Tak więc może wystąpić o takie informacje lub dokumenty do podmiotu, który naliczył kary umowne. Przepisy ustawy Pzp dają bowiem zamawiającemu możliwość dokonania weryfikacji informacji dotyczących wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. To zamawiający, jak słusznie wskazał odwołujący Multiconsult, powołując się na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 3 października 201 r. w sprawie C-267/18, dokonuje oceny czy w stosunku do wykonawcy zaistniała przesłanka wykluczenia, ale pod warunkiem, że wykonawca na podstawie wymogów przejrzystości i lojalności informuje należycie zamawiającego o wszystkich okolicznościach znajdujących zastosowanie.

Tymczasem wykonawca SAFEGE takich informacji (informacji dotyczącej realizacji zamówienia na rzecz ZIM) nie przedstawił. Ziszcili się więc przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z treścią którego „z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (...) 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”.

W niniejszym stanie faktycznym doszło więc do przekazania zamawiającemu błędnych informacji. Wykonawca SAFEGE nie wykazał bowiem jednej z usług, która powinna zostać wskazana w JEDZ, a w konsekwencji nie wpisał czy zostały w tym zakresie podjęte przez niego działania naprawcze celem wyeliminowania powtórzenia niepożądanych sytuacji. Tym samym wprowadził zamawiającego w błąd co do swej rzetelności. A „(...) błąd to rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości podmiotu. Może on polegać na fałszywym wyobrażeniu istnienia pewnych okoliczności lub cech stanu rzeczy, które w rzeczywistości nie występują, lub na nieświadomości występujących w rzeczywistości okoliczności. Wprowadzenie w błąd może być wywołane zarówno przedstawieniem informacji obiektywnie nieprawdziwych (fałszywych), jak też przedstawieniem informacji obiektywnie prawdziwych, lecz wywołujących mylne wyobrażenie u zamawiającego. Błąd ma nastąpić przy przedstawianiu informacji”.

(wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 września 2023 r., sygn. akt XXIII Zs 12/23).

Nie znajdują uzasadnienia argumenty wykonawcy SAFEGE jakoby nie miał obowiązku wpisać tej usługi. W tym zakresie argumentacja Izby dotycząca art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (zarzutu 1 odwołania) zachowuje aktualność. Nie można się zgodzić, że realizacja na rzecz ZIM, nie może być wpisana z uwagi na to, że dotyczy innego rodzaju działalności i innego zakresu niż będącego przedmiotem tego zamówienia. Podkreślić bowiem należy, że sankcją wykluczenia wykonawcy objęte jest nienależyte wykonanie lub nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie lub długotrwale nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniej zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ustawa nie zawiera w tym zakresie ograniczeń.

Dlatego też Izba uznała, że także zarzut drugi odwołania potwierdził się.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 2) oraz § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2) lit. a) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania

odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....