Sygn. akt: KIO 2374/23, KIO 2376/23

WYROK
z dnia 30 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki
Członkowie: Monika Banaszkiewicz
Anna Chudzik
Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:
a)w dniu 10 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę **TPF sp. z o.o. w Warszawie** (sygn. akt KIO 2374/23),
b)w dniu 10 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę **SAFEGE S.A.S., Nanterre CEDEX, Francja** (sygn. akt KIO 2376/23),

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie**
przy udziale wykonawcy **BBF sp. z o.o. w Poznaniu,**zgłaszającego przystąpienie po postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 2374/23 i KIO 2376/23 po stronie zamawiającego,
przy udziale wykonawcy **TPF sp. z o.o. w Warszawie,**zgłaszającego przystąpienie po postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2376/23 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.**oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2374/23,**
2.**uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2376/23 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
3.kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2374/23 obciąża wykonawcę **TPF sp. z o.o. w Warszawie** i:
3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę
TPF sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
4.kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2376/23 obciąża **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie** i:
4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę
SAFEGE S.A.S., Nanterre CEDEX, Francja tytułem wpisu od odwołania,
4.2.zasądza od **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie**na rzecz wykonawcy **SAFEGE S.A.S., Nanterre CEDEX, Francja** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:……
Członkowie: ……..
……..

Sygn. akt: KIO 2374/23, KIO 2376/23

U z a s a d n i e n i e

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „pełnienie nadzoru inż. dla proj. wykon. branży srk oraz kompleksowych robót budowlanych na linii kolejowej nr 104 na odcinkach A1 Chabówka Rabka Zaryte i E bocznica Klęczany Nowy Sącz.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 czerwca 2022 r., nr 2022/S 122-348307.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 10 sierpnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołanie:
a)wykonawca TPF sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym TPF” (sygn. akt KIO 2374/23),
b)wykonawca SAFEGE S.A.S., Nanterre CEDEX, Francja, zwany dalej „odwołującym Safege” (sygn. akt KIO 2376/23).

KIO 2374/23

Odwołujący TPF w sprawie o sygn. akt KIO 2374/23 zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp i z art. 16 ust. 1 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BBF Sp. z o.o. (dalej: „BBF" lub „przystępujący BBF") w związku z niezgodnością z zapisami SWZ w zakresie dostępności personelu, co przekłada się na realizację usługi niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ i Umową.

Odwołujący TPF w sprawie o sygn. akt KIO 2374/23 wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności oceny ofert,

2)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

3)odrzucenia oferty wykonawcy BBF;

4)ponownej oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący TPF w sprawie o sygn. akt KIO 2374/23 wskazał, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego postawionymi w SWZ Wykonawcy przygotowując ofertę oraz kalkulując jej elementy składowe winni uwzględnić i zapewnić pełną dyspozycję personelu najpóźniej z dniem rozpoczęcia realizacji usługi. Wymóg ten rozstał doprecyzowany i rozszerzony w zakresie Zespołu stałego, gdzie Zamawiający w pkt.3.1 ppkt. 6) OPZ wyszczególnił „*Osoby wymienione w Zespole stałym będą dostępne do dyspozycji Zamawiającego w wymiarze co najmniej pełnego etatu czasu pracy na warunkach opisanych w § 9 ust. 9 WU. Inżynier jest zobowiązany przedłożyć Zamawiającemu HPPI, który w szczegółowy sposób będzie określać dostępność poszczególnych osób Personelu stałego i zmiennego Inżyniera*".

Odwołujący TPF wskazał, że dostępność przedmiotowego personelu ma być potwierdzona przedłożeniem Harmonogramu Pracy Personelu Inżyniera (HPPI), z którego jasno musi wynikać, że członkowie zespołu stałego będą pełnili swoje funkcję co najmniej w wymiarze pełnego etatu, czyli w każdy dzień roboczy miesiąca, a więc 20-21 dni roboczych w miesiącu. Odwołujący TPF wskazał także, że skład zespołu stałego został określony w pkt 3.1.1 OPZ i obejmuje 27 stanowisk.

Kolejno odwołujący TPT podniósł, że wykonawca BBF w dniu 25 sierpnia 2022 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia dotyczące sposobu wyliczenia ceny ryczałtowej w której jednocześnie określił koszty osobowe dla członków zespołu stałego. Na stronie nr 6 - 7 zawarto tabelkę - „Tabela 2. Koszty wynagrodzeń przypadające na poszczególnych członków Personelu". Odwołujący TPF powołał się na konkretne fragmenty tej tabeli.

Odwołujący TPF zwrócił także uwagę, że jednocześnie na stronie 2 wyjaśnień BBF stwierdza *„Stawki wynagrodzeń stosowanych przez wykonawcę przekraczają wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę dla każdego pracownika Wykonawcy. Wykonawca uwzględnił przepisy dotyczące kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) oraz aktualnego Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r.*".

Odwołujący TPF powołując sią na sporządzoną przez BBF kalkulację podniósł, że stawki dla wskazanych przez niego w odwołaniu specjalistów nie przekraczają wartości minimalnego wynagrodzenia za pracę, która to w 2022r w okresie składania oferty wynosiła 3.010,00 PLN, a więc z kosztami pracodawcy łącznie 3.626,46 PLN.

Odwołujący TPF wskazał także, że BBF aby uprawdopodobnić przedmiotowe założenia dla specjalisty nr 3 „Koordynator przeglądu dokumentacji" przedstawił oświadczenie.(załącznik do RNC, plik „Zestawienie faktur i oświadczeń, str. 3"). Zdaniem odwołującego TPF oświadczenie to ma treść kuriozalną - nie wynika ani zaangażowanie przedmiotowego specjalisty, ani konkretna wartość jego uposażenia.

Treść oświadczenia jest następująca: „*Ja, niżej podpisany członek zespołu wskazanego do realizacji w/w zadania na stanowisku Koordynatora zespołu przeglądu dokumentacji w nawiązaniu do wezwania Zamawiającego z dnia 17 sierpnia b.r. oświadczam, że wskazane w piśmie wykonawcy BBF Sp. z o. o. z dnia 25 sierpnia b.r. dla mojego stanowiska całkowite koszty pracodawcy odpowiadają otrzymanemu przeze mnie wynagrodzeniu za pracę i gwarantuję należyte wykonanie zamówienia.*

Ponadto informuję, że:

1. Zgodnie z moją wiedzą stawka ta odpowiada warunkom rynkowym dla specjalistów o podobnym do mojego poziomie kwalifikacji i doświadczenia, a zatem w przypadku przemijającej bądź też trwałej przeszkody uniemożliwiającej mi udział w realizacji zamówienia, powinna ona gwarantować znalezienie przez wykonawcę BBG SP. z o. o. zastępstwa o wymaganych kwalifikacjach i doświadczenie

2. Dane o wynagrodzeniach dla mojego stanowiska dostępne na portalu wynagrodzenia.pl i podobnych odpowiadają stawkom rynkowym.

(..)".

Odwołujący TPF podniósł, że z treści oświadczenia w ogóle nie wynika żadna stawka. Nie wynika też, aby osoba składająca oświadczenie w ogóle wiedziała, jaka będzie treść pisma z 25.08.2022r. Zdaniem odwołującego TPF ważne bowiem jest, że oświadczenie to ma datę 24.08.2022r. – a jednocześnie wskazuje, że stawka w piśmie z 25.08.2022r. odpowiada wynagrodzeniu osoby składającej oświadczenie. A przecież osoba składająca oświadczenie nie wie – co będzie podane w piśmie z 25.08.2022r. Odwołujący TPF zaznaczył również, że wskazana osoba w ogóle nie może brać udziału w realizacji przedmiotowej usługi na stanowisku Koordynatora przeglądu dokumentacji bo nie ma wystarczającego doświadczenia. Zamawiający wymagał 5 letniego doświadczenia w projektowaniu lub sprawdzaniu dokumentacji, tymczasem wskazana osoba Pan Łukasz Kosmowski, co wynika z podpisu na oświadczeniu uzyskała uprawnienia projektowe w roku 2018, a więc 4 lata przed dniem składania oferty. Świadomy był tego również sam BBF, który przekładając Wykaz osób na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 Pzp wskazał inną osobę. Co świadczy, że BBF od razu przyjął założenia niezgodne z SWZ.

Odwołujący TPF podniósł także, że co więcej - zgodnie z treścią samego oświadczenia - osoba podpisująca złożyła oświadczenie, iż jest zatrudniona w stosunku pracy, a więc na umowę o pracę. Tym samym całkowity koszt pracodawcy wykazany jest w tabeli w piśmie z dnia 25 sierpnia, a więc 2.000,00 PLN. Odwołujący TPF wskazał, że zgodnie z w/w wymogami OPZ. Pkt. 3.1 specjalista ten pełni usługę w wymiarze pełnego etatu oznacza to, że jego wynagrodzenie jest mniejsze niż minimalne wynagrodzenie.

Odwołujący TPF podniósł także, że co więcej - specjalista sam potwierdził otrzymywanie wyższego wynagrodzenia, oświadczając, że „*Dane o wynagrodzeniach dla mojego stanowiska dostępne na portalu wynagrodzenia.pl i podobnych odpowiadają stawkom rynkowym*." oraz „*Zgodnie z moją wiedzą stawka ta odpowiada warunkom rynkowym dla specjalistów o podobnym do mojego poziomie kwalifikacji i doświadczenia*". Ani na portalu wynagrodzenia.pl, ani na rynku żaden specjalista z jakiejkolwiek branży nie zarabia mniej niż wynosi minimalne wynagrodzenie, jeśli pełni obowiązki w wymiarze pełnego etatu, jak wymagał Zamawiający.

Odwołujący TPF argumentował, że ponieważ wiemy – zgodnie z jego oświadczeniem - że ekspert ten zarabia wynagrodzenie rynkowe to rozpatrzyć należy dwie możliwości.

Zdaniem odwołującego TPF pierwsza możliwość jest taka, że BBF od razu założył, że zgodnie z zapisami WU §9 ust. 7 „*Pozostałe osoby wchodzące w skład Zespołu Stałego nie mogą podejmować w czasie realizacji Umowy dodatkowego zajęcia zarobkowego, bez względu na podstawę prawną podejmowania takiego zajęcia, chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemna zgodę*" wystąpi o te zgody do Zamawiającego, takie zgody otrzyma i wskazani członkowie zespołu stałego będą pracować na co najmniej dwóch inwestycjach. Odwołujący TPF jednak podkreślał, że taka informacja nie znalazła się w wyjaśnieniach w zakresie rażąco niskiej ceny – a zatem możliwość taka nie mogła być brana pod uwagę przy ocenie wyjaśnień. Zdaniem odwołującego należy też mieć na uwadze, że jest to element przyszły i niepewny i nie należy szacować ceny oferty w sposób prawidłowy przy założeniu otrzymania takich zgód.

Druga możliwość jest taka, że BBF od razu przyjął założenie, że przedmiotowi specjaliści nie będą zaangażowani w realizację usługi w wymiarze co najmniej pełnego etatu, gdyż po prostu pominął przedmiotowe wymaganie SWZ przy szacowaniu ceny oferty. Po prostu zapomniał o tym wymaganiu. Oba te warianty wskazują na brak wykazania dyspozycyjności w wymiarze pełnego etatu założone już na etapie składania oferty.

Zdaniem odwołującego TPF takie założenie potwierdza również dowód przedłożony dla Inspektora Nadzoru w specjalności inżynierii drogowej. BBF przedstawił fakturę na kwotę 3.000 PLN netto wystawioną przez Inspektora nadzoru branży drogowej z inwestycji „*Nadzór oraz pełnienie funkcji Inżyniera w ramach Projektu „Prace na linii kolejowej E-20 na odcinku Warszawa – Poznań, pozostałe roboty, odcinek Sochaczew - Swarzędź*" z tym, że na przedmiotowej inwestycji inspektor ten nie stanowi zespołu stałego, a zespół zmienny wobec którego nie ma wymagań co do dostępności w wymiarze pełnego etatu. Dokładnie jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowania.

Odwołujący TPF podkreślił, że wartość co najmniej jednego etatu jest tu wartością minimalną jakiej wymaga Zamawiający. Zgodnie z OPZ pkt. 3.1:

„8) Wykonawca jest zobowiązany zapewnić pracę Personelu w taki sposób, aby zachować ciągłość realizacji wszystkich obowiązków Wykonawcy wynikających z § 9 Umowy w celu jej realizacji zgodnie z HRF i HPPI." oraz

„9) Wykonawca zobowiązany jest dostosować czas pracy Personelu do czasu pracy Wykonawcy Robót, w szczególności w zakresie niezbędnym do zapewnienia stałego nadzorowania wykonywanych Robót;

Wobec czego przyjęcie mniejszego zaangażowania dla personelu stałego w wymiarze mniejszym niż wartość jednego etatu jest pełnieniem świadczenia w zakresie 4 wskazanych ekspertów w sposób niezgodny z postanowieniami OPZ pkt. 3.1.6.

KIO 2376/23

Odwołujący Safege w sprawie o sygn. akt KIO 2376/23 zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz w zw. z art. 16 Pzp

poprzez niezasadne odrzucenie jego oferty w sytuacji, w której nie wystąpiła wobec niego żadna z ww. podstaw wykluczenia;

2)art. 126 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania go do przedstawienia wykazu osób i wskazania innej osoby w miejsce Pana G. D.

Odwołujący Safege w sprawie o sygn. akt KIO 2376/23 wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia swej oferty;

2)powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem swojej oferty;

3)wezwanie go do przedstawienia wykazu osób i wskazania innej osoby w miejsce Pana G. D.,

4)ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Safege w sprawie o sygn. akt KIO 2376/23 wskazał, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał odrzucenia jego oferty ze względu na wystąpienie przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, zarówno pod względem prawnym, jak i w wyniku nieprawidłowych ustaleń faktycznych. Zdaniem odwołującego Safege podstawą dla tego było uznanie przez Zamawiającego, że odwołujący Safege przedstawił nieprawdziwe informacje o dysponowaniu bezpośrednim na podstawie umowy cywilnoprawnej osobą Pana G. D. wskazanego na stanowisko Inżyniera Projektu.

Odwołujący Safege wskazał, że nie złożył nieprawdziwych informacji wskazując Pana G. D. w Wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia ani też podając podstawę dysponowania jego osobą. Zdaniem odwołującego Safege jego działaniu nie można zarzucić ani działania lekkomyślnego ani rażącego niedbalstwa. Odwołujący Safege wskazał, że nie zamierzał wprowadzić ani nie wprowadził Zamawiającego w błąd, zaś w sytuacji, w której uznał za zasadne potraktowanie złożonego przez Pana G. D. oświadczenia z dnia 24.05.2023 r. jako cofnięcia przedmiotowej zgody, poinformował o tym Zamawiającego pismem nr Kr/ZP/05/2023/296//WM z dnia 31.05.2023 r., jednocześnie deklarując, że dysponuje inną osobą na ww. stanowisko i jest gotów przedstawić odpowiednio zaktualizowane dokumenty podmiotowe w odpowiedzi na stosowne wezwanie Zamawiającego.

Zdaniem odwołującego Safege, uzasadnienie odrzucenia jego oferty zawiera obszerne rozważania ogólne w zakresie interpretacji przepisów ustawy, natomiast jest zdecydowanie chybione w sferze ustaleń faktycznych oraz wniosków wyciąganych przez Zamawiającego i ich oceny w świetle omawianych przepisów. Według odwołującego Safege ocena i wnioski Zamawiającego, mimo tego, że w toku postępowania udzielał on wyjaśnień w przedmiocie dysponowana osobą Pana G. D. są całkowicie niepoprawne oraz w sposób nieuprawniony przyznają wiarę twierdzeniom konkurencyjnego wykonawcy INKO i Pana G. D. poddając w wątpliwości równoważne jego twierdzenia i dowody.

Odwołujący Safege wskazał, że Zamawiający w pkt 18 Uzasadnienia ustalił, że w dniu 12 stycznia 2018 r. została podpisana umowa o pracę między INKO a G. D. na czas nieokreślony - z istnienia tej umowy o pracę (o czym zresztą dowiedział się on w toku przedmiotowej sprawy) nie wynika brak możliwości zawierania przez niego umów cywilnoprawnych z Panem G. D. ani wykazywania jego osoby w Wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia na podstawie dysponowania bezpośredniego.

Zdaniem odwołującego Safege o powyższym świadczy chociażby fakt, iż w zasadzie przez cały ten okres, Pan G. D. współpracował z nim na podstawie umów cywilnoprawnych jako osoba prowadząca jednoosobową działalność gospodarczą. Odwołujący Safege argumentował, że w samym uzasadnieniu Zamawiający zawarł zestawienie umów, z których wyciągi on przedstawił Zamawiającemu w załączeniu do wyjaśnień z dnia 16.06.2023 r., w którym wyraźnie widać, iż Pan G. D. współpracował z nim od roku 2018, aż do chwili obecnej (Odwołujący Safege wypowiedział aktualnie wszystkie umowy Panu D. ze względu na jego nielojalne zachowanie i utratę zaufania) - współpraca ta trwała (na podstawie 3 równolegle realizowanych umów, każda obejmująca odrębny projekt) również w maju 2023 r., kiedy INKO przekazało Odwołującemu i Zamawiającemu oświadczenie Pana D. o braku wyrażenia zgody na dysponowanie jego osobą.

Zdaniem odwołującego Safege, okoliczności równoległego zawierania umów przez G. D. z dwoma odrębnymi podmiotami, nie mogą w żaden sposób obciążać jego, który nie wiedział o jakichkolwiek ograniczeniach p. D. innymi zobowiązaniami i nie miał ani obowiązku ani podstaw, aby się takich ograniczeń domyślać czy doszukiwać. Te okoliczności obciążają wyłącznie p. D. Odwołujący Safege argumentował, że jak wskazywał w piśmie z dnia 16.06.2023 r., p. D. był wykazywany jako osoba skierowana przez niego do realizacji zamówienia w innych postępowaniach, także takich, w których udział brało INKO, i przez cały czas (od 2018 r. od kiedy rozpoczął on współpracę z p. D.), możliwość dysponowania nim nie byka kwestionowana. Odwołujący argumentował, że zarzut ze strony INKO pojawił się dopiero po tym, jak w ramach tego Postępowania, złożył on odwołanie wobec czynności wyboru oferty konsorcjum, w skład którego wchodzi INKO, jako oferty najkorzystniejszej. Wydaje się znamiennym, iż z tego co podaje Zamawiający w pkt 18 Uzasadnienia odrzucenia, umowę o pracę zawartą w roku 2018, strony zmieniły dopiero 30 grudnia 2022 r., przy czym - do wskazania G. D. w wykazie złożonym przez niego (na podstawie wyrażonej przez niego zgody) doszło 28

października 2022 r.

Zdaniem odwołującego Safege, jeśli zawieranie i realizacja umów z nim naruszała postanowienia umowy o pracę zawartej z INKO, to nie oznacza to nieważności czy nieskuteczności tych umów cywilnoprawnych, a stanowi wyłącznie naruszenie warunków kontraktowych przez G. D. i jego odpowiedzialność wobec INKO. Nie powinno to natomiast znajdować żadnego przełożenia na ważność i wymagalność zobowiązań, jakie zaciągnął G. D. wobec niego, i na które ten może się powoływać.

Według odwołującego Safege, niezasadne jest twierdzenie Zamawiającego zawarte w pkt 19 Uzasadnienia odrzucenia, że „*G. D. jest pracownikiem Inko od dnia 12 stycznia 2018 r. do dnia dzisiejszego i to już samo w sobie generuje wątpliwość co do możliwości wykonywania przez G. D. jakichkolwiek czynności kontraktowych w imieniu Safege dla potrzeb tej umowy, ale także umów już realizowanych, do których odnosi się Safege*".

Odwołujący Safege wskazał, że po pierwsze, „umowy do których odnosi się Safege" zostały zawarte w formie pisemnej i wyciągi z nich zostały przedstawione Zamawiającemu. Według odwołującego Safege, nie ma podstaw, aby Zamawiający podważał ich skuteczne zawarcie, w sytuacji w której uznaje za fakt zawarcie umowy między G. D. a INKO. Nie ma żadnych wątpliwości ani podstaw do wątpienia, że umowy te są realizowane - potwierdzają to liczne pisma, które w ramach realizacji tych umów Pan G. D. podpisywał jako Inżynier Projektu z jego ramienia, należą do nich pisma kierowane do inwestora w ramach tych projektów, raporty, protokoły z narad, w których Pan G. D. brał udział jako przedstawiciel SAFEGE - od roku 2018 do 2023 r.

Odwołujący Safege argumentował, że zawarte umowy dotyczyły konkretnych, wskazanych Zamawiającemu projektów. Inwestorem w ramach każdego z tych projektów było PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. i każde dotyczyło inwestycji z zakresu nadzoru na robotami realizowanymi w ramach postępowań o charakterze publicznym. Według odwołującego Safege Zamawiający nie powinien wątpić, a jeśli tak, to mógł te wątpliwości w łatwy sposób zweryfikować, że G. D. brał udział z ramienia SAFEGE w realizacji tych projektów (powinien znajdować się w posiadaniu Dzienników Budowy w których Pan D. dokonywał wpisów). Zresztą, doświadczenie zawodowe G. D. wykazane przez niego w złożonym Zamawiającemu 28.10.2022 r. Wykazie zawiera w poz. 1 inwestycję realizowaną przez G. D. z ramienia SAFEGE w latach 2018-2021 (poz. 2 to doświadczenie w projekcie realizowanym na rzecz MP Mosty Kraków w okresie 07.2015-06.2018).

Zdaniem odwołującego Safege, za rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji należy uznać, że Zamawiający poddaje w wątpliwości wykonywanie umów wskazanych przez niego, ale przyjmuje bez żadnych zastrzeżeń, że jakiekolwiek czynności były wykonywane przez G. D. na podstawie umowy zawartej z Inko. Skoro w latach 2018-2023 G. D. realizował umowy cywilnoprawne zawarte jako przedsiębiorca z SAFEGE w ramach konkretnych i wykonanych/wykonywanych projektów inwestycyjnych (a odbiorcą tych usług byt także sam Zamawiający), to raczej wątpliwym jest, w jaki sposób realizował on w tym czasie swoje obowiązki w ramach umowy o pracę z Inko, która - zgodnie z tym co podaje Zamawiający w Uzasadnieniu odrzucenia - była zawarta na pełny etat. Ustalenia zatem Zamawiającego są także sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.

Zdaniem odwołującego Safege, naruszenie przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców, a zarazem - brak konsekwencji w wyrażanej ocenie na jego niekorzyść, widać wyraźnie także w dalszej części Uzasadnienia. W tym samym punkcie 19. Zamawiający wskazuje, że „*kluczowe dla oceny jest Oświadczenie z dnia 24 maja 2023 r., w którym G. D. jasno wskazuje, że nie wyraził zgody na dysponowanie jego osobą bezpośrednio, a także nie wyrażał zgody na użyczenie swojego doświadczenia zawodowego w niniejszym Postępowaniu, w tym dla Safege*", a jednocześnie uznaje nie tylko za nieprzydatne do oceny, ale za nieprawdziwe oświadczenie p. P. K., które w formie notatki służbowej zostało przedstawione Zamawiającemu w załączeniu do wyjaśnień z 16.06.2023 r. Zamawiający nie podaje żadnych powodów, dla których uznaje oświadczenie jednej osoby za nieprawdziwe, a drugiej - za kluczowe dla oceny jego sytuacji.

Odwołujący Safege argumentował, że uprzedzając ewentualną argumentację Zamawiającego - pan G. D. nie może być uznany za osobę postronną, ale jego zainteresowanie sprawą jest tego samego stopnia co pracownika Odwołującego - p. P. K., na co wskazuje okoliczność, że oświadczenie zostało uzyskane i przekazane przez Inko i to w momencie, w którym odwołujący Safege złożył odwołanie na wybór oferty konsorcjum z udziałem Inko jako najkorzystniejszej (oświadczenie podpisano w dniu 24.05.2023 r i przekazano 26.05.2023 r. Odwołującemu Safege, zaś 30.05.2023 r. Zamawiającemu, podczas gdy w dniu 19.05.2023 r. Odwołujący Safege złożył odwołanie kwestionujące wybór konsorcjum INKO Consulting sp. z o.o., MP Consulting sp. z o.o.). Zdaniem odwołującego Safage doświadczenie życiowe i zasady logiki powinny raczej prowadzić Zamawiającego do odmiennych wniosków. Otóż p. G. D. wskutek tego, że w postępowaniu zostały złożone oferty zarówno przez jego pracodawcę (Inko) jak i podmiot, z którym stale współpracuje (SAFEGE) znalazł się w sytuacji, w której musiał opowiedzieć się po którejś ze stron. Zdaniem odwołującego Safege nie rozstrzygając tego z jakich powodów dokonał takiego a nie innego wyboru (a wobec niego nielojalnego zachowania) to Odwołujący poniósł całość negatywnych konsekwencji.

Zdaniem odwołującego Safege, nie jest prawdą, jak twierdzi zatem Zamawiający w pkt 21 Uzasadnienia, że nie przedstawił on żadnych dowodów, z których wynikałoby, że mógł posiadać jakiekolwiek podstawy, że dysponuje osobą G. D. w sposób bezpośredni. Takim dowodem jest notatka służbowa sporządzona przez p. P. K., którego oświadczenie o odbytej rozmowie i uzyskanej zgodzie było dla niego wystarczające, mając na uwadze stałą współpracę G. D. z SAFEGE.

Zdaniem odwołującego Safege, Zamawiający bezpodstawnie ocenia współpracę z G. D. jako „okazjonalną", z czego wywodzi o tym, że nie jest ona wiarygodną podstawą do uznania, że dostatecznym potwierdzeniem zgody p. D. na współpracę przy kolejnym projekcie, będzie zgoda wyrażona bezpośrednio ustnie. Forma umów cywilnoprawnych o współpracę, zawieranych każdorazowo na potrzeby danego projektu, nie może być oceniana jako „gorsza", niższego rzędu współpraca niż na podstawie zawartej umowy o pracę, w ramach której nie wiadomo, czy p. D. faktycznie brał udział w zamówieniach realizowanych przez swojego pracodawcę. Ustawa Pzp przewiduje wszelkie formy dysponowania bezpośredniego (współpracy) jako dopuszczalne i nie nadaje którejkolwiek z nich nadrzędnego charakteru przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Według odwołującego Safege, ocena współpracy G. D. z SAFEGE jako „okazjonalnej", jest nieuprawniona i nieprawidłowa - jak widać z samego zestawienia zawartego w Uzasadnieniu, p. D. od dnia 2.07.2018 r. nieprzerwanie współpracował z Wykonawcą przy kolejnych, czasem nakładających się okresami realizacji, projektach. Dodatkowo, co zawarł on w złożonych wyjaśnieniach, a Zamawiający pominął, p. G. D. był traktowany jako stały współpracownik SAFEGE, będąc zapraszanym i biorąc udział w wydarzeniach z życia spółki, na równi z pracownikami i innymi stałymi współpracownikami SAFEGE, np. w roku 2021 przyjął zaproszenie na udział w wigilii dla pracowników SAFEGE.

Według odwołującego Safege zawieranie odrębnych umów cywilnoprawnych dla każdej inwestycji z przedsiębiorcą pełniącym funkcję Inżyniera Projektu/Kontraktu, nie jest niczym nadzwyczajnym i w jego ocenie, fakt zawierania kolejnych umów realizowanych nieprzerwane od roku 2018, w których p. G. D. wyznaczany był do pełnienia odpowiedzialnych funkcji w imieniu SAFEGE, jest wystarczające dla uznania stałego charakteru współpracy.

Odwołujący Safege argumentował, że opieranie się na ustnie udzielonej zgodzie p. G. D. na wskazanie go w Wykazie personelu i udział w kolejnej realizacji, nie stanowi po jego stronie ani uchybienia, ani braku dochowania należytej staranności na poziomie odpowiadającym profesjonalnemu uczestnikowi rynku, ale też podmiotowi, który pozostaje z drugim przedsiębiorcą w stałych stosunkach gospodarczych. Tym bardziej, iż dotychczasowa współpraca z p. G. D. i wskazywanie go do wcześniejszych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego także bazowała na ustnych ustaleniach i nigdy nie byty one kwestionowane przez p. D. Biorąc zaś pod uwagę, że w przypadku przedsiębiorców pozostających w stałych stosunkach gospodarczych rygor związany z zawieraniem umów i kontaktów jest bardziej elastyczny (por. art. 682 kodeksu cywilnego) to jego wyborowi formy zapewnienia udziału w realizacji zamówienia przez Pana G. D. nie można zarzucić nie dochowania należytej staranności.

Zdaniem odwołującego Safege, na etapie udziału w Postępowaniu nie miał obowiązku zawierać umowy o współpracę w formie pisemnej już w momencie wskazywania go w Wykazie - na tym etapie wystarczająca była ustna zgoda i zobowiązanie p. D., natomiast po uzyskaniu zamówienia, doszłoby do spisania szczegółów współpracy, tak jak to miało miejsce przy wcześniejszych trzech umowach, których wyciągi Zamawiający otrzymał. Zamawiający nie wykazał, na jakiej podstawie uznał, że w dniu 28.10.2022 r., wypełniając Wykaz, miałby mieć on jakiekolwiek wątpliwości, co do tego, że p. D. tym razem, pomimo współpracy i wyrażonej zgody, zechce ją niespodziewanie odwołać i złoży oświadczenie o takiej treści jak to z 24.05.2023 r.

Zdaniem odwołującego Safege, wymaganie Zamawiającego od niego, aby wykazywał się umową współpracy w formie pisemnej nie znajduje uzasadnienia nie tylko w Pzp, ale także w SWZ. Jednocześnie wymóg ten stanowi rażące naruszenie zasad równego traktowania wykonawców, albowiem Zamawiający wymaga od niego innego rodzaju dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu niż od pozostałych wykonawców.

Odwołujący Safege argumentował, że uzasadniając odrzucenie jego oferty Zamawiający wskazał na spełnienie łącznie przesłanek zarówno z art. 109 ust. 1 pkt 8 jak i pkt 10. Przy czym dokonując subsumpcji tych dwóch przepisów opierał się na jednym stanie faktycznym. Abstrahując od tego, iż określone zachowanie nie może być zarówno „zamierzonym działaniem" jak i skutkiem lekkomyślności czy też niedbalstwa (co powoduje, iż nie może być to kwalifikowane z obu podstaw prawnych) to przede wszystkim Zamawiający nie wykazał (a na nim spoczywa ciężar dowodu) istnienia jakiegokolwiek stopnia winy po jego stronie (a już na pewno nie winy umyślnej). Co prawda Zamawiający przytacza obszerne stanowiska doktryny w tym zakresie to jednak w żaden sposób nie przesądzają one o tym, że akurat w tej konkretnej sytuacji można by przypisać mu jakikolwiek poziom winy. Zdaje się, że Zamawiający upatruje tej winy w braku pisemnej umowy współpracy, co biorąc pod uwagę zarówno przepisy Pzp, postanowienia SWZ, dotychczasową jego współpracę z p. D. oraz ustne zapewnienie uzyskane od Pana D. nie pozwala przypisać mu choćby lekkomyślności czy niedbalstwa. Według odwołującego Safege skutkiem zatem otrzymania przez Zamawiającego oświadczenia p. D. nie powinno być odrzucenie jego oferty a wezwanie go w trybie art. 126 ust. 3 Pzp do złożenia

aktualnych podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący Safege podniósł, że zgodnie z art. 126 ust. 3 Pzp jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. W niniejszej sprawie oświadczenia Pana D. z dnia 24 maja 2023 r. należałoby uznać za takowe uzasadnione podstawy gdyż przesądza o tym, że złożone podmiotowe środki dowodowe stały się nieaktualne wskutek oświadczenia p. D. z 24 maja br.

Do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 2374/23 i KIO 2376/23 po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca BBF sp. z o.o. w Poznaniu. Złożył pisma procesowe, w których wniósł o oddalenie odwołań. W pismach i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt 2376/23 po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca TPF sp. z o.o. w Warszawie. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołania, w których oświadczył, że wnosi o oddalenie odwołań. W odpowiedziach i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie SWZ, modyfikacje SWZ, oferty, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców w toku postępowania, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania, załączniki do pism procesowych stron i uczestników, zeznania świadka, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i dokumenty złożone przez strony i uczestników w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

KIO 2374/23

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

Art. 224 ust. 5 ustawy Pzp stanowi, że *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy*.

Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że *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.*

KIO 2376/23

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Art. 109 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:*

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

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

Art. 126 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że *Jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia.*

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.*

KIO 2374/23

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest pełnienie nadzoru inż. dla proj. wykon. branży srk oraz kompleksowych robót budowlanych na linii kolejowej nr 104 na odcinkach A1 Chabówka Rabka Zaryte i E bocznica Klęczany Nowy Sącz.

Ustalono, że w pkt 3.1 ppkt 6) OPZ zamawiający przewidział: „*Osoby wymienione w Zespole stałym będą dostępne do dyspozycji Zamawiającego w wymiarze co najmniej pełnego etatu czasu pracy na warunkach opisanych w § 9 ust. 9 WU. Inżynier jest zobowiązany przedłożyć Zamawiającemu HPPI, który w szczegółowy sposób będzie określać dostępność poszczególnych osób Personelu stałego i zmiennego Inżyniera*".

Ustalono także, że zgodnie z pkt 3.1. OPZ:

„8) Wykonawca jest zobowiązany zapewnić pracę Personelu w taki sposób, aby zachować ciągłość realizacji wszystkich obowiązków Wykonawcy wynikających z § 9 Umowy w celu jej realizacji zgodnie z HRF i HPPI." oraz

„9) Wykonawca zobowiązany jest dostosować czas pracy Personelu do czasu pracy Wykonawcy Robót, w szczególności w zakresie niezbędnym do zapewnienia stałego nadzorowania wykonywanych Robót.

Ustalono także, że zgodnie z zapisami §9 ust. 7 warunków umowy (WU) *„Zamawiający zastrzega, iż następujące osoby:*

1) Inżynier Projektu;

2) Inżynier Rezydent Kontraktu budowlanego nr 1;

3) Inżynier Rezydent Kontraktu budowlanego nr 2;

nie mogą podejmować w czasie realizacji Umowy dodatkowego zajęcia zarobkowego, bez względu na podstawę prawną podejmowania takiego zajęcia. Pozostałe osoby wchodzące w skład Zespołu Stałego nie mogą podejmować w czasie realizacji Umowy dodatkowego zajęcia zarobkowego, bez względu na podstawę prawną podejmowania takiego zajęcia, chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemna zgodę".

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

1.	**SAFEGE S.A.S. (Societe par Actions Simplifiee - akcyjna spółka uproszczona)** 15/27 rue du Port, Parc de l'Ile, 92022 Nanterre CEDEX, Francja adres do korespondencji: SAFEGE S.A.S. Oddział w Polsce, Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa	**Całkowita netto: 9 157 031,60** **Całkowita brutto: 11 263 148,87** W tym: Kontrakt 1 netto: 4 207 828,28 brutto: 5 175 628,78 Kontrakt 2 netto: 4 949 203,32 brutto: 6 087 520,08
2.	**INKO Consulting Sp. z o.o. - Lider** ul Józefa Marcika 25D/2 30-443 Kraków **MP Consulting Sp. z o. o.** - Partner ul. Józefa Marcika 25D/2 30-443 Kraków	**Całkowita netto: 8 127 009,00** **Całkowita brutto: 9 996 221,07** W tym: Kontrakt 1 netto: 3 424 701,00 brutto: 4 212 382,23 Kontrakt 2 netto: 4 702 308,00 brutto: 5 783 838,84
3.	**Multiconsult Polska Sp. z o.o. - Lider** ul. Bonifraterska 17 00-203 Warszawa **Koltech Infra sp. z o.o. - Partner Konsorcjum** ul. Wolnego 12 40-857 Katowice	**Całkowita netto: 10 780 057,81** **Całkowita brutto: 13 259 471,11** W tym: Kontrakt 1 netto: 4 116 088,56 brutto: 5 062 788,93 Kontrakt 2 netto: 6 663 969,25 brutto: 8 196 682,18
4.	**MGGP S.A.** ul. Kaczkowskiego 6 33-100 Tarnów	**Całkowita netto: 12 637 572,05** **Całkowita brutto: 15 544 213,62** W tym: Kontrakt 1 netto: 6 295 245,30 brutto: 7 743 151,72 Kontrakt 2 netto: 6 342 326,75 brutto: 7 801 061,90
5.	**TPF Sp. z o.o.** ul. Annopol 22 03-236 Warszawa	**Całkowita netto: 10 547 655,50** **Całkowita brutto: 12 973 616,27** W tym: Kontrakt 1 netto: 4 380 879,30 brutto: 5 388 481,54 Kontrakt 2 netto: 6 166 776,20 brutto: 7 585 134,73

6.	**BBF Sp. z o.o.** ul. Dąbrowskiego 461, 60 – 451 Poznań	**Całkowita netto: 10 497 086,45** **Całkowita brutto: 12 911 416,34** W tym: Kontrakt 1 netto: 4 685 421,25 brutto: 5 763 068,14 Kontrakt 2 netto: 5 811 665,20 brutto: 7 148 348,20

(por. informacja z otwarcia ofert, w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Ustalono, że Wykonawca BBF w dniu 25 sierpnia 2022 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 17 sierpnia 2022 r. skierowane w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przedłożył wyjaśnienia dotyczące sposobu wyliczenia ceny ryczałtowej. W wyjaśnieniach tych wskazał m.in., co następuje: (…)

Stawki wynagrodzeń stosowanych przez wykonawcę przekraczają wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę dla każdego pracownika Wykonawcy. Wykonawca uwzględnił przepisy dotyczące kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) oraz aktualnego Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r.

(…)

Mając powyższe na uwadze Wykonawca dokonał kalkulacji kosztu Personelu zgodnie z Tabelą 2 (na podstawie Załącznika 1B):

Tabela 2. Koszty wynagrodzeń przypadające na poszczególnych członków Personelu

L.p.	***POZYCJA***	***LICZBA OSÓB***	***ZAKŁADANE ZAANGAŻOWANIE PRACY ZGODNIE Z ZAPISAMI SIWZ NA MIESIĄC [%/RYCZAŁT]***	***Okres podstawowy***	***STAWKA (PLN) ZA MIESIĄC***	***SUMA***
	ZESPÓŁ STAŁY BIURA INŻYNIERA				***128 400,00***	***2 353 400,0***
(…)						
(…)						
3.	*KOORDYNATOR ZESPOŁU PRZEGLĄDU DOKUMENTACJI*	*1*	*100,00%*	*41*	*2 000,00*	*82 000,00*
	ZESPÓŁ STAŁY KONTRAKTU BUDOWLANEGO NR 1					
14	*INŻYNIER MATERIAŁOWY*	*1*	***100,00%***	*33*	*3 000,00*	*99 000,00*
	(…)					
1	*INSPEKTOR NADZORU W SPECJALNOŚCI INŻYNIERYJNEJ DROGOWEJ*	*1*	*100,00%*	***33***	*3 000,00*	*99 000,00*
	(…)					
4	*INSPEKTOR NADZORU W SPECJALNOŚCI GEOTECHNICZNEJ I ROBÓT PODTORZOWYCH*	*1*	*100,00%*	***33***	*3 000,00*	*99 000,00*

Ustalono także, że dla specjalisty nr 3 „Koordynator przeglądu dokumentacji" wykonawca BBF przedstawił oświadczenie pana Ł. K. (załącznik do RNC, plik „Zestawienie faktur i oświadczeń, str. 3"):

„*Ja, niżej podpisany członek zespołu wskazanego do realizacji w/w zadania na stanowisku Koordynatora zespołu przeglądu dokumentacji w nawiązaniu do wezwania Zamawiającego z dnia 17 sierpnia b.r. oświadczam, że wskazane w piśmie wykonawcy BBF Sp. z o.o z dnia 25 sierpnia b.r. dla mojego stanowiska całkowite koszty pracodawcy odpowiadają otrzymanemu przeze mnie wynagrodzeniu za pracę i gwarantuję należyte wykonanie zamówienia.*

Ponadto informuję, że:

1. Zgodnie z moją wiedzą stawka ta odpowiada warunkom rynkowym dla specjalistów o podobnym do mojego poziomie kwalifikacji i doświadczenia, a zatem w przypadku przemijającej bądź też trwałej przeszkody uniemożliwiającej mi udział w realizacji zamówienia, powinna ona gwarantować znalezienie przez wykonawcę BBG SP. z o.o. zastępstwa o wymaganych kwalifikacjach i doświadczenie

2. Dane o wynagrodzeniach dla mojego stanowiska dostępne na portalu wynagrodzenia.pl i podobnych odpowiadają stawkom rynkowym.

(..)"

(por. ww. wyjaśnienia, w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Ustalono także, że pismem z dnia 31 lipca 2023 r. zamawiający zawiadomił odwołującego TPF o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę BBF sp. z o.o. w Poznaniu.
(por. ww. zawiadomienie, w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

KIO 2376/23

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest pełnienie nadzoru inż. dla proj. wykon. branży srk oraz kompleksowych robót budowlanych na linii kolejowej nr 104 na odcinkach A1 Chabówka Rabka Zaryte i E bocznica Klęczany Nowy Sącz.
Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

1.	**SAFEGE S.A.S. (Societe par Actions Simplifiee - akcyjna spółka uproszczona)** 15/27 rue du Port, Parc de l'Ile, 92022 Nanterre CEDEX, Francja adres do korespondencji: SAFEGE S.A.S. Oddział w Polsce, Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa	**Całkowita netto: 9 157 031,60** **Całkowita brutto: 11 263 148,87** W tym: Kontrakt 1 netto: 4 207 828,28 brutto: 5 175 628,78 Kontrakt 2 netto: 4 949 203,32 brutto: 6 087 520,08
2.	**INKO Consulting Sp. z o.o. - Lider** ul Józefa Marcika 25D/2 30-443 Kraków **MP Consulting Sp. z o. o.** - Partner ul. Józefa Marcika 25D/2 30-443 Kraków	**Całkowita netto: 8 127 009,00** **Całkowita brutto: 9 996 221,07** W tym: Kontrakt 1 netto: 3 424 701,00 brutto: 4 212 382,23 Kontrakt 2 netto: 4 702 308,00 brutto: 5 783 838,84
3.	**Multiconsult Polska Sp. z o.o. - Lider** ul. Bonifraterska 17 00-203 Warszawa **Koltech Infra sp. z o.o. - Partner Konsorcjum** ul. Wolnego 12 40-857 Katowice	**Całkowita netto: 10 780 057,81** **Całkowita brutto: 13 259 471,11** W tym: Kontrakt 1 netto: 4 116 088,56 brutto: 5 062 788,93 Kontrakt 2 netto: 6 663 969,25 brutto: 8 196 682,18
4.	**MGGP S.A.** ul. Kaczkowskiego 6 33-100 Tarnów	**Całkowita netto: 12 637 572,05** **Całkowita brutto: 15 544 213,62** W tym: Kontrakt 1 netto: 6 295 245,30 brutto: 7 743 151,72 Kontrakt 2 netto: 6 342 326,75 brutto: 7 801 061,90
5.	**TPF Sp. z o.o.** ul. Annopol 22 03-236 Warszawa	**Całkowita netto: 10 547 655,50** **Całkowita brutto: 12 973 616,27** W tym: Kontrakt 1 netto: 4 380 879,30 brutto: 5 388 481,54 Kontrakt 2 netto: 6 166 776,20 brutto: 7 585 134,73
6.	**BBF Sp. z o.o.** ul. Dąbrowskiego 461, 60 – 451 Poznań	**Całkowita netto: 10 497 086,45** **Całkowita brutto: 12 911 416,34** W tym: Kontrakt 1 netto: 4 685 421,25 brutto: 5 763 068,14 Kontrakt 2 netto: 5 811 665,20 brutto: 7 148 348,20

(por. informacja z otwarcia ofert, w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Ustalono, że zgodnie z treścią pkt 8.6.2 IDW, w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.4. IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę dysponowaniem osobami wchodzącymi w skład Stałego Zespołu Inżyniera, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem: Inżynier Projektu (..).

(por. SWZ, w dokumentacji postępowania).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 20 października 2022 r., skierowane w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący Safege złożył wykaz osób z dnia 28 października 2022 r. W wykazie tym odwołujący Safege wskazał G. D. jako osobę spełniającą warunki udziału określone w pkt 8.6.2 IDW dla Inżyniera Projektu oraz wskazał, że dysponuje jego osobą bezpośrednio na podstawie umowy cywilnoprawnej.
(por. wezwanie zamawiającego z dnia 20.10.2022 r. i wykaz osób z dnia 28 października 2022 r., w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

Ustalono także, że w dniu 30 maja 2023 r. do zamawiający wpłynęło oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INKO Consulting Sp. z o.o. (Lider) i MP Consulting Sp. z o.o. (Partner). W oświadczeniu tym wskazali, co następuje:

w związku z przekazanym w dniu 23 maja 2023 roku wykazem osób, którymi dysponuje Wykonawca i które zostały

skierowane do realizacji zamówienia (dysponowanie bezpośrednie) stanowiącym załącznik nr 6a do IDW wskazuje, że Wykonawca SAFEGE S.A.S. wskazała pana G. D. jako osobę spełniającą warunki udziału określone w pkt 8.6.2 IDW dl Inżyniera Projektu oraz wskazała, że dysponuje jego osobą bezpośrednio na podstawie umowy cywilnoprawnej. Powyższe oświadczenie SAFEGE S.A.S. nie polega na prawdzie.

Pan G. D. jako pracownik zatrudniony w INKO Consulting sp. z o.o. na podstawie umowy o pracę nie wyraził zgody na nawiązaniu stosunku prawnego z SAFEGE S.A.S. na potrzeby Postępowania a tym samym SAFEGE S.A.S. n dysponuje jego osobą ani bezpośrednio ani nawet pośrednio.

Do pisma ww. wykonawcy załączyli oświadczenie pana G. D. z dnia 24 maja 2023 r. o treści:

Niniejszym oświadczam, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego — PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, a którego przedmiotem jest:

Pełnienie nadzoru inżynierskiego nad realizacją projektu wykonawczego branży srk oraz kompleksowych robót budowlanych na linii kolejowej nr 104 na odcinku AI Chabówka - Rabka Zaryte i odcinku E bocznica Klęczany — Nowy Sącz w ramach Projektu pn.: „Budowa nowej linii kolejowej Podłęże — Szczyrzyc — Tymbark / Mszana Dolna oraz modernizacja istniejącej linii kolejowej nr 104 Chabówka — Nowy Sącz"

Nie udzielałem zgody na dysponowanie moją osobą bezpośrednio oraz nie wyrażałem zgody na użyczenie mojego doświadczenia zawodowego w przedmiotowym przetargu dla innych podmiotów, w tym dla SAFEGE S.A.S. (Societe par Actions Simplifiee - akcyjna spółka uproszczona) 15/27 rue du Port, Parc de l'Ile, 92022 Nanterre CEDEX, Francja

Spółka ta wskazała moją osobę w Załączniku nr 6a do IDW — Potencjał kadrowy w wykazie osób, którymi bezpośrednio dysponuje bez mojej zgody.

(por. pismo wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INKO Consulting Sp. z o.o. (Lider) i MP Consulting Sp. z o.o. (Partner) z dnia 30 maja 2023 r. wraz z załącznikami, w aktach postępowania).

Kolejno ustalono, że w dniu 31 maja 2023 r. odwołujący Safege skierował do zamawiającego oświadczenie z dnia 31 maja 2023 r. W oświadczeniu tym wskazał, co następuje:

Informujemy, że wykonawca SAFEGE S.A.S w dniu 26.05.2023 r. powziął informację o tym, że Pan G. D. wskazany w podmiotowych środkach dowodowych złożonych przez SAFEGE S.A.S na stanowisko Inżyniera Projektu, wycofał wyrażoną uprzednio zgodę na dysponowanie jego osobą i wskazanie go w Wykazie Personelu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu na stanowisko Inżyniera Projektu. Pan G. D. wyraził wcześniej zgodę na wskazanie go w Postępowaniu jako Inżyniera Projektu w wykazie osób (w niniejszym postępowaniu wykaz osób stanowi załącznik pn. „Potencjał kadrowy") składanym przez SAFEGE S.A.S. i został zgodnie z przepisami RODO poinformowany o przekazaniu jego danych osobowych Zamawiającemu.

Wykonawcy nieznane były żadne okoliczności, które mogłyby stać na przeszkodzie wskazania Pana G. D., po uzyskanej zgodzie, w wykazie osób, szczególnie iż aktualnie Pan G. D. również współpracuje bezpośrednio z SAFEGE S.A.S. realizując na rzecz Wykonawcy m.in. obowiązki Inżyniera Projektu. Wykonawca został zatem zaskoczony otrzymaną informacją, z której wynika, iż nie może aktualnie dysponować osobą Pana G. D. na potrzeby przedmiotowego Postępowania.

W związku z powyższym, Wykonawca oświadcza, że dokona zastąpienia osoby przewidzianej pierwotnie na stanowisko Inżyniera Projektu w Postepowaniu oraz w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 2 Pzp przedłoży uaktualnione podmiotowe środki dowodowe w ww. zakresie.

(por. oświadczenie odwołującego Safege z dnia 31 maja 2023 r., w aktach postępowania).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w dniu 16 czerwca 2023 r. do zamawiającego wpłynęły wyjaśnienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wykonawców INKO Consulting Sp. z o.o. (Lider) i MP Consulting Sp. z o.o. (Partner). W wyjaśnieniach tych ww. wykonawcy oświadczyli, co następuje:

Wykonawca nie dysponuje dowodami potwierdzającymi fakt, iż G. D. udzielił zgody wykonawcy SAFEGE S.A.S Oddział w Polsce (dalej „SAFEGE") na dysponowanie jego osobą w Postępowaniu. W ocenie Wykonawcy takie dowody zobowiązana jest przedstawić SAFEGE, a nie Wykonawca. Mając na względzie treść składanych oświadczeń przez G. D. oraz SAFAGE należy stwierdzić, że SAFEGE nigdy nie uzyskała zgody pana G. D. na dysponowanie jego osobą w postępowaniu.

Po pierwsze SAFEGE ani w toku postępowania, ani w korespondencji z dnia 31 maja 2023 roku (nr pisma Kr/ZP/05/2023/296//WM) nie przedstawiła dowodów, że uzyskała zgodę G. D. na dysponowanie jego osobą w Postępowaniu.

Po drugie SAFEGE zgodnie z treścią załącznika nr 6a do IDW – Potencjał kadrowy przedłożonego Zamawiającemu w dniu 28 października 2022 roku SAFEGE wskazała, że dysponuje osobą pana G. D. bezpośrednio na podstawie umowy cywilnoprawnej. Dokument taki nie został złożony w toku postępowania ani do pisma SAFEGE z dnia 31 maja 2023 r.

Po trzecie, do wyjaśnień ceny rażąco niskiej złożonych przez SAFEGE w dniu 25 sierpnia 2022 roku SAFEGE nie przedłożyła jakiegokolwiek dokumentu, z którego wynikałoby, że ustaliła z panem G. D. warunki współpracy (w formie chociażby oświadczenia pana G. D.), a jako przykładowy koszt Inżyniera Projektu wskazała fakturę VAT nr 2/04/2022 z zakrytymi danymi sprzedawcy dotyczącą innego projektu. Powyższe potwierdza, że jakichkolwiek ustaleń z panem G. D. nie czyniła.

Po czwarte, Wykonawca po uzyskaniu informacji, że SAFEGE dopuściła się niedozwolonych działań polegających na wskazaniu pana G. D. jako osoby spełniającej warunki udziału określone w pkt 8.6.2 IDW dla Inżyniera Projektu w postępowaniu i wskazała Zamawiającemu, że dysponuje jego osobą bezpośrednio i uzyskaniu od G. D. pisemnego potwierdzenia, że nigdy nie wyrażał on zgody na dysponowanie jego osoba przez SAFEGE w postepowaniu wystosował do SAFEGE za pośrednictwem pełnomocnika Wykonawcy wezwanie do zaprzestania naruszeń działając w oparciu o przepis art. 18 ust. 1 pkt 1,2,3 w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm., dalej „ZNKU"), na które SAFEGE nie odpowiedziała do dnia dzisiejszego ani nie przedstawiła jakichkolwiek dowodów, że wezwanie do niej skierowane jest bezzasadne.

Po piąte, fakt, iż pan G. D. współpracuje z SAFEGE przy realizacji innego projektu nie stanowi o tym, iż SAFEGE dysponuje jego osobą na potrzeby tego, czy każdego innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Gdyby takie zobowiązanie w stosunku do SAFEGE było poczynione przez pana G. D., niewątpliwie SAFEGE byłaby w stanie przekazać na tą okoliczność stosowne dowody, a nie wyłącznie wskazywać, że „aktualnie Pan G. D. również współpracuje bezpośrednio z SAFEGE S.A.S. realizując na rzecz Wykonawcy m.in. obowiązki Inżyniera Projektu." SAFEGE zakładając, że powyższe uprawnia go do dysponowania osobą Pana G. D. w innych postępowaniach, a w szczególności w niniejszym Postepowaniu bez uzyskania w tym zakresie wyraźnej i konkretnej zgody działała w ocenie Wykonawcy z rażącym niedbalstwem wypełniając przesłanki określone przepisem art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710).

Do ww. wyjaśnień ww. wykonawcy załączyli umowę o pracę z dnia 12 stycznia 2018 r. zawartą na czas nieokreślony między INKO sp. z o.o. a panem G. D. Z § 2 ust. 1 tej umowy wynika, że pracownik zatrudniony jest w wymierzę pełnego etatu. Z § 2 ust. 2 tej umowy wynika, że *czas pracy określa się od poniedziałku do piątku od godziny 8 do godziny 16, z zastrzeżeniem jednak, że czas pracy i jego rozkład określony jest aktualnymi potrzebami Pracodawcy oraz charakterem i zakresem zadań.*

Do ww. wyjaśnień ww. wykonawcy załączyli także porozumienie zmieniające warunki umowy o pracę z dnia 30 grudnia 2022 r.

(por. ww. wyjaśnienia ww. wykonawców z dnia 16 czerwca 2023 r. wraz z załącznikami, w dokumentacji postępowania).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący Safege złożył w dniu 16 czerwca 2023 r. wyjaśnienia z dnia 16 czerwca 2023 r. W wyjaśnieniach tych wskazał, co następuje:

1. W pierwszej kolejności SAFEGE wyjaśnia, iż zgodnie z informacją przedstawioną przez siebie w piśmie z 31.05.2023 r., wskazując w złożonym Wykazie osób Pana G. D. posiadał on podstawy do oznaczenia, iż dysponuje jego osobą w sposób bezpośredni.

2. Informacja, że Pan G. D. nie wyrażał zgody na dysponowanie jego osobą miała nieoczekiwany dla Wykonawcy charakter w świetle odbytej rozmowy, a także dotychczasowej współpracy SAFEGE z Panem G. D. A Wykonawca niezwłocznie po powzięciu takiej informacji, wskazał Zamawiającemu samodzielnie w dniu 31.05.2023 r. na gotowość do aktualizacji Wykazu osób, ze względu na konieczność zmiany osoby pierwotnie wskazanej w Wykazie osób, co było jedynym działaniem, jakie mógł podjąć w zaistniałych okolicznościach.

3. Pan G. D. należy od kilku lat do grona współpracowników Wykonawcy i z uwagi na pełnione funkcje oraz udział w życiu spółki obdarzany był zaufaniem, które zostało obecnie nadszarpnięte w związku z okolicznościami, w jakich SAFEGE dowiedział się o wycofaniu poprzednio udzielonej zgody na udział w przetargu i realizacji zamówienia. SAFEGE współpracuje z Panem G. D. od lipca 2018 roku w związku z realizowanymi przez SAFEGE projektami, na podstawie umów cywilnoprawnych. Pan G. D. jako osoba piastująca istotne funkcje podczas realizacji projektów SAFEGE, niejednokrotnie partycypował w decyzjach kierowniczych, brał udział w naradach oraz spotkaniach zarówno dotyczących realizowanych projektów, jak również w wydarzeniach z życia spółki. Odpowiednio zanonimizowane wyciągi z umów zawartych z Panem G. D. stanowią Załącznik nr 1 do niniejszych wyjaśnień. Przykładowe zaproszenie na wydarzenie dotyczące spółki, kierowane do Pana G. D., stanowi Załącznik nr 2 do niniejszych wyjaśnień.

4. SAFEGE nie były znane ustalenia dokonywane przez Pana G. D. z innymi podmiotami konkurencyjnymi, w tym rzekomo z członkami Konsorcjum INKO-MP Consulting, i przyjmuje je z zaskoczeniem. Dotychczasowe umowy, w tym umowa cywilnoprawna zawarta jeszcze w roku bieżącym, były zawsze zawierane przez Pana G. D. działającego osobiście (jako osobę prowadzącą jednoosobową działalność gospodarczą) i nie zgłaszał on występowania jakichkolwiek ograniczeń czy zobowiązań wynikających z innych zawieranych przez niego umów, które stałyby na przeszkodzie podjęcia lub należytego wykonywania zobowiązań wobec SAFEGE. Jeśli konkurencyjny wykonawca INKO-MP Consulting ma

podstawy do podnoszonych przez niego twierdzeń o prawie do dysponowania osobą Pana G. D., to występowanie takiej okoliczności oznaczałoby naruszenie przez tę osobę jej zobowiązań i oświadczeń składanych SAFEGE w ramach aktualnie wiążących obie strony umów.

5. W świetle powyższego SAFEGE stanowczo zaprzecza, aby dokonywał jakichkolwiek niedozwolonych działań, o których mowa w informacji Konsorcjum INKO-MP Consulting. W szczególności, SAFEGE nie może odpowiadać za ewentualne potencjalne naruszenia przez Pana G. D. jego zobowiązań wobec podmiotów trzecich.

6. Wskazujemy, że również ze strony konkurencyjnego wykonawcy INKO nie były do tej pory zgłaszane żadne zastrzeżenia wobec wykazywania w postępowaniach przetargowych oraz udziału Pana G. D. w projektach realizowanych przez SAFEGE, mimo iż w spółki konkurowały w październiku 2022 r. w równoległym postępowaniu, w którym pan G. D. był wskazany w Wykazie osób SAFEGE, a aktualnie bierze udział w realizacji tego przedsięwzięcia na zlecenie SAFEGE (postępowanie na Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad pracami projektowymi i robotami budowlanymi związanymi z przebudową mostu w Przemyślu, w km 243,845 linii kolejowej nr 91 Kraków Główny – Medyka w ramach projektu pn.: „Poprawa stanu technicznego obiektów inżynieryjnych – etap II"). Wykonawca SAFEGE nie miał zatem żadnych podstaw, aby wątpić w możliwość kontynuowania współpracy z ww. osobą ani żadnych przesłanek, które budziłyby podejrzenie, że jakakolwiek spółka może w związku z tym kierować wobec SAFEGE jakiekolwiek roszczenia czy zarzuty.

7. Ponieważ w złożonym Zamawiającemu piśmie (załączonym do wezwania), Konsorcjum INKO-MP Consulting nie wskazało od kiedy Pan G. D. jest pracownikiem INKO Consulting sp. z o.o. ani nie wykazało, że wiążą go klauzule zakazujące świadczenia usług na rzecz innych zleceniodawców na podstawie umów cywilnoprawnych, SAFEGE nie zamierza odnosić się do zarzutów tego Wykonawcy w zakresie naruszeń interesów tej spółki a podnoszone przez tę spółkę roszczenia i zarzuty są gołosłowne i podnoszone wyłącznie na potrzeby uzyskania korzyści w ramach aktualnego Postępowania, bowiem SAFEGE nie podejmował intencjonalnie żadnych działań wobec spółki INKO lub jej pracowników, które mogłyby naruszać zasady uczciwej konkurencji lub dobrych obyczajów.

8. Z uwagi na dotychczasową i aktualną współpracę SAFEGE z Panem G. D. Wykonawca na potrzeby Postępowania uzyskał w trakcie bezpośredniego spotkania ustną zgodę Pana G. D. na dysponowanie jego osobą i wskazanie go w Wykazie Personelu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w przedmiotowym Postępowaniu na stanowisko Inżyniera Projektu. Zgoda została udzielona w trakcie bezpośredniej rozmowy Pana G. D. z Panem P. K. – Dyrektorem Biura w Krakowie, na spotkaniu jakie miało miejsce w biurze SAFEGE S.A.S. w Krakowie przy ul. Ojcowskiej 51 w październiku 2022 r. Notatka służbowa podpisana przez Dyrektora Biura w Krakowie – P. K. stanowi Załącznik nr 3 do niniejszych wyjaśnień.

*9. W ślad za uzyskaną zgodą na wskazanie Pana G. D. w dokumentach SAFEGE na potrzeby Postępowania, czyniąc zadość obowiązkowi informacyjnemu wynikającemu z przepisów RODO, na jego adres mailowy: *.*@suezpolska.pl została wysłana w październiku 2022 r. informacja dotycząca przekazywania danych w zakresie wykształcenia, posiadanych uprawnień budowlanych i doświadczenia zawodowego do PKP PLK. Wiadomość e-mail z informacją stanowi Załącznik nr 4 do niniejszych wyjaśnień.*

10. W dniu 28.10.2022 Wykonawca złożył do PKP PLK w odpowiedzi na wezwanie dokumenty podmiotowe, w tym Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, wskazując na stanowisko Inżyniera Projektu Pana G. D. i wskazując jako podstawę dysponowania umowę cywilno-prawną, zgodnie z ustaleniami i stosowaną dotychczas praktyką we wzajemnych stosunkach (vide – załączone wyciągi z dotychczas zawieranych umów).

Mając na względzie powyższe, należy uznać, iż SAFEGE był uprawniony do wskazania Pana G. D. w Wykazie Personelu w sposób, w jaki zostało to uczynione. Wykonawcy nieznane były żadne okoliczności, które mogłyby stać na przeszkodzie wskazaniu Pana G. D., po uzyskanej zgodzie, jako osoby skierowanej przez Wykonawcę do realizacji zamówienia. Jednocześnie SAFEGE uznał za zasadne potraktowanie złożonego przez Pana G. D. oświadczenia z dnia 24.05.2023 r. jako cofnięcia przedmiotowej zgody, stąd też poinformował Zamawiającego pismem nr Kr/ZP/05/2023/296//WM z dnia 31.05.2023 r., że Pan G. D. wycofał wyrażoną uprzednio zgodę na dysponowanie jego osobą i wskazanie go w Wykazie Personelu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu na stanowisko Inżyniera Projektu. Jednocześnie SAFEGE zadeklarował, że dysponuje inną osobą na ww. stanowisko i jest gotów przedstawić odpowiednio zaktualizowane dokumenty podmiotowe w odpowiedzi na stosowne wezwanie Zamawiającego, zgodnie z procedurą przewidzianą w ustawie Prawo zamówień publicznych. Wykonawca podtrzymuje powyższą deklarację.

Do ww. wyjaśnień odwołujący Safege załączył umowy łączące go z panem G. D.

Lp.	*Nazwa umowy*	*Termin realizacji umowy*
1	*Umowa z dnia 2 lipca 2018 r.*	*2.07.2018 – 30.11.2023*
2	*Umowa z dnia 18 stycznia 2021 r. nr 2021/U/009*	*20.01.2021 – 19.07.2024*

3	*Umowa z dnia 2 stycznia 2023 r. nr 2023/U/024*	*2.01.2023 – do zakończenia projektu*

Do ww. wyjaśnień odwołujący Safege załączył także zaproszenie z dnia 27 stycznia 2023 r. skierowane do Pana G. D. na naradę noworoczną w dniu 15.02.2023 r.

Do ww. wyjaśnień odwołujący Safege załączył także notatkę służbową pana P. K. z dnia 28 października 2022 r. W notatce tej stwierdzono, co następuje:

Oświadczam, że Pan G. D. w rozmowie ze mną, wyraził ustną zgodę na umieszczenie jego danych w dokumentach ofertowych SAFEGE dotyczących potencjału kadrowego, składanych na potrzeby postępowania pn. Pełnienie nadzoru inżynierskiego nad realizacją projektu wykonawczego branży srk oraz kompleksowych robót budowlanych na linii kolejowej nr 104 na odcinku A 1 Chabówka - Rabka Zaryte i odcinku E bocznica Klęczany — Nowy Sącz w ramach Projektu pn.: „Budowa nowej linii kolejowej Podłęże — Szczyrzyc — Tymbark / Mszana Dolna oraz modernizacja istniejącej linii kolejowej nr 104 Chabówka — Nowy Sącz", prowadzonego przez Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

Jednocześnie Pan G. D. został dodatkowo poinformowany mailowo o przekazaniu jego danych do PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

Do ww. wyjaśnień odwołujący Safege załączył także e-mail z dnia 28 października 2022 r. skierowany do Pana G. D. W e-mailu tym wskazano, co następuje:

Dzień dobry,

W odniesieniu do wymagań RODO wypełniam obowiązek informacyjny:

Informujemy, że Spółka SAFEGE opierając się na swoim prawnie uzasadnionym interesie polegającym na przystąpieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązana jest do przekazania Zamawiającemu, tj. PKP PLK S.A. Pana/Pani danych w zakresie wykształcenia, posiadanych uprawnień budowlanych i doświadczenia zawodowego w celu spełnienia warunków formalnych postępowania określonych przez Zamawiającego, a tym samym w celu możliwości wyłonienia Spółki SAFEGE, jako zwycięzcę zamówienia / przetargu. Przekazanie Pana/Pani danych jest niezbędne aby wykazać przed Zamawiającym, że Spółka SAFEGE dysponuje wykwalifikowaną kadrą pracowniczą, która daje gwarancje należytego wykonania przedmiotu umowy. Brak przekazania Pana / Pani danych osobowych może spowodować, że oferta Spółki SAFEGE zostanie odrzucona, w związku z czym Spółka nie będzie mogła realizować swoich celów gospodarczych oraz finansowych.

(por. wyjaśnienia odwołującego Safege z dnia 16 czerwca 2023 r. wraz z załącznikami, w dokumentacji postępowania).

Ustalono także, że pismem z dnia 31 lipca 2023 r. zamawiający zawiadomił odwołującego Safege o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę BBF sp. z o.o. w Poznaniu oraz o odrzuceniu oferty odwołującego Safege na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) a) ustawy w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz art. 109 ust.1 pkt 10 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego Safege zamawiający wskazał m.in., co następuje: (…)

6. Zgodnie z treścią pkt 8.6.2 IDW, w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.4. IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę dysponowaniem osobami wchodzącymi w skład Stałego Zespołu Inżyniera, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem: Inżynier Projektu (..).

7. W załączniku nr 6a do IDW wykonawca Safege wskazał G. D. jako osobę spełniającą warunki udziału określone w pkt 8.6.2 IDW dla Inżyniera Projektu oraz wskazał, że dysponuje jego osobą bezpośrednio na podstawie umowy cywilnoprawnej. Safege podał więc nieprawdziwe informacje dotyczące spełnienia warunków udziału w postepowaniu, czym wypełnił pierwszą przesłankę z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. (…)

17. Razem z wyjaśnieniami przekazanymi przez Inko w dniu 16 czerwca 2023 r. wykonawca przekazał także jedną stronę umowy pomiędzy Inko a G. D. oraz porozumienie zmieniające warunki umowy o pracę.

18. Umowa o pracę została podpisana w dniu 12 stycznia 2018 r. i została zawarta na czas nieokreślony. Ponadto, z jej zapisów wynika, że G. D. został zatrudniony na pełny etat, zaś czas pracy został określony od poniedziałku do piątku, w godzinach 8-16. Porozumieniem z dnia 30 grudnia 2022 r. zmieniającym warunki umowy Strony zmieniły warunki dotyczące wynagrodzenia. Postanowienia weszły w życie 1 stycznia 2023 r.

19. Z powyższego wynika, że G. D. jest pracownikiem Inko od dnia 12 stycznia 2018 r. do dnia dzisiejszego i to już samo w sobie generuje wątpliwość co do możliwości wykonywania przez G. D. jakichkolwiek czynności kontraktowych w imieniu Safege dla potrzeb tej umowy, ale także umów już realizowanych, do których odnosi się Safege. Ponadto, kluczowe dla oceny jest Oświadczenie z dnia 24 maja 2023 r., w którym G. D. jasno wskazuje, że nie wyraził zgody na dysponowanie jego osobą bezpośrednio, a także nie wyrażał zgody na użyczenie swojego doświadczenia zawodowego w niniejszym Postępowaniu, w tym dla Safege. Podkreślił, że w Wykazie osób, który stanowi Załącznik nr 6a do IDW został wpisany bez jego zgody.

(…)

21. Safege nie przedstawił dowodów, z których wynikałoby to, że mógł posiadać jakiekolwiek podstawy, że dysponuje osobą G. D. w sposób bezpośredni. Ponadto, umowy, na które powołuje się Safege w swoich wyjaśnieniach z 16 czerwca 2023 r. nie udowadniają w żaden sposób, że wykonawca mógł przypuszczać, iż dysponuje osobą G. D. na stałe. Z załączonych umów wynika, że Safege współpracował lub współpracuje z G. D. przy realizacji różnych projektów. Nie jest to jednak współpraca stała, lecz okazjonalna. Strony współpracują przy realizacji poszczególnych projektów, zaś umowy są zawierane na czas określony.

Lp.	*Nazwa umowy*	*Termin realizacji umowy*
1	*Umowa z dnia 2 lipca 2018 r.*	*2.07.2018 – 30.11.2023*
2	*Umowa z dnia 18 stycznia 2021 r. nr 2021/U/009*	*20.01.2021 – 19.07.2024*
3	*Umowa z dnia 2 stycznia 2023 r. nr 2023/U/024*	*2.01.2023 – do zakończenia projektu*

22. Safege wskazał także, że otrzymał od G. D. jedynie ustną zgodę, która nie została przez niego w żaden sposób potwierdzona: (…)

23. Mając na względzie fakt, że Safege jest profesjonalnym wykonawcą, trudno uznać, że zachował należytą staranność, (…)

24. Safege, jak sam przyznaje, nie otrzymał pisemnej zgody ani nie zawarł z G. D. umowy dotyczącej realizacji niniejszego Postępowania, nie posiada żadnego oświadczenia ani dowodu, który wskazywałby, że G. D. wyraził zgodę na wpisanie jego osoby do wykazu osób, tj. Załącznika 6a do IDW. Powyższe zostało także potwierdzone Oświadczeniem z dnia 24 maja 2023 r., w którym G. D. wprost wskazał, że nie wyraził takiej zgody.

25. Zatem, w niniejszej sprawie, przedstawione przez Safege dowody nie uprawdopodabniają, że Safege, jako profesjonalny podmiot działający na rynku zamówień publicznych od ponad 30 lat, mógł mieć przekonanie, że G. D. wyraził zgodę na wpisanie go w wykazie osób. Przedstawiona wiadomość e-mail z dnia 28 października 2022 r. oraz Notatka ze spotkania z dnia 28 października 2022 r. są jedynie jednostronnymi oświadczeniami i w żaden sposób nie udowadniają, że Safege dysponował osobą G. D. na potrzeby niniejszego Postępowania. Nie można również przyjąć, że wspomniana Notatka ze spotkania czy też wiadomość e-mail stanowią zgodę dorozumianą. Ponadto, w ocenie Opiniujących, Safege nie mając dowodów, które jednoznacznie wskazywałyby, że G. D. wyraził zgodę na dysponowanie jego osobą, powinien mieć świadomość, że nie może go wpisać w wykazie osób, które zostaną skierowane do realizacji umowy.

(…)

28. Konkludując powyższe rozważania, zamawiający wskazuje, że:

1) Safege w toku postępowania, w korespondencji z dnia 31 maja 2023 roku (nr pisma Kr/ZP/05/2023/296//WM), a także w przesłanych wyjaśnieniach z dnia 16 czerwca 2023 r. (nr pisma Kr/ZP/06/2023/297/KDKH/WM) nie przedstawił dowodów, które wskazywałyby, że uzyskał zgodę G. D. na dysponowanie jego osobą w Postępowaniu;

2) Safege zgodnie z treścią załącznika nr 6a do IDW – Potencjał kadrowy przedłożonego Zamawiającemu w dniu 28 października 2022 roku wskazał, że dysponuje osobą G. D. bezpośrednio na podstawie umowy cywilnoprawnej. Dokument taki nie został złożony w toku Postępowania ani nie został załączony do żadnego z przedłożonych pism;

3) Safege nie przedłożył jakiegokolwiek dokumentu, z którego wynikałoby, że ustalił z G. D. warunki współpracy (w formie chociażby oświadczenia G. D.);

4) G. D. złożył pisemne oświadczenie, że nigdy nie wyrażał zgody na dysponowanie jego osobą przez Safege w Postępowaniu;

5) Fakt, że G. D. współpracuje z Safege przy realizacji innego projektu nie stanowi o tym, iż wykonawca ten dysponuje jego osobą na potrzeby tego, czy każdego innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Gdyby takie zobowiązanie w stosunku do Safege było poczynione przez G. D., prawdopodobnie wykonawca byłby w stanie przekazać na tą okoliczność stosowne dowody.

29. Mając na uwadze powyższe, w ocenie Zamawiającego, Safege, nie uzyskując wyraźnej i konkretnej zgody G. D., nie zachował należytej staranności, która jest wymagana od profesjonalnych podmiotów biorących udział w postępowaniu dotyczącym udzielenia zamówienia publicznego. Co więcej, wykonawca Safege nie dysponował osobą G. D. w czasie składania oferty oraz Załącznika 6a do IDW. Działał więc z rażącym niedbalstwem, wypełniając tym samym przesłanki określone art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, a tym samym również przesłanki zawarte w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Konkludując, Safege nie udowodnił, że dysponował osobą G. D. w niniejszym Postępowaniu. Wobec tego, wpisując go w Załączniku 6a do IDW wypełnił przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp i wprowadził Zamawiającego w błąd, powinien więc zostać wykluczony z niniejszego Postępowania.

(por. ww. zawiadomienie, w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 2374/23 nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymagało, że odwołujący TPF sformułował w odwołaniu wyłącznie zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp i z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego BBF w związku z niezgodnością z zapisami SWZ w zakresie dostępności personelu, co przekłada się na realizację usługi niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ i Umową. W szczególności na uwagę zasługiwał fakt, że odwołujący TPF nie sformułował w odwołaniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego BBF na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, jako oferty zawierającej cenę rażąco niską.

W świetle art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.* Jak słusznie wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, o której mowa w ww. przepisie, musi mieć charakter zasadniczy oraz nieusuwalny. Niezgodność oferty powinna dotyczyć sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentach zamówienia oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę.

Zarzut sformułowany w odwołaniu okazał się niezasadny.

Odwołujący TPF podniósł w odwołaniu, że oferta przystępującego BBF miała być niezgodna z postanowieniem pkt.3.1 ppkt. 6) OPZ. Stosownie do ww. postanowienia, *„Osoby wymienione w Zespole stałym będą dostępne do dyspozycji Zamawiającego w wymiarze co najmniej pełnego etatu czasu pracy na warunkach opisanych w § 9 ust. 9 WU. Inżynier jest zobowiązany przedłożyć Zamawiającemu HPPI, który w szczegółowy sposób będzie określać dostępność poszczególnych osób Personelu stałego i zmiennego Inżyniera".*

Zdaniem odwołującego TPF o niezgodności oferty BBF z przywołanym postanowieniem SWZ miał świadczyć fragment ze strony 6 i 7 wyjaśnień ceny przystępującego BBF. We fragmencie tym wykonawca przedstawił tabelę, w której wskazał m.in., że dla nw. specjalistów skalkulował następujące stawki wynagrodzenia miesięcznego:

1)Koordynator zespołu przeglądu dokumentacji – 2.000 zł,
2)Inżynier materiałowy- 3.000 zł,
3)Inspektor nadzoru w specjalności inżynieryjnej drogowej – 3000 zł,
4)Inspektor nadzoru w specjalności geotechnicznej i robót podtorzowych – 3000 zł.

Odwołujący TPF podniósł, że ww. fragmenty kalkulacji BBF i podane stawki wynagrodzenia nie przekraczają wartości minimalnego wynagrodzenia za pracę, która to w 2022 r. w okresie składania oferty wynosiła 3 010,00 PLN, a więc z kosztami pracodawcy łącznie 3 626,46 PLN. Odwołujący TPF uważał, że powyższe może wynikać z dwóch możliwości:

1)założenia przystępującego BBF, że zgodnie z zapisami WU §9 ust. 7 *„Pozostałe osoby wchodzące w skład Zespołu Stałego nie mogą podejmować w czasie realizacji Umowy dodatkowego zajęcia zarobkowego, bez względu na podstawę prawną podejmowania takiego zajęcia, chyba że Zamawiający wyrazi na to pisemna zgodę"* wystąpi o te zgody do Zamawiającego, takie zgody otrzyma i wskazani członkowie zespołu stałego będą pracować na co najmniej dwóch inwestycjach
2)założenia przystępującego BBF, że przedmiotowi specjaliści nie będą zaangażowani w realizacji usługi w wymiarze co najmniej pełnego etatu, gdyż pominął przedmiotowe wymaganie SWZ przy szacowaniu ceny oferty.

Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego TPF i przedstawione przez niego hipotezy okazały się niezasadne.

Po pierwsze, podkreślenia wymagało, że sprzeczność treści oferty BBF z postanowieniem 3.1.6 OPZ wymagałaby ustalenia, że wykonawca ten założył, iż ww. pracownicy nie będą zaangażowani w wymiarze co najmniej pełnego etatu. Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie pozwalał jednak na takie ustalenie. Na uwagę zasługiwał bowiem fakt, że w tej samej tabeli wyjaśnień przystępującego BBF, w wierszach dotyczących spornych specjalistów, wykonawca jednoznacznie zadeklarował, że przewiduje ich zaangażowanie w wymiarze 100 %. Po drugie, z powyższym fragmentem tabeli wyjaśnień korespondowała także część ogólna wyjaśnień. Na str. 2 części ogólnej przystępujący BBF oświadczył, że *Stawki wynagrodzeń stosowanych przez wykonawcę przekraczają wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę dla każdego pracownika Wykonawcy. Wykonawca uwzględnił przepisy dotyczące kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) oraz aktualnego Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2021 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r.".* Powyższe ogólne oświadczenie także świadczyło zatem o chęci wykonania zamówienia zgodnie z postanowieniami pkt 3.1.6 OPZ.

Po trzecie zaś, oświadczenie o 100% zaangażowaniu spornych specjalistów zostało przez przystępującego BBF także złożone w załączniku nr 1B do formularza ofertowego.

Jak wynikało z przywołanych fragmentów wyjaśnień i samej oferty, przystępujący BBF wyraźnie kilkukrotnie wskazał, że zakładane zaangażowanie spornych członków personelu wynosi 100%, co było zgodne z wymaganiami określonymi w pkt 3.1.6 OPZ. Nie było zatem podstaw do ustalenia, że zaangażowanie to, zgodnie twierdzeniami odwołującego TPF, będzie jednak mniejsze od wymaganego.

W ocenie Izby również założenie odwołującego TPF, jakoby przystępujący BBF przy kalkulacji wynagrodzenia spornych specjalistów założył uzyskanie zgody, o której mowa w pkt 9 ust. 7 WU, należało uznać za nietrafne. Powyższe założenie odwołującego okazało się jedynie hipotezą odwołującego TPF, która nie została poparta żadnym dowodem. W szczególności przystępujący BBF w żadnym fragmencie oferty i wyjaśnień ceny nie oświadczył, że zamierza korzystać z dobrodziejstwa postanowienia pkt 9 ust. 7 WU. Wręcz przeciwnie, jak wskazano wcześniej, przystępujący BBF założył i zadeklarował zaangażowanie spornych specjalistów w wymiarze 100 %.

Uszło uwadze odwołującego TPF, że okoliczność czy sporne stawki specjalistów wskazane w wyjaśnieniach nie zostały zaniżone wymagałoby zbadania aspektu ekonomicznego to jest realności całości ceny ofertowej przystępującego BBF, w tym również z uwzględnieniem kosztów założonych przez wykonawcę w innych pozycjach kalkulacji z tytułu rezerw, ryzyk. Powyższe byłoby konieczne, gdyż cena za wykonanie przedmiotu zamówienia miała charakter ryczałtowy. Jednakże, jak już wskazano wcześniej, odwołujący TPF nie sformułował w odwołaniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty BBF na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp z powodu złożenia oferty z ceną rażąco niską. Powyższe odwołujący TPF przyznał wyraźnie także w trakcie rozprawy. Skutkiem zaniechania odwołującego TPF był brak możliwości oceny przez Izbę w tym postępowaniu odwoławczym prawidłowości oceny przez zamawiającego wyjaśnień przystępującego BBF pod kątem obalenia domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny. Zgodnie bowiem z art. 555 ustawy Pzp *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu.*

Na marginesie należało również wskazać, że w stanowiącym część oferty załączniku nr 1B Do IWZ przystępujący BBF przewidział wyższe niż w wyjaśnieniach ceny stawki wynagrodzenia dla ww. specjalistów, to jest odpowiednio:

1)Koordynator zespołu przeglądu dokumentacji – 8.000 zł,
2)Inżynier materiałowy- 8.000 zł,
3)Inspektor nadzoru w specjalności inżynieryjnej drogowej – 6000 zł,
4)Inspektor nadzoru w specjalności geotechnicznej i robót podtorzowych – 6000 zł.

Powyższe stawki świadczyły o tym, że od początku intencją wykonawcy BBF było 100% zaangażowanie wskazanych wyżej członków personelu z wynagrodzeniem odpowiednim dla takiego stopnia zaangażowania.

Odwołanie podlegało zatem oddaleniu.

Odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 2376/23 zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymagało, że ciężar wykazania spornych okoliczności faktycznych spoczywał w analizowanej sprawie na zamawiającym, zgodnie z art. 8 ust. 1 z zw. z art. 6 KC. To bowiem zamawiający z faktu nieuzyskania zgody pana G. D. na wpisanie go przez odwołującego Safege do wykazu osób wywodził skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Dostrzec należało także, że sporządzone przez zamawiającego uzasadnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego dotyczyło przedstawienia przez odwołującego Safege nieprawdziwych informacji w wykazie osób złożonym w dniu 28.10.2022 r. W konsekwencji sporne pomiędzy stronami było to, czy w tej dacie odwołujący Safege dysponował zgodą pana G. D. na umieszczenie go w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia.

W ocenie Izby zamawiający nie udźwignął ciężaru wykazania spornych okoliczności faktycznych. Całokształt materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie nie pozwalał na jednoznaczne ustalenie, że odwołujący Safege nie uzyskał do 28.10.2022 r. zgody pana G. D. na wpisanie go do wykazu osób.

W świetle uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego Safege zamawiający swe ustalenia co do braku uzyskania zgody pana G. D. wywodził w pierwszej kolejności z treści pisemnego oświadczenia pana D. z dnia 24 maja 2023 r., załączonego do pisma konsorcjum INKO z dnia 30 maja 2023 r. Na uwagę zasługiwał fakt, że omawiane oświadczenie, choć stanowcze w swej treści, pozostawało w sprzecznością z częścią pozostałego materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, którym zamawiający dysponował w momencie podejmowania zaskarżonej czynności. W szczególności oświadczenie okazało się niezgodne z treścią równie kategorycznej notatki służbowej pana P. K. z dnia 28 października 2022 r. W notatce tej pan P. K. oświadczył, że uzyskał ustną zgodę od pana D. na wpisanie go do wykazu osób w przedmiotowym postępowaniu. Kolejno, pisemne oświadczenie pana G. D. pozostawało także w sprzeczności z treścią maila odwołującego Safege z dnia 28 października 2022 r., w którym w ślad za wpisaniem pana D. do wykazu osób Safege informowało go o przekazaniu jego danych osobowych zamawiającemu.

Na wniosek odwołującego Safege Izba przeprowadziła w trakcie rozprawy dowód z zeznań w charakterze świadka pana P. K. zatrudnionego u odwołującego Safege S.A.S. na stanowisku dyrektora biura w Krakowie. Zeznania świadka pozwoliły na ustalenie, że przeprowadził on rozmowę z panem G. D., w trakcie której uzyskał jego ustną zgodę na wpisanie go do wykazu personelu, złożonego następnie przez odwołującego Safege w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgoda ta zaś została udzielona przed wpisaniem pana D. do wykazu osób, co miało miejsce 28.10.2022 r.

Świadek zeznał m.in.:

Przed złożeniem oferty w tym postępowaniu ofertowym spotkałem się z p. D. To było w biurze i zapytałem o zgodę na umieszczenie go w wykazie personelu w przedmiotowym postępowaniu i chyba w jeszcze jednym postępowaniu, które dotyczyło Szopienic. P. D. wyraził taką zgodę.

(…)

W trakcie rozmowy z p. D. padła nazwa postępowania, a p. D. był świadomy tego faktu. P. D. oświadczył, że możecie wpisać mnie na listę. Ramowe warunki współpracy mieliśmy już z p. D. wcześniej. P. D. jeśli miał pracować na stanowisku inż. projektu to miał być dostępny w takim wymiarze jakiego oczekiwał Zamawiający czyli w wymiarze co najmniej pełnego czasu pracy. Warunki finansowe szczegółowe były ustalane przed podpisaniem każdej umowy. Zostało powiedziane, że warunki finansowe będą odpowiadać stawkom jak na Rzeszowie. W trakcie tej rozmowy nie była obecna żadna inna osoba poza mną i p. D. Rozmowa ta odbyła się u mnie w biurze w Krakowie, nie zapisałem sobie kiedy ale to było we wrześniu lub październiku 2022.

Przy ocenie wiarygodności tego dowodu Izba wzięła pod uwagę, że pan P. K., jako zatrudniony w Safege, był osobą zainteresowaną w korzystnym rozstrzygnięciu na rzecz odwołującego. Jednakże jak słusznie podniósł odwołujący Safege w odwołaniu, pan G. D. z kolei musiał być uznawany za osobę zainteresowaną w pozytywnym rozstrzygnięciu sporu na korzyść swego pracodawcy – INKO Consulting sp. z o.o. Dostrzeżenia wymagało, że INKO Consulting sp. z o.o. okazało się podmiotem, który złożył w tym postępowaniu konkurencyjną ofertę wobec odwołującego Safege. Co więcej, o czym będzie jeszcze szerzej mowa później, odwołujący Safege w toku postępowania o udzielenie zamówienia podejmował działania prawne przeciwko ofercie konsorcjum INKO Consulting sp. z o.o.

Zdaniem Izby, w świetle całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, sprzeczności w oświadczeniach pana P. K. i pana G. D. należało rozstrzygnąć na korzyść odwołującego Safege.

Na uwagę zasługiwał fakt, że Izba na skutek wniosku odwołującego Safege przeprowadziła dowód z zeznań pana P. K. w charakterze świadka, co nastąpiło w odpowiednim rygorze i z konsekwencjami związanymi z ewentualnym składaniem fałszywych zeznań. Zamawiający zaś, pomimo, że w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego oparł się w znacznej mierze na oświadczeniu pisemnym pana D., w sytuacji, gdy oświadczenie to w świetle całokształtu materiału dowodowego okazało się co najmniej wątpliwe, nie złożył wniosku o przeprowadzenie dowodu z zeznań w charakterze świadka pana G. D. Dowód ten, prowadzony w odpowiednim rygorze, z doniosłymi konsekwencjami mógłby zweryfikować twierdzenia przedstawione w pisemnym oświadczeniu pana D. Pozwoliłby też na skonfrontowanie jego zeznań z treścią notatki służbowej i zeznaniami pana P. K., jak również treścią pozostałego materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie. Skutki tego zaniechania obciążały zamawiającego, gdyż, jak już wskazano wcześniej, ciężar dowodu co do spornych faktów w analizowanej sprawie spoczywał na zamawiającym.

Przypomnienia w tym miejscu wymagało także, że zgodnie z art. 65 § 1 KC w zw. z art. 8 ustawy Pzp, *Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.* Wątpliwości co do pisemnego oświadczenia pana D. wynikały ponadto z okoliczności, w jakich zostało ono złożone. Pan G. D. swe oświadczenie złożył dopiero w maju 2023 r. Tymczasem, w świetle maila załączonego do wyjaśnień odwołującego Safege, co najmniej od 28 października 2022 r. wiedział, że jego dane osobowe zostały przekazane przez odwołującego Safege zamawiającemu w związku z umieszczeniem go w wykazie osób. Jeśli faktycznie nie wyrażałby on zgody na umieszczenie go w wykazie, to w sytuacji otrzymania maila w dniu 28.10.2022 r., w którym Safege informował go, że taki fakt ma miejsce, powinien niezwłocznie reagować. Dowodów na niezwłoczną reakcję pana D. na otrzymanego przez niego maila jednak Izbie nie przedstawiono. Nie wyjaśniono także powodów tak późnej reakcji, jaka miała miejsce w analizowanej sprawie.

W ocenie Izby data złożenia oświadczenia pana G. D. budziła wątpliwości także z tego powodu, że oświadczenie to zostało podpisane wkrótce po podjęciu przez odwołującego Safege działań prawnych przeciwko ofercie konsorcjum z udziałem pracodawcy Pana D. Oświadczenie zostało podpisane w dniu 24.05.2023 r., podczas gdy w dniu 19.05.2023 r. odwołujący Safege złożył odwołanie kwestionujące wybór oferty konsorcjum INKO Consulting sp. z o.o., MP Consulting

sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu.

Kolejno stwierdzono, że na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie istniały także podstawy do ustalenia, że pan G. D., pomimo iż był pracownikiem INKO Consulting sp. z o.o., to jednak w tym samym okresie stale współpracował z odwołującym Safege. W ocenie Izby zamawiający błędnie przyjął w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Safege, że współpraca ta miała jedynie charakter okazjonalny.

Po pierwsze ustalono, że pan G. D., pomimo, iż jest pracownikiem INKO Consulting sp. z o.o., prowadzi aktywnie od 2013 r. działalność gospodarczą, co wynikało z dowodu nr 1 złożonego przez odwołującego Safege na rozprawie (wydruk z CEiDG).

Ponadto, ustalono, że pan D. od lipca 2018 r. nieprzerwanie współpracował z Safege przy kolejnych, czasem nakładających się okresami realizacji, projektach. Do wyjaśnień z 16 czerwca 2023 r. wyjaśnień odwołujący Safege załączył umowy łączące go z panem G. D.

Lp.	*Nazwa umowy*	*Termin realizacji umowy*
1	*Umowa z dnia 2 lipca 2018 r.*	*2.07.2018 – 30.11.2023*
2	*Umowa z dnia 18 stycznia 2021 r. nr 2021/U/009*	*20.01.2021 – 19.07.2024*
3	*Umowa z dnia 2 stycznia 2023 r. nr 2023/U/024*	*2.01.2023 – do zakończenia projektu*

Dodatkowo w trakcie rozprawy odwołujący złożył - jako dowód nr 3 – przykładowe faktury wystawione przez p. D. dla Safege z tytułu realizacji umów o świadczenie usług w okresie 2019-2023 z których wynikało, że pan D. rzeczywiście realizował funkcje, o których była mowa w umowach. Odwołujący Safege złożył także – jako dowód nr 4 – przykładowe dokumenty i pisma sporządzone/podpisane przez p. D. w ramach umów o świadczenie usług zawartych z Safege. Z dowodów tych wynikało, że p. D. podpisywał szereg dokumentów, w tym również w charakterze inżyniera projektu, inżyniera rezydenta czyniąc to z ramienia Safage w ramach wskazanych wyżej umów.

Odwołujący Safege złożył także - jako dowód nr 5 - przykładowy email zapraszający p. D. na wydarzenie organizowane przez Safege dla pracowników i współpracowników wraz z odpowiedzią p. D., z którego wynikało, że był traktowany jako osoba stale współpracująca z odwołującym.

Wreszcie, na stały charakter współpracy pana D. z Safege w omawianym okresie wskazywały także zeznania świadka pana P. K., który zeznał:

P. G. D. był jak gdyby moim pracownikiem. Współpracę z p. D. nawiązałem w sierpniu lub lipcu 2018 (dokładnie nie pamiętam). P. D. był wtedy przyjęty na funkcję inż. projektu przy realizacji projektu „przebudowa dworca Rzeszów Główny". Od tej pory współpraca z p. D. była kontynuowana.

Przywołane dowody dawały podstawę do ustalenia, że współpraca pana G. D. z odwołującym Safege nie miała jedynie charakteru okazjonalnego, wbrew twierdzeniom zamawiającego, zawartym w uzasadnieniu czynności odrzucenia. Ponadto z dowodów tych wynikało, że pan D. był zapraszany na wydarzenia z udziałem spółki odwołującego i zaproszenia te przyjmował, co mogło świadczyć o pozostawaniu w stałych relacjach zawodowych z Safege.

Biorąc pod uwagę bliski charakter współpracy pana D. i Safege, wykonawca ten nie miał obowiązkuzawierania umowy o współpracę w formie pisemnej już w momencie wskazywania go w wykazie osób. Obowiązek zawarcia przez odwołującego Safege umowy o współpracy z panem D. w formie pisemnej na tym etapie nie wynikał także z przepisów prawa ani z postanowień SWZ. W tej sytuacji, na potrzeby uznania, że odwołujący Safege dysponuje osobą pana D., wystarczająca okazała się ustna zgoda i zobowiązanie p. D., którą odwołujący, w świetle całokształtu materiału dowodowego, uzyskał.

O braku zgody nie świadczył fakt, że w okresie wyrażania zgody pana D. łączyła umowa o pracę zawarta z Inko Consulting sp. z o.o. (dowód: ww. umowa przy wyjaśnieniach konsorcjum Inko z dnia 16 czerwca 2023 r.). Z umowy o pracę p. D. z Inko Consulting sp. z o.o. oraz porozumienia zmieniającego wynikało wprawdzie, że czas pracy został przez strony określony jako od poniedziałku do piątku od g. 8.00 do 16.00 to jednak z zastrzeżeniem, że czas pracy i rozkład określany jest aktualnymi potrzebami pracodawcy oraz charakterem i zakresem zadań. Ponadto dostrzeżenia wymagało, że odwołującemu Safege nie były znane jakiekolwiek ograniczenia pana D. co do możliwości podejmowania przez niego współpracy z podmiotami konkurencyjnymi wobec jego pracodawcy (por. wyjaśnienia odwołującego Safege z 16 czerwca 2023 r.). Skutki ewentualnych naruszeń owych hipotetycznych ograniczeń umownych przez pana D., w okolicznościach danej sprawy, nie mogły zatem obciążać odwołującego Safege.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że odwołujący Safege uzyskał przed 28.10.2022 r. ustną

zgodę pana G. D. na wpisanie go do wykazu osób i tym samym nie wprowadził Zamawiającego w błąd, przy składaniu tego podmiotowego środka dowodowego.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz w zw. z art. 16 Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego Safege w sytuacji, w której nie wystąpiła wobec niego żadna z ww. podstaw wykluczenia.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenia Izby, o których mowa w pkt 1, 2 sentencji, miały charakter merytoryczny, gdyż odnosiły się do oddalenia i uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenia Izby zawarte w pkt 3, 4 sentencji miały charakter formalny, gdyż dotyczyły kosztów postępowania, a zatem były postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1, 2 sentencji) i formalnym (pkt 3,4 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W sprawie o sygn. akt KIO 2376/23, stwierdzone naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz w zw. z art. 16 Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowanie, gdyż zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego Safege, która może być wybrana jak najkorzystniejsza.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:*

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na ww. podstawie Izba w sprawie o sygn. akt KIO 2376/23 nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego Safege oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w sposób opisany w pkt 2 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

W sprawie o sygn. akt KIO 2374/23 nie stwierdzono zarzucanych zamawiającemu naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało koniecznością oddalenia odwołania. Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

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

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W sprawie o sygn. akt KIO 2374/23 Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący TPF. Na koszty postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2374/23 składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego TPF w kwocie 15.000 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2374/23 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 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).

W sprawie o sygn. akt KIO 2376/23 Izba uwzględniła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2376/23 składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego Safege w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego Safege w wysokości 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2376/23 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt lit. b 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).

Wobec powyższego, o kosztach postępowań odwoławczych orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

……