Sygn. akt:KIO 1685/23

KIO 1708/23

WYROK
z dnia 27 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Robert Skrzeszewski

Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2023 r. przez:
A) wykonawcę Firmę Inżynierską ARCUS spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą w Krakowie przy ul. Kuźnicy Kołłątajowskiej 17i/37 (31-234 Kraków) – sprawa o sygn. akt: KIO 1685/23;
B) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BICO GROUP spółkę
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. św. Jacka Odrowąża 15 (03-310 Warszawa) oraz DONGSUNG Engineering Co. Ltd z siedzibą w Gyeongsan przy 41, Seongam-ro 21-gil, Gyeongsan-si Gyeongsangbuk do (Republika Korei) – sprawa o sygn. akt: KIO 1708/23;
w postępowaniu, w którym zamawiającym jest Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 52 (00-874 Warszawa),
a prowadzącym postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział
w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Legionów 20 (35-959 Rzeszów)

przy udziale:
A) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INKO Consulting spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie przy ul. Józefa Marcika 25D/2 (30-443 Kraków)oraz MP Consulting spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Krakowie przy ul. Józefa Marcika 25D/2 (30-443 Kraków),zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt KIO 1685/23 i KIO 1708/23 po stronie zamawiającego;
B) wykonawcy Firmy Inżynierskiej ARCUS spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej z siedzibą w Krakowie przy ul. Kuźnicy Kołłątajowskiej 17i/37 (31-234 Kraków), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1708/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala oba odwołania.

2. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1685/23 obciąża wykonawcę Firmę Inżynierską ARCUS spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową
z siedzibą w Krakowie i:
2.1.zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od Firmy Inżynierskiej ARCUS spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej z siedzibą w Krakowie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się
o udzielenie zamówienia: INKO Consulting spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Krakowie oraz MP Consulting spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Krakowie kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1708/23 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BICO GROUP spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz DONGSUNG Engineering Co. Ltd
z siedzibą w Gyeongsan i:
3.1.zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania;
3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BICO GROUP spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz DONGSUNG Engineering Co. Ltd z siedzibą w Gyeongsan na rzecz Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie kwotę
w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok –
w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:…….
…….
…….

Sygn. akt:KIO 1685/23

KIO 1708/23

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

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, działając na rzecz Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą

w Warszawie zwanego dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” pn.: *Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Zaprojektowanie i rozbudowa drogi ekspresowej S19 na odcinku węzeł Sokołów Małopolski Północ (bez węzła) - węzeł Jasionka (bez węzła), dł. ok. 15 km – etap II (dobudowa drugiej jezdni)”*, o numerze: O/RZ.D-3.2421/28.2022, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 listopada 2022 r. pod numerem 2022/S 219-631477.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

Sygn. akt KIO 1685/23

W dniu 12 czerwca 2021 r. wykonawca Firma Inżynierska ARCUS Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie (zwany dalej: „odwołującym” lub „odwołującym ACRCUS”) wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu, polegającej na:
- dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a to konsorcjum firm w składzie: INKO Consulting Sp. z o.o. oraz Partner MP Consulting Sp. z o.o., zwanego dalej jako: „konsorcjum INKO”;
- zaniechaniu wykluczenia i odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum INKO, pomimo braku upływu 2 letniego terminu podlegania przez wykonawcę wykluczeniu w związku z uprzednim wykluczeniem go na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz nieprzeprowadzenia skutecznie procedury selfcleaning, a także pomimo zamierzonego wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz nie przedstawienia przez konsorcjum wyczerpujących informacji dotyczących podlegania przez wykonawcę wykluczeniu;
- zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- badaniu i ocenie ofert z naruszeniem zasady równego traktowania.

Zaskarżonym czynności zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów:
1) art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 110 ust. 3 zd. 2 Pzp w zw. z art. 111 pkt 5 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum INKO oraz odrzucenia oferty konsorcjum, pomimo iż nie upłynął 2 letni termin z art. 111 pkt 5 Pzp podlegania przez wykonawcę wykluczeniu z postępowania z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w innym postępowaniu w błąd i wykluczenie go z tego postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, a wykonawca nie podjął w przedmiotowym postępowaniu wystarczających czynności do wykazania jego rzetelności i nie przeprowadził skutecznie procedury selfcleaning;
2) art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum INKO oraz odrzucenia oferty konsorcjum, pomimo wprowadzenia zamawiającego w błąd przy złożeniu oferty i przedstawianiu informacji, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, poprzez zatajenie informacji na temat wcześniejszych wkluczeń z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego z powodu podania nieprawdziwych informacji, do czego doszło w wyniku zamierzonego działania lub przynajmniej rażącego niedbalstwa konsorcjum INKO, a także umyślne wprowadzenie zamawiającego w błąd, iż wykonawca dopiero po złożeniu oferty tj. dnia 9 stycznia 2023 r. powziął wiedzę o zachodzeniu w stosunku do niego podstaw wykluczenia z postępowania oraz konieczności przeprowadzenia procedury selfcleaning;
3) art. 17 ust. 2 Pzp przez udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy, ponieważ podlegał on wykluczeniu;
4) art. 16 pkt 1 Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do nieuzasadnionego uprzywilejowania podmiotu, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, mimo, iż udzielenie zamówienia temu podmiotowi nastąpiło z naruszeniem przepisów Pzp.

Wobec powyższego, odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:
- unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy konsorcjum INKO w postępowaniu;
- przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert;
- wykluczenia i odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum INKO z postępowania;
- powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp wskazując, że jego oferta jest drugą najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu i w sytuacji wykluczenia konsorcjum INKO z postępowania, oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Tym samym odwołujący stwierdził, że legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania.

W uzasadnieniu zarzutów, odwołujący wskazał, że dnia 2 czerwca 2023 r. na stronie internetowej postępowania została zamieszczona informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty, a odwołujący został powiadomiony przez zamawiającego o dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty pismem numer RZ.D-3.2421.28.2022. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez konsorcjum INKO. W uzasadnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający wskazał, iż oferta wybrana została zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentacji zamówienia. Najkorzystniejsza oferta spełniała wszystkie postawione w SWZ warunki oraz uzyskała największą liczbę punktów. Zdaniem odwołującego zamawiający doszedł do błędnych wniosków w toku oceny ofert, ponieważ konsorcjum INKO podlegało wykluczeniu z postępowania na zasadzie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 110 ust. 3 w zw. z art. 111 pkt 5 Pzp gdyż nie upłynął jeszcze dwuletni termin podlegania przez wykonawcę wykluczeniu z uwagi na wykluczenie wykonawcy z innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zasadzie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, a w toku postępowania wykonawca nie przeprowadził skutecznie procedury selfcleaning oraz nie wykazał, że podjął czynności wystarczające do wykazania jego rzetelności. Ponadto, w ocenie odwołującego w postępowaniu konsorcjum INKO również dopuściło się umyślnego wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający jako jedną z przyczyn wykluczenia wykonawcy z postępowania

wprowadził w SWZ podstawę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp (pkt 9 Tomu I SWZ Przesłanki Wykluczenia Wykonawców, punkt 9.2 ppkt 8). Zgodnie
z powyższym zamawiający nadał w toku postępowania przesłance wykluczenia wykonawcy przewidzianej w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp charakter obligatoryjnej podstawy wykluczenia wykonawcy. W tym stanie rzeczy, do wykluczenia wykonawcy z postępowania na wyżej wskazanej podstawie konieczne było spełnienie trzech przesłanek, a to:
1) wprowadzenie zamawiającego w błąd;
2) wprowadzenie w błąd dotyczy przedstawienia informacji, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane "kryteriami selekcji" lub zatajono te informację lub brak jest możliwości przedstawienia wymaganych dokumentów;
3) powyższe wynika z działania zamierzonego lub rażącego niedbalstwa wykonawcy.
Jednocześnie odwołujący nadmienił, że do wykluczenia wykonawcy z postępowania wystarczającym było także stwierdzenie, że wykonawca został poprzednio wykluczony
z innego postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp i nie minął jeszcze okres 2 lat od zaistnienia tego zdarzenia. W takim przypadku zgodnie z art. 111 ust. 1 pkt 5 Pzp wykonawca powinien automatycznie zostać wykluczony z postępowania, o ile nie przeprowadził skutecznie procedury selfcleaning – co w ocenie odwołującego w niniejszym postępowaniu nie nastąpiło. Konsorcjum INKO w okresie 2 lat przed złożeniem oferty
w postępowaniu zostało wykluczone z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z czym konsorcjum powinno zostać wykluczone z niniejszego postępowania, gdyż nie upłynął jeszcze okres podlegania wykluczenia przez członków konsorcjum oraz nie przeprowadzili oni w ocenie odwołującego skutecznie procedury selfcleaning opisanej w art. 110 Pzp. Ponadto odwołujący podkreślił, że w niniejszym postępowaniu konsorcjum INKO w wyniku zamierzonego działania wprowadziło zamawiającego w błąd przy przedstawieniu wraz z ofertą informacji, że nie podlega wykluczeniu, a także podejmując nieskutecznie, już po złożeniu oferty, próbę przeprowadzenia procedury selfcleaning, umyślnie przedstawiło zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, co stanowi dodatkowy argument za wykluczeniem z postępowania, gdyż kumulatywnie spełnione są trzy przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp.
Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu konsorcjum INKO złożyło wraz
z ofertą oświadczenie JEDZ potwierdzające, że nie podlega wykluczeniu z postępowania
i nie ujawniło od razu w złożonym pierwotnie JEDZ informacji o wcześniejszych wkluczeniach dokonanych na postawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, pomimo iż:
- pierwsza decyzja o wykluczeniu konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego została podjęta przez zamawiającego dnia 7 kwietnia 2022r. (sprawa zakończona postanowieniem KIO w dniu 14 kwietnia 2022 r., sygn. akt: KIO 868/22);
- kolejna decyzja o wykluczeniu konsorcjum z postępowania została podjęta przez zamawiającego dnia 22 listopada 2022 r., a odwołanie wykonawcy INKO Consulting Sp.
z o.o. od tej decyzji zostało oddalone wyrokiem KIO z dnia 15 grudnia 2022 r. sygn. akt: KIO 3180/22.
W tym stanie rzeczy przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu (9 stycznia 2023r.) konsorcjum INKO miało pełną wiedzę o zachodzeniu w stosunku do niego postaw wykluczenia z postępowania, pomimo to oświadczyło, że nie zachodzą przesłanki wykluczenia, ani nie przeprowadziło od razu składając ofertę procedury selfcleaning.
Dalej odwołujący podniósł, że analizując złożone przez konsorcjum INKO w toku postępowania dokumenty, na pytanie zawarte w JEDZ: *Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji:*
a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji,
b) zataił te informacje,
c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz
d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu niezależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub dzielenia zamówienia
INKO Consulting Sp. z o.o. oświadczyło, iż nie znalazło się w żadnej ze wskazanych wyżej sytuacji. MP Consulting Sp. z o.o. również odpowiadając na powyższe pytanie zaznaczyło kwadrat „NIE".
Zdaniem odwołującego złożone przez INKO Consulting Sp. z o.o. oraz MP Consulting Sp.
z o.o. w JEDZ oświadczenia, iż konsorcjanci nie byli winni poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji ani nie zataili tych informacji nie są zgodne
z rzeczywistym stanem rzeczy, a co za tym idzie stanowią umyśle lub przynajmniej rażąco niedbałe działanie konsorcjum, wprowadzające w błąd zamawiającego. Odwołujący wskazał, iż konsorcjanci na dzień podpisania dokumentów JEDZ tj. 8 stycznia 2023 r. byli winni przynajmniej dwukrotnego wprowadzenia w błąd zamawiającego oraz zostali wykluczeni
z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp.
- wykluczenie nr 1 [sprawa zakończona postanowieniem KIO w dniu 14 kwietnia 2022 r., sygn. akt: KIO 868/22]
Zamawiający PKP PLK S.A. prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą*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*, nr postępowania 9090/IREZA3/13974/03924/21/P. Oferta konsorcjum INKO została wybrana w postępowaniu jako najkorzystniejsza, jednakże czynność tą zaskarżyła firma Safege S.A.S. z siedzibą w Nanterre, Francja, zarzucając, iż konsorcjum powinno polegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd. Odwołujący w tamtej sprawie podnosił, że w dniu 8 września 2021 r. wykonawca INKO Consulting Sp. z o.o.
w dokumencie JEDZ oświadczył, że nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, podczas gdy wskutek wyroku o sygn. akt KIO 1320/20 wykonawca ten został wykluczony z innego postępowania z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie pismem z 8 kwietnia 2022 r., które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przed otwarciem posiedzenia Izby (8 kwietnia 2022 r.) i złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Zamawiający poinformował ponadto,

że 6 kwietnia 2022 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z 17 marca 2022 r.. Kolejno dnia 7 kwietnia 2022 r. zamawiający wykluczył wykonawców wspólnie ubiegających się
o udzielenie zamówienia konsorcjum INKO na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, odrzucił ofertę wykonawców na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a oraz na podstawie art. 255 pkt 3 unieważnił postępowanie. Wykonawca konsorcjum INKO miał status przystępującego po stronie zamawiającego w prowadzonym postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 868/22, jednak nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 2 Pzp. Postanowienie KIO 868/22 jest prawomocne. Należy podkreślić, że skoro konsorcjum INKO nie wniosło sprzeciwu od uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego, skutkujących jego wykluczeniem na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp to oznacza, iż zaakceptowały uwzględnienie odwołania przez zamawiającego oraz podniesione tam zarzuty oraz jako profesjonalista godziło się z ryzykiem związanym ze stosowaniem wobec nich wykluczenia z innych postępowań przez kolejne 2 lata zgodnie z art. 111 pkt 5 Pzp. W tym stanie rzeczy, od dnia
8 września 2021 r. (złożenie wprowadzającego w błąd dokumentu JEDZ) biegnie wobec INKO Consulting Sp. z o.o. i MP Consulting Sp. z o.o. zakaz ubiegania się o zamówienie wynikający z art. 111 pkt 5 Pzp, co powinno w niniejszym postępowaniu skutkować wykluczeniem konsorcjum oraz odrzuceniem oferty. Odwołujący podkreślił w tym kontekście, że najpóźniej dnia 14 kwietnia 2022r. (postanowienie KIO 868/22) konsorcjum INKO posiadało wiedzę o występowaniu przesłanki wykluczenia z postępowania, nie poinformowało o tym od razu zamawiającego pierwotnie zatajając niniejszą informację.
W powyższym kontekście odwołujący wskazał, że wobec czynności zamawiającego z dnia
7 kwietnia 2022 r. tj. wykluczenia wykonawców oraz odrzucenia ich oferty, konsorcjum INKO wniosło odwołanie, które postanowieniem z dnia 27 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO 1049/22 zostało odrzucone. Podstawą odrzucenia odwołania był art. 527 i art. 528 pkt 5 Pzp, bowiem zgodnie z art. 527 Pzp, na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, albo, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu zgodnie z art. 524 nie przysługują środki ochrony prawnej, a po myśli art. 528 pkt 5 Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub,
w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Wykonawca jako profesjonalista wnosząc odwołanie od tej czynności musiał więc mieć wiedzę, iż jest ono niedopuszczalne. Kolejno, konsorcjum wniosło do Sądu Okręgowego w Warszawie skargę od postanowienia KIO z 27 kwietnia 2022 r. sygn. 1049/22 o odrzuceniu odwołania, jednak skarga nie została przez wykonawcę opłacona, a co za tym idzie została odrzucona postanowieniem Sądu Okręgowego
w Warszawie z dnia 7 września 2022 r. sygn. XXIII Zs 83/22. Powyższe również wskazuje na fakt, iż działania podejmowane przez wykonawcę miały na celu wyłącznie wytworzenie mylnego przekonania u innych zamawiających, iż nie doszło do skutecznego wykluczenia konsorcjum na zasadzie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, pomimo iż zdarzenie takie miało faktycznie miejsce.
- wykluczenie nr 2 [będące przedmiotem wyroku KIO z dnia 15 grudnia 2022r., sygn. KIO 3180/22] Zamawiający PKP PLK S.A. prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad pracami projektowymi i robotami budowlanymi związanymi z przebudową mostu w Przemyślu, w k.m. 243,845 linii kolejowej nr 91 Kraków Główny - Medyka w ramach projektu pn.: "Poprawa stanu technicznego obiektów inżynieryjnych - etap II"* Nr postępowania 9090/IREZA3/12950/03520/22/P. Decyzją z dnia 22 listopada 2022 r. zamawiający PKP PLK S.A. wykluczył z postępowania oraz odrzucił ofertę wykonawcy INKO Consulting Sp. z o.o. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. W uzasadnieniu decyzji zamawiający wskazał, że w dniu 9 sierpnia 2022 r. wykonawca ten w dokumencie JEDZ zaznaczył, iż nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, w sytuacji gdy zamawiający wykluczył tego wykonawcę z innego postępowania decyzją z dnia 7 kwietnia 2022 r. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Na czynność zamawiającego z dnia 22 listopada 2022 r. wykonawca INKO Consulting Sp. z o.o. wniósł odwołanie, które wyrokiem KIO z dnia 15 grudnia 2022 r. sygn. akt KIO 3180/22 zostało oddalone. W uzasadnieniu wyroku Izba argumentowała w szczególności, iż
w sprawie KIO 868/22 na skutek braku sprzeciwu INKO Consulting Sp. z o.o. i MP Consulting Sp. z o.o., które występowały w charakterze przystępującego, czynność wykluczenia konsorcjum na zasadzie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp z postępowania uprawomocniła się. W rezultacie zaistniało nowe zdarzenie i od daty 8 września 2021 r. (złożenie w poprzednim postępowaniu JEDZ z oświadczeniem wprowadzającym zamawiającego w błąd) biegnie zakaz ubiegania się o zamówienie wynikający z art. 111 pkt 5 Pzp. Powyższe skutkuje w aktualnym postępowaniu wykluczeniem wykonawcy z udziału
w postępowaniu i odrzuceniem jego oferty.
Odwołujący stwierdził, że w niniejszym postępowaniu konsorcjum INKO ponownie składając ofertę dopuściło się naruszenia przepisów Pzp oraz ponownie, w sposób umyślny podjęło działanie mające na celu wprowadzenie zamawiającego w błąd w zakresie braku występowania podstaw wykluczenia, bowiem składając pierwotnie ofertę oraz pierwszy formularz JEDZ, konsorcjum złożyło w nim oświadczenie niezgodne z rzeczywistością, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania. Odwołujący wskazał, iż wykonawca jako profesjonalista, skoro miał na dzień złożenia oferty wiedzę o wykluczeniu go z innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego powinien od razu ujawnić taką informację, czego jednak nie uczynił zwlekając z przekazaniem jej zamawiającemu, co skutkuje koniecznością wykluczenia konsorcjum z niniejszego postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp.
- wykluczenie numer 3 [będące przedmiotem wyroku KIO z dnia 13 stycznia 2023r. sygn. KIO 3477/22 oraz KIO 3490/22] Zamawiający Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o.o., prowadził postępowanie pn.*świadczenie usług Inżyniera Kontraktu dla Zadania Inwestycyjnego pn. Budowa linii kolejowej nr 85 na odc. Warszawa Zachodnia - CPK - Łódź Niciarniana (bez odcinka w obrębie Węzła kolejowego CPK)* w podziale na 2 Części (numer: 8/22/MZ/PZP/583/UW/IK/1) oraz dokonał wyboru oferty wykonawcy INKO Consulting Sp.
z o.o. jako najkorzystniejszej. Od powyższej czynności wniesiono dwa odwołania dotyczące wykonawcy INKO Consulting Sp. z o.o. Odwołujący MGGP S.A.(KIO 2390/22) oraz drugi odwołujący - ECM Group Polska S. A. (KIO 3477/22) w treści wniesionych odwołań kwestionowali zaniechanie wykluczenia wykonawcy INKO Consulting Sp. z o.o., pomimo iż wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu oraz zaniechanie wykluczenia konsorcjum pomimo, iż nie upłynął okresy wskazany w art. 111 pkt 5 Pzp. W sprawie 3477/22 oraz 3490/22 zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania dotyczące zaniechania wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia oferty wykonawcy INKO Consulting Sp. z

o.o., jednak w trakcie posiedzenia pełnomocnik wykonawcy złożył sprzeciw wobec uwzględnienia. Z tego względu zarzuty te były rozpatrywane merytorycznie. Krajowa Izba Odwoławcza po merytorycznym rozpoznaniu odwołań:
- w sprawie KIO 3490/22: Uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych
w odwołaniu numerami od 1 do 3 oraz 10 i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wykluczenie z postępowania wykonawcy INKO Consulting Sp. z o.o.
z siedzibą w Krakowie oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw.
z art. 111 pkt 5 oraz w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp,
- w sprawie KIO 3477/22: Uwzględniła odwołanie w pozostałym zakresie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wykluczenie z postępowania wykonawcy INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 111 pkt 5 oraz w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp.
Powyższe w ocenie odwołującego prowadziło do wniosku, że po raz kolejny mamy do czynienia z analogiczną jak w niniejszym postępowaniu sytuacją, a to, iż wykonawca będąc świadomym wykluczenia oraz odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp
w uprzednio toczącym się postępowaniu, zataił te informacje i nie przedstawił ich od razu
w stosownej rubryce JEDZ, a tym samym wprowadził zamawiającego w błąd, że nie podlega wykluczeniu z postępowania. Powyższe prowadzi do wniosku, że w niniejszej sprawie zachodzą bezsprzecznie przesłanki do wykluczenia konsorcjum z postępowania oraz odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 111 pkt 5 oraz w zw.
z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp, a niniejsze odwołanie jest zasadne.
Odwołujący stwierdził, że w tym stanie rzeczy należy uznać, iż w stosunku do konsorcjum INKO miała miejsce uprzednio sytuacja wprowadzenia w błąd zamawiającego co do braku podstaw wykluczenia z postępowania. Pomimo to konsorcjum w złożonym w toku niniejszego postępowania wraz z ofertą dokumencie JEDZ nie ujawniło od razu tej informacji, co należy uznać za umyślne działanie konsorcjum, a przynajmniej za rażącego niedbalstwo. Ponadto konsorcjum nie przeprowadziło skutecznie procedury selfcleaning, pomimo iż składając ofertę miało bezsprzecznie wiedzę o występowaniu podstaw wykluczenia
z postępowania. Odwołujący wskazał, że w przypadku, gdy wykonawca chce skorzystać
z procedury selfcleaning, konieczne jest po pierwsze ujawnienie - „przyznanie się" przez wykonawcę, iż zachodzą w stosunku do niego przesłanki wykluczenia z postępowania, czego konsorcjum nie uczyniło od razu składając ofertę, twierdząc w złożonym pierwotnie formularzu JEDZ, iż nie zachodzą w stosunku do wykonawcy przesłanki wykluczenia. Jak wskazuje orzecznictwo KIO (zob. wyrok KIO 991/19 oraz KIO 1576/19), brak przyznania się do naruszenia przepisów Pzp przez wykonawcę uniemożliwia skuteczne samooczyszczenie
i nie ma możliwości dokonania samooczyszczenia.
Odwołujący wskazał, że na dzień złożenia oferty, konsorcjum INKO w ogóle nie podjęło próby przeprowadzenia procedury selfcleaning zgodnie z art. 110 ust. 2 Pzp, gdyż nie ujawniło przewinienia i zarówno w JEDZ jak i w dodatkowym dokumencie „wyjaśnienia" (nie stanowiących z pewnością selfcleaning) stało na stanowisku, że nie dokonało czynności niezgodnych z Pzp i skutkujących wykluczeniem. Skoro konsorcjum składając ofertę nie ujawniło zamawiającemu od razu informacji dotyczących występowania podstaw wykluczenia z postępowania, pomimo, iż były one konsorcjum bezsprzecznie znane na dzień złożenia oferty, to podjęte później działania w tym zakresie należy uznać za spóźnione. Jednocześnie odwołujący wyjaśnił, że podejmowane przez konsorcjum od początku działania należy oceniać jako wprowadzające w błąd zamawiającego. Odwołujący zauważył, że pierwotnie konsorcjum zamiast przeprowadzić od razu selfcleaning, złożyło wraz z ofertą dokument zatytułowany „wyjaśnienia", co również stanowiło działanie mające na celu umyślne wprowadzenie w błąd zamawiającego. W treści dokumentu konsorcjum nie podało kompletnych informacji oraz starało się przedstawić zaistniałe zdarzenia tj. wykluczenia
z postępowań, w sposób nieodpowiadający rzeczywistości oraz wykreować błędne przeświadczenie u zamawiającego, iż dokonane wykluczenia nie były zasadne lub ostateczne. Analizując treść „wyjaśnień" należy zauważyć, że w zakresie postępowania
o udzielenie zamówienia pod nazwą: *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*, nr postępowania 9090/IREZA3/13974/03924/21/P, (strona 1 wyjaśnień), konsorcjum w ogóle pomija kwestię uwzględniania przez zamawiającego zarzutów odwołania oraz niezłożenia przez konsorcjum sprzeciwu, co za tym idzie zaakceptowania tej czynności przez wykonawcę (KIO 868/22). Konsorcjum w treści wyjaśnień zataiło powyższą istotną dla niniejszego postępowania informację, co stanowi umyślne działanie mające na celu wprowadzenie zamawiającego
w błąd co do braku podstaw wykluczenia wykonawcy. Jednocześnie wysoce nielojalny ze strony wykonawcy i wprowadzający w błąd jest także zawarty w „wyjaśnieniach" opis zdarzeń związanych z zaskarżeniem postanowienia KIO z 27 kwietnia 2022r. sygn. KIO 1049/22 odrzucającego dowołanie wykonawców, oraz postanowienia Sądu Okręgowego
w Warszawie sygn. XXIII Zs 83/22 zgodnie z którym skarga na orzeczenie KIO również została odrzucona. Profesjonalny wykonawca, skoro nie wniósł sprzeciwu od czynności uwzględniania odwołania przez zamawiającego w sprawie KIO 868/22, powinien wiedzieć, iż nie ma skutecznej możliwości zaskarżenia czynności zamawiającego podjętej w związku
z uwzględnieniem tego odwołania. Podejmowane przez konsorcjum działania polegające na wnoszeniu kolejnych niedopuszczalnych lub złożonych z brakami formalnymi środków odwoławczych, stanowiło w ocenie odwołującego wyłącznie działanie nakierowane na wprowadzanie w błąd kolejnych zamawiających i próbę wywoływania błędnego przekonania, iż nie doszło do ostatecznego wykluczenia konsorcjum na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp pomimo, iż sytuacja taka miała miejsce. Odwołujący nadmienił także, że skarga do Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. Akt XXIII Zs 83/22 nie mogła zmienić sytuacji konsorcjum
w obszarze dotyczącym meritum sprawy tj. wykluczenia z postępowania w oparciu o treść art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, albowiem dotyczyła co do zasady umorzenia postępowania o sygn. KIO 1049/22, a nie postępowania sygn. akt: KIO 868/22 (o którym wykonawca nie wspomina).
Zdaniem odwołującego kolejnym twierdzeniem wprowadzającym w błąd było, iż w swoich działaniach w postępowaniach przetargowych prowadzonych przez PKP PLK S.A. znak 9090/IREZA3/13874/03924/21/P oraz znak 9090/IREZA3/12950/03520/22/P, wykonawcy opierali się interpretacji wskazanej przez KIO w wyroku z dnia 19 kwietnia 2022r. sygn. KIO 866/22 i KIO 886/22, gdzie zostały ocenione merytorycznie analogiczne podstawy faktyczne

i prawne wykluczenia wykonawcy. Twierdzenie to jest nieuprawnione i ponownie skutkuje wprowadzeniem zamawiającego w błąd, bowiem wyrok KIO 866/22 i KIO 886/22 dotyczył zagadnienia wykluczenia wykonawcy, jednak w związku z przepisami uprzednio obowiązującej Pzp, co nie stanowiło sytuacji analogicznej pod względem prawnym. Mając na uwadze powyższe, w ocenie odwołującego „wyjaśnienia" wykonawcy należy traktować jako kolejny element oferty mający ma celu umyślne wprowadzenie zamawiającego w błąd odnośnie braku podstaw wykluczenia wykonawcy. Ponadto zdaniem odwołującego, dalsze działania konsorcjum, a to złożenie już po upływie terminu na składanie ofert dokumentu pn. *Oświadczenie Wykonawcy składane*
w trybie art. 110 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, dalej „p.z.p.") w zakresie samooczyszczenia oraz przedłożenie w związku z tym zaktualizowanego oświadczenia JEDZ należy uznać za spóźnione oraz nieskuteczne. W ocenie odwołującego należało uznać, że konsorcjum nie przeprowadziło skutecznie procedury selfcleaning, a dokument z dnia 24 stycznia 2023 r. nie dość, że został złożony zbyt późno, to nie spełniał wszystkich przesłanek z art. 110 Pzp by można uznać, że wykonawca udowodnił swoją rzetelność i doszło do skutecznego samooczyszczenia. Wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Rozpatrując moment, kiedy wykonawca powinien wystąpić z procedurą samooczyszczenia, to co do zasady powinna zostać ona podjęta z inicjatywy samego wykonawcy, poprzez wskazanie w oświadczeniu wstępnym, że znajduje się w sytuacji uzasadniającej wykluczenie. W procedurze powyżej progów unijnych informacje o podjęciu działań naprawczych powinny więc znaleźć się już w oświadczeniu JEDZ (zob. wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 531/18). W doktrynie podkreśla się, że wykonawca powinien przedstawić zamawiającemu informacje o podjętych środkach naprawczych na jak najwcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - w ofercie wykonawcy (M. Sieradzka (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022). Stanowisko takie znajduje potwierdzenie
w orzecznictwie sądowym. W postanowieniu Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 25 lipca 2016 r. (V Ga 135/16, niepubl.) sąd potwierdził, że podjęcie działań samooczyszczających musi mieć miejsce na etapie przed składaniem ofert. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1102/18, późniejsze, następcze w wyniku wezwania zamawiającego czy po podjęciu przez niego decyzji o wykluczeniu samooczyszczenie wykonawcy wypaczałoby sens tej instytucji. W niniejszym postępowaniu, konsorcjum na dzień składania ofert miało wiedzę o wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na mocy decyzji zamawiającego dnia 7 kwietnia 2022r. (sprawa zakończona postanowieniem KIO w dniu 14 kwietnia 2022 r., sygn. akt: KIO 868/22), a także
o wykluczeniu z drugiego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na mocy decyzji zamawiającego z dnia 22 listopada 2022 r., od której to decyzji odwołanie wykonawcy INKO Consulting Sp. z o.o. zostało oddalone wyrokiem KIO z dnia 15 grudnia 2022 r. sygn. akt: KIO 3180/22.
Powyższe zdarzenia miały miejsce przed złożeniem oferty, co za tym idzie już na moment złożenia oferty wykonawca powinien poinformować o nich zamawiającego oraz przeprowadzić procedurę selfcleaning, by wykazać swoją rzetelność, czego jednak nie uczynił, zatajając niniejsze informacje. Przedstawienie przez wykonawcę oświadczenia
z dnia 24 stycznia 2023 r. należy uznać za spóźnione i nieskuteczne, gdyż po złożeniu przez wykonawcę oferty nie wystąpiło żadne nowe zdarzenie i nie zaistniały nowe okoliczności faktyczne związane z wypełnieniem się przesłanki wykluczenia, umożliwiające wykonawcy przeprowadzenie procedury selfcleaning już po złożeniu oferty, a zdarzenia te istniały i były znane wykonawcy już na długo przed złożeniem oferty, tj. najpóźniej od dnia 14 kwietnia 2022r. (sprawa zakończona postanowieniem KIO 868/22). Odwołujący wskazał, że jak wynika z treści oświadczenia konsorcjum z dnia 24 stycznia 2023 r., konsorcjum wyprowadziło możliwość złożenia zaktualizowanego dokumentu JEDZ oraz przeprowadzenia procedury selfcleaning już po upływie terminu składania ofert z niekorzystnego dla konsorcjum wyroku KIO z dnia 15 grudnia 2022r. w sprawie sygn. KIO 3180/22, którego uzasadnienie doręczono konsorcjum 9 stycznia 2023r., wskazując na stronie 16 dokumentu z dnia 24 stycznia 2023, iż: *Doręczenie jednakże pełnomocnikowi Wykonawcy w dniu*
9 stycznia 2023r. uzasadnienia wyroku opisanego w pkt 3.4 (sygn. KIO 3180/22) wywołało w Wykonawcy przekonanie o konieczności złożenia niniejszego oświadczenia w przedmiocie samooczyszczenia, co Wykonawca czyni w celu zachowania najwyższej przejrzystości. Dalej na stronie 17 dokumentu z dnia 24.01.2023r. wskazano: *(…) W świetle konkluzji wyroku cytowanego powyżej Wykonawca podjął się samooczyszczenia celem utrzymania swojej pozycji wykonawcy w niniejszym postępowaniu i uniknięcia wykluczenia w sytuacji, w której wypełnił wszystkie przesłanki samooczyszczenia*.
W ocenie odwołującego analizując powyższe należy jednocześnie podkreślić, iż konsorcjum nie dokonało samooczyszczenia w celu wykazania, iż wykonawca faktycznie podjął odpowiednie środki celem zapobiegania dalszym nieprawidłowościom w kolejnych postępowaniach oraz wykazania, że jest rzetelnym wykonawcą, lecz złożyło dokument samooczyszczenia wyłącznie *celem utrzymania swojej pozycji wykonawcy w niniejszym postępowaniu i uniknięcia wykluczenia*. Powyższe wskazuje na fakt, iż wykonawca celowo zwlekał z przedstawieniem zamawiającemu pełnych i rzetelnych informacji dotyczących zachodzenia w stosunku do niego podstaw wykluczenia z postępowania, jednak mając świadomość, że względem wykonawcy zapadł kolejny wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wykluczający go z kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd, wykonawca najpewniej uznał, iż w niniejszym postępowaniu musi podjąć próbę „utrzymania swojej pozycji", inaczej również zostanie wykluczony. Powyższe działanie nie może zostać uznane za skuteczne przeprowadzenie procedury selfcleaning oraz prowadzi do kompletnego wypaczenia jej celu. Ponadto należy zauważyć, że również w dokumencie z dnia 24 stycznia 2023 r. zawierającym rzekomy selfcleaning, konsorcjum podaje informacje wprowadzające zamawiającego w błąd oraz próbuje wywołać u zamawiającego błędne przekonanie, iż dopiero 9 stycznia 2023 r. konsorcjum dowiedziało się o występowaniu podstaw wykluczenia z postępowania,
w sytuacji gdy, jak wskazywano powyżej, fakt występowania podstaw wykluczenia
z postępowania był znany konsorcjum najpóźniej 14 kwietnia 2022 r., czyli na długo przed złożeniem oferty. Odwołujący wskazał, że fakt doręczenia pełnomocnikowi wykonawcy
w dniu 9 stycznia 2023 r. uzasadnienia wyroku KIO 3180/22 z dnia 15 grudnia 2022 r., być może doprowadzić do dokonania przez konsorcjum odmiennej oceny zdarzeń z dnia
7 kwietnia 2022 r. oraz 22 listopada 2022 r. tj. wykluczenia wykonawcy z postępowań
o udzielenie zamówień publicznych na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 8 Pzp, jednakże nie zmienił w żadnym aspekcie obiektywnej okoliczności występowania jeszcze na długo przed złożeniem przez konsorcjum oferty przesłanek wykluczenia konsorcjum z postępowania. Odwołujący wskazał, iż wyrok KIO z dnia 15 grudnia 2022 r. sygn. KIO 3180/22 stanowi wyłącznie ocenę prawną wykluczenia wykonawcy z dwóch postępowań na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, jednakże sytuacja faktyczna wykonawcy istniejąca na dzień składania oferty oraz pierwotnego oświadczenia JEDZ oraz

na dzień skorygowania oświadczenia JEDZ i złożenia dokumentu selfcleaning z dnia 24 stycznia 2023 r. nie uległa zmianie i nie mogła ulec w wyniku doręczenia wykonawcy uzasadnienia wyroku z dnia 15 grudnia 2022 r., gdyż zawierało ono wyłącznie ocenę prawną zaistniałego już w kwietniu 2022 r. oraz listopadzie 2022 r. zdarzenia, o których wykonawca nie poinformował zamawiającego składając ofertę, pomimo iż powinien to od razu uczynić. Co więcej należy podkreślić, że sentencja orzeczenia KIO 3180/22 z dnia 15 grudnia 2022r. oraz najpewniej ustne motywy rozstrzygnięcia, powinny być konsorcjum znane już 15 grudnia 2022 r. czyli jeszcze przed złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu. Skoro więc orzeczenie KIO 3180/22 z dnia 15 grudnia 2022 r. wywołało u konsorcjum przeświadczenie, iż jednak zachodzą względem konsorcjum przesłanki wykluczenia z postępowania, to w sytuacji, gdyby konsorcjum nie działało w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd, to nie złożyłoby w pierwotnym dokumencie JEDZ oświadczenia niezgodnego z rzeczywistością, iż wykonawca rzekomo nie podlega wykluczeniu z postępowania.
Zdaniem odwołującego w tym stanie rzeczy należało uznać, iż w niniejszym postępowaniu procedura samooczyszczenia nie powinna zostać w ogóle uwzględniona przez zamawiającego, gdyż złożenie przez wykonawcę dokumentu zawierającego rzekomy „selfcleaning" oraz zaktualizowanego formularza JEDZ należy uznać za spóźnione i tym samym niedopuszczalne.

Jednocześnie odwołujący wskazał, że niezależne od momentu złożenia dokumentu „selfcleaning" konsorcjum nie wykazało oświadczeniem z dnia 24 stycznia 2023 r. iż faktycznie podjęło wszelkie niezbędne działania naprawcze i zapobiegawcze określone
w art. 110 ust. 2 pkt 1–3 Pzp by w przyszłości nie doprowadzić ponownie do wprowadzenia zamawiającego w błąd, a rzeczywistym celem złożenia oświadczenia z dnia 24 stycznia 2023 r. jest wyłącznie uniknięcie wykluczenia i „utrzymanie" pozycji w postępowaniu. Załączone do oświadczenia o samooczyszczeniu uchwały zarządów INKO Consulting Sp.
z o.o. i MP Consulting Sp. z o.o. również należy uznać za pozorne i nieskuteczne działania wykonawcy, należy bowiem zauważyć, że pierwsza przedstawiona uchwała zawierająca *Procedurę w sprawie wprowadzenia obowiązku gromadzenia i analizy skutków wyroków KIO dotyczących Spółki* jest datowana na dzień 4 kwietnia 2022 r., jednakże pomimo jej rzekomego przyjęcia, działania konsorcjum nadal skutkowały wprowadzaniem kolejnych zamawiających w błąd. Także w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum ponownie nie przedstawiło wraz z ofertą prawidłowych oświadczeń w zakresie braku podstaw wykluczenia wykonawcy, co bezsprzecznie wskazuje, iż przyjęte rzekomo procedury nie zostały w praktyce wykorzystane, a miały wyłącznie sprawić pozory wdrożenia działań naprawczych. Zdaniem odwołującego w tym stanie rzeczy należało uznać, że konsorcjum w niniejszym postępowaniu nie dość, że przedłożyło dokument „samooczyszczenia", który należy uznać za spóźniony, to co więcej jego treść nie prowadzi do faktycznego wykazania, iż wykonawca podjął rzeczywiste działania by zapobiec
w przyszłości wprowadzaniu zamawiających w błąd.

W podsumowaniu odwołujący stwierdził, że w tym stanie rzeczy należało uznać, iż:
1) konsorcjum INKO podlegało wykluczeniu z niniejszego postępowania na zasadzie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 110 ust. 3 Pzp w zw. art. 111 pkt 5 Pzp, gdyż nie upłynął w stosunku do nich 2 letni termin wykluczenia z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd, który swój bieg rozpoczął nie wcześniej niż 8 września 2021r. (wykluczenie w postępowaniu prowadzonym przez PKP PLK S.A. numer 9090/IREZA3/13974/03924/21/P), a wykonawca nie przeprowadził skutecznie procedury samooczyszczenia i nie wykazał swojej rzetelności;
2) ponadto w niniejszym postępowaniu wykonawca działając w sposób umyślny lub przynajmniej rażąco niedbały przedstawił w dokumencie JEDZ, w dokumencie „wyjaśnienia" informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, iż nie podlega wykluczeniu
z postępowania i zataił istotne informacje dotyczące wykluczenia wykonawcy z poprzednio toczących się postępowań, w związku z czym po raz kolejny wykonawca dopuścił się poważnego naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, co za tym idzie winien zostać wykluczony.
W ocenie odwołującego zachowanie wykonawcy wprowadzające zamawiającego w błąd,
w toku niniejszego postępowania było umyślne a przynajmniej rażąco niedbałe, gdyż wszelkie działania podejmowane przez wykonawcę wskazują, iż wykonawca pierwotnie celowo nie ujawnił zamawiającemu informacji o zachodzeniu względem niego podstaw wykluczenia, a jego dalsze działania i złożenie dokumentu „samooczyszczenia" stanowią wyłącznie spóźnioną próbę „ratowania się" wykonawcy przez wykluczeniem z postępowania. Ponadto działania wykonawcy świadczą o ciągłym powtarzaniu przez niego analogicznych zachowań oraz wręcz notorycznym wprowadzeniu zamawiających w błąd w różnych postępowaniach.
Odwołujący wskazał wyłącznie z ostrożności procesowej, iż w przypadku gdyby Izba miała jakiekolwiek wątpliwości czy zachowanie wykonawcy było umyślne lub rażąco niedbałe, jako alternatywną podstawę wykluczenia konsorcjum z postępowania oraz zarzut alternatywny naruszenie przez zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum INKO z postępowania pomimo przedstawienia w wyniku niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd, co miało istotny wpływ na wybór oferty konsorcjum
w postępowaniu.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 17 ust. 2 Pzp odwołujący wskazał, iż zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania, co za tym idzie z całą pewnością wybór wykonawcy nie nastąpił zgodnie z przepisami ustawy, a zatem doszło do naruszenia art. 17 ust. 2 Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. art. 16 pkt 1 Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do nieuzasadnionego uprzywilejowania podmiotu, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, mimo, iż udzielenie zamówienia temu podmiotowi nastąpiło z naruszeniem przepisów Pzp. Odwołujący wskazał, że udzielenie zamówienia powinno mieć miejsce wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, natomiast w niniejszej sprawie naruszono ustawę wprost przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu. Wybranie jako najkorzystniejszej oferty, która narusza ustawę, powoduje to, że biorący udział w postępowaniu nie są traktowani równo, gdyż ten oferent, który podlegał wykluczeniu z postępowania obligatoryjnie z mocy ustawy został wybrany jako wykonawca niniejszego zamówienia publicznego, natomiast interes odwołującego, którego oferta spełniała wszystkie wymogi SWZ i nie podlegał wykluczeniu, został tym samym naruszony.
Odwołujący podkreślił przy tym, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym i stanowi uporządkowany ciąg czynności zgodnie z art. 7 pkt 18 Pzp, a umożliwienie w niniejszym postępowaniu wykonawcy zmiany dokumentu JEDZ oraz przedstawienia dokumentu samooczyszczenia już po złożeniu oferty, pomimo świadomości wykonawcy co do wystąpienia przesłanki wykluczenia już na moment składania oferty i

pierwotnego dokumentu JEDZ, niewątpliwie prowadzą do zaburzenia tego ciągu czynności i naruszenia zasady przejrzystości postępowania, a także zasady równego traktowania wykonawców.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: INKO Consulting Sp. z o.o.
z siedzibą w Krakowie oraz MP Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

W dniu 21 czerwca 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której zawarł oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w całości.
W uzasadnieniu dla ww. czynności zamawiający wskazał, że wykonawca konsorcjum INKOwprowadził go w błąd, składając wraz z ofertą JEDZ w sekcji C zawierający wobec każdego z konsorcjantów informację, że nie pozostawali winni wprowadzenia w błąd, zatajenia informacji lub niemożności, przedstawienia wymaganych dokumentów lub uzyskania poufnych informacji na temat postępowania. Pomimo tego bowiem, że konsorcjanci przedstawili wraz z ofertą „wyjaśnienia" – które w ocenie zamawiającego nie stanowiły wyjaśnień w ramach procedury self-cleaningu – to stanowiły one wybiórcze oraz stronnicze stanowisko konsorcjantów co do stwierdzanych wobec nich podstaw wykluczenia w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Przede wszystkim konsorcjum INKO pominęło informację o postępowaniu prowadzonym przed KIO o sygn. akt KIO 868/22,
o którym zamawiający powziął wiedzę dopiero wskutek zapoznania się z treścią odwołania wykonawcy ARCUS. Po stronie zamawiającego powstało zatem mylne wyobrażenie, iż
w postępowaniu pn. „Poprawa stanu technicznego obiektów inżynieryjnych — etap II, nr postępowania 9090/1REZA3/13974/03924/21/P", nie zapadło żadne rozstrzygnięcie merytoryczne, podczas gdy w rzeczywistości wskutek rozpoznania odwołania wykonawcy Safege S.A.S. z siedzibą w Nanterre, zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. prowadzący ww. postępowanie, unieważnił wybór oferty konsorcjum INKO oraz odrzucił ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i MP Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a. W sprawie tej konsorcjum INKO nie złożyło sprzeciwu. Dopiero natomiast wskutek wykonania przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. wyroku KIO
o sygn. akt 868/22 doszło do wniesienia kolejnego odwołania przez konsorcjantów działających w ramach konsorcjum INKO, co skutkowało odrzuceniem odwołania przez KIO na mocy postanowienia z dnia 27 kwietnia 2022 r. o sygn. KIO 1049/22, przywołanego
w „wyjaśnieniach" załączonych przez konsorcjum INKO do oferty, przy jednoczesnym pominięciu całokształtu okoliczności związanych z odrzuceniem.
W związku z powyższym, zamawiający wyjaśnił, że podjął decyzję o unieważnieniu czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców działających w ramach konsorcjum INKO oraz o wykluczeniu wykonawców działających w ramach konsorcjum INKO na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 111 pkt 5 oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp,
a w konsekwencji powyższego – o odrzuceniu oferty konsorcjum INKO na podstawie art. 226 ust. 2 lit. a Pzp, co wyczerpywało żądanie odwołującego w całości.

Ponadto także w dniu 21 czerwca 2023 r. wykonawcy zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego tj. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz MP Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie złożyli do akt sprawy pisma procesowe zawierające argumentacje dla wniosku
o oddalenie odwołania w całości.

Sygn. akt KIO 1708/23

W dniu 12 czerwca 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BICO GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz DONGSUNG Engineering Co. Ltd z siedzibą w Gyeongsa(zwani dalej: „odwołującym" lub „odwołującym konsorcjum BICO") wnieśli odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie:
1) art. 239 Pzp przez podjęcie czynności dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz MP Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej jako: „konsorcjum INKO", pomimo iż oferta złożona przez tego wykonawcę nie jest ofertą najkorzystniejszą;
2) art. 226 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 224 Pzp przez dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego, pomimo iż rzeczona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu
w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nie zawiera błędów w obliczeniu ceny lub kosztu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
- unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum, jako najkorzystniejszej;
- uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą i tym samym udzielenie odwołującemu przedmiotowego zamówienia publicznego;
- zasądzenie od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W tym kontekście wyjaśnił, że zgodnie z informacją z otwarcia ofert opublikowaną przez zamawiającego, jego oferta jest ofertą z najniższą ceną wśród złożonych w postępowaniu ofert, a w związku
z faktem, iż odwołujący spełnia wszystkie pozostałe kryteria pozacenowe, to gdyby nie naruszająca przepisy zaskarżona czynność zamawiającego, to oferta odwołującego, wybrana być powinna w przedmiotowym postępowaniu jako oferta najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący wskazał, że w dniu 9 stycznia 2023 r. zamawiający opublikował informację z otwarcia ofert wraz z informacją o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zgodnie z opublikowanym zestawieniem – oferta odwołującego stanowiła ofertą z najniższą ceną wśród złożonych
w postępowaniu ofert, a zaoferowana przez odwołującego kwota oferty mieściła się w kwocie jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. W dniu 22 lutego 2023 r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny, poprzez wykazanie, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona, a także przedstawienia przez wykonawcę wyczerpujących wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych a w szczególności

wyjaśnienia kwestii ujęcia w cenie oferty wszystkich kosztów towarzyszących wykonywaniu przedmiotu zamówienia. Kierując przedmiotowe wezwanie zamawiający wyznaczył termin udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny na dzień 2 marca 2023 r. przedłużając kolejno wskazany termin do dnia 9 marca 2023 r.
Odwołujący podniósł, że w dniu 9 marca 2023 r. przekazał wyjaśnienia zaoferowanej ceny zawierające szczegółowe odpowiedzi na zadane przez zamawiającego pytania wraz z ich uzasadnieniem, odniesieniem do poszczególnych, budzących wątpliwości zamawiającego pozycji formularza ofertowego oraz niezbędnymi dowodami na potwierdzenie kalkulacji ceny w poszczególnych zakresach dotyczących cen jednostkowych.
Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający w wezwaniu z dnia 22 lutego 2023 r. skierował do niego szereg szczegółowych pytań i rozbudowanych zagadnień, do których jako wykonawca był zobligowany się ustosunkować, a które to w żadnym stopniu nie zmierzały w istocie do wypełnienia celu jakiemu służyć ma instytucja zawarta w art. 224 ust. 1 Pzp. Zgodnie z orzeczeniem KIO z dnia 17 czerwca 2020 r. *Wezwanie do złożenia wyjaśnień ma bowiem zapobiegać arbitralnym decyzjom zamawiającego o odrzuceniu oferty wykonawcy z uwagi na jednostronne uznanie, że zawiera rażąco niska cenę, a nie być przejawem nakładania na wykonawcę zbędnych obowiązków* – vide KIO 657/20. Zdaniem odwołującego mając na względzie treść przedmiotowego wezwania trudno o przyznanie, że takowych dodatkowych obowiązków zamawiający na wykonawcę nie nałożył. Znaczny zakres pytań zawartych
w treści wezwania do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny w ogóle nie dotyczył bowiem kalkulacji ceny zaoferowanej przez wykonawcę ani też nie zmierzał do wyjaśnienia jakichkolwiek wątpliwości względem treści oferty, bowiem sama treść oferty oraz przedłożone dowody na potwierdzenie rzetelności skalkulowanej ceny ofertowej wykonawcy były jasne i klarowne a zadane pytania miały za zadanie spełnić zupełnie inne cele, które bynajmniej nie odnosiły się w jakikolwiek sposób do kwestii wątpliwości co do treści oferty lecz zmierzały do przedwczesnego określenia i ostatecznego potwierdzenia przez wykonawcę szczegółowego zakresu i sposobu wykonywanego zamówienia, do którego wykonawca na etapie składania oferty w ogóle nie jest zobowiązany. W przedmiotowym wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zamawiający sprecyzował blisko kilkadziesiąt rozbudowanych zagadnień w tym również takich, które zupełnie nie zmierzały do wypełnienia przesłanek zasadności ich zadania na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp.
Odwołujący zauważył, że kategoria tego rodzaju pytań nie tylko nie prowadziła do wyjaśnienia jakichkolwiek ewentualnych wątpliwości zamawiającego związanych z kalkulacją ceny, ale też zdecydowanie wykraczała poza obowiązki wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dokumentacja postępowania, w żadnym zapisie Instrukcji Dla Wykonawcy (IDW), SWZ jak też w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) do postępowania nie zawierała zobowiązania dla wykonawcy do dysponowania już na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tak konkretną
i szczegółową wiedzą dotyczącą np. Biura Konsultanta, Biura Zamawiającego czy też wyposażenia biur lub zasobu sprzętowego etc. Dodatkowo odwołujący również nadmienił, że pytania dotyczące uwzględnienia w ofercie ewentualnego przyszłego ryzyka związanego
z wystąpieniem okoliczności nadzwyczajnych, wraz z żądaniem konkretnej kwoty tak wycenionego ryzyka w ogóle nie powinny mieścić się w katalogu wątpliwości zamawiającego dotyczących zaoferowanej przez wykonawcę kwoty. Okoliczności związane z epidemią COVID-19 należy traktować w kategoriach siły wyższej, a tym samym zamawiający oczekując od wykonawcy wkalkulowania w ofertę zdarzeń, których samej ich istoty nie może przewidzieć powoduje, iż wykonawca byłby jednocześnie zmuszony wkalkulować w swoją ofertę koszty nadzwyczajnych ryzyk, co jest oczywiście niedopuszczalne. Odwołujący stwierdził, że niejako na marginesie, nie można pozostawić bez komentarza również faktu, że sam charakter tak skonstruowanych przez zamawiającego pytań zmierzał również poniekąd do naruszenia zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu, jako że uzyskanie przez zamawiającego odpowiedzi na tego typu pytania przed dokonaniem czynności wyboru oferty jest przedwczesne i mogłoby w istocie doprowadzić do wyboru oferty wykonawcy, którego wybrane rozwiązania organizacyjne tj. np. dokładna lokalizacja biura, rodzaj i jakość wyposażenia, ilość i rodzaj konkretnego sprzętu czy oprogramowania komputerowego etc. będzie dla zamawiającego bardziej odpowiadająca jego indywidualnym oczekiwaniom.
Odnosząc się do szczegółowych zarzutów zamawiającego w zakresie podstaw odrzucenia oferty odwołującego, a przede wszystkim stwierdzenia, iż wykonawca w sposób bardzo ogólny wskazał na czynniki, które pozwoliły mu na zaoferowanie korzystnej ceny,
a w zakresie szeregu pytań brak było żądanych przez zamawiającego informacji, odwołujący wskazał jak poniżej:
1. Koszty Biura Konsultanta
Odwołujący wyjaśnił, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, na pytanie I.1.1. dotyczące *przedłożenia założeń i szczegółowych wyliczeń (rozbicia ceny ryczałtowej), na podstawie których ustalona została wartość kosztów Biura Konsultanta oraz wskazania jakie obiektywne czynniki spowodowały obniżenie ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona* - wskazał przede wszystkim, że stan, warunki techniczne i wyposażenie biura będą zgodne z wszystkimi wymaganiami przedstawionymi w SWZ, OPZ oraz PPU. Dodatkowo odwołujący zaznaczył również, że Biuro będzie odpowiadać wszelkim niezbędnym wymaganiom określonym w przepisach prawa. Na potwierdzenie realności zadeklarowanej w ofercie kwoty odwołujący:
1) przedłożył do wyjaśnień dowód (załącznik nr 1 do Wyjaśnień zaoferowanej ceny)
w postaci oświadczenia – Rozeznanie cenowe cen najmu lokali biurowych, z którego wynika, że dla powierzchni biurowych, spełniających wymagania SWZ, OPZ i PPU ceny najmu kształtują się pomiędzy 14,00 zł/m^2 a 16,00 zł/m^2, co daje średnio 15,00 zł/m^2. Dowód ten Wykonawca przedłożył na potwierdzenie, iż dokonał rozeznania cenowego w zakresie najmu lokali a dokonana w Formularzu Cenowym kalkulacja kosztów najmu lokalu jest ceną realną
i rynkową;
2) przedłożył dowód (załącznik nr 2 do Wyjaśnień zaoferowanej ceny) stanowiący fakturę VAT o nr 63/01/2022 zawierającą wyszczególnienie odrębnych pozycji obejmujących konkretne elementy wyposażenia biura wraz z ceną danego asortymentu wyposażenia – na potwierdzenie realności cen i kosztów z tytułu wyposażenia lokalu biurowego wskazanych przez wykonawcę w ofercie;
3) dodatkowo, odwołujący wyraźnie zaznaczył również, że dysponuje niezbędnym sprzętem
i wyposażeniem biurowym, które nabył w związku z wykonywaniem wcześniejszych usług
o podobnym charakterze i sprzęt ten zamierza wykorzystać do realizacji przedmiotowego zamówienia.
Dalej odwołujący wyjaśnił, że pokazał również szczegółowo (z rozbiciem na poszczególne elementy cenotwórcze) jakie składniki zawiera przyjęta przez wykonawcę cena jednostkowa dla pozycji 1.1 Formularza Cenowego wykazując w ten sposób schemat kalkulacyjny, który potwierdza, iż wszystkie niezbędne elementy składowe danej ceny jednostkowej odwołujący wziął pod uwagę przy kształtowaniu zarówno ceny Biura Konsultanta (poz. 1.1) jak

i odpowiednio ceny Biura Zamawiającego (poz. 1.3) wskazując przy tym, że kwota ta zawiera również element w postaci tzw. rezerwy finansowej przeznaczonej na pokrycie ewentualnych nieprzewidzianych wydatków w tym m.in zwiększonych opłat eksploatacyjnych czy wzrostu cen. Potwierdzeniem, że wskazana w Formularzu Cenowym kwota została skonstruowana
w sposób prawidłowy jest z kolei przedstawienie sumarycznego wyliczenia tak kształtującej się całkowitej kwoty ofertowej dla pozycji Biuro Konsultanta – poz. 1.1 Formularza Cenowego (oraz odpowiednio poz. 1.3 Biuro Zamawiającego).
Odwołujący stwierdził, że w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty zamawiający wskazał, iż *kalkulacja Wykonawcy w ww. zakresie jest niewiarygodna, jako że Wykonawca w przyjętej przez siebie kwocie nie uwzględnił obowiązku opłacenia podatku od nieruchomości*. Zdaniem odwołującego taki argument nie może jednak ostać się jako jedna z przyczyn rzekomego nierzetelnego skalkulowania przez odwołującego ceny, jako że brak jest jakiegokolwiek obowiązku uwzględniania przez wykonawcę w ofercie cen, które są niezasadne. Z taką niezasadnością mamy do czynienia właśnie w przedmiotowej sprawie, gdzie zamawiający sugeruje, iż skalkulowana przez odwołującego cena powinna obligatoryjnie zawierać element zupełnie zbędny i niewpływający w istocie w żaden sposób na ukształtowanie się oferowanej kwoty w zakresie Biura Konsultanta i/lub Biura Zamawiającego. Stanowisko zamawiającego dotyczące konieczności uwzględnienia przez wykonawcę w cenie kwoty podatku od nieruchomości jest w tym zakresie błędne a to z tej przyczyny, że odwołujący
w Wyjaśnieniach zaoferowanej kwoty wyraźnie zaznaczył, iż choć w istocie nie ma obowiązku wskazać zamawiającemu na etapie postępowania o udzielnie zamówienia szczegółowych informacji o tym, w jakiej formie zamierza zorganizować Biuro Konsultanta (najem, dzierżawa, własny lokal), to najbardziej prawdopodobnym i przewidywanym jest najem lub dzierżawa powierzchni biurowych. Z tego też powodu dla kalkulacji ceny ofertowej w pozycji Biuro Konsultanta (poz. 1.1) oraz w pozycji Biuro Zamawiającego (poz. 1.3) odwołujący przyjął koszty wynajmu powierzchni biurowych, a nie koszty zakupu takiego lokalu, którego stałby się właścicielem – czego w ogóle nie przewidywał. W tym kontekście argumentacja zamawiającego dotycząca konieczności wliczenia w koszty Biura Konsultanta również kwoty podatku od nieruchomości pozostaje bezpodstawna. Odwołujący wyjaśnił, że podatek od nieruchomości jest zobowiązaniem o charakterze publicznoprawnym i nie ma możliwości przeniesienia obowiązku podatkowego w podatku od nieruchomości na najemcę w drodze zawartej umowy cywilnoprawnej. Podatnikiem podatku od nieruchomości, niezależnie od postanowień zawartych w umowie najmu, pozostaje bowiem wynajmujący będący właścicielem nieruchomości, a nie najemca. Powyższe wprost wynika z art. 3 ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. – o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U. z 2023 r. poz. 70). Zgodnie z ww. przepisem podatnikami podatku od nieruchomości są osoby fizyczne, osoby prawne, jednostki organizacyjne, w tym spółki nieposiadające osobowości prawnej, będące: właścicielami nieruchomości lub obiektów budowlanych, posiadaczami samoistnymi nieruchomości lub obiektów budowlanych, użytkownikami wieczystymi gruntów, posiadaczami nieruchomości lub ich części albo obiektów budowlanych lub ich części stanowiących własność Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego.
W przypadku najemcy lokalu próżno jednak szukać podstaw do konieczności zapłaty podatku od nieruchomości przez najemcę, jako że ten w żadnym zakresie nie wypełnia zamkniętego katalogu przesłanek zawartych w art. 3 wyżej wskazanej ustawy. Najemca nie jest bowiem ani właścicielem nieruchomości, ani też jego posiadaczem samoistnym, ale jak wynika z art. 336 Kodeksu cywilnego – jest wyłącznie posiadaczem zależnym, a w stosunku do tego rodzaju podmiotów obowiązek podatkowy względem podatku od nieruchomości nie występuje. Odwołujący wyjaśnił, że z tej przyczyny nie uwzględnił elementu kosztu, na który wskazuje zamawiający, tj. kosztów podatku od nieruchomości, jako że koszt ten sztucznie zawyżałby cenę dla ww. pozycji Formularza Cenowego – Biuro Konsultanta, a odwołujący nie byłby zobligowany do jego ponoszenia w trakcie trwania umowy na realizację przedmiotowego zadania.
Dalej, odwołujący zauważył, iż w Formularzu Cenowym dla pozycji 1.1 Biuro Konsultanta określił cenę jednostkową na poziomie 3.500 zł/mc. Szczegółową kalkulację wraz
z rozbiciem przedmiotowej kwoty odwołujący przedłożył w kierowanych do zamawiającego wyjaśnieniach zaoferowanej ceny. Jak wskazano, w kwocie tej ujęta została:
- cena wynajmu w wysokości 1.500 zł/mc,
- koszty eksploatacyjne w wysokości 250 zł/mc,
- oraz koszt wyposażenia i dostosowania do wymagań SWZ, OPZ i PPU w wysokości 500 zł/mc. Ponadto, w kwocie tej odwołujący ujął również pozycję określoną jako rezerwa, która ukształtowana została na poziomie 1.250 zł/mc.
Z kolei dla pozycji 1.3 Formularza Cenowego tj. Biuro Zamawiającego odwołujący przyjął cenę jednostkową w wysokości 1.500 zł/mc, na którą składa się:
- wynajem biura w wysokości 450 zł/mc,
- koszty eksploatacyjne w wysokości 150 zł/mc,
- koszt wyposażenia i dostosowania do wymagań SWZ, OPZ i PPU w wysokości 500 zł/mc.
Dodatkowo kwota ta również zawiera w sobie element w postaci rezerwy w wysokości 400 zł/mc.
Odwołujący wyjaśnił, że z treści pkt 2.2.2 Opisu Przedmiotu Zamówienia [Biuro Zamawiającego] zamawiający określił, że *Konsultant zapewni na potrzeby Kierownika Projektu pomieszczenia biurowe o łącznej powierzchni co najmniej 30 m² zlokalizowane*
w tym samym miejscu co biura Inżyniera Kontraktu lub w bezpośrednim sąsiedztwie (...). Jednocześnie w przypadku wymagania zawartego w pkt 2.2.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia [Biuro Konsultanta] zamawiający nie określił żadnego wymogu w zakresie wielkości powierzchni biura i/lub konkretnej liczby pomieszczeń wskazując jedynie, że *Konsultant zobowiązany jest do zapewnienia biura na potrzeby Personelu Konsultanta*
i Personelu biurowego i pomocniczego (...), przy czym w szczególności Konsultant zapewni salę konferencyjną dla minimum 40 osób (...). Mając to na uwadze, wykonawca w swojej ofercie przyjął zatem rozsądne założenie, zmierzające do spełnienie określonych przez zamawiającego wymagań opisanych zarówno w pkt 2.2.1 [Biuro Konsultanta] oraz 2.2.2 [Biuro Zamawiającego] Opisu Przedmiotu Zamówienia przy jednoczesnym maksymalnym ograniczeniu niezbędnych do poniesienia kosztów. Odwołujący wskazał, że na podstawie wykonanego przez siebie researchu dostępnych ofert doszedł do przekonania, że istnieje możliwość wynajmu jednej, łącznej powierzchni biurowej wypełniającej wymagania zamawiającego w zakresie organizacji obu ww. biur (Konsultanta i Zamawiającego) co
z kolei powoduje optymalizację kosztów związanych z wynajmem powierzchni biurowych, ich wyposażenia i utrzymania. Optymalizacja ta wynika m.in. z faktu, że takie rozwiązanie organizacyjne pozwala np. na niedublowanie pewnych zryczałtowanych kosztów eksploatacyjnych (jak np. zaliczka na wodę lub wywóz nieczystości). Organizacja biura Konsultanta oraz Zamawiającego w warunkach jednej umowy najmu pozwala również na kumulację cen jednostkowych przewidzianych dla pozycji 1.1 oraz 1.3 Formularza Cenowego, która to cena w łącznym rozrachunku umożliwia

wynajęcie lokalu o powierzchni nawet od 100m^2 do 140 m^2. Skumulowanie ww. kosztów dla poz. 1.1 oraz 1.3 Formularza Cenowego zwiększa łączną sumę przeznaczoną na wynajem, opłaty eksploatacyjne oraz wyposażenie powierzchni lokalowych do kwoty 5.000 zł/mc, za którą odwołujący jest
w stanie pokryć wszelkie niezbędne koszty w zakresie zarówno Biura Konsultanta jak i Biura Zamawiającego oraz jednocześnie pozwala na potencjalne zmniejszenie niezbędnych kosztów eksploatacyjnych. Tak przyjęta przez odwołującego organizacja powierzchni biurowych możliwa jest do zapewnienia, czego bezpośrednim dowodem są zebrane w toku rozeznania cenowego oferty wynajmu powierzchni lokali biurowych (wskazane
w załącznikach nr 11 i 16).
Zdaniem odwołującego z przedstawionych ofert wynika, że jest on w stanie wynająć lokal
o powierzchni biurowej łącznej np. 134,31 m^2 za cenę 2.000 zł/mc co daje kwotę ok 15 zł/m^2, a zatem jest to dokładnie taka kwota miesięcznego wynajmu lokalu powierzchni biurowych jaką odwołujący przyjął w swojej ofercie składanej na dzień 9 stycznia 2023 r. Przyjmując zatem założenia odwołującego poczynione w Formularzu Cenowym dla pozycji 1.1 oraz 1.3, których łączna wartość pozwala na przeznaczenie sumy 5.000 zł/mc z tytułu organizacji Biura Konsultanta oraz Biura Zamawiającego odwołujący wskazał, iż koszt samego wynajmu powierzchni biurowej (jak wynika z rozeznania cenowego rynku) jest w stanie oscylować nawet na poziomie ok 2.000 zł/mc przyjętej kwoty całkowitej. Odwołujący zauważył, że jest to dokładnie taka kwota jaką przewidywał w Formularzu Cenowym dla obu ww. pozycji (1.500 zł/mc + 450 zł/mc = 1950 zł/mc). Dodatkowo, dla obu pozycji Formularza Cenowego łącznie (1.1 i 1.3) koszty te przedstawiają się następująco:
- koszty wynajmu lokalu – łącznie 1.950 zł/mc (1.500 zł/mc + 450 zł/mc),
- koszty eksploatacji – łącznie 400 zł/mc (250 zł/mc + 150 zł/mc),
- koszty rezerwy finansowej – łącznie 1.650 zł/mc (1.250 zł/mc + 400 zł/mc).

Sumarycznie – w ocenie odwołującego – skalkulowane przez niego koszty z tytułu rezerwy finansowej oraz opłat eksploatacyjnych, pozwalają zatem na dysponowanie miesięczną kwotą w wysokości 2.050 zł/mc (400zł/mc + 1.650zł/mc), co z kolei jest kwotą wystarczającą na pokrycie wszelkich opłat eksploatacyjnych lokalu. Ponadto odwołujący podniósł, że
w swoich wyjaśnieniach wskazał także, że dysponuje częściowo własnym sprzętem
i wyposażeniem niezbędnym do wyposażenia przedmiotowych lokali a kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie brakujących elementów wyposażenia skalkulował na poziomie (łącznie dla obu pozycji Formularza Cenowego) 1.000 zł/mc. Nie ulegało dla odwołującego wątpliwości, że i w tej kwocie zawarł on pewnego rodzaju „rezerwę", jako że wiadomym jest, iż wyposażenie lokalu nie jest kosztem wymagającym stałego, comiesięcznego pokrycia, ale co do zasady stanowi koszt o charakterze jednorazowym
i ustanowiony został do celu ewentualnego zaspokojenia wypadkowych potrzeb związanych z uzupełnieniem wyposażenia. Dla wykazania, że ww. koszty są realne i stanowią wynik rzetelnego badania rynku odwołujący wskazał również inne, pozyskane w tym procesie oferty (załącznik nr 12, 13, 14 i 15) zawierające ogłoszenia o wynajmie komercyjnym, które
w przybliżeniu kształtują wskazaną przez odwołującego w Formularzu Cenowym stawkę na zbliżonym lub podobnym poziomie. W ofertach, które pozyskał odwołujący stawki za 1m^2 powierzchni lokalu biurowego przeznaczonego pod wynajem, w obszarze województwa podkarpackiego oscylują bowiem w granicach 15 zł/m^2 – 25 zł/m^2 i są to stawki realne
i rzeczywiste, wynikające z ogłoszeń opublikowanych na przestrzeni ostatnich tygodni od dnia złożenia przedmiotowego odwołania. Odwołujący nadmienił, że nawet najdroższa
z przedkładanych przez niego ofert (25 zł/1m2) nadal mieści się w granicach kwoty 5.000 zł/mc, pozostawiając przy tym możliwość pokrycia kosztów eksploatacyjnych oraz ewentualnego wyposażenia na poziomie ok 2.500 zł/mc. Koszty zarówno wynajmu jak i opłat eksploatacyjnych oscylują oczywiście na różnym poziomie, czego przyczyną jest chociażby lokalizacja (położenie) danej nieruchomości i jej odległość od centrum, różnego rodzaju ogrzewanie dostępne w lokalu (elektryczne, gazowe, centralne), włączenie lub brak włączenia w cenę czynszu zryczałtowanych zaliczek (z tytułu np. wywozu odpadów komunalnych, ścieków i nieczystości) czy też możliwość użytkowania części wspólnych nieruchomości, dzielonych z innymi lokatorami budynku (kuchnia, łazienka) etc. Mimo to, przedłożone oferty potwierdzają zdaniem odwołującego, że jest on w stanie wynająć nieruchomość lokalową z przeznaczeniem na realizację przedmiotowego zamówienia
i spełniającą wymagania zawarte w dokumentacji postępowania, w kwocie jaką na ten cel uwzględnił w Formularzu Cenowym do złożonej przez siebie oferty. Odnosząc się do przywołanego argumentu zamawiającego, jakoby w swojej ofercie nie wziął pod uwagę kosztów eksploatacji lub też poszczególnych kosztów eksploatacji (np. gaz) odwołujący wskazał, iż dostatecznie wykazał, że wskazane przez niego kwoty na zaspokojenie wymagań dotyczących Biura Konsultanta oraz Biura Zamawiającego uwzględniają w istocie wszelkie niezbędne koszty wynajmu oraz wystarczają na zaspokojenie przewidywanych opłat. Odwołujący wyjaśnił, że kwoty te skalkulował na podstawie badań rynkowych, pozwalających na rzetelne skalkulowanie cen realnych i aktualnych. Odwołujący zwrócił również uwagę, iż cena zawarta w ofercie kalkulowana była na styczeń 2023 r., a zatem około 5 miesięcy wstecz od dnia sporządzenia przedmiotowego odwołania, stąd też wynikają pewne zwyżki cenowe widoczne na cenie wynajmu z 1m^2, które niewątpliwie spowodowane są obecną sytuacją gospodarczą i geopolityczną w kraju i na świecie (jak np. inflacja czy wciąż widoczne skutki działań wojennych na terytorium Ukrainy). Niemniej, najistotniejszy
w argumentowanym kontekście jest jednak fakt, iż mimo to odwołujący w dalszym ciągu potrafi wykazać, że przyjęte przez niego ceny pozwalają na wykonanie zamówienia
w przedmiotowym zakresie za wskazane w Formularzu Cenowym kwoty. Okoliczność ta miała stanowić oczywiste potwierdzenie faktu, że przygotowana przez odwołującego oferta została przygotowana w sposób rzetelny, zawiera kwoty realne i pozwala na prawidłowe, zgodne z oczekiwaniami zamawiającego zrealizowanie zamówienia w sposób określony
w dokumentach postępowania.
Już tylko na marginesie odwołujący zauważył, że obecnie dostępny wybór ofert lokali
z przeznaczeniem na wynajem jest bardzo zróżnicowany i pozwala na szerokie możliwości organizacji zaplecza biurowego, do którego zapewnienia zobowiązany jest Konsultant. Na przykładzie wskazanych ofert widać, iż istnieje przykładowa możliwość wynajmowania poszczególnych, kilkudziestometrowych pomieszczeń bądź też dostosowania (adaptacji) lokali o dużej powierzchni z niewydzielonymi, odrębnymi lokalami do potrzeb Konsultanta
i wymogów zamawiającego. Zdaniem odwołującego nie można pominąć również faktu, że ceny zawarte w ogłoszeniach

o najem lokali bardzo często podlegają również negocjacji
z właścicielem takich nieruchomości i nie sposób w takim wypadku całkowicie wykluczyć iż wykonawca będzie w stanie wynegocjować kwotę najmu lub opłat eksploatacyjnych na poziomie jeszcze niższym niż kwoty wskazane w ogłoszeniach. Dalej, również możliwość założenia w lokalu licznika prądu czy gazu z taryfą wynegocjowaną specjalnie dla wykonawcy wykonującego przedmiotowe usługi nie może zostać w tym aspekcie pominięta, albowiem gestorzy sieci oferują w tym kontekście wiele ofert z przeznaczeniem do indywidualnych negocjacji stawek co także może mieć przełożenie na obniżenie kosztów zapewnienia powierzchni biurowych, o których mowa w poz. 1.1 i 1.3 Formularza Cenowego.
2. Koszty Biura Zamawiającego
W tym aspekcie odwołujący wyjaśnił, że uzasadnieniu odrzucenia jego oferty zamawiający wskazał, iż argumentacja w tym zakresie jest analogiczna jak dla pozycji Biuro Konsultanta. Jako że pozycje te są dla siebie analogiczne cenowo odwołujący wskazaną powyżej przez siebie argumentację i uzasadnienie dla ukształtowania ceny Biura Konsultanta na poziomie 1.500 zł/mc podtrzymał również w zakresie Biura Zamawiającego, a to z tej przyczyny, iż zasady kształtowania ceny były w tym wypadku dokładnie takie sama dla obu tych pozycji (poz. 1.1 i 1.3 Formularza Cenowego), co szczegółowo opisane zostało powyżej. Zdaniem odwołującego kluczowym argumentem w zakresie przedmiotowego zagadnienia jest jednak kwestia tego, jak ceny w zakresie pozycji 1.3 Formularza Cenowego ukształtowali pozostali oferenci biorący za udział w przedmiotowym postępowaniu. Idealnym przykładem jest w tym zakresie oferta wykonawcy, którą zamawiający uznał za najkorzystniejszą a zatem konsorcjum INKO Consulting, który w Formularzu Cenowym dla pozycji 1.3 [Biuro Zamawiającego] wskazaną cenę jednostkową określił na dokładnie takim samym poziomie jak odwołujący. Z powyższego w sposób oczywisty wynika, iż określona przez odwołującego cena jednostkowa dla ww. pozycji w żadnym stopniu nie odbiega od cen przyjętych przez pozostałych oferentów. W takich okolicznościach nie można zatem podzielić twierdzeń zamawiającego, jakoby ukształtowana przez niego cena dla pozycji 1.3 Formularza Cenowego jakkolwiek odbiegała od cen rynkowych, była niewiarygodna, rażąco niska
a przede wszystkim uniemożliwiała w jakikolwiek sposób wykonanie przedmiotowego zamówienia, jako że oferta wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza określa cenę jednostkową w tym przypadku na identycznym poziomie jak ta zaoferowana przez odwołującego, a ponadto w postępowaniu dla pozycji 1.3 znalazły się również oferty, które cenę tę ukształtowały w sposób nawet niższy niż oferta odwołującego, którą to zamawiający odrzucił. Całość powyższej argumentacji dotyczącej ukształtowania ceny jednostkowej dla pozycji 1.1 Biuro Konsultanta oraz pozycji 1.3 Biuro Zamawiającego odwołujący odniósł również do wskazanych przez zamawiającego pozycji 4.1 oraz 4.3 Formularza Cenowego, która to argumentacja jest analogiczna. W zakresie pozycji 4.1 oraz 4.3 odwołujący również wskazał, iż ceny te w żaden sposób nie kształtują się na zaniżonym poziomie w stosunku do cen pozostałych oferentów. Jedynie dla przykładu odwołujący podniósł, iż ww. oferenci także w zakresie pozycji 4.3 ukształtowali cenę na identycznym lub niższym poziomie od odwołującego.
3. Koszty Usługi nadzoru i zarządzania oraz koszty związane z działaniami promocyjnymi
W tym miejscu odwołujący zwrócił uwagę na kluczową kwestię dotyczącą wezwania zamawiającego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz samych wyjaśnień odwołującego.
W punkcie 2 wezwania do złożenia wyjaśnień zamawiający zwrócił się o przedstawienie dowodów na to, że wykonawca jest w stanie pozyskać personel wskazany w tabeli za kwoty wskazane w ofercie. Odwołujący zauważył, że wskazane w tabeli elementy rozliczeniowe dotyczyły pozycji od 2.1 do 2.2.40 Formularza Cenowego, a zatem wyłącznie kosztów osobowych Personelu Konsultanta, co do których zamawiający w żadnym miejscu Opisu Przedmiotu Zamówienia nie wymagał zatrudnienia na podstawie umowy o pracę na zasadach określonych w Kodeksie pracy. Tylko i wyłącznie dla poz. 1.5. Formularza Cenowego – Personel biurowy oraz Poz. 1.6. Formularza Cenowego – Personel pomocniczy, w treści Tomu II SWZ zamawiający wskazał wyraźnie, iż:*Zamawiający wymaga, aby zatrudnione na podstawie stosunku pracy były osoby wykonujące czynności wchodzące w zakres obowiązków osób tworzących Personel biurowy i pomocniczy, tj.: czynności biurowe, administracyjne i organizacyjne wskazane w pkt. 2.1. OPZ*.
W tym też zakresie odwołujący wyjaśnił, że uwzględnił przedmiotowe wymaganie oraz
w treści kierowanych Wyjaśnień zaoferowanej ceny – pkt 4 i 5 wskazał, iż przewidział
2 osoby do świadczenia Usługi (odpowiednio Personelu biurowego oraz Personelu pomocniczego), zgodnie z SWZ, OPZ oraz PPU, które zostaną zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu. Przyjęte stawki są zgodne z przepisami ustawy
z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz w pełni wystarczające do zapewnienia wymaganego personelu. Dodatkowo odwołujący podniósł, że wskazał jakie poszczególne koszty zaoferowanej ceny dla takiego personelu składają się zaoferowaną kwotę, w rozbiciu na: wynagrodzenie brutto, ubezpieczenie emerytalne, ubezpieczenie rentowe, ubezpieczenie wypadkowe, fundusz pracy, FGŚP, BHP, urlopy
i inne koszty związane z zatrudnieniem powołując na potwierdzenie prawidłowości tak określonych stawek dowód w postaci wyciągu z kalkulatora przeznaczonego do obliczania wszystkich niezbędnych kosztów pracy pracownika. W odniesieniu zaś do zarzutu zamawiającego dotyczącego nieprzedstawienia wystarczających wyjaśnień dotyczących Kosztów Usługi nadzoru i zarządzania odwołujący wskazał, że argumentacja zamawiającego była w tym zakresie zupełnie bezprzedmiotowa. Zamawiający opiera bowiem swoją argumentację na okoliczności w postaci nieprzedłożenia przez odwołującego szczegółowych wyliczeń obrazujących w jaki sposób zostały wyliczone dniówki dla każdej z pozycji Formularza Cenowego z osobna, w tym wskazanie w jakiej wysokości w cenie jednostkowej uwzględnione zostały np. koszty BHP, urlopów (w tym zapewnienie zastępstw i wszelkie inne koszty związane z zatrudnieniem. W powyższym zakresie, jak i w całym uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego dotyczącym pozycji Formularza Cenowego od 2.1 do 2.2.40 wywód zamawiającego jest jednak nie tylko błędny i bezzasadny, ale też w ogóle wykracza poza jakiekolwiek obowiązki wykonawcy określone w dokumentach zamówienia. Po pierwsze odwołujący wskazał, iż zamawiający nigdzie nie określił obowiązku zatrudnienia Personelu Konsultanta, którego dotyczy zakres cenowy w ww. pozycjach Formularza Cenowego na podstawie umowy o pracę. Wobec powyższego odwołujący, uznał, że słusznie miał prawo skalkulować poszczególne elementy cenotwórcze dla wszystkich tych pozycji bez uwzględniania obligatoryjnych kosztów pracowniczych, jak miało to miejsce w przypadku Personelu biurowego i Personelu pomocniczego (gdzie taki obowiązek występował). W opinii odwołującego w takich okolicznościach brak jest podstaw do podzielenia stanowiska zamawiającego oraz przyznania racji twierdzeniom, iż odrzucenie oferty odwołującego jest słuszne m.in. z tego powodu, że *nie przedstawił on szczegółowych wyliczeń, obrazujących*
w jaki sposób zostały wyliczone dniówki dla każdej z pozycji Formularza Cenowego
z osobna, w tym wskazanie w jakiej wysokości w cenie jednostkowej uwzględnione zostały np. koszty BHP, urlopów (w tym zapewnienie zastępstw i wszelkie inne koszty związane

z zatrudnieniem. Odwołujący wskazał, że w pkt II Wyjaśnień zaoferowanej ceny szczegółowo uzasadnił, iż cena „dniówki" Personelu Konsultanta jest realna i odzwierciedla realną strukturę kosztów związanych ze świadczeniem usług w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Odwołujący wyjaśnił, że ma gwarancję, że koszt zatrudnienia personelu jest właśnie taki, jak w kalkulacji, ponieważ otrzymał od przyszłych członków Personelu zapewnienia na etapie składania oferty o podjęciu współpracy za określoną stawkę co potwierdzone zostało szeregiem złożonych oświadczeń obejmujących deklarację Ekspertów o potwierdzeniu przyszłego wykonania usługi za właśnie taką kwotę, jak została ona skalkulowana w ofercie odwołującego. Zdaniem odwołującego na etapie składania wyjaśnień zaoferowanej ceny taki dowód musi zostać uznany za w zupełności wystarczający. Dowód ten jednoznacznie wskazuje bowiem, że wysoko wyspecjalizowany Personel będzie pełnił usługę w przyjętych stawkach. Podana stawka jest stawką zaproponowaną przez osoby składające oświadczenie i w ramach tej stawki zobowiązują się świadczyć wszelkie niezbędne usługi. Odwołujący ma więc gwarancję, że powierzone obowiązki będą realizowane rzetelnie, a cena w kalkulacji jest realna, ponieważ pochodzi wprost od personelu świadczącego usługi. Odwołujący zauważył, że nie jest prawdą stwierdzenie zamawiającego, iż *w złożonych wyjaśnieniach Wykonawca nie wskazał na żadne czynniki, które pozwoliły mu na zaoferowanie korzystnej ceny*. Dodatkowo zdaniem odwołującego nie można również zapomnieć, iż sposób w jaki skalkulowane zostały zaoferowane przez odwołującego stawki nie wynika w istocie z kalkulacji dokonanych przez samego odwołującego, ale przez niezależnych przedsiębiorców, znających rynek, ryzyka związane
z planowaną do powierzenia funkcją, a przede wszystkim indywidualnych preferencji danego przedsiębiorcy, których odwołujący nie jest w stanie w żaden sposób kontrolować ani też kształtować, ale z którymi na zasadach B2B może współpracować po zaoferowanych przez niech stawkach. W ocenie odwołującego informacje przedstawione przez niego w żadnej mierze nie miały charakteru ogólności, albowiem złożone przez specjalistów z danych branż oświadczenia w pełni odpowiadają przyjętym w postępowaniach o udzielenie zamówienia standardom w zakresie wyjaśnień kształtowania elementu ceny jednostkowej.
Odwołujący stwierdził, ze jest w pełni przekonany, że jego wyjaśnienia jak i sama kalkulacja zaoferowanej ceny w przedmiotowym zakresie są w pełni wystarczające oraz obiektywnie nie powinny wzbudzać żadnych wątpliwości zarówno co do rzetelności i realności przedstawionych kwot, jak też tym bardziej w zakresie możliwości wykonania zamówienia za tak skalkulowane kwoty. Jest bowiem oczywistym, że skoro niezależny podmiot (przedsiębiorca) deklaruje wykonanie danej usługi za wskazaną przez siebie kwotę (przez co rozumieć należy w istocie złożenie swego rodzaju oferty na wykonanie usług) – to nie można podważać tak skalkulowanej ceny. W zakresie usług ceny te mogą być bowiem kształtowane w taki sposób, jaki dany przedsiębiorca uzna dla siebie za opłacalny. Kwota ta może być zatem w różnych okolicznościach i w odmienny sposób ukształtowana, na co wpływ ma wiele niezależnych czynników.
Powyższe w pełnym zakresie dotyczy również poz. 3.1- 3.4 Formularza Cenowego, co do którego odwołujący wyjaśnił, że jego *oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w OPZ i Umowie, a cena zawiera wszystkie związane*
z koszty. Wykonawca dysponuje własnym, niezbędnym sprzętem, a zakres prac będzie wykonywany przez Personel Konsultanta, którego koszt został uwzględniony w dniówkach Ekspertów. Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie powyższego przedłożył oświadczenia o deklaracji kwoty wykonania poszczególnego zakresu usług przez wykwalifikowany personel, w których to cenach jak zostało wyjaśnione mieszczą się również koszty związane z działaniami promocyjnymi.
4. Inne koszty wynikające z wymagań określonych w SWZ
W przedmiotowym zakresie odwołujący wskazał, iż zarzut zamawiającego jest również w tym wypadku zupełnie nieuzasadniony i nie ma pokrycia w rzeczywistości. Odwołujący zwrócił uwagę n fragment złożonych wyjaśnień. Dodatkowo, niejako na marginesie odwołujący wskazał, iż koszty te zostały wkalkulowane jako obligatoryjne, a nie jak twierdzi zamawiający jako „ewentualną konieczność". Odwołujący wyjaśnił, że użyty przez niego skrót w postaci „ew. konieczności" oznacza – zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN w razie zaistnienia jakichś okoliczności co w wypadku użytego sformułowania oznacza dokładnie tyle, co właśnie konieczność wynikającą z obowiązków określonych w dokumentach zamówienia.
Podsumowując wszystko co powyżej, odwołujący wskazał, iż w dostateczny sposób uargumentował skalkulowaną przez siebie cenę ofertową oraz w jasny, klarowny
i dopuszczany sposób wyjaśnił wszystkie niezbędne elementy kosztotwórcze, wraz
z deklaracjami, oświadczeniami i dowodami na potwierdzenie przyjęcia poszczególnych kwot. Odwołujący nadmienił, że zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty wskazał, iż *Wykonawca nie może oczekiwać ponownego wezwania do wyjaśnień, jeśli*
w odpowiedzi na pierwsze wezwanie składa wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i niepoparte żadnymi dowodami. Wyjaśnienia Wykonawcy w ocenie Zamawiającego nie zawierają,
w zakresie wskazanym uzasadnieniu, nawet ogólnej kalkulacji oraz nie pozwalają uzyskać również informacji jakie konkretnie elementy mają wpływ na wysokość oferowanej ceny. Zdaniem odwołującego powyższe stanowisko zamawiającego należy uznać za błędne i nie spełniające walorów prawdziwości, a to z tego względu, iż odwołujący przygotował w swoim wyjaśnieniu obszerne i szczegółowe odpowiedzi na wszystkie zadane przez zamawiającego pytania i nie pominął przy tym żadnego z nich. Dodatkowo wskazał, że tak sformułowane wyjaśnienia odwołujący poparł również stosownymi dowodami. Ponadto, w odniesieniu do tych zagadnień, w których wskazanie szczegółowej kalkulacji zaoferowanej ceny było możliwe – taką kalkulację również przedłożył, wraz z rozbiciem na poszczególne elementy cenotwórcze (tak np. w zakresie poz. 1.1, 1.2, 1.3, 1.5, 1.6, 4.1, 4.2, 4.3, 4.5, 4.6). Odwołujący podkreślił, że w treści swoich wyjaśnień oświadczył również, że cena ofertowa uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz że *cena ofertowa, w tym wszystkie wymienione elementy składowe zawierają wszystkie związane*
z tym niezbędne do poniesienia koszty. Oświadczenie to obejmowało również stwierdzenie, że przedstawiona cena wykonania Zamówienia została oparta na wymaganiach i wytycznych zawartych w przedmiotowym Zamówieniu i jest adekwatna do jego zakresu. Ponadto nie może zostać pominięte również oświadczenie złożone przez Odwołującego, z którego wynika wprost, że oferta Wykonawcy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ,
w tym w Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz projektowanych postanowieniach Umowy,
a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu Zamówienia, w tym wszystkie koszty towarzyszące jej wykonaniu, została należycie skalkulowana i nie została zaniżona poniżej kosztów wykonania tego Zamówienia, co znajduje potwierdzenie
w przedstawionych wyjaśnieniach.
Ponad powyższe odwołujący zwrócił również uwagę na podstawę formalną dokonania przez zamawiającego odrzucenia jego oferty. Zgodnie z treścią informacji o wyborze oferty zamawiający upatruje jednej z podstaw zasadności odrzucenia oferty odwołującego w treści art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp. Podstawa ta w ogóle nie ma jednak zastosowania

w przedmiotowym stanie faktycznym, jako że zamawiający w żadnym miejscu swojego uzasadnienia nie wykazuje, jakoby jakiekolwiek błędy w obliczeniu ceny lub kosztu w ogóle nastąpiły. Należy zaznaczyć, że błąd w obliczeniu ceny lub kosztu, o którym mowa w ww. przepisie występuje, gdy wykonawca nie uwzględnił lub dopuścił się nieprawidłowości w wyliczeniu elementów kształtujących cenę lub koszt, wynikających z przepisów prawa lub treści dokumentacji zamówienia, w tym np. cechami przedmiotu zamówienia. Przykładem błędu może być zastosowanie niższego niż przewidziane w przepisach prawa, czynnika cenotwórczego (np. stawki minimalnego wynagrodzenia) lub zastosowanie błędnej stawki podatku VAT. Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowym stanie faktycznym próżno szukać jakiegokolwiek elementu wskazującego na rzekome przyjęcie przez niego do kalkulacji ceny ofertowej założeń innych, aniżeli określone zostało to w dokumentach postępowania, w tym przede wszystkim SWZ i Opisie Przedmiotu Zamówienia. Zwrócił przy tym uwagę, że nawet sam zamawiający nie obejmuje swoim uzasadnieniem argumentów o podobnej treści.
A zatem, brak jest podstaw do twierdzenia, iż oferta odwołującego podlegała odrzuceniu z tej przyczyny, że zawierała błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Zarzut ten jest w całości bezpodstawny i w związku z tym nie zasługuje na uwzględnienie.
W ocenie odwołującego w odniesieniu do całości powyżej przytoczonej argumentacji nie można przyznać racji zamawiającemu co do jego twierdzeń odnoszących się do zbyt dużego stopnia ogólności złożonych przez odwołującego wyjaśnień. Zdaniem odwołującego wyjaśnienia te były bowiem obszerne i szczegółowe oraz zawierają wszystkie podlegające wyjaśnieniom informacje w stopniu szczegółowości adekwatnym do wiedzy, obowiązków i możliwości odwołującego jakimi jest on zobligowany dysponować na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz udowadniają, że jest w stanie wykonać zamówienie za zadeklarowaną przez siebie cenę.
Reasumując w ocenie odwołującego złożona przez niego oferta nie powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp oraz powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu, jako że odwołujący wykazał, że oferta została należycie skalkulowana i nie została zaniżona poniżej kosztów wykonania zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili: wykonawca Firma Inżynierska ARCUS Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie i wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz MP Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

W dniu 21 czerwca 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił uzasadnienie dla powyżej wskazanego wniosku.

Podobnie tego samego dnia tj. 21 czerwca 2023 r. także wykonawcy zgłaszający przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego złożyli do akt sprawy pisma procesowe zawierające argumentacje dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań na podstawie art. 528 Pzp i skierowała oba odwołania na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący w obu sprawach posiadali interes w uzyskaniu zamówienia oraz mogli ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołań, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień przez:
- wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz MP Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (zwanych dalej nadal jako: „konsorcjum INKO" lub „przystępujący"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w obu sprawach;
- wykonawcę Firmę Inżynierską ARCUS Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie (zwanego dalej jako: „przystępujący ARCUS"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1708/23.
W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Jak wskazano powyżej zamawiający uwzględnił w całości odwołanie w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 1685/23. Wykonawca konsorcjum INKO działając jako uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania w tej sprawie po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W związku z tym Izba mając na uwadze dyspozycję wynikającą z art. 523 ust. 3 Pzp rozpoznała odwołanie w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 1685/23.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:
1) dokumentację przekazaną w obu sprawach w postaci elektronicznej, zapisaną na nośnikach typu pendrive, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 19 czerwca 2023 r., w tym w szczególności:
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ") Tom I, II, III i IV;
- oferty złożone w postępowaniu przez konsorcjum INKO oraz konsorcjum BICO;
- JEDZ złożony przez INKO Consulting Sp. z o.o. wraz z ofertą konsorcjum INKO, podpisany elektronicznie dnia 8 stycznia 2023 r.;
- JEDZ złożony przez MP Consulting Sp. z o.o. wraz z ofertą konsorcjum INKO, podpisany elektronicznie dnia 8 stycznia 2023 r.;
- wyjaśnienia złożone przez konsorcjum INKO wraz z ofertą, podpisane elektronicznie dnia 9 stycznia 2023 r.;
- oświadczenie z dnia 24 stycznia 2023 r. złożone przez INKO Consulting Sp. z o.o.

w zakresie samooczyszczenia wraz z załącznikami;
- oświadczenie z dnia 24 stycznia 2023 r. złożone przez MP Consulting Sp. z o.o. w zakresie samooczyszczenia wraz z załącznikami;
- JEDZ złożony przez INKO Consulting Sp. z o.o. w dniu 24 stycznia 2023 r.;
- JEDZ złożony przez MP Consulting Sp. z o.o. w dniu 24 stycznia 2023 r.;
- wezwanie z dnia 10 lutego 2023 r. skierowane do wykonawcy konsorcjum INKO na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp;
- odpowiedź z dnia 13 lutego 2023 r. udzieloną przez konsorcjum INKO na powyżej wskazane wezwanie;
- wezwanie z dnia 22 lutego 2023 r. skierowane do wykonawcy konsorcjum BICO w celu wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny;
- wyjaśnienia wykonawcy konsorcjum BICO z dnia 9 marca 2023 r. wraz z załącznikami, złożone w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie zamawiającego;
- pismo z dnia 26 października 2021 r. skierowane do wykonawcy PRD, a dotyczące odtajnienia informacji zawartych we wszystkich dokumentach przekazanych w dniu 18 października 2021 r. w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny;
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 2 czerwca 2023 r., która zawierała również informacje oraz uzasadnienia dla odrzucenia ofert, w tym oferty wykonawcy konsorcjum BICO;
2)dokumenty załączone do pismo procesowego przystępującego ARCUS tj. oferty najmu od nr 1 do nr 5;
3)złożony na posiedzeniu przez odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1708/23 formularz cenowy, który został przedłożony przez niego w postępowaniu dotyczącym projektu i budowy drogi ekspresowej S12 Lublin – Dorohusk na odcinku Piaski – Dorohusk z wyłączeniem budowy obwodnicy Chełma;
4)dokumenty złożone na posiedzeniu przez zamawiającego, które dotyczył sprawy o sygn. akt KIO 1708/23 tj.:
- wezwanie do wyjaśnienia treści oferty skierowane do wykonawcy konsorcjum BICO
w postępowaniu dotyczącym projektu i budowy drogi ekspresowej S12 Lublin – Dorohusk na odcinku Piaski – Dorohusk z wyłączeniem budowy obwodnicy Chełma z dnia 11 stycznia 2023 r. wraz z wyjaśnieniami złożonymi przez ww. wykonawcę;
- zestawienie cen jednostkowych w postępowaniu złożonych przez wszystkich wykonawców wraz ze wskazaniem średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert.

Izba nie zaliczyła na poczet materiału dowodowego załączników do odwołania
w sprawie o sygn. akt KIO 1708/23, które zostały oznaczone nr od 11 do 16 tj. ofert najmu lokali oznaczonych nr od 1 do 6. Skład orzekający uznał przedmiotowe dokumenty za spóźnione. W tym kontekście należało wyjaśnić, że odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1708/23 dotyczyło kwestii odrzucenia oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę. Odwołujący w ww. sprawie był wzywany do złożenia wyjaśnień i dowodów w tym zakresie. Tym samym wszelkie dowody w zakresie odnoszącym się do zagadnienia rażąco niskiej ceny odwołujący był zobowiązany złożyć najpóźniej wraz z wyjaśnieniami. Dokumenty przedłożone przez wykonawcę wzywanego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, po terminie zakreślonym w wezwaniu nie mogą być brane pod uwagę i należy je uznać za spóźnione. Twierdzenie to dotyczy również dokumentów złożonych na etapie postępowania odwoławczego, jeżeli są one składane przez wykonawcę wezwanego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a nie zostały złożone na etapie składania wyjaśnień. Oferty najmu załączone do odwołania nie mogły zatem stanowić przedmiotu rozważań w kontekście naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp w chwili odrzucenia oferty odwołującego – którego to naruszenia dotyczy odwołanie – gdyż tymi dokumentami w momencie odrzucenia zamawiający nie dysponował. Ponadto w ocenie składu orzekającego nie istniały żadne przeszkody uniemożliwiające odwołującemu złożenie ofert najmu już na etapie składania wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, a potrzeba ich przedłożenia nie powstała dopiero w trakcie postępowania odwoławczego. Z tych względów Izba pominęła powyżej wskazane dokumenty i nie wzięła ich pod uwagę przy rozstrzyganiu przedmiotowej sprawy.

Izba ustaliła co następuje

Członkowie konsorcjum INKO w złożonych wraz z wraz z ofertą dokumentach JEDZ w części III sekcji C w odpowiedz na pytanie *Czy wykonawca znalazł się w jednej*
z poniższych sytuacji:
a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji,
b) zataił te informacje,
c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz
d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu niezależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub dzielenia zamówienia?
- wskazali: Nie
Przy czym wraz z ofertą konsorcjum INKO złożyło wyjaśnienia, w których poinformowało zamawiającego, że*pomimo braku obowiązku prawnego, ale w celu zachowania pełnej przejrzystości, wskazują dobrowolnie Zamawiającemu, że znajdują się w sporze prawnym*
z PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie.
W treści ww. wyjaśnień konsorcjum INKO wskazało m. in., że
- PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie dokonał w postępowaniu
o zamówienie pn.: 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, nr postępowania 9090/IREZA3/13974/03924/21/P, wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INKO Consulting Sp. z o. oraz MP Consulting Sp. z o. o., ul. Józefa Marcika 25D/2, 30-443 Kraków, na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (data podpisania czynności: 7 kwietnia 2022 r.)
- w związku z czynnością opisaną powyżej nie zapadł w ocenie Wykonawcy żaden merytoryczny tj. rozstrzygający istotę sprawy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej („KIO") lub sądu powszechnego, jednocześnie skarga Wykonawców na postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2022 r. do sygn. KIO 1049/22 w przedmiocie odrzucenia

odwołania (odwołanie zostało odrzucone a nie oddalone wyrokiem) została z przyczyn formalnych odrzucona postanowieniem Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych, do sygn. XXIII Zs 83/22, od którego została wniesiona skarga kasacyjna;

W ocenie Wykonawców, opisana powyżej czynność PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.
w zakresie wykluczenia była wadliwa, co Wykonawcy wywodzą z okoliczności, iż analogiczne podstawy faktyczne i prawne wykluczenia zostały merytorycznie ocenione przez Krajową Izbę Odwoławczą w innym postępowaniu z udziałem
w szczególności INKO Consulting Sp. z o. oraz MP Consulting Sp. z o. o., jako niedające podstaw wykluczenia, a to w ramach postępowania przed KIO do sygn. 866/22 i sygn. akt: KIO 886/22. Zgodnie z wyrokiem z dnia 19 kwietnia 2022 r. wydanym przez Krajową Izbę Odwoławczą (sygn. 866/22 i 886/22):
(…)
Wykonawcy w swoich działaniach opierali się zatem na interpretacji wskazanej przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 19 kwietnia 2022 r. (sygn. 866/22 i 886/22).

W ocenie Wykonawców czynność PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z dnia 7 kwietnia 2022 r., podjęta zresztą przed datą tegoż wyroku KIO (wydanego w innej sprawie), nawet
w przypadku braku uchylenia takiej czynność, powinna być oceniania przez pryzmat wykładni zawartej w wyroku KIO z dnia 19 kwietnia 2022 r. (sygn. 866/22 i 886/22) co do analogicznych podstaw faktycznych i prawnych, jako wadliwa. Czynność ta nie ma przy tym waloru wyroku i w ocenie Wykonawców nie wiąże innych Zamawiających.

Wykonawcy jednakże dodatkowo wskazują, że Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie dokonał w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: 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" Nr postępowania 9090/IREZA3/12950/03520/22/P czynności z dnia 22 listopada 2022 r. w ramach której
w szczególności wykluczył z postępowania konsorcjum firm: 1. INKO Consulting Sp.
z o.o.(Lider) ul. Józefa Marcika 25D/2, 30-443 Kraków 2. MP Consulting Sp. z o.o. ul. Józefa Marcika 25D/2, 30-443 Kraków z powołaniem się zarówno na art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.
W ocenie Wykonawców, uzasadnienie tej czynności odnosi się z kolei przede wszystkim do wskazywanej już czynności PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie z dnia 7 kwietnia 2022 r. jak również do stwierdzeń dotyczących przebiegu sporu prawnego związanego z tą czynnością.
W ocenie Wykonawców, również opisana powyżej czynność PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w szczególności w zakresie wykluczenia, była wadliwa, przy czym odwołanie Wykonawców od tej czynności zostało oddalone wyrokiem KIO z dnia 15 grudnia 2022 r. do sygn. KIO 3180/22. Wyrok ten nie jest prawomocny, a Wykonawcy nie znają jeszcze (na chwilę składania wyjaśnień) treści uzasadnienia tego wyroku, przy czym ich intencją jest zaskarżenie przedmiotowego wyroku.
W ocenie Wykonawców zaistniała sytuacja nie jest zgodna z wykładnią zaprezentowaną w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2022 r. (sygn. 866/22 i 886/22), a Wykonawcom na chwilę składania niniejszych wyjaśnień nie jest znane rozumowanie KIO zawarte w uzasadnieniu nieprawomocnego wyroku z dnia 15 grudnia 2022 r. do sygn. KIO 3180/22.
W ocenie Wykonawców mają oni prawo stosować się do wykładni zaprezentowanej
w prawomocnym, wedle wiedzy Wykonawców, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 19 kwietnia 2022 r. (sygn. 866/22 i 886/22), a ewentualne odmienne interpretacje analogicznych okoliczności faktycznych i prawnych, wyrażone w opisywanych czynnościach PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, nie stanowią
w szczególności samoistnej podstawy do odstąpienia od tej wykładni.

W razie jakichkolwiek wątpliwości Wykonawcy deklarują złożenie wszelkich dodatkowych wyjaśnień i dokumentów jakie Zamawiający uzna za stosowne w celu dalszego wyjaśnienia opisanych okoliczności.

W dniu 24 stycznia 2023 r. obaj członkowie konsorcjum INKO z własnej inicjatywy złożyli oświadczenia pn.: *Oświadczenie Wykonawcy składane w trybie art. 110 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, dalej „p.z.p.") w zakresie samooczyszczenia.* Do tych oświadczeń członkowie konsorcjum załączyli również dowody, a wraz z nimi złożyli również poprawione oświadczenia JEDZ.

Zamawiający pismem z dnia 10 lutego 2023 r. wezwał konsorcjum INKO do wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp. W treści wezwania zamawiający wskazał:

Wykonawca w dniu 24.01.2023r. za pośrednictwem Platformy zakupowej przesłał
w postępowaniu pn: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Zaprojektowanie i rozbudowa drogi ekspresowej S19 na odcinku węzeł Sokołów Młp. Północ (bez węzła) - węzeł Jasionka (bez węzła), dł. ok. 15 km - etap II (dobudowa drugiej jezdni) dokumenty i informacje związane z samooczyszczeniem, firmy INKO Consulting Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz MP Consulting Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum).
W treści złożonych dokumentów Wykonawca wskazał:
Dotyczy: Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie
Kontraktem pn.: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku Jawornik - Lutcza dł. ok. 5,25 km".
Numer postępowania: O/RZ.D-3.2410.7.2022
W związku z powyższym Zamawiający prosi o wyjaśnienie, czy złożone dokumenty
i oświadczenia dotyczą postępowania „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: Zaprojektowanie i rozbudowa drogi ekspresowej S19 na odcinku węzeł Sokołów Młp. Północ (bez węzła) - węzeł Jasionka (bez węzła), dł. ok. 15 km - etap II (dobudowa drugiej jezdni)".

Konsorcjum INKO pismem z dnia 13 lutego 2023 r. wyjaśniało, że*W odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 10.02.2023, dotyczące złożenia wyjaśnień w kwestii przesłanych*
w dniu 24.01.2023 dokumentów i informacji związanych z samooczyszczeniem firmy INKO Consulting Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz MP Consulting Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) niniejszym wyjaśniamy, że przesłany komplet dokumentów dotyczących samooczyszczenia został wysłany omyłkowo i dotyczy innego postępowania.
Jednocześnie wykonawca oświadcza, że w tym samym dniu przygotował również komplet dokumentów dotyczących samooczyszczenia dla przedmiotowego postępowania, które
w załączeniu przekazujemy.

Pismem z dnia 22 lutego 2023 r. zamawiający wezwał odwołującego konsorcjum BICO do wyjaśnienia wysokości

zaoferowanej ceny. Podstawą prawną wezwania były art. 224 ust. 1 Pzp oraz art. 223 ust. 1 Pzp.

Odwołujący konsorcjum BICO w dniu 9 marca 2023 r. przekazał wyjaśnienia zaoferowanej ceny wraz z załącznikami.

Zamawiający w dniu 2 czerwca 2023 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta konsorcjum INKO. Oferta wykonawcy ARCUS została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu, natomiast oferta wykonawcy konsorcjum BICO został odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1. pkt. 8 w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp. W treści ww. informacji zamawiający podał uzasadnienie faktyczne dla czynności odrzucenia oferty konsorcjum BICO.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych*;
- art. 110 ust. 3 zdanie 2 Pzp – *Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.*;
- art. 111 pkt 5 Pzp – *Wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8, na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia*;
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania*;
- art. 17 ust. 2 Pzp – *Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.;*
- art. 16 pkt 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.;
- art. 239 Pzp – 1*. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.;*
- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia*;
- art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu*;
- art. 224 ust. 6 Pzp – *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 koszt*;
- art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia*.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego Izba uznała, że oba odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Sygn. akt KIO 1685/23

Na wstępie skład orzekający uznał za zasadne wskazać, że w odniesieniu do możliwości dokonania samooczyszczenia należy rozróżnić dwie kwestie związane z terminami. Pierwsza kwestia dotyczy terminu, w którym wykonawca powinien poinformować zamawiającego o podstawach wykluczenia. Druga kwestia dotyczy tego do kiedy należy dokonać samooczyszczenia. Mając na uwadze pierwszą z powyżej zasygnalizowanych kwestii Izba stwierdziła, że wykonawca co do zasady powinien przekazać informację dotyczącą podstaw wykluczenia wraz z ofertą, zaznaczając lub wskazując odpowiednią informacje w oświadczeniu JEDZ lub oświadczeniu dotyczącym podstaw wykluczenia. Jednakże zasada ta nie ma charakteru absolutnego, ponieważ przy ocenie okoliczności związanych z poinformowaniem zamawiającego przez wykonawcę o podstawach wykluczenia należy wziąć pod uwagę całokształt sprawy. Jeśli chodzi o drugą kwestię Izba doszła do przekonania, że żaden przepis Pzp nie nakłada na wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia obowiązku złożenia oświadczenia o samooczyszczeniu w dacie złożenia oferty, a w świetle aktualnych poglądów judykatury i orzecznictwa czynność ta powinna zostać dokonana najpóźniej do podjęcia przez zamawiającego decyzji o wykluczeniu z postępowania.
Izba stwierdziła, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy wykonawca konsorcjum INKO prawidłowo dokonał samooczyszczenia.

Jeśli chodzi o pierwszą kwestię to bezspornym było, że członkowie konsorcjum INKO w oświadczeniach JEDZ złożonych wraz z ofertą 9 stycznia 2023 r. we wszystkich pytaniach dotyczących podstaw wykluczenia zaznaczyli odpowiedź NIE. Przy czym przystępujący wraz z ofertą złożył wyjaśnienia, które nie miały charakteru samooczyszczenia. Konsorcjum INKO wprost wskazało, że wyjaśnienia te złożyło *pomimo braku obowiązku prawnego, ale w celu zachowania pełnej przejrzystości, wskazują dobrowolnie Zamawiającemu, że znajdują się w sporze prawnym z PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie*.W treści tych wyjaśnień przystępujący wspomniał o postanowieniu z dnia 27 kwietnia 2022 r., które dotyczyło sprawy o sygn. akt KIO 1049/22 oraz o postanowieniu sądu okręgowego o sygn. XIII Zs 83/22, które odnosiły się do unieważnionego postępowania pn.:*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,*nr postępowania 9090/IREZA3/13974/03924/21/P, prowadzonego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie. Ponadto przystępujący zwrócił uwagę, że w swoich działaniach opierał się na interpretacji wskazanej przez Izbę w wyroku z dnia 19 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO

866/22 i KIO 886/22. Konsorcjum INKO w wyjaśnieniach wskazało także na wyrok z dnia 15 grudnia 2022 r. sygn. akt KIO 3180/22, który dotyczył powtórzonego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie postępowania pn.: *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,* o numerze 9090/IREZA3/12950/03520/22/P.

Odnosząc się do samych wyjaśnień złożonych przez konsorcjum INKO wraz z ofertą Izba uznała, że nie wprowadzały one zamawiającego w błąd. Odwołujący oraz zamawiający wskazywali, że przystępujący składając wyjaśnienia wraz z ofertą wprowadził zamawiającego w błąd przede wszystkim dlatego, że nie podał informacji dotyczącej postanowienia wydanego przez Izbę w dniu 14 kwietnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 868/22. Co prawda przystępujący nie wskazał ani nie wspomniał o powyżej wskazanym orzeczeniu, natomiast wskazał na orzeczenie o sygn. akt KIO 1049/22, które dotyczyło tego samego postępowania co orzeczenie w sprawie o sygn. akt KIO 868/22 tj. postępowania pn.: *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,*nr postępowania 9090/IREZA3/13974/03924/21/P. Ponadto
w uzasadnieniu orzeczenia w sprawie o sygn. akt KIO 1049/22 przywołane zostały dość szeroko i zrozumiale okoliczności związane z wydaniem orzeczenia w sprawie o sygn. akt KIO 868/22, ponieważ stanowiły one podstawę do odrzucenia odwołania w sprawie KIO 1049/22. Dodatkowo przystępujący w wyjaśnieniach wprost wskazał, że *w związku z czynnością opisaną powyżej nie zapadł w ocenie Wykonawcy żaden merytoryczny tj. rozstrzygający istotę sprawy wyrok* oraz wyraźnie poinformował, że skarga w sprawie o sygn. XIII Zs 83/22 została odrzucona z przyczyn formalnych. Tym samym zamawiający miał możliwość zapoznania się z okolicznościami sprawy i przy odrobinie aktywności ze swojej strony mógł się w niej rozeznać.
W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że zamawiający nie podejmował w stosunku do konsorcjum INKO żadnych czynności dotyczących ustalenia podstaw do wykluczenia lub wyjaśnienia kwestii z nimi związanych.

Kolejną istotną datą dla przedmiotowej sprawy był dzień 24 stycznia 2023 r.,
w którym członkowie konsorcjum przystępującego złożyli z własnej inicjatywy (bez wezwania ze strony zamawiającego) oświadczenia w zakresie samooczyszczenia oraz poprawione oświadczenia JEDZ.
W oświadczeniach członkowie konsorcjum przystępującego: przedstawili okoliczności stanowiące podstawę do złożenia oświadczenia o samooczyszczeniu, dokonali szczegółowego opisu stanu faktycznego, zaprezentowali analizę prawną przesłanek umożliwiających wykonawcy złożenie oświadczenia o samooczyszczeniu, wskazali na dochowanie terminu na złożenie oświadczenia o samooczyszczeniu oraz opisali podjęte przez nich środki.
Jak wskazano powyżej konsorcjum INKO w wyjaśnieniach odnoszących się do samooczyszczenia z dnia 24 stycznia 2023 r. dokonało szczegółowego opisu stanu faktycznego przez wskazanie na następujące postępowania przetargowe oraz orzeczenia Izby:
1) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach projektu POIiŚ 5.1-14 - LOT A na odcinku Chorzów Batory km 5,900 - Nakło Śląskie km 29,000 –*
w zakresie tego postępowania przystępujący wyjaśnił m. in., że Izba dniu 27 lipca 2020 r. wydała wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 1320/20, w którym uwzględniła odwołanie
i nakazała zamawiającemu PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą
w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą
w Pszczynie oraz Drogową Trasę Średnicową S.A. z siedzibą w Katowicach.
W konsekwencji powyższego zamawiający w tamtej sprawie dniu 11 sierpnia 2020 r. zawiadomił o unieważnieniu czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu wskazując, że ogłoszonym w dniu 27 lipca 2020 r. wyroku Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty
w związku z uwzględnieniem wniesionego odwołania.
2) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego 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” – w zakresie tego postępowania przystępujący wyjaśnił m. in., że zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 868/22 pismem z 8 kwietnia 2022 r. i złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu o sygn. akt KIO 868/22 wskazując, że 6 kwietnia 2022 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z 17 marca 2022 r., a 7 kwietnia 2022 r. odrzucił ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i MP Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a oraz na podstawie art. 255 pkt 3 unieważnił postępowanie. Postanowieniem z dnia 14 kwietnia 2022 r., wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 868/22 Izba umorzyła ww. postępowanie odwoławcze w oparciu o art. 522 ust. 2 Pzp. W uzasadnieniu ww. postanowienia Izba wskazała, że *Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania, natomiast wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po jego stronie nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego*. Wobec czynności zamawiającego z dnia 7 kwietnia 2022 r., polegającej na odrzuceniu oferty z związku z podleganiem wykluczeniu z postępowania konsorcjum z udziałem wykonawcy wniosło odwołanie. Postanowieniem z dnia 27 kwietnia 2022 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1049/22 Izba uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych
w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zgodnie z art. 527 Pzp, na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, albo,
w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu zgodnie
z art. 524 nie przysługują środki ochrony prawnej.
3) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarzadzanie Kontraktami pn.: Projekt i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz - Toruń , odcinek 1 i odcinek 2* – w zakresie tego postępowania przystępujący wyjaśnił m. in., że Izba wyrokiem z dnia 19 kwietnia 2022 r. oddaliła odwołanie

w sprawach o sygn. akt KIO 866/2 i KIO 886/22 wskazując, że ustawa z 2004 r. (nie mająca zastosowania do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczyła sprawa) nie przewidywała sankcji wykluczenia na przyszłość, a jedynie skutki celowego wprowadzenia w błąd dotyczyły konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a to powoduje, że konsorcjum INKO w przedmiotowym postępowaniu miało prawo złożyć oświadczenie na podstawie art. 125 ust. 1 Pzp w wymaganym zakresie, że nie podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a ty samym wykluczenie w sprawie KIO 1320/20 nie stanowiło podstawy do wykluczenia wykonawcy w postępowaniu, gdyż przeciwne stanowisko powodowałoby konieczność nałożenia na wykonawcę sankcji, która nie obowiązywała w dacie zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. W ocenie Izby, taka wykładnia przepisów prowadziłaby do naruszenia zasady nie retroakcji (lex retro non agit). W myśl tej zasady (niedziałania prawa wstecz) niedopuszczalne jest stosowanie do określonych deliktów sankcji nieobowiązującej w dacie ich popełnienia. Izba wskazała ponadto w uzasadnieniu cytowanego wyroku, iż *(…) Konsorcjum INKO w przedmiotowym postępowaniu miało prawo złożyć oświadczenie na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp w wymaganym zakresie, że nie podlega wykluczeniu*
z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto w dniu 16 maja 2022 wykonawca MGGP S.A., i Voessing Polska Sp. z o.o. wniósł skargę na wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2022 r., a Sąd Okręgowy w Warszawie postanowieniem z dnia 28 czerwca 2022 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 76/22 skargę odrzucił.
4) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego 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" – w zakresie tego postępowania przystępujący wyjaśnił m. in., że wyrokiem z dnia 15 grudnia 2022 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 3180/22 Izba stwierdziła, że w tym postępowaniu oraz w postępowaniu na kanwie sprawy o sygn. akt: KIO 866/22 i 886/22 zachodzi stan faktyczny identyczny co do przesłanek wykluczenia, jednakże inna jest sytuacja procesowa odwołującego w ramach obecnego postępowania, gdyż na skutek braku sprzeciwu odwołującego (a przystępującego w uprzednim postępowaniu) o sygn. akt KIO 868/22 czynność wykluczenia w szczególności wykonawcy z poprzedniego postępowania uprawomocniła się, i w rezultacie zaistniało nowe zdarzenie i od daty 8 września 2021 r. biegnie zakaz ubiegania się o zamówienie wynikający z art. 111 pkt 5 Pzp. Jednocześnie Izba wskazała, że droga wykonawcy do udzielenia zamówienia publicznego nie jest jednakże zamknięta, przy czym z uwagi na art. 111 pkt 5 Pzp, konieczne byłoby przyznanie się
w kolejnym postępowaniu w JEDZ-u oraz zastosowanie self-cleaning ze wszystkimi niezbędnymi elementami wynikającymi z art. 110 ust. 2 Pzp.
5) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Świadczenie usług Inżyniera Kontraktu dla Zadania Inwestycyjnego pn. Budowa linii kolejowej nr 85 na odc. Warszawa Zachodnia – CPK – Łódź Niciarniana (bez odcinka w obrębie Węzła kolejowego CPK)*
w podziale na 2 Części – w zakresie tego postępowania przystępujący wyjaśnił m. in., że wyrokiem z dnia 13 stycznia 2023 r. Izba, w odniesieniu do Części nr 1 dotyczącej wyboru oferty INKO Consulting Sp. z o. o.
- w sprawie o sygn. akt KIO 3477/22:
a) Umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 2,
b) Uwzględniła odwołanie w pozostałym zakresie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wykluczenie z postępowania wykonawcy INKO Consulting Sp. z o.o.
z siedzibą w Krakowie oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw.
z art. 111 pkt 5 oraz w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp
- w sprawie o sygn. akt: KIO 3490/22:
a) Uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami od 1 do 3 oraz 10 i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wykluczenie z postępowania wykonawcy INKO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 111 pkt 5 oraz
w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp,
b) Oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie.
Konsorcjum INKO wyjaśniło także w oświadczeniu dotyczącym samooczyszczenia, że
W realiach niniejszej sprawy Wykonawca w swojej ocenie w dobrej wierze działał w oparciu o jednoznaczne stanowisko prawne wyrażone w prawomocnym i wydanym przez 3 osobowy skład Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19.04.2022 r. w sprawach o sygn. akt KIO 866/2 (połączonej do rozpoznania z sygn.. KIO 886/22), w którym Izba wskazała w uzasadnieniu cytowanego wyroku, w szczególności iż „(…) Konsorcjum INKO w przedmiotowym postępowaniu miało prawo złożyć oświadczenie na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp
w wymaganym zakresie, że nie podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania
o udzielenie zamówienia publicznego". Wykonawca w swojej ocenie w dobrej wierze wywodził z tegoż wyroku wniosek, że nie miał obowiązku wskazywać na okoliczności związane z wyrokiem KIO 1320/20 w postępowaniu opisanym w pkt 3.2, a w konsekwencji Wykonawca trwał w przekonaniu, że obiektywnie nie zachodziły faktyczne przesłanki wykluczenia go z tego postępowania. Wykonawca na podstawie cytowanego prawomocnego wyroku KIO 866/22 trwał zatem także w przekonaniu, że brak jest podstaw do wskazywania na podstawy wykluczenia także w postępowaniach opisanych w pkt 3.4 i 3.5.
Doręczenie jednakże pełnomocnikowi Wykonawcy w dniu 9 stycznia 2023 r. uzasadnienia wyroku opisanego w pkt 3.4 (sygn. KIO 3180/22) wywołało w Wykonawcy przekonanie
o konieczności złożenia niniejszego oświadczenia w przedmiocie samooczyszczenia, co Wykonawca czyni w celu zachowania najwyższej przejrzystości.
oraz
Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, Wykonawca wskazuje, że do momentu otrzymania uzasadnienia wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 3180/22 z dnia 15.12. 2022 r., którego uzasadnienie doręczono Wykonawcy w dniu 9.01.2022 r. Wykonawca opierał swoje przekonanie o niepodleganiu wykluczeniu o stanowisko zawarte w wyrokach KIO o sygn. akt KIO 866/22 (połączonego z sygn. akt KIO 886/22), a których wynikało, iż wykonawca nie podlegał wykluczeniu ze względu na okoliczności wskazane w sprawie KIO o sygn. akt 1320/20, wobec czego przekazane przez wykonawcę dokumentu wskazującego na brak przesłanek do wykluczenia go z postępowania było w ocenie Wykonawcy uzasadnione wnioskami płynącymi z tegoż prawomocnego wyroku do sygn. KIO 866/22 (połączonego
z wyrokiem KIO 886/22) . Ponadto, wykonawca swoje stanowisko opierał o fakt, że

w postępowaniu KIO 868/22 oraz KIO 1049/22, KIO nie wydało merytorycznych rozstrzygnięć, co do zasadności wykluczenia Wykonawcy oraz oceny, czy sankcja opisana
w art. 111 pkt 5 p.z.p. rozciąga się na postępowanie zakończone wyrokiem KIO o sygn. akt 1320/20 szczegółowo opisane w pkt 3.1 powyżej
W ocenie Izby stan faktyczny w przedmiotowej sprawie był bardzo złożony
i obejmował swoim zakresem odniesienia do kilku przeprowadzonych wcześniej postępowań przetargowych prowadzonych przez innych zamawiających oraz orzeczeń zapadłych
w związku z tymi postępowaniami. Zdaniem składu orzekającego konsorcjum INKO na moment składania oferty w postępowaniu mogło pozostawać przeświadczeniu, że postępuje słusznie nie wskazując w JEDZ informacji o podstawach wykluczenia, ograniczając się do załączenia wraz z ofertą wyjaśnień w tym zakresie, które jednak nie wprowadzały zamawiającego w błąd. Przystępujący musiał zdawać sobie sprawę, że w dacie złożenia oferty w postępowaniu istniała w obrocie prawnym czynność zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w postepowaniu 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* (odnosząca się do postanowienia
w sprawie o sygn. akt KIO 868/22) polegająca na wykluczeniu przystępującego
z postępowania ze względu na uznanie, że INKO Consulting Sp. z o.o. dopuściła się poważnego wprowadzenia w błąd PKP PLK przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji spełniania kryteriów kwalifikacji w postępowaniu LOT A oraz została wykluczona
z postępowania LOT A na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 wcześniej obowiązującej Pzp na skutek wyroku KIO 1320/20. Niemniej jednak w świetle wyroku Izby z dnia 19 kwietnia 2022 r. wydanego w sprawach o sygn. akt KIO 866/22 i KIO 886/22 konsorcjum INKO mogło pozostać w uzasadnionym przekonaniu, iż w związku z brakiem istnienia przepisów temporalnych wykluczenie na gruncie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych nie wiąże się z sankcją wynikającą z przepisu art. 111 ust. 5 Pzp,
a tym samym wykluczenie z postępowania 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* nie może wiązać się z sankcją, o której mowa w art. 111 pkt 5 Pzp skoro brak było przesłanek materialnych do wykluczenia przystępującego w tym postępowaniu, a wykluczenie nastąpiło wyłącznie na skutek niewniesienia sprzeciwu na uwzględnienie odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 868/22 przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Dopiero w oparciu o uzasadnienie wyroku Izby z dnia 15 grudnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3180/22 konsorcjum INKO uzyskało potwierdzenie, że jego wykluczenie w postepowaniu 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 skutkuje sankcją, o której mowa w przepisie art. 111 pkt 5 Pzp.
W analizowanym stanie faktycznym przystępujący miał możliwość zapoznania się z pełnym uzasadnieniem wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 3180/22 od dnia 9 stycznia 2023 r., a więc od dnia złożenia ofert (ale już po złożeniu oferty), natomiast dnia 24 stycznia 2023 r. złożył samooczyszczenie. Izba nie znalazła powodów do zakwestionowania stwierdzenia, że dopiero 9 stycznia 2023 r. konsorcjum INKO otrzymało uzasadnienie do wyroku w sprawie
o sygn. akt KIO 3180/22 i na tej podstawie podjęło kolejne czynności w postępowaniu, ponieważ okoliczność ta nie była kwestionowana przez stronę przeciwną, tymczasem data ta miała bardzo ważne znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Ponadto mając na względzie okoliczności przedmiotowej sprawy opisane powyżej oraz wstępny charakter oświadczeń zawartych w JEDZ późniejsza korekta JEDZ i wskazanie, że wykonawca podlega wykluczeniu oraz złożenie oświadczenia o samooczyszczeniu mogły zostać uznane za skuteczne, ponieważ nie każdy błąd wykonawcy dotyczący oświadczeń składanych zamawiającemu skutkuje wykluczeniem na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp,
w szczególności jeżeli wykonawca z własnej inicjatywy złożył zamawiającemu nowy JEDZ
z prawidłowym oświadczeniem. W przedmiotowym postępowaniu przystępujący w krótkim czasie po zapoznaniu się z wyrokiem w sprawie o sygn. akt KIO 3180/22, jego analizie
i podjęciu wymaganych przepisem art.110 Pzp środków zaradczych, dokonał zmiany swojego oświadczenia zawartego w formularzu JEDZ bez konieczności wystosowania w tym zakresie wezwania przez zamawiającego i przeprowadzenia postępowania sanacyjnego. Przystępujący z własnej inicjatywy po zapoznaniu się z uzasadnieniem orzeczenia w sprawie o sygn. akt KIO 3180/22, które jednoznacznie przesądziło, że podlega on wykluczeniu
z postępowania uzupełnił swoje wyjaśnienia złożone wraz z ofertą i skorygował JEDZ zgodnie z przywołanym wyrokiem.

Ponadto Izba pominęła argumentację odwołującego odnoszącą się do stwierdzenia, że w samooczyszczeniu przekazanym w dniu 24 stycznia 2023 r. konsorcjum INKO podało błędną nazwę postępowania przez co dokładną informację co do tego konkretnego postępowania przekazało dopiero 13 lutego 2023, po wezwaniu zamawiającego z dnia 10 lutego 2023 r. Odwołujący stwierdził w tym kontekście, że nie wiadomo czy przeprowadzony przez przystępującego self-cleaning w dniu 24 stycznia 2023 r. dotyczył tego postępowania czy też nastąpił dopiero po wezwaniu zamawiającego z dnia 10 lutego 2023 r. Stąd też – zdaniem odwołującego – można założyć, że przystępujący dokonał self-cleaningu dopiero po wezwaniu zamawiającego.
W ocenie składu orzekającego powyżej wskazaną argumentację należało uznać za spóźnioną, ponieważ odwołujący podniósł ją dopiero na rozprawie. W odwołaniu odwołujący nie odnosił się do tej kwestii, przyjmując konsekwentnie, że konsorcjum INKO dokonało samooczyszczenia w dniu 24 stycznia 2023 r. Tym samym Izba mając na uwadze dyspozycję określoną w art. 555 Pzp nie mogła wziąć pod uwagę powyżej wskazanego stanowiska odwołującego.
W dalszej kolejności Izba uznała, że konsorcjum INKO wbrew zarzutowi odwołującego wypełniło przesłanki wymagane dla uznania oświadczenia
o samooczyszczeniu za skuteczne, gdyż podjęło wymagane przepisem art. 110 ust. 2 pkt 1-3 Pzp działania naprawcze i zapobiegawcze. Druga część zarzutu odwołującego została oparta o uznanie, że oświadczenia o samooczyszczeniu jakie złożyli członkowie konsorcjum przystępującego w postępowaniu nie potwierdzały, że zostały podjęte wszystkie działania naprawcze i zapobiegawcze określone przepisem art. 110 ust. 2 pkt 1-3 Pzp. Przy czym jedynym argumentem merytorycznym na potwierdzenie postawionego przez odwołującego zarzutu było stwierdzenie, że pierwsza przedstawiona uchwała zawierająca *Procedurę*
w sprawie wprowadzenia obowiązku gromadzenia i analizy skutków wyroków KIO dotyczących Spółki była datowana na dzień 4 kwietnia 2022 r. i pomimo jej rzekomego przyjęcia, działania konsorcjum INKO nadal skutkowały wprowadzaniem

kolejnych zamawiających w błąd.
Jak słusznie zwrócił uwagę przystępujący powyższa argumentacja nie uwzględniała faktu, że do oświadczenia o samooczyszczeniu konsorcjum INKO dołączyło uchwałę zarządu z dnia 23 stycznia 2023 r. modyfikującą procedury w sprawie wprowadzenia obowiązku gromadzenia i analizy skutków wyroków Izby dotyczących spółki. Tym samym należało uznać, że przystępujący podjął działania zmierzające do udoskonalenia procedury przyjętej uchwałą zarządu z dnia 4 kwietnia 2023 r. Jak również dokonał na mocy uchwały zarządu
z dnia 23 stycznia 2023 r. w sprawie *reorganizacji działu Ofertowania wraz z zakresem obowiązków pracowników Działu Ofertowania*, reorganizacji i wzmocnienia działu ofertowania celem minimalizacji ryzyka związanego z ewentualnymi wkluczeniami
w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.
Tym samym skład orzekający nie znalazł powodów do uznania, że przystępujący nie wypełnił wszystkich przesłanek określonych przepisem art. 110 ust. 2 Pzp,
a w szczególności nie wprowadził wymaganych środków zaradczych. Mając na względzie, że w odwołaniu brak było jakichkolwiek dalszych konkretnych zarzutów, co do braku wypełnienia przez konsorcjum INKO przesłanek określonych przepisem art. 110 ust. 2 Pzp, jak również fakt, iż ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał na odwołującym Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, iż przystępujący dokonał samooczyszczenia nieskutecznie. To na odwołującym ciążył obowiązek wykazania, że przystępujący nie dokonał skutecznie czynności samooczyszczenia i odwołujący tego ciężaru nie udźwignął.

W związku z powyższym Izba oddaliła zarzut podniesiony w pkt 1 *petitum* odwołania.

Izba oddaliła także drugi zarzut podniesiony w odwołaniu, ponieważ odwołujący nie wykazał, że w postępowaniu zostały spełnione przesłanki określone przepisem art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w szczególności na czym polegać miałoby wprowadzenie zamawiającego w błąd mogące mieć wpływ na decyzje zamawiającego. Zgodnie z przepisem art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału
w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Jak akcentuje się zarówno w doktrynie i orzecznictwie wykluczenie wykonawcy w oparciu
o przywołany przepis może nastąpić wyłącznie przy wykazaniu, że następuje wprowadzenie zamawiającego w błąd skutkujące wywołaniem u zamawiającego mylnego wyobrażenia
o faktach dotyczących kwestii podlegania wykluczeniu wykonawcy, spełnienia warunków udziału lub kryteriów selekcji. Drugim z warunków jest ustalenie, że te wprowadzające w błąd informacje mogły mieć wpływ lub miały wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, tym samym wymagane jest wykazanie konkretnego wpływu działania wykonawcy na potencjalne decyzje zamawiającego. Dla wypełnienia przesłanek określonych przywołanym przepisem wymagana jest umyślność działania wykonawcy.
Dokonując oceny, czy przystępujący mógł w postępowaniu wprowadzić zamawiającego
w błąd oraz czy błąd ten mógłby mieć wpływ na wynik postępowania nie można było pominąć, że konsorcjum INKO już w dacie złożenia oferty w postępowaniu poinformowało zamawiającego o wykluczeniu w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. zarówno w zakresie czynności z dnia 7 kwietnia 2022 r. jak i czynności z dnia 22 listopada 2022 r. Tym samym przystępujący już w dacie złożenia oferty nie zataił faktu podlegania wykluczeniu we wcześniejszych postępowaniach oraz faktu, że czynności te zostały potwierdzone przez Izbę jako prawidłowe. Dokonana w wyjaśnieniach z dnia
9 stycznia 2023 r. ocena działań zamawiającego – PKP oraz Izby nie zmieniała faktu, że przystępujący poinformował zamawiającego o zaistniałej podstawie wykluczenia w dacie złożenia oferty, a następnie powyższą informację doprecyzował składając w dniu 24 stycznia 2023 r. oświadczenie o samooczyszczeniu. Niewątpliwym jest, że zamawiający jako gospodarz postępowania zobowiązany do stosowania Pzp nie był związany oceną zawartą w wyjaśnieniu dołączonym do oferty, w szczególności w sytuacji, że przystępujący już po dwóch tygodniach od złożenia oferty przedłożył oświadczenie o samooczyszczeniu zawierające doszczegółowienie poszczególnych informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 9 stycznia 2023 r. W ocenie składu orzekającego nie mogło być mowy o podstawach do wykluczenia konsorcjum INKO z postępowania na skutek wprowadzenia zamawiającego
w błąd w sytuacji, w której wykonawca ten przedstawił stan faktyczny pozwalający na samodzielną ocenę przez zamawiającego tego, czy przystępujący podlega wykluczeniu. Złożenie oświadczenia o samooczyszczeniu skutkowało możliwością zastosowania przez zamawiającego przepisu art. 110 ust. 2 Pzp, a tym samym wyborem oferty przystępującego w postępowaniu jako najkorzystniejszej.
Konsekwencją oddalenia powyżej wskazanych zarzutów było również oddalenie pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu, które zostały oznaczone w *petitum* odwołania pkt 3 i 4. Przedmiotowe zarzuty miały wynikowy charakter wobec wcześniejszych zarzutów tym samym podzieliły ich los, co oznaczało, że podlegały oddaleniu.

Sygn. akt KIO 1708/23

Odwołanie w przedmiotowej sprawie dotyczyło przede wszystkim kwestii rażąco niskiej ceny, a dokładniej rzecz ujmując czynności odrzucenia oferty odwołującego z tego powodu. W związku z tym dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy najistotniejsze znaczenie miały: wezwanie z dnia 22 lutego 2023 r. skierowane do odwołującego w celu udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (zwane dalej jako: „wezwanie”), wyjaśnienia z dnia 9 marca 2023 r. wraz z załącznikami złożone przez odwołującego
w odpowiedzi na powyższe wezwanie oraz uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego zawarte w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty opublikowane w dniu 2 czerwca 2023 r.
W ocenie składu orzekającego punktem wyjścia w procesie rozstrzygania było wezwanie, ponieważ to wezwanie determinuje treść złożonych wyjaśnień, co w konsekwencji wpływa na ich ocenę w procesie badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Jak słusznie argumentował zamawiający wezwanie nie miało charakteru szablonowego czy też ogólnego, lecz konkretnie wskazywało, które elementy Formularza Cenowego budziły wątpliwości zamawiającego i wymagały wyjaśnienia. Zamawiający oczekiwał przedstawienia szczegółowych wyjaśnień, kalkulacji i dowodów, uzasadniając przyczyny powstałych wątpliwości. Skonkretyzowane wezwanie skierowane do odwołującego zrodziło więc po jego stronie obowiązek przedstawienia wyjaśnień pozwalających zamawiającemu na weryfikację zaoferowanej ceny oraz przyjętych założeń, a także umożliwiających potwierdzenie, że wszystkie wymagania określone w SWZ, a

gwarantujące wykonanie zamówienia na oczekiwanym przez zamawiającego poziomie, zostały przez odwołującego uwzględnione
w złożonej ofercie i prawidłowo wycenione. Nie powinno budzić przy tym wątpliwości, że wszystkie koszty związane z realizacją danego zadania należy uwzględnić w cenie oferty
i powinny one zostać pokryte z wynagrodzenia uzyskiwanego od zamawiającego, gwarantując jednocześnie osiągnięcie zysku, który jest celem ubiegania się o zamówienie publiczne. Wykonawca powinien także wykazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona. Zgodnie
z przepisem art. 224 ust. 5 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy – wykonawcy, który został wezwany do złożenia wyjaśnień. Z ust. 6 przywołanego przepisu wynika natomiast, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jako ofertę z rażąco niską ceną lub kosztem, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz
z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.
Izba stwierdziła, że zamawiający w wezwaniu szczegółowo wskazał jakiego rodzaju oraz zakresu informacji oczekuje od odwołującego. Zamawiający wzywał do przedstawienia wyczerpujących wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych, w zakresie szeregu szczegółowych pytań. W szczególności wniósł o przedłożenie założeń do kalkulacji ceny i szczegółowych wyliczeń (rozbicia ceny ryczałtowej) wskazanych pozycji Formularza Cenowego, czy też podania kosztu przyjętego w złożonej ofercie wraz z podaniem informacji, w której pozycji został uwzględniony. Dodatkowo zamawiający podkreślił, że w zakresie kosztów usługi nadzoru i zarządzania prosi o szczegółowe wyliczenia obrazujące w jaki sposób zostały wyliczone „dniówki" dla każdej ze wskazanych w wezwaniu pozycji z osobna, w tym wskazanie w jakiej wysokości
w cenie jednostkowej uwzględnione zostały np. koszty BHP, urlopów (w tym zapewnienia zastępstw) i wszelkie inne koszty związane z zatrudnieniem, biorąc w szczególności pod uwagę wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Ponadto zamawiający wymagał wskazania dla każdej
z wymienionych w wezwaniu pozycji, w jaki sposób wykonawca będzie dysponować personelem (umowa o pracę, zlecenie, inna umowa cywilnoprawna) w trakcie realizacji zamówienia wraz z przedstawieniem sposobu kalkulacji dniówki z uwzględnieniem danego rodzaju dysponowania. Tym samym zamawiający wezwał o podanie konkretnych założeń
i kalkulacji wraz z uzasadnieniem oraz dowodami na poparcie wyliczeń kosztów jakie odwołujący wycenił w ofercie, oraz przedstawienie sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość oferty, co najmniej w kwestiach wskazanych w wezwaniu, ale także innych, które odwołujący uważał za istotne. W związku z powyższym, odwołujący został zobligowany do przekazania materiału wystarczającego do uznania przez zamawiającego, że zaoferowana w ofercie cena, za którą ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia, została prawidłowo obliczona i jednocześnie – realna.
Należało przy tym podkreślić, że poruszana przez odwołującego kwestia dotycząca rodzaju oraz kategorii pytań zadanych przez zamawiającego pozostawała irrelewantna dla oceny przedmiotowej sprawy. Jeżeli bowiem w ocenie odwołującego zakres pytań zadanych
w trybie art. 224 ust. 1 Pzp wykraczał poza uprawnienia zamawiającego na gruncie tego przepisu, to winien był on zaskarżyć czynność wezwania do złożenia wyjaśnień, jako niezgodną z przepisami Pzp. Tym samym stanowisko odwołującego kwestionujące treść wezwania lub poddające pod wątpliwość zakres zadanych w wezwaniu pytań nie mogło zostać wzięte pod uwagę przez skład orzekający, ponieważ w na obecnym etapie było spóźnione i można je było potraktować co najwyżej jako element argumentacji procesowej, przygotowanej wyłącznie na potrzeby toczącego się postępowania odwoławczego, gdyż do czasu odrzucenia jego oferty, odwołujący nie dostrzegał naruszeń w treści wezwania
w stosunku do przepisów Pzp.
Jak ustaliła Izba zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zwrócił przede wszystkim uwagę, że rażąco niska cena dotyczyła trzech grup kosztów:
- kosztów biura konsultanta i biura zamawiającego;
- kosztów personelu, a dokładniej tzw. „dniówek";
- innych kosztów wskazanych w punktach 3.1-3.4 Formularza Cenowego, tj. kosztów obejmujących działania promocyjne.
W dalszej części uzasadnienia Izba odniosła się do powyżej wskazanych grup kosztów.
W przypadku kosztów biura konsultanta oraz biura zamawiającego Izba doszła do przekonania, że zamawiający słusznie uznał, iż przyjęta przez odwołującego w ofercie średnia stawka najmu powierzchni biurowych wynosząca 15,00 zł/m^2 jest nierealna i nie odpowiada średnim stawkom obejmującym na terenie realizacji zamówienia. Ponadto, zamawiający zasadnie stwierdził, że za niewiarygodny należało uznać dokument złożony przez odwołującego w postaci *Rozeznania cenowego cen najmu lokali biurowych*
w szczególności z uwagi na brak załączenia jakichkolwiek ofert, na których wskazane rozeznanie się opierało. Jak zasadnie wyjaśnił przystępujący ARCUS przedstawiony wraz
z wyjaśnieniami przez odwołującego dokument *Rozeznanie cenowe cen najmu lokalu biurowych*, nie dość, że stanowił w zasadzie prywatną analizę odwołującego, to nie został poparty żadnymi danymi uzasadniającymi faktycznie przyjęte przez odwołującego założenia
i zawierał on wyłącznie prywatną opinię wskazującą na to, że ceny lokali biurowych wahają się pomiędzy 14,00zł/m^2 a 16,00zł/m^2. Opinia ta nie została poparta rzeczywistymi dowodami potwierdzającymi przeprowadzoną analizę. Odwołujący nie przedstawił żadnych informacji dotyczących tego ile ofert najmu lokali biurowych przeanalizował, jakiej powierzchni były te lokale, czy też w jakiej odległości od siebie i terenu budowy się znajdowały. Powyższe czyniło przeprowadzoną przez odwołującego analizę niewiarygodną, ponieważ chociażby
z powodu braku udzielenia informacji na jakiej próbie porównawczej ilości lokali odwołujący bazował, nie była możliwa weryfikacja podanych przez odwołującego cen najmu.
Ponadto odwołujący twierdził, że *z przedstawionych ofert wynika, że Odwołujący jest*
w stanie wynająć lokal o powierzchni biurowej łącznej np. 134,31 m2 za cenę 2.000 zł/mc co daje kwotę ok 15zł/m2(…).
Podkreślić przy tym należało, że oferty najmu lokali
w miejscowości Jasionka zostały przez odwołującego przedstawione dopiero wraz
z odwołaniem. Odwołujący nie przedstawił na etapie składania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny żadnych ofert, a przedłożenie ich dopiero na etapie postępowania odwoławczego Izba uznała za spóźnione, co skutkowało pominięciem tych dokumentów

w procesie rozstrzygnięcia. Ponadto okoliczność złożenia przez odwołującego przykładowych ofert na etapie postępowania odwoławczego Izba zinterpretowała jako dorozumiane przyznanie przez odwołującego, że złożone przez niego wyjaśnienia
w zakresie rażąco niskiej ceny zawierały istotne braki w zakresie materiału dowodowego mającego potwierdzić zasadność wyjaśnień. Odwołujący w sposób niedopuszczalny próbował uzupełnić te dowody na etapie postępowania odwoławczego. Takie działanie nie mogło przemawiać na jego korzyść i stanowiło potwierdzenie słuszności czynności zamawiającego.
Dodatkowo Izba uznała, że twierdzenia odwołującego w zakresie w jakim podnosił on, iż jako najemca lokalu nie będzie zobligowany do zapłaty podatku od nieruchomości, również potwierdzały zasadność stanowiska zamawiającego co prawidłowości uwzględnienia przez odwołującego całokształtu okoliczności mogących mieć wpływ na cenę oferty. Zamawiający nie wskazywał odwołującemu, że obowiązek opłacenia podatku od nieruchomości spoczywa na podmiotach wynajmujących lokal od osób trzecich. Istotą bowiem podnoszonych wątpliwości zamawiającego na gruncie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, było zwrócenie uwagi, że koszt ten (w wys. 230 zł/m-c) jest znaczącym kosztem w stosunku do przewidzianej przez odwołującego kwoty na wynajem biura (1.500 zł). Pomimo więc tego, że obowiązek opłacenia podatku od nieruchomości spoczywa na właścicielu nieruchomości, to nie sposób sobie wyobrazić, iż właściciel nie uwzględni kwoty podatku ustalając całkowitą cenę miesięcznego najmu lokalu. Należało przy tym zwrócić uwagę, że także wysokość kosztów eksploatacyjnych nie została w żaden sposób potwierdzona przez odwołującego. Odwołujący co prawda wskazał na możliwość optymalizacji kosztów wynikających
z organizacji biura konsultanta oraz biura zamawiającego, jednak nawet na etapie postępowania odwoławczego nie podał żadnych konkretnych obliczeń umożliwiających weryfikację w jaki sposób oszacował koszty eksploatacyjne oraz dokonał sygnalizowanej optymalizacji, podczas gdy z wezwania wynikało wprost, że zamawiający wymagał wskazania jakie obiektywne czynniki spowodowały obniżenie ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona.
W odniesieniu do kosztów tzw. „dniówek" Izba uznała za zasadną argumentacje zamawiającego, który wskazał, że jednym z elementów gwarantujących wykonanie usługi na odpowiednim poziomie, zgodnym z wymaganiami określonymi w SWZ, było dokonanie właściwej wyceny, uwzględniającej przede wszystkim konieczność zapewnienia na etapie projektowania oraz realizacji robót wykwalifikowanego i odpowiednio przygotowanego personelu, wyposażonego w niezbędne urządzenia i narzędzia pracy umożliwiające mu prawidłową realizację usługi. Obecność Personelu Konsultanta powinna zatem być rzeczywista, a nie jedynie formalna, tj. celem wykazania spełnienia przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący w zakresie kosztów usługi nadzoru
i zarządzania został wezwany do przedłożenia szczegółowych wyliczeń, na podstawie których przyjęto ceny jednostkowe netto „dniówki" dla każdej pozycji wyszczególnionej
w dziale 2 Formularza Cenowego. Ponadto, odwołujący został wezwany do wyjaśnienia, czy przy wycenie dniówek uwzględniono wszystkie wymagania i obowiązki stawiane przedmiotowym osobom w SWZ. Dodatkowo zamawiający wezwał do przedstawienia dowodów na to, że odwołujący jest w stanie pozyskać personel za kwoty wskazane w ofercie oraz, czy każda cena jednostkowa „dniówki" obejmuje całkowity koszt wykonania danej pozycji, czy obejmuje całość kosztów zatrudnienia i wynagrodzenia niezbędnego do prawidłowego wykonania usługi zgodnie z SWZ, czy uwzględnia narzuty na wynagrodzenia
i w jakiej wysokości. Treść wezwania nie pozostawiła wątpliwości, że zamawiający wzywając odwołującego do wyjaśnień w powyższym zakresie, oczekiwał przedłożenia szczegółowych wyliczeń, obrazujących w jaki sposób zostały wyliczone dniówki dla każdej z pozycji Formularza Cenowego z osobna, w tym wskazanie w jakiej wysokości w cenie jednostkowej uwzględnione zostały np. koszty BHP, urlopów (w tym zapewnienie zastępstw) i wszelkie inne koszty związane z zatrudnieniem.
Odwołujący w odpowiedzi na pytania zamawiającego w przedmiotowym zakresie wyjaśnił, że przedstawiona w ofercie cena wynagrodzenia za usługi jest realna i odzwierciedla realną strukturę kosztów związanych ze świadczeniem usług w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Ponadto wyjaśnił, że na chwilę obecną nie zawarł jeszcze umów cywilnoprawnych, umów B2B lub umów o pracę, stąd nie jest możliwe przedstawienie na obecnym etapie umów. Jak natomiast wskazano w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, zamawiający nie wzywał odwołującego do przekazania umów tylko do przedłożenia szczegółowych wyliczeń, na podstawie których przyjęto ceny jednostkowe, czego odwołujący nie zrealizował (nie złożył żadnych informacji, o które wnioskował zamawiający).
W ocenie składu orzekającego zamawiający słusznie argumentował, że z samego faktu, iż podwykonawcy oferowali możliwość skierowania personelu do wykonywania zamówienia za określoną stawkę, w przypadku gdyby oferta odwołującego została uznana za najkorzystniejszą, nie wynikała jeszcze prawidłowość oraz sposób obliczenia tejże kwoty. Stąd konieczne było przedstawienie przez odwołującego, w ślad za wezwaniem zamawiającego, szczegółowych wyliczeń dotyczących kwoty składającej się na „dniówkę" oraz sposobu jej ustalenia. Odwołujący w żaden sposób nie sprostał ciążącemu na nim ciężarowi zrealizowania powyższego wezwania, ograniczając się do przywołania ofert podwykonawców oraz oferowanych przez tychże podwykonawców stawek. Zamawiający wskutek oświadczenia odwołującego, że zaoferowane przez niego stawki są realne,
a podwykonawcy skierują personel do realizacji zamówienia za określoną „dniówkę", nie miał możliwości weryfikacji w jaki sposób stawka ta została obliczona. W okolicznościach przedmiotowej sprawy trafny był argument wynikający z przywołanego przez odwołującego wyroku Izby z dnia 15 stycznia 2021 r., o sygn. akt KIO 3348/20 wskazujący, że oferty uzyskane od podwykonawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, mogą potwierdzać wysokość zaoferowanej ceny.
Niemniej jednak, jeżeli oferty podwykonawców nie umożliwiają weryfikacji w jaki sposób dana cena została obliczona, a wykonawca także nie przedstawia żadnych kalkulacji (w szczególności, gdy zamawiający wprost ich żąda), to oczywistym jest, że taka dokumentacja w żaden sposób nie potwierdza prawidłowości przewidywanego dla personelu wynagrodzenia i nie stanowi o dochowaniu wymogów wynikających z treści wezwania. Załączona jako dowód analiza stanowiąca zrzut z kalkulatora wynagrodzeń potwierdzała jedynie stawkę w zakresie zatrudnienia osób, o których mowa w pkt 1.5 oraz 1.6. Formularza Cenowego.
Ponadto twierdzenia odwołującego w zakresie w jakim wskazał na możliwość uzyskania preferencyjnych stawek z uwagi na wieloletnią współpracę z danymi specjalistami, pozostały przy tym zbyt ogólne. Z samego bowiem faktu, że *w branży naturalnym zjawiskiem jest, że Wykonawca, który ściśle współpracuje od lat z tymi samymi specjalistami, posiada preferencyjne stawki, niższe od standardowych rynkowych stawek*, nie wynika jak to *naturalne zjawisko* pozwoliło ukształtować cenę zaoferowaną przez odwołującego
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego. W szczególności, że wieloletnia współpraca z danymi specjalistami nie stanowi okoliczności, która w jakikolwiek sposób wyróżniałaby odwołującego na tle pozostałych wykonawców na rynku, w tym także biorących udział w przedmiotowym postępowaniu. Współpraca z danymi osobami,

nie jest więc przymiotem przysługującym wyłącznie odwołującemu, a odwołujący nie wykazał skąd wynika możliwość uzyskania z tego tytułu przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi uczestnikami postępowania. W szczególności, że twierdzenia te pozostają w sprzeczności z faktem, że co do zasady specjaliści w danej branży dążą do maksymalizacji swoich zarobków.
Jak zasadnie argumentował zamawiający przywołany także przez odwołującego fragment wyroku Izby oraz kolejno wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 sierpnia 2021 r., sygn. XXIII Zs 34/21, dotyczył odmiennej sytuacji, w której sąd ustalił, że: *Zarzut nie był zasadny, Sąd podziela bowiem stanowisko KIO, że wyjaśnienia (...) pochodzące od (...)*
w sposób szczegółowy przedstawiły kalkulacje cenową poszczególnych obszarów zamówienia z uwzględnieniem udziału w nich danego podwykonawcy tj. w zakresie jakim wynika to z art. 90 ust. 1 pkt 5 Pzp. Nadto, (...) do wyjaśnień (...) załączył dowody w postaci ofert wszystkich podwykonawców, które zgodne są z przyjętymi założeniami kalkulacji.
W przedmiotowej sprawie zarówno podwykonawcy, jak i odwołujący, nie przedstawili żadnych kalkulacji cenowych w zakresie elementów składających się na wartość „dniówki" danej osoby skierowanej do realizacji zamówienia. Sama natomiast deklaracja o realizacji danej usługi za wskazaną kwotę w oświadczeniu podmiotu trzeciego, nie mogła stanowić kalkulacji ceny, jak zdawał się niesłusznie utożsamiać oba pojęcia odwołujący w odwołaniu, wskazując, że *skoro niezależny podmiot deklaruje wykonanie danej usługi za wskazaną przez siebie kwotę (przez co rozmieć należy w istocie złożenie swego rodzaju oferty na wykonanie usług) – to nie można podważać tak skalkulowanej ceny*. Tym samym uzasadnieniem dla przedstawienia tak ogólnych informacji, jak przekazane w wyjaśnieniach odwołującego złożonych w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, nie mógł być wyłącznie fakt, że do wyjaśnień odwołujący równocześnie załączył oferty otrzymane od podwykonawców.
W szczególności, że analiza ofert podwykonawców prowadziła do wniosku, że ich stopień ogólności był równie duży jak stopień wyjaśnień samego odwołującego. Wszystkie przedstawione oferty podwykonawców były skonstruowane wg tego samego schematu
i zawierały wyłącznie informację dotyczącą danej pozycji Formularza Cenowego
i przypisania jej odpowiedniej stawki „dniówkowej". Przedstawione dowody w postaci lakonicznych oświadczeń – w kontekście zgłoszonych wątpliwości zamawiającego – należało uznać za pozbawione mocy dowodowej i wiarygodności.
Odwołujący argumentował, że zamawiający bezpodstawnie oczekiwał, iż oferty podmiotów trzecich będą przez odwołującego weryfikowane, gdyż jak sądził, za ich właściwą kalkulację odpowiada podmiot składający oświadczenie, a nie odwołujący. W tym kontekście należało wskazać, że zamawiający zgłosił wątpliwości co do konkretnych pozycji cenowych dotyczących wynagrodzenia personelu. Odwołujący chcąc prawidłowo wywiązać się
z obowiązku w zakresie wyjaśnień, powinien tym samym kwoty wynikające z oświadczeń uwiarygodnić poprzez kalkulacje, pozwalające na potwierdzenie, że faktycznie wszystkie koszty, jakie w zaoferowanej przez podwykonawcę kwocie mają się mieścić i zostały uwzględnione. Tymczasem z treści samych wyjaśnień odwołującego, nie wynikało, aby odwołujący zweryfikował prawidłowość i wiarygodność zawartych w tych oświadczeniach kwot, bezkrytycznie opierając na nich swoją wycenę. Treść tych oświadczeń rodziła przypuszczenie, że zostały one sformułowane *ad hoc*, wyłącznie na potrzeby złożenia wyjaśnień. Zdaniem składu orzekającego zamawiający oczekiwał od odwołującego złożenia merytorycznych wyjaśnień i kalkulacji, a nie składania oświadczeń podwykonawców. Tak złożone wyjaśnienia nie mogły pozwolić zamawiającemu na weryfikację, czy przedstawiona cena była ceną prawidłową i realną, gwarantującą wykonanie przedmiotu zamówienia na warunkach opisanych w SWZ.
Jeśli chodziło o koszty obejmujące działania promocyjne to Izba uznała, że odwołujący właściwie nie udzielił wyjaśnień w tym zakresie. Odpowiedzi odwołującego
w zakresie pozycji od 3.1 do 3.4 sprowadzały się do ogólnikowego stwierdzenia: *Wyjaśniamy, że nasza Oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w OPZ i Umowie,*
a cena zawiera wszystkie związane z tym koszty. Wykonawca dysponuje własnym, niezbędnym sprzętem, a zakres pozycji będzie wykonywany przez Personel Konsultanta, którego koszt został uwzględniony w dniówkach Ekspertów
Ponadto odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów w związku z tym kosztem.
Jedynym wnioskiem jaki dało się wywieść z powyżej zacytowanej odpowiedzi było stwierdzenie, że odwołujący dokonał „przerzucenia" kosztów promocji projektu
i wkalkulowania ich w dniówki ekspertów. Stwierdzenie to z racji na jego ogólnikowość nie mogło zostać zaakceptowane przez zamawiającego, a poza tym nie zostało potwierdzone żadnymi dowodami, z których wynikałoby, że osoby te faktycznie zrealizują czynności związane z promocją.
Odwołujący dopiero na rozprawie próbował wyjaśniać koszty dotyczące działań promocyjnych wskazując na ofertę zawartą na str. 24 w pliku zawierającym załączniki do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Oferta tam zawarta obejmowała koszt wykonania ortofotomapy, która jest sporządzona na podstawie wykonania zdjęć lotniczych i jej uaktualnienia. Poza tym odwołujący podniósł, że koszt związany z działaniami promocyjnymi został wskazany w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny natomiast koszty obejmujące te działania zawarte zostały w pozycji obejmującej rezerwę.
Izba stwierdziła, że argumentacja podana przez odwołującego na rozprawie w zakresie powyżej wskazanej grupy kosztów nie mogła zostać wzięta pod uwagę, ponieważ była spóźniona, gdyż nie wynikała ze złożonych wyjaśnień. Poza tym należało ją uznać za przygotowaną wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego i żaden sposób nie mogła ona potwierdzić słuszności argumentacji odwołującego.
Argumentacji odwołującego nie potwierdził również złożony przez niego na posiedzeniu dowód w postaci formularza cenowego, który został przedłożony przez tego wykonawcę w postępowaniu dotyczącym projektu i budowy drogi ekspresowej S12 Lublin – Dorohusk na odcinku Piaski – Dorohusk z wyłączeniem budowy obwodnicy Chełma. Odwołujący złożył przedmiotowy dowód na okoliczność tego, że w powyżej wskazanym postępowaniu, prowadzonym przez GDDKiA Oddział Lublin, zamawiający uznał wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, które były podobne do wyjaśnień złożonych
w przedmiotowym postępowaniu. Przedmiotowy dowód został podważony przez dowody złożone przez zamawiającego tj. wezwanie do wyjaśnienia treści oferty skierowane do wykonawcy konsorcjum BICO w postępowaniu dotyczącym projektu i budowy drogi ekspresowej S12 Lublin – Dorohusk na odcinku Piaski – Dorohusk z wyłączeniem budowy obwodnicy Chełma z dnia 11 stycznia 2023 r. oraz wyjaśnienia złożone przez ww. wykonawcę. Dowody złożone przez zamawiającego potwierdziły, że obu sytuacji nie można porównywać, ponieważ wezwanie skierowane do odwołującego w przedmiotowym postępowaniu było dużo bardziej szczegółowe niż wezwanie dotyczące ww. postępowania, stąd też udzielone wyjaśnienia oraz załączone do nich dowody nie mogły zostać jednakowo potraktowane przez zamawiającego.
Tym samym Izba uznała, że zamawiający słusznie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1. pkt. 8 w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że oba odwołania podlegały oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

Ponadto Izba wskazała, że podstawą wydania orzeczenia łącznego w sprawach o sygn. akt KIO 1685/23 i KIO 1708/23, był art. 556 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 i 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisów od obu odwołań oraz zasądzając od odwołujących na rzecz przystępującego (w sprawie o sygn. akt KIO 1685/23) oraz zamawiającego (w sprawie o sygn. akt KIO 1708/23) uzasadnione koszty obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika – na podstawie złożonych na posiedzeniu rachunków.

Przewodniczący:…….

…….

…….