

**WYROK**

Warszawa, dnia 21 lutego 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

**Piotr Kozłowski**

**Emil Kuriata**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ARCUS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i Firma Inżynierska ARCUS Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie

w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie - Prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Prokom Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ARCUS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i Firma Inżynierska ARCUS Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie 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: ARCUS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i Firma Inżynierska ARCUS Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 4 258 zł 23 gr (słownie: cztery tysiące dwieście pięćdziesiąt osiem złotych dwadzieścia trzy grosze) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ARCUS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i Firma Inżynierska ARCUS Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą

w Krakowie tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika, oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Prokom Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ARCUS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i Firma Inżynierska ARCUS Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie na rzecz wykonawcy Prokom Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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:.....

.....

.....

**Uzasadnienie**

Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie - Prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Pełnienie nadzoru nad realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Rozbudowa drogi krajowej nr 94 na odcinku w Olkusz”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 września 2023 r. pod numerem 2023/S 181-565211.

W dniu 1 lutego 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ARCUS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i Firma Inżynierska ARCUS Sp. z o.o. Sp. k.

z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- Dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty PROKOM Consulting Sp. z o.o. (dalej: „PROKOM Consulting”);
- Zaniechaniu wykluczenia wykonawcy PROKOM Consulting z postępowania, pomimo iż wykonawca w wyniku umyślnego działania, rażącego niedbalstwa lub przynajmniej lekkomyślności i niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, dotyczące zasobów udostępnionych przez firmę EM-Technik Sp. z o.o. odnośnie spełnia warunku udziału w postępowaniu opisanego w punkcie 8.2.4.1 b) Tomu I SWZ – IDW;
- Zaniechaniu odrzucenia oferty PROKOM Consulting, pomimo, iż wykonawca nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;
- Zaniechaniu wezwania PROKOM Consulting do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty i w rezultacie zaniechaniu odrzucenia oferty PROKOM Consulting, pomimo iż oferta zawierała rażąco niskie koszty, uniemożliwiające realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego;
- Badaniu i ocenie ofert z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, w tym nadużycie przez Zamawiającego procedury wzywania PROKOM Consulting do składania wyjaśnień;
- Zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz 10 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty PROKOM Consulting, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, mimo że w niniejszej sprawie zmaterializowały się wobec tego wykonawcy przesłanki wykluczenia, o których mowa w przepisach art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz pkt 10 ustawy Pzp, ponieważ wykonawca, w wyniku rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd odnośnie doświadczenia podmiotu EM-Technik Sp. z o.o. udostępniającego zasoby, które pierwotnie skłoniły Zamawiającego do błędnego uznania, że wykonawca spełniał warunek udziału określony w pkt 8.2.4.1. b) IDW;

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty PROKOM Consulting, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, mimo że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.2.4.1. b) IDW (Tom I SWZ);

3. art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 122 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione wezwanie PROKOM Consulting do zastąpienia wykonawcy EM-Technik Sp. z o.o. innym podmiotem lub samodzielnego wykazania, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy art. 122 ustawy Pzp nie mógł w ogóle mieć zastosowania, gdyż wykonawca przedstawił informacje nieprawdziwe w zakresie doświadczenia EM-Technik Sp. z o.o., które nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 122 ustawy Pzp;

4. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności wzywanie zbyt wiele razy PROKOM Consulting do złożenia wyjaśnień, w wyniku czego doszło do nieuzasadnionego uprzywilejowania podmiotu, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza mimo, iż udzielenie zamówienia temu podmiotowi nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

5. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania PROKOM Consulting do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów cenotwórczych oferty, w sytuacji gdy poszczególne kluczowe koszty wskazane przez wykonawcę w ofercie były rażąco niskie i niepozwalające na realizację zamówienia, co doprowadziło w rezultacie do zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy zawierającej rażąco niskie koszty, uniemożliwiające realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego;

6. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy, ponieważ jego oferta podlegała odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty PROKOM Consulting;
2. Przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert;
3. Wykluczenia PROKOM Consulting z postępowania oraz odrzucenia oferty PROKOM Consulting  
względnie  
odrzucenia oferty PROKOM Consulting;
4. Powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Uzasadniając poszczególne zarzut Odwołujący argumentował jak następuje.

#### I. Zarzut dotyczący wprowadzenia Zamawiającego w błąd

Odwołujący wskazał, iż PROKOM Consulting w toku postępowania dopuściła się umyślnego wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że PROKOM Consulting powołała się w zakresie warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 8.2.4.1 b) Tomu I SWZ – IDW, na zdolności techniczne i zawodowe podmiotu trzeciego, a to firmy EM-Technik Sp. z o.o., pomimo iż firma ta w sposób oczywisty nie posiadała doświadczenia opisanego w punkcie 8.2.4.1 b) Tomu I SWZ – IDW, czego PROKOM Consulting od samego początku miała świadomość, a przynajmniej powinna ją mieć.

Jak podał Odwołujący, Zamawiający, pismem z dnia 8 listopada 2023 r. wezwał PROKOM Consulting do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a w szczególności wykazu usług.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 17 listopada 2023 r. PROKOM Consulting oświadczyła, że przesyła oświadczenia i dokumenty potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Do pisma dołączono w szczególności wykaz usług z dnia 17 listopada 2023 r., w którym PROKOM Consulting wskazała odnośnie udostępniającej jej zasoby firmy EM-Technik Sp. z o.o., że zrealizowała ona: „usługę polegającą na pełnieniu nadzoru nad realizacją budowy obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu wykonanego w ramach zadania pn.: „Rozbudowa i przebudowa DK 94 w Sosnowcu - Etap I Rozbudowa skrzyżowania DK 94 z ul. Długosza”. W tabeli jako Nazwę/firmy i adres Zamawiającego/Zlecającego wskazano: „Gmina Sosnowiec, Aleja Zwycięstwa 20, 41-200 Sosnowiec / PROKOM Construction Sp. z o.o. ul. Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec”. Odwołujący wskazał, że z tabeli wynikało, że podmiotem Zamawiającym/Zlecającym prace EM-Technik Sp. z o.o. była zarówno Gmina Sosnowiec jak i PROKOM Construction Sp. z o.o. Jednocześnie, w kolumnie wartość zamówienia (usługi) wykonanej przez wykonawcę (PLN brutto) wskazano: „81 755 324,87 PLN netto”. Ponadto, jak podał Odwołujący, wykonawca PROKOM Consulting przedstawił również „Referencje/Poświadczenie”, wydane w Sosnowcu dnia 28 października 2022 r. wystawione przez PROKOM Construction Sp. z o.o. dla EM-Technik Sp. z o.o., gdzie potwierdzono realizację przez EM-Technik Sp. z o.o. na rzecz PROKOM Construction Sp. z o.o. opisanego w wykazie usług zadania. Referencje zostały podpisane przez Panią Beatę Molicką (ówczesną Prezes Zarządu PROKOM Construction Sp. z o.o., będącą zresztą jednocześnie Prezesem Zarządu EM-Technik Sp. z o.o.).

W związku z przedłożonymi przez wykonawcę dokumentami, Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, w punkcie 2.2. pisma z dnia 8 grudnia 2023 r. wezwał PROKOM Consulting do złożenia wyjaśnień.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego PROKOM Consulting złożyła wyjaśnienia pismem z dnia 14 grudnia 2023 r. W punkcie ad. 2.2. pisma PROKOM Consulting potwierdziła, iż w istocie Inwestorem i Zamawiającym na zadaniu: „Świadczenie usług związanych z zarządzaniem, kontrolą i nadzorem robot budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Rozbudowa i przebudowa drogi krajowej nr 94 w Sosnowcu – Etap I Rozbudowa skrzyżowania DK 94 z ul. Długosza.” była Gmina Sosnowiec. Jednocześnie PROKOM Consulting wskazała, że wykonawcą umowy zawartej z Gminą nie była spółka

EM-Technik Sp. z o.o. udostępniająca doświadczenie związane z realizacją tego zadania,

a firma PROKOM Construction Sp. z o.o. W wyjaśnieniach wskazano, że EM-Technik

Sp. z o.o. była wyłącznie podwykonawcą firmy PROKOM Construction Sp. z o.o. EM-Technik Sp. z o.o. nie była zgłoszona do Zamawiającego jako podwykonawca, a Prokom Construction Sp. z o.o., czyli faktyczny wykonawca zadania, nie występowała o zgodę na zawarcie umowy i nie uzgadniała z Zamawiającym jej treści. Ponadto, do wyjaśnień dołączono pismo pełnomocnika Gminy Sosnowiec z dnia 5 grudnia 2023 r., w którym wskazano, że: „(...) Przez cały okres obowiązywania ww. umowy firma Prokom Construction Sp. z o.o. nie przedłożyła żadnej informacji o zatrudnieniu

podwykonawcy, ani też umowy podwykonawczej dotyczącej realizacji ww. zadania. W związku z powyższym nie potwierdzam udziału firmy EM-Technik sp. z o.o. w pełnieniu nadzoru inwestorskiego nad realizacją ww. zadania.”. Odwołujący zauważył, że przedstawiono również pismo PROKOM Construction Sp. z o.o., z którego także wynikało, iż EM-Technik Sp. z o.o. nie posiada doświadczenia wymaganego w postępowaniu. Na marginesie, Odwołujący zauważył, że z przedmiotowego oświadczenia wynikało również, że wartość usług świadczonych przez EM-Technik Sp. z o.o. nie wynosiła 81 755 324,87 netto, jak wskazał w wykazie usług wykonawca, a łączna wartość wypłaconych EM-Technik Sp. z o.o. kwot wyniosła tylko około 400 000 zł. Powyższe, zdaniem Odwołującego, po raz kolejny wskazuje na przedstawianie w toku postępowania przez PROKOM Consulting informacji nieprawdziwych.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący stwierdził, że firma EM-Technik Sp. z o.o. nie posiadała doświadczenia opisanego w punkcie pkt 8.2.4.1 b) Tomu I SWZ – IDW, gdyż nie realizowała usługi polegającej na pełnieniu nadzoru nad budową opisanego w SWZ obiektu mostowego.

Odwołujący wyraził przekonanie, że wykonawca PROKOM Consulting powołując się na doświadczenie EM-Technik Sp. z o.o. miała świadomość, (a przynajmniej jako profesjonalny wykonawca obowiązany do zachowania należytej staranności powinna mieć świadomość), iż EM-Technik Sp. z o.o. w istocie nie posiada wymaganego doświadczenia. Odwołujący podkreślił, że w sytuacji, gdy EM-Technik Sp. z o.o. nie realizowała zadania na rzecz Zamawiającego, tylko była podwykonawcą, powinno być oczywiste, że nie świadczyła usługi polegającej na pełnieniu nadzoru w rozumieniu SWZ, gdyż Zamawiający wyraźnie zdefiniował, że za usługę polegającą na pełnieniu nadzoru nad realizacją zadania uzna wyłącznie usługę polegającą na zarządzaniu, pełnieniu kontroli i nadzoru inwestorskiego oraz współpracy ze służbami zamawiającego w zakresie sprawozdawczości. Odwołujący stwierdził, że skoro EM-Technik Sp. z o.o. była podwykonawcą na zadaniu i to dodatkowo niezgłoszonym, to oczywistym dla ubiegającego się o udzielenie zamówienia wykonawcy PROKOM Consulting powinno być, że EM-Technik Sp. z o.o. nie posiada doświadczenia, chociażby z uwagi na fakt, iż nie mogła współpracować ze służbami Zamawiającego, skoro ten nie miał pojęcia o jej jakimkolwiek udziale w realizacji powołanego zadania. W tym stanie rzeczy, zdaniem Odwołującego, należy uznać, że PROKOM Consulting miała pełną świadomość, iż w toku postępowania powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, który nie posiada wymaganego doświadczenia, co za tym idzie, umyślnie wprowadziła Zamawiającego w błąd, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący zaznaczył, że jako profesjonalny wykonawca, PROKOM Consulting powołując się na doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby była zobowiązana do zweryfikowania informacji przekazanych przez ten podmiot, natomiast brak takiej weryfikacji lub dokonanie jej w sposób nienależyty, stanowi bezsprzecznie przynajmniej niedbalstwo wykonawcy i powinno skutkować wykluczeniem z postępowania.

Odwołujący dodał, że najpewniej firma PROKOM Construction nie udostępniła wykonawcy swojego doświadczenia na zadaniu realizowanym dla Gminy Sosnowiec, tylko uczynił to jako rzekomy jej podwykonawca firma EM-Technik Sp. z o.o. z uwagi na fakt, iż względem PROKOM Construction Sp. z o.o. zachodziłyby podstawy wykluczenia z postępowania, z uwagi na wcześniejsze zaniechania tego podmiotu i zaistniałe wykluczenia firmy z innych postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 punkt 7, 8, 10 ustawy Pzp.

W powyższym kontekście Odwołujący zwrócił uwagę, że podmioty PROKOM Consulting Sp. z o.o., EM-Technik Sp. z o.o., a także PROKOM Construction Sp. z o.o. są ze sobą powiązane osobowo, a to:

- Wspólnikami PROKOM Consulting Sp. z o.o. są: - B.M., G.M. i L.M., a Prezesem Zarządu jest G.M.,
- Wspólnikami EM-Technik Sp. z o.o. są: B.M. i G.M., a Prezesem Zarządu jest B.M.;
- Wspólnikami PROKOM Construction Sp. z o.o. są: B.M., G.M. i A.M., a Prezesem Zarządu jest aktualnie G.M., lecz do lipca 2023 r. Prezesem również była B.M.;

W ocenie Odwołującego, powyższe powiązania osobowe wskazują dodatkowo na fakt, iż PROKOM Consulting w niniejszym postępowaniu z pełną świadomością powołała się na zasoby podmiotu powiązanego z nią osobowo, pomimo iż miała pełną wiedzę, a przynajmniej powinna ją mieć, że podmiot ten nie posiada wymaganego doświadczenia. Zdaniem Odwołującego, działanie PROKOM Consulting miało bezsprzecznie na celu stworzenie wrażenia, iż dysponuje odpowiednim potencjałem wymaganym dla przedmiotowego postępowania, pomimo że w rzeczywistości tak nie było.

Odwołujący stwierdził, że przedstawienie przez wykonawcę informacji nieprawdziwych miało wpływ na wynik postępowania, bo dzięki temu wykonawca pozornie spełniał warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego w SWZ doświadczenia.

W ocenie Odwołującego, działanie takie należy oceniać, jako umyślne wprowadzenie Zamawiającego w błąd w

zakresie informacji dotyczących spełnienia warunków udziału

w postępowaniu, które miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania, gdyż doprowadziło do przystąpienia przez Zamawiającego do badania oferty PROKOM Consulting, kierowania kolejnych wezwań, a finalnie do wyboru oferty PROKOM Consulting, pomimo iż podmiot ten powinien zostać z postępowania wykluczony, gdyż w wyniku zamierzonego działania przedstawił informacje nieprawdziwe i prowadzące w błąd.

Jednocześnie, w ocenie Odwołującego, jako szczególnie naganne należy uznać konsekwentne utrzymywanie przez PROKOM Consulting, w toku kolejnych składanych wyjaśnień, że EM-Technik Sp. z o.o. posiada wymagane doświadczenie, pomimo istnienia dokumentów, np. oświadczenia Gminy Sosnowiec, iż spółka takim doświadczeniem nie dysponuje. Odwołujący przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 19 października 2021 r., sygn. XXIII Zs 98/21.

W ocenie Odwołującego, działanie PROKOM Consulting wypełnia przesłanki wykluczenia z Postępowania opisane w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, gdyż stanowiło ono działanie celowe, a przynajmniej rażąco niedbałe. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 918/22.

Zdaniem Odwołującego, nawet gdyby uznać, że nie można PROKOM Consulting przypisać umyślności, ani rażącego niedbalstwa, to bezsprzecznie działaniem wykonawcy było co najmniej lekkomyślne lub niedbałe i doprowadziło do skutku w postaci wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co za tym idzie, zaktualizowały się przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazane w art. 109 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp.

Odwołujący zaznaczył, że wykonawca ponosi odpowiedzialność za swoje niedopatrzenia w zakresie weryfikacji przedstawionych mu przez podmiot trzeci informacji, których następnie użył w postępowaniu. Odwołujący stwierdził, że wykonawca PROKOM Consulting powołując się na zasoby EM-Technik Sp. z o.o. miał obowiązek, jako profesjonalista, zweryfikować czy podmiot ten faktycznie posiada doświadczenie wymagane w SWZ i czy zadanie, które zrealizował rzeczywiście odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Tym samym, w opinii Odwołującego, w sytuacji, w której w wykazie robót przedstawiono informacje niezgodne z rzeczywistością, a obowiązek sprawdzenia ich prawidłowości ciążył na ubiegającym się o udzielenie zamówienia wykonawcy, nie sposób uznać, że działał on należycie. Odwołujący stwierdził, że brak dokonania takiej weryfikacji lub dokonanie jej w sposób niedokładny stanowi działanie lekkomyślne i niedbałe, a konsekwencje przedmiotowych zaniedbań obciążają wyłącznie wykonawcę. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2 sierpnia 2022 r., sygn. KIO 1854/22.

Jak podkreślił Odwołujący, w przedmiotowym stanie faktycznym bezsprzecznie doszło do wystąpienia skutku w postaci wpływu nieprawdziwych informacji na przebieg postępowania, gdyż Zamawiający błędnie uznał, że wykonawca spełnia wymogi udziału w postępowaniu, przeprowadził szczegółowe badanie i ocenę jego oferty oraz finalnie wybrał ofertę wykonawcy jako najkorzystniejszą. Zdaniem Odwołującego, po otrzymaniu od PROKOM Consulting wyjaśnień z dnia 14 grudnia 2023 r. Zamawiający powinien od razu wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 punkt 8 i 10 ustawy Pzp i odrzucić jego ofertę.

W ocenie Odwołującego, prowadzenie dalszej korespondencji z wykonawcą, pomimo iż dokumenty przedstawione przez niego w postępowaniu wprost wskazywały na przedstawianie informacji nieprawdziwych w zakresie doświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby, stanowiło naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także doprowadziło finalnie do dokonania wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu.

II. Zarzut dotyczący braku podstaw do skorzystania z art. 122 ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, że Zamawiający po otrzymaniu pisma wykonawcy z wyjaśnieniami z dnia 14 grudnia 2023 r., zamiast wykluczyć PROKOM Consulting z postępowania, w dalszym ciągu prowadził z wykonawcą korespondencję, wzywając go do składania kolejnych wyjaśnień.

Odwołujący podał, że pismem z dnia 19 grudnia 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia „Wykazu usług” o zadanie potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie określonym w pkt 8.2.4.1 lit. b) Instrukcji dla Wykonawców (Tom I SWZ) z uwagi na fakt, iż EM-Technik Sp. z o.o. nie spełnia tego wymogu. Jednocześnie Zamawiający poinformował wykonawcę, że jeśli wykazanie warunku będzie wymagało zmiany podmiotu, na zdolnościach którego polega, Zamawiający na podstawie art. 122 ustawy Pzp żąda zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem (wraz ze złożeniem kompletu wymaganych dla nowego podmiotu dokumentów zgodnie z SWZ) lub do samodzielnego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że powyższe działanie Zamawiającego stanowiło naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 122 ustawy Pzp, ponieważ skoro informacje przekazane przez wykonawcę co do doświadczenia EM-Technik Sp. z o.o. były nieprawdziwe, to instytucja uregulowana w art. 122 ustawy Pzp nie mogła mieć zastosowania, gdyż nie służy ona do zastępowania nieprawdziwych informacji prawdziwymi. Odwołujący powołał się na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2022 r., sygn. KIO 1854/22, z 4 maja 2017 r., sygn. akt KIO 734/17, z 7 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1004/17, z 10 października 2017 r., sygn. akt KIO 2003/17.

Odwołujący podkreślił, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp stanowi sankcję dla nieuczciwych bądź niedbałych wykonawców. Celem tej regulacji jest zmuszanie wykonawców do zachowywania należytej staranności i uczciwego postępowania wobec zamawiającego pod rygorem wykluczenia z postępowania. Zupełnie sprzecznie z celem regulacji byłoby więc umożliwienie wykonawcy, który od samego początku podaje informacje nieprawdziwe, uniknięcia konsekwencji tego działania i umożliwienia skorzystania z trybu art. 122 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, w zaistniałym stanie faktycznym wezwaniu PROKOM Consulting pismem z dnia 19 grudnia 2023 r. do złożenia dalszych wyjaśnień oraz zastąpienia EM-Technik Sp. z o.o. innym podmiotem, stanowiło naruszenie przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 122 ustawy Pzp.

Powyższe, w ocenie Odwołującego, doprowadziło natomiast do dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty PROKOM Consulting jako najkorzystniejszej, pomimo iż wykonawca nie spełniał warunku udziału w postępowaniu wskazanego w SWZ. Odwołujący stwierdził, że działanie to należy kwalifikować jako naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty PROKOM Consulting, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, mimo że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.2.4.1. b) IDW (Tom I SWZ).

III. Zarzut dotyczący braku rzetelności wykonawcy oraz naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji

Odwołujący wskazał, że pomimo, iż po otrzymaniu od PROKOM Consulting wyjaśnień z dnia 14 grudnia 2023 r. Zamawiający powinien od razu wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp i odrzucić jego ofertę, Zamawiający w dalszym ciągu prowadził korespondencję z wykonawcą wzywając go do kolejnych wyjaśnień.

Z ostrożności procesowej, gdyby Izba uznała, iż nie widzi podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania na wskazanej wyżej podstawie, Odwołujący podniósł kolejne zarzuty, wskazujące na brak rzetelności wykonawcy, a także naruszenie przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł, że pismem z dnia 19 grudnia 2023 r. Zamawiający w sposób sprzeczny z ustawą, wezwał PROKOM Consulting do złożenia dalszych wyjaśnień oraz zastąpienia EM-Technik Sp. z o.o. innym podmiotem. W odpowiedzi na ww. wezwanie, jak zauważył Odwołujący, PROKOM Consulting pismem z 28 grudnia 2023 r. zamiast wprost zastosować się do żądania Zamawiającego, w pierwszej kolejności w dalszym ciągu podtrzymywała, że EM-Technik Sp. z o.o. posiada doświadczenie opisane w SWZ.

W ocenie Odwołującego, w sytuacji, w której z dokumentów wprost wynikało, iż PROKOM Consulting powołała się na doświadczenie podmiotu, który tego doświadczenia nie posiada, dalsze działanie PROKOM Consulting prowadzące się do ciągłego utrzymywania, że jest inaczej niż wynika z treści dokumentów oraz przekonywania Zamawiającego, że podmiot udostępniający zasoby jednak posiada doświadczenie, należy uznać za dalszą, konsekwentną próbę wprowadzania Zamawiającego w błąd i przedstawiania mu nierzetelnych informacji.

Dodatkowo, Odwołujący wskazał, że w piśmie z dnia 28 grudnia 2023 r. PROKOM Consulting nie zastosowała się w sposób prawidłowy do wezwania Zamawiającego z dnia 19 grudnia 2023 r. i po raz kolejny nie wykazała, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący zauważył, że pomimo wezwania wykonawcy przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp oraz zastąpienia na zasadzie art. 122 ustawy Pzp podmiotu nieposiadającego wymaganego doświadczenia, a to EM-Technik Sp. z o.o., innym podmiotem, w piśmie z dnia 28 grudnia 2023 r. PROKOM Consulting nie zadośćuczyniła wezwaniu Zamawiającego i nie skorzystała z trybu wskazanego w art. 122 ustawy Pzp. Odwołujący zwrócił uwagę, że PROKOM Consulting w piśmie z dnia 28 grudnia 2023 r. podtrzymała, że EM-Technik Sp. z o.o. i Biuro Inżynierskie Via Regia Sp. z o.o. posiadają wymagane doświadczenie, oraz oświadczyła „z ostrożności w załączeniu przekazuję poprawiony Wykaz Usług wraz z dokumentami podmiotu udostępniającego zasoby”. Zdaniem Odwołującego, wykonawca nie udzielił jednoznacznej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, iż zastępuje podmiot nieposiadający doświadczenia czyli EM-Technik Sp. z o.o. innym podmiotem, a przedłożył dodatkowo jeszcze jedno zobowiązanie innego podmiotu udostępniającego

zasoby czyli Ayesa Polska Sp. z o.o. Odwołujący podał, że w załączonym do wyjaśnień „poprawionym wykazie usług” z dnia 28 grudnia 2023 r. PROKOM Consulting również wskazała usługi realizowane przez trzy podmioty, czyli dotychczas zgłaszaną firmę Biuro Inżynierskie Via Regia Sp. z o.o., firmę EM-Technik Sp. z o.o. oraz dodatkowo trzecią, nowo przedstawioną firmę czyli Ayesa Polska Sp. z o.o.

Zdaniem Odwołującego, nawet gdyby przyjąć, że wykonawca chciał skorzystać z trybu zmiany podmiotu udostępniającego zasoby opisanego w art. 122 ustawy Pzp, to zachowanie wykonawcy polegające na przedstawieniu dodatkowego podmiotu trzeciego, obok dwóch dotychczas powołanych podmiotów, nie jest możliwe i stanowiło niedopuszczalną zmianę oferty. Odwołujący wskazał, że art. 122 ustawy Pzp przewiduje wyłącznie możliwość zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawca nie dokonał zastąpienia podmiotu trzeciego, na który dotychczas się powoływał, a przedstawił dodatkowy podmiot wraz z dotychczasowymi, co było sprzeczne z prawem.

W tym stanie rzeczy, w ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawcy z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czego jednak nie zrobił, naruszając przepisy ustawy Pzp.

Ponadto, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający wzywając PROKOM Consulting do kolejnych wyjaśnień naruszył zasadę jednokrotności wezwania i żądania informacji na ten sam temat, poprzez ponowne dopytywanie wykonawcy i to w sposób sugerujący oczekiwaną przez Zamawiającego odpowiedź, jaki zamiar przyświecał wykonawcy składając pismo z dnia 28 grudnia 2023 r.

Pismem z dnia 16 stycznia 2024 r. Zamawiający w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawcy z prośbą o wyjaśnienie, czy zgodnie z żądaniem wykonawca zastąpił EM-Technik Sp. z o.o. innym podmiotem (Ayesa Polska Sp. z o.o.) w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie pkt 8.2.4 IDW.

W ocenie Odwołującego, skierowanie przez Zamawiającego wskazanego wezwania do PROKOM Consulting stanowiło naruszenie zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący zauważył, że jeśli Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał w pierwotnym wezwaniu z dnia 19 grudnia 2023 r. czego oczekuje od wykonawcy (choć, zdaniem Odwołującego, to wezwanie było sprzeczne z ustawą Pzp), to skoro wykonawca nie udzielił jednoznacznej i wyczerpującej odpowiedzi na to wezwanie, zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, brak jest podstaw do kierowania do wykonawcy kolejnego wezwania, gdyż to na wykonawcy ciąży obowiązek samodzielnego wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący przywołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2023 r., sygn. KIO 950/23 oraz z dnia 23 grudnia 2022 r., sygn. KIO 3307/22.

Odwołujący stwierdził, że PROKOM Consulting złożyła wyjaśnienia, z których nie wynikało w sposób jednoznaczny iż wykonawca wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a co za tym idzie, oferta ww. wykonawcy powinna zostać odrzucona, a Zamawiający nie miał podstaw do skierowania kolejnego wezwania.

W tym stanie rzeczy, zdaniem Odwołującego, doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, a także art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Ponadto, jak wskazał Odwołujący, PROKOM Consulting udzielając odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 16 stycznia 2024 r. po raz kolejny zmieniła swoje oświadczenie dotyczące treści złożonej oferty i podmiotów, na których zasobach polega. Jak podał Odwołujący, wykonawca PROKOM Consulting pismem z dnia 18 stycznia 2024 r. oświadczył, że w trybie art. 122 ustawy Pzp, zastąpił podmioty trzecie, na których zasobach polegał w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 SWZ-IDW podmiotem trzecim - Ayesa Polska Sp. z o.o. Odwołujący podkreślił, że PROKOM Consulting w piśmie z dnia 18 stycznia 2024 r. poinformowała o rzekomym zastąpieniu dwóch podmiotów, na których zasobach polegała, tj. Biuro Inżynierskie Via-Regia Sp. z o.o. oraz EM-Technik Sp. z o.o. jednym podmiotem Ayesa Polska Sp. z o.o.

Odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, że o ile Zamawiający wzywał wykonawcę do zastąpienia podmiotu EM-Technik Sp. z o.o., to w zakresie firmy Biuro Inżynierskie Via-Regia Sp. z o.o. Zamawiający nie skierował takiego żądania. Odwołujący stwierdził, że nie jest możliwe zmienianie przez wykonawcę w sposób dowolny podmiotów, na których zasobach polega w toku postępowania, a zmiana taka może nastąpić wyłącznie w przypadku ziszczenia się przesłanek z art. 122 ustawy Pzp, tj. zachodzenia podstaw wykluczenia wobec danego podmiotu lub nie potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że w toku korespondencji prowadzonej z Zamawiającym, PROKOM Consulting utrzymywała, że Biuro Inżynierskie Via-Regia Sp. z o.o. posiada wymagane doświadczenie, a Zamawiający w stosunku do tego podmiotu nie zażądał zastąpienia go w trybie art. 122 ustawy Pzp, a co za tym idzie, nagłe zastąpienie firmy Biuro Inżynierskie Via-Regia Sp. z o.o. innym podmiotem było sprzeczne z art. 122 ustawy Pzp oraz stanowiło niedopuszczalną zmianę oferty wykonawcy.

W tym stanie rzeczy, zdaniem Odwołującego, wybór przez Zamawiającego oferty PROKOM Consulting jako najkorzystniejszej stanowił naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż wykonawca nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a także nadużył procedury zmiany podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby opisanej w art. 122 ustawy Pzp.

#### IV. Zarzut dotyczący braku możliwości realizacji zamówienia – rażąco niski koszt

Z daleko idącej ostrożności, Odwołujący dodatkowo wskazał, że w jego ocenie oferta PROKOM Consulting zawiera rażąco niskie koszty, niepozwalające na zrealizowanie przedmiotowego zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący poinformował, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pismem z dnia 8 grudnia 2023 r. poinformował Zamawiającego, że w jego ocenie oferta złożona przez PROKOM Consulting zawiera rażąco niskie koszty, uniemożliwiające zrealizowanie zamówienia, które powinny budzić wątpliwości Zamawiającego i wskazywać na zachodzenie przesłanek z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp uzasadniających odrzucenie oferty. Pomimo skierowania do Zamawiającego powyższej informacji, z wiadomości posiadanych przez Odwołującego wynika, że Zamawiający nie dokonał weryfikacji wskazanych mu elementów oferty PROKOM Consulting, pomimo iż zachodziło prawdopodobieństwo, że wykonawca nie jest w stanie wykonać zamówienia w zaoferowanej cenie.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż nie wezwał PROKOM Consulting do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów cenotwórczych oferty, pomimo iż obiektywnie powinny one budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Zaniechanie to doprowadziło natomiast do dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty, która powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że w jego ocenie oferta złożona przez PROKOM Consulting zawiera rażąco niskie koszty zatrudnienia Ekspertów kluczowych, które należy uznać za nierealistyczne i uniemożliwiające wykonanie zamówienia publicznego zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący zauważył, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie usługi o tzw. Charakterze intelektualnym, wobec czego podstawowym elementem cenotwórczym przy jej specyfice są koszty zatrudnienia ekspertów o określonej wiedzy i doświadczeniu, którzy będą wykonywali analizy i opracowania składające się na przedmiot zamówienia. Odwołujący stwierdził, że koszty te nawet przy wykorzystaniu form współpracy z ekspertami innych niż umowa o pracę są zdecydowanie wyższe niż zaproponowała PROKOM Consulting, zwłaszcza, iż na rynku istnieje duże zapotrzebowanie na wysoko wyspecjalizowanych ekspertów, jakich zatrudnienia przy kontrakcie oczekuje Zamawiający.

Odwołujący wskazał, że kwoty, jakie za „dniówkę” wskazał wykonawca PROKOM Consulting w ofercie dla Ekspertów kluczowych, są to odpowiednio dla:

- Inżyniera Kontraktu – 290 zł
- Głównego specjalisty ds. rozliczeń – 290 zł
- Głównego specjalisty ds. roszczeń – 290 zł
- Technologa – 290 zł
- Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej – 290 zł

Zdaniem Odwołującego, zaproponowane przez PROKOM Consulting kwoty znacznie odbiegają od realiów rynkowych oraz kwot zatrudnienia Ekspertów kluczowych zaproponowanych przez innych oferentów. Odwołujący przeanalizował kwoty zaproponowane przez PROKOM Consulting i kwoty wskazane przez innych oferentów i wywiódł, że koszty zaproponowane przez PROKOM Consulting znacznie odbiegają od realiów rynkowych.

Odwołujący wskazał, że średni koszt zatrudnienia poszczególnych Ekspertów kluczowych wyliczony jako średnia arytmetyczna stawek wskazanych we wszystkich złożonych ofertach wynosi odpowiednio dla:

- Inżyniera Kontraktu – 556,69 zł

- Głównego specjalisty ds. rozliczeń – 440,36 zł
- Głównego specjalisty ds. roszczeń – 438,05 zł
- Technologa – 448,82 zł
- Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej – 469,97 zł;

Po analizie ww. średnich wartości z kosztami zatrudnienia Ekspertów kluczowych wskazanych w ofercie złożonej przez PROKOM Consulting Odwołujący stwierdził, że koszty zatrudnienia zaproponowane przez PROKOM Consulting są znacznie niższe niż średni koszt zatrudnienia wyliczony na podstawie średniej arytmetycznej kosztów wskazanych we wszystkich ofertach, a to dla:

- Inżyniera Kontraktu – koszt o około 47,91 % niższy;
- Głównego specjalisty ds. rozliczeń – koszt o około 34,14 % niższy;
- Głównego specjalisty ds. roszczeń – koszt o około 33,8 % niższy;
- Technologa – koszt o około 35,39 % niższy;
- Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej – koszt o około 38,29 % niższy;

Odwołujący uznał, że koszty zatrudnienia przez PROKOM Consulting Ekspertów kluczowych nie stanowią kosztów rynkowych oraz są o kilkadziesiąt procent niższe niż średni koszt zaoferowany przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Ponadto, porównując koszty zatrudnienia Ekspertów kluczowych zaproponowane w postępowaniu przez PROKOM Consulting z kosztami zatrudnienia Ekspertów kluczowych na podobnych kontraktach, Odwołujący zauważył, że koszty te są znacznie niższe, niż średnie koszty zatrudnienia poszczególnych osób.

Odwołujący opracował zestawienie średnich cen ofertowych dotyczących zatrudnienia Inżyniera Kontraktu, Głównego specjalisty ds. rozliczeń, Głównego specjalisty ds. roszczeń, Technologa oraz Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, biorąc pod uwagę ceny proponowane przez oferentów w pięciu przetargach na realizację podobnych usług, a to:

o Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Poprawa bezpieczeństwa ruchu drogowego w rejonie połączenia drogi krajowej nr 7 z drogą powiatową nr 1942K oraz drogą gminną w miejscowości Krzyszkowice;

o Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktami pn.: „Budowa drogi ekspresowej S11 Kępno – A1 na odcinku Kępno - granica woj. opolskiego (z wyłączeniem obwodnicy Olesna) : - odcinek I : Kępno - Siemianice , - odcinek II : Siemianice - Gotartów , - odcinek III : Gotartów – początek obwodnicy Olesna;

o Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S8 Wrocław – Kłodzko, zadanie 1 od węzła Kobierzyce Północ (z węzłem) do węzła Kobierzyce Południe (z węzłem) o długości ok. 7,5 km”.”;

o Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Projekt i budowa drogi S74 Kielce – Nisko, odc. Łagów - Jałowęsy - Tomaszów” o Pełnienie nadzoru nad realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Budowa węzła drogowego drogi krajowej nr 7 z drogą powiatową K1967 w miejscowości Myślenice.”.

Z opracowanego przez Odwołującego zestawienia wynika, że średnia arytmetyczna stawek wskazanych we wszystkich złożonych ofertach na pięciu powołanych wyżej kontraktach wynosi odpowiednio dla:

- Inżyniera Kontraktu – 732,25 zł
- Głównego specjalisty ds. rozliczeń – 462,04 zł
- Głównego specjalisty ds. roszczeń – 431,87 zł
- Technologa – 449,00 zł
- Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej – 479,30 zł

Zestawiając powyższe z zaproponowaną przez PROKOM Consulting sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu jednolitą stawką wynoszącą po 290 zł, dla każdego z opisanych wyżej ekspertów,

Odwołujący uznał, że wysoce wątpliwe jest, iż wykonawca będzie w stanie zatrudnić wskazanych specjalistów za zaoferowaną kwotę. Wskazuje to, w ocenie Odwołującego, na fakt, iż zaoferowana przez PROKOM Consulting s.a jest rażąco niska, oferta nie została skalkulowana rzetelnie, a firma PROKOM Consulting w przypadku udzielenia jej zamówienia, nie zdoła za zaoferowane kwoty wykonać zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że Ekspersi kluczowi mają podstawowe znaczenie podczas wykonywania zamówienia, gdyż pełnią najistotniejsze funkcje na kontrakcie związane ze sprawowaniem przez Konsultanta nadzoru. Zdaniem Odwołującego, złożenie przez PROKOM Consulting oferty, w której zaoferowano zatrudnienie Ekspertów kluczowych za stawki rażąco niskie i drastycznie odbiegające od średnich stawek wskazanych przez pozostałych oferentów, a także od średnich stawek z pięciu innych postępowań, wskazuje na brak realnej możliwości należytego wykonania zadania. Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, Tomem I SWZ – IDW, punkt 8.2.4 2. lit. a) lit. b) i lit c) odpowiednio osoby proponowane do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu, Głównego Specjalisty ds. rozszczeń oraz Technologa powinny posiadać doświadczenie opisane w SWZ. W przypadku Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej oraz Głównego Specjalisty ds. rozliczeń PROKOM Consulting zadeklarowała w formularzu Kryteria Pozacenowe, że również zgodnie z punktem 21.1.3.2. IDW, zatrudni specjalistów posiadających bogate doświadczenie.

Odwołujący zwrócił uwagę, że naturalną konsekwencją konieczności posiadania przez wymienione osoby bogatego doświadczenia zawodowego jest fakt, iż zatrudnienie tych specjalistów jest zdecydowanie bardziej kosztowe, ponieważ im wyższe doświadczenie

w danym zawodzie posiada specjalista, tym wyższe są jego stawki. Dodatkowo, Ekspersi Kluczowi zatrudnieni przez Konsultanta muszą być bardzo dyspozycyjni - pod podjęciem dniówki zamawiający rozumie „(...) przepracowanie w danej dobie co najmniej 8 godzin, przy czym przepracowanie dodatkowej godziny lub godzin ponad obowiązujący dobowy wymiar 8 godzin pracy nie będzie wpływało na zwiększenie wynagrodzenia Konsultanta.”. Ponadto zgodnie z punktem 2.1 OPZ - Personel Konsultanta: „Konsultant powinien tak zorganizować pracę Personelu Konsultanta oraz Personelu biurowego i pomocniczego, aby uwzględnić godziny pracy określone w Umowie, postanowienia dotyczące godzin pracy zawarte

w Warunkach Kontraktu na Roboty, nad którymi sprawowany będzie nadzór oraz ryzyko związane z dostosowaniem pracy do potrzeb między innymi z rzeczywistym czasem pracy Wykonawcy Robót, dostosowaniem zakresu i intensywności prac w okresach zimowych itp. Inżynier Kontraktu oraz pozostałe osoby powinny być dostępne na każde wezwanie Zamawiającego lub Wykonawcy Robót. Konsultant na każdym etapie trwania Kontraktu zapewni Personel niezbędny do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia.”.

W tym stanie rzeczy, jak zauważył Odwołujący, wskazane przez PROKOM Consulting kwoty mają pokryć wszelkie koszty zatrudnienia wysoko wyspecjalizowanych Ekspertów kluczowych, w tym koszty pracy w godzinach nadliczbowych, nocnych, dniach wolnych od pracy, a także koszty związane z koniecznością zapewnienia dostępności wskazanych osób na każde wezwanie Zamawiającego lub Wykonawcy Robót. Odwołujący stwierdził, że zaoferowana przez PROKOM Consulting stawka 290 zł za dniówkę, mając na uwadze zatrudnienie tak doświadczonych i dyspozycyjnych specjalistów jest nierealna, zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, iż zgodnie z punktem 17.3. IDW, każda cena jednostkowa zawarta

w ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym, co za tym idzie, z podanej kwoty PROKOM Consulting musi pokryć wszystkie koszty (narzuty) związane z zatrudnieniem danego Eksperta kluczowego, koszty ogólne własne, a także zysk.

Ponadto, jak wskazał Odwołujący, PROKOM Consulting zadeklarowała, iż koszt zatrudnienia wszystkich Ekspertów kluczowych będzie jednakowy. Powyższe również wskazuje, zdaniem Odwołującego, iż oferta została opracowana w sposób nierzetelny.

W ocenie Odwołującego, nielogicznym jest i wysoce nierealnym, by możliwe było zatrudnienie bardzo doświadczonego Inżyniera Kontraktu za taką samą stawkę, jak przykładowo Technologa czy Głównego specjalisty ds. rozszczeń. Odwołujący zwrócił uwagę, że żaden inny oferent nie zaproponował takich samych stawek dla wszystkich Ekspertów kluczowych, co do zasady wykazując najwyższy koszt zatrudnienia Inżyniera Kontraktu.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego, oferta złożona przez PROKOM Consulting najpewniej nie została opracowana w sposób rzetelny, a zaproponowane stawki zatrudnienia Ekspertów kluczowych są rażąco niskie i nie gwarantują, iż PROKOM Consulting będzie w stanie za podaną cenę należyście zrealizować zamówienie i wszystkie obowiązki wynikające z dokumentacji przetargowej.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wskazał, iż Zamawiający posiadając w toku postępowania powyższe

informacje i nie wzywając PROKOM Consulting do złożenia wyjaśnień dopuścił się naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. a także w rezultacie art. 226 ust. 1 punkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PROKOM Consulting, pomimo iż najpewniej zawierała ona rażąco niskie koszty uniemożliwiające zrealizowanie zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu, zaś po stronie Zamawiającego wykonawca Prokom Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu.

Pismem z dnia 16 lutego 2024 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni odwołanie w części, tj. za wyjątkiem zarzutu oznaczonego w pkt 5.

Na posiedzeniu wykonawca PROKOM Consulting zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego w części.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestników postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Nie potwierdził się zarzut dotyczący przedstawienia przez PROKOM Consulting Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd odnośnie doświadczenia podmiotu EM-Technik Sp. z o.o. udostępniającego zasoby.

W przedmiotowej sprawie bezsporna była okoliczność, że Zamawiający przewidział podstawy wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, 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. Z kolei art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przewiduje, że wykluczeniu może podlegać wykonawca, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała na uwadze, że zaistnienie podstaw wykluczenia z postępowania, jako niosących za sobą daleko idącą sankcję, musi nastąpić w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości. Zamawiający nie może oprzeć czynności wykluczenia jedynie na przypuszczeniach co do motywów podania przez wykonawcę określonych informacji lub towarzyszących temu okoliczności.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie owa jednoznaczność i brak wątpliwości nie zaistniały. Wykonawca PROKOM Consulting z własnej inicjatywy w dniu 17 listopada 2023 r. poinformował Zamawiającego w Wykazie usług o podmiotach, na rzecz których EM-Technik Sp. z o.o. realizowała powołane w wykazie zamówienie pn. „Rozbudowa i przebudowa DK 94 w Sosnowcu – Etap I Rozbudowa skrzyżowania DK 94 z ul. Długosza”. Wykonawca PROKOM Consulting przedstawił także referencje z dnia 28 października 2022 r. wydane przez PROKOM Construction Sp. z o.o. dla EM-Technik Sp. z o.o. Ponadto, na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień, pismem z dnia 14 grudnia 2023 r. wykonawca PROKOM Consulting potwierdził, że Inwestorem i Zamawiającym była Gmina Sosnowiec, spółka PROKOM Construction Sp. z o.o. była wykonawcą umowy zawartej z Gminą Sosnowiec, zaś EM-Technik Sp. z o.o. pełniła rolę podwykonawcy. W przedmiotowych wyjaśnieniach wykonawca PROKOM Consulting poinformował również, że EM-Technik Sp. z o.o. nie została zgłoszona jako podwykonawca z uwagi na brak takiego obowiązku po stronie wykonawcy. Do ww. wyjaśnień zostało dołączone pismo Gminy Sosnowiec z 5 grudnia 2023 r. skierowane do GDDKiA Oddział w Krakowie, w którym Gmina nie potwierdziła udziału EM-Technik Sp. z o.o. w pełnieniu nadzoru inwestorskiego nad realizacją ww. zadania.

W ocenie Izby, w przedmiotowych okolicznościach, brak jest podstaw do twierdzenia, że wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd. Wykonawca PROKOM Consulting nie ukrywał roli poszczególnych podmiotów w realizacji zamówienia dla Gminy Sosnowiec. To

z inicjatywy PROKOM Consulting Zamawiający powziął informację, że zamówienie było realizowane przez EM-Technik Sp. z o.o. jako podwykonawcę, zaś wykonawcą zamówienia była PROKOM Construction Sp. z o.o. Wobec powyższego, przesłanki wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp nie ziściły się. Nie można w sposób automatyczny z faktu podania w wykazie doświadczenia podmiotu trzeciego, które mogłoby nie spełniać warunku udziału w postępowaniu, wywodzić że doszło do przedstawienia informacji wprowadzających w błąd. Idąc tym tokiem rozumowania każdorazowo w przypadku stwierdzenia, że nie wykazano warunku udziału w postępowaniu, dochodziłoby do sytuacji,

w której należałoby wykluczyć wykonawcę z powodu przedstawienia (choćby w wyniku lekkomyślności) informacji wprowadzających w błąd, a nie taki jest cel omawianej instytucji. Wobec powyższego, nie zaistniała również przesłanka do odrzucenia oferty PROKOM Consulting na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy Pzp.

Jednocześnie, Izba stwierdziła, że wykonawca Prokom Consulting nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu z pkt 8.2.4.1. b IDW (Tom I SWZ) przez EM-Technik Sp. z o.o.

Izba ustaliła, że w pkt 8.2.4.1 lit. b IDW (Tom I SWZ) Zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawców spełnianiem warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia polegającego na wykonywaniu (zakończeniu) usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej „budowy lub przebudowy 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu”.

Zamawiający określił również co rozumie pod pojęciem usługi polegającej na pełnieniu nadzoru nad realizacją zadania: „Za usługę polegającą na pełnieniu nadzoru nad realizacją zadania Zamawiający uzna usługę polegającą na zarządzaniu, pełnieniu kontroli i nadzoru inwestorskiego oraz współpracy ze służbami zamawiającego w zakresie sprawozdawczości.”.

W ocenie Izby, dokumenty złożone w toku postępowania, takie jak wyjaśnienia PROKOM Construction Sp. z o.o., Umowa podwykonawcza zawarta w dniu 13 marca 2019 r. pomiędzy PROKOM Construction Sp. z o.o. a EM-Technik Sp. z o.o., potwierdzenia transakcji handlowych i przelewów na rzecz EM-Technik Sp. z o.o., oświadczenie pana G.M., oświadczenie pana D.B., umowy o pracę zawarte przez EM-Technik Sp. z o.o. z panem G.M. oraz panem D.B., potwierdzają udział EM-Technik Sp. z o.o. w realizacji przedmiotowego zamówienia. Jednak dowody te nie potwierdzają, że udział EM-Technik Sp. z o.o. był tego rodzaju, którego wymagał Zamawiający w warunku przez sformułowanie definicji usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją zadania. Izba stwierdziła, że brak jest choćby dowodu na okoliczność, że

EM-Technik Sp. z o.o. współpracowała ze służbami Zamawiającego w zakresie sprawozdawczości. Niewątpliwie, gdyby taka współpraca miała miejsce, Zamawiający miałby tego świadomość. Złożone przez PROKOM Consulting dokumenty mające dowodzić, iż poszczególne osoby zatrudnione w EM-Technik Sp. z o.o. brały udział w sprawozdawczości na rzecz Gminy Sosnowiec nie dowodzą powyższych okoliczności, bowiem osoby te, jak wynika z dokumentów sprawozdawczych, reprezentowały PROKOM Construction. Złożone przez PROKOM Consulting umowy o pracę ni mogą stanowić dowodu na zaangażowanie poszczególnych osób w pracę na rzecz EM-Technik Sp. z o.o., jako że ustalony wymiar czasu pracy wynosił 1/8 etatu. Co za tym idzie, nie jest wykluczone, że obie osoby występowały w zamówieniu na rzecz Gminy Sosnowiec z ramienia PROKOM Construction. Powyższe jest prawdopodobne także z uwagi na rolę, jaką pełnił pan G.M. w obu spółkach.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że ocena przez Zamawiającego spełniania warunku, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 lit. b IDW (Tom I SWZ) była prawidłowa. Nie wykazanie przez PROKOM Consulting spełniania warunku udziału w postępowaniu nie stanowi jednak przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, z uwagi na przewidzianą w art. 122 ustawy Pzp procedurę zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania przez wykonawcę, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Wobec stwierdzenia, że spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2.4.1 lit. b IDW (Tom I SWZ) nie zostało przez PROKOM Consulting wykazane, Zamawiający zasadnie pismem z dnia 19 grudnia 2023 r. wezwał wykonawcę w trybie art. 122 ustawy Pzp do zastąpienia EM-Technik Sp. z o.o. innym podmiotem lub do samodzielnego wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Izba dostrzegła, iż pomimo stwierdzenia przez Zamawiającego, że zaistniały podstawy do zastosowania

procedury z art. 122 ustawy Pzp, wykonawca PROKOM Consulting nadal stał na stanowisku, że EM-Technik Sp. z o.o. spełnia warunek udziału w postępowaniu. Ten fakt nie stanowi jednak sam w sobie wprowadzenia Zamawiającego w błąd, gdyż wykonawca powołał się również na inny podmiot trzeci spełniający warunek udziału w postępowaniu. Nie można również stwierdzić, że wykonawca PROKOM Consulting nie zadośćuczynił wezwaniu Zamawiającego i nie skorzystał z tego trybu w sytuacji, gdy wykonawca, pomimo własnego przekonania o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu przez EM-Technik Sp. z o.o., wskazał inny podmiot trzeci spełniający warunek i przedłożył stosowne dokumenty – wykonawca PROKOM Consulting powołał się na doświadczenie Ayesa Polska Sp. z o.o. (pismo PROKOM Consulting z 28 grudnia 2023 r.). W ocenie Izby, brak jest też podstaw do stwierdzenia, że oświadczenie wykonawcy PROKOM Consulting o zastąpieniu podmiotów trzecich, na zasoby których się powołał, jednym, nowym podmiotem trzecim (pismo PROKOM Consulting z 18 stycznia 2024 r.), stanowi o niespełnianiu warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca, po zastąpieniu EM-Technik Sp. z o.o. innym podmiotem trzecim spełnia bowiem warunek udziału w postępowaniu. W konsekwencji, deklaracja o zastąpieniu obu podmiotów jednym podmiotem trzecim pozostaje również bez wpływu na wynik postępowania.

O naruszeniu przepisów ustawy Pzp nie stanowi również liczba wezwań do wyjaśnień kierowanych przez Zamawiającego do PROKOM Consulting. Ustawa Pzp nie ogranicza liczby wezwań do wyjaśnień. Istotne jest bowiem aby Zamawiający miał pewność co do treści oferty wykonawcy. W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie może być zatem mowy o uprzywilejowaniu PROKOM Consulting przez prowadzenie procedury wyjaśnień.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania PROKOM Consulting do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów cenotwórczych oferty. Izba miała na względzie, że nie zaistniały ustawowe przesłanki do wystosowania wezwania do wyjaśnień, zaś cena zaoferowana przez PROKOM Consulting nie odbiega od kilku innych ofert złożonych przedmiotowym postępowaniu (np. ofert BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. sp. k., INKO Consulting Sp. z o.o., czy oferty Odwołującego). Elementem cenowym zakwestionowanym przez Odwołującego były wynagrodzenia kluczowych ekspertów. Izba miała na uwadze, że wycena usług o charakterze intelektualnym może być znacząco zróżnicowana. Ponadto, Izba zważyła, że poziom wynagrodzeń przyjęty przez PROKOM Consulting jest zgodny z przepisami prawa w tym przedmiocie, zaś poszczególne osoby ze strony wykonawcy oświadczeniami z dnia 23 października 2023 r. potwierdziły gotowość do pracy za zaproponowane stawki na stanowiskach Inżyniera Kontraktu, Głównego specjalisty ds. rozszczeń, Głównego specjalisty ds. rozliczeń, Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej oraz Technologa. W tym stanie rzeczy, mając na względzie charakter przedmiotu zamówienia, Izba nie stwierdziła podstaw do podania w wątpliwość realności ceny zaoferowanej przez PROKOM Consulting, a tym samym do wystosowania do PROKOM Consulting wezwania do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Wobec powyższego, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Jak stanowi art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia, wobec oddalenia odwołania w całości, Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego odwołującego, zasądzając zapłatę na rzecz uczestnika postępowania wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w części, poniesionych przez tego wykonawcę kosztów postępowania.

Przewodnicząca:.....

.....

.....