

sygn. akt: **KIO 3126/25**
KIO 3140/25
KIO 3154/25

WYROK

Warszawa, 29 września 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: B.L.

Mateusz Paczkowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 lipca 2025 r. przez:

A) wykonawcę TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (KIO 3126/25),

B) wykonawcę SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (KIO 3140/25),

C) wykonawcę B-ACT S.A. z siedzibą w Bydgoszczy (KIO 3154/25),

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

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego:

1) B-ACT S.A. z siedzibą w Bydgoszczy (KIO 3126/25),

2) SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (KIO 3126/25, KIO 3154/25),

3) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INKO Consulting sp.

z o.o., PPT Consult sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (KIO 3126/25),

4) TRANSPROJEKT Gdański sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (KIO 3126/25, KIO 3140/25, KIO 3154/25),

przy udziale uczestników po stronie odwołującego:

1) B-ACT S.A. z siedzibą w Bydgoszczy (KIO 3140/25),

2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INKO Consulting sp.

z o.o., PPT Consult sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (KIO 3140/25, 3154/25),

orzeka:

A) KIO 3126/25:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 4 i 5 odwołania.

2. Oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2. zasądza od TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

B) KIO 3140/25:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

C) KIO 3154/25:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu z ust. 5 pkt 5 petitum odwołania.

2. Oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża B-ACT S.A. z siedzibą w Bydgoszczy i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez B-ACT S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3.2. zasądza od B-ACT S.A. z siedzibą w Bydgoszczy na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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

Przewodniczący:.....

Członkowie:.....

.....

sygn. akt: **KIO 3126/25, KIO 3140/25, KIO 3154/25**

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie- prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. *„Zarządzanie i sprawowanie nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na odcinku Gdynia Chylonia – Lębork linii kolejowej nr 202 w ramach projektu pn.: „Prace na linii kolejowej nr 202 na odcinku Gdynia Chylonia – Słupsk” - Faza II”*.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołań.

KIO 3126/25

28 lipca 2025 roku, wykonawca TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie(dalej „*Odwołujący I*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący I zarzucił zamawiającemu:

Zarzut 1. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy PZP w związku z art. 224 ust. 5 i 6 Ustawy PZP i w związku z art. 16 PZP - przez zaniechanie odrzucenia oferty Transprojekt, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz przez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez Transprojekt i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut 2. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy PZP w związku z art. 224 ust. 5 i 6 Ustawy PZP i w związku z art. 16 PZP - przez zaniechanie odrzucenia oferty Safege, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz przez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez Safege i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut 3. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Ustawy PZP w związku z art. 224 ust. 5 i 6 Ustawy PZP i w związku z art. 16 PZP - przez zaniechanie odrzucenia oferty B-Act, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz przez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez B-Act i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut 4 (wycofany przez odwołującego).

Zarzut 5 (wycofany przez odwołującego).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) Unieważnienia czynności oceny ofert,
- 2) Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) Ponowną ocenę ofert,
- 4) Odrzucenie ofert wykonawców Transprojekt, Safege, B-Act i INKO.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego oraz poniósł bądź

może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Ustawy PZP. Odwołujący ma interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że zamawiający dokonał istotnych czynności z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, na skutek czego odwołujący stracił szansę na uzyskanie zamówienia. Oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Szkodą, jaką może ponieść odwołujący, jest utrata przychodów w wysokości ceny jego oferty.

KIO 3140/25

28 lipca 2025 roku, wykonawca SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (dalej „Odwołujący II”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący II zarzucił zamawiającemu naruszenie:

Zarzut 1. art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia Transprojekt z Postępowania pomimo tego, że Transprojekt z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do naliczenia kar umownych oraz odstąpienia zamawiającego z winy wykonawcy od umowy w sprawie zamówienia publicznego;

Zarzut 2. art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Transprojekt z Postępowania pomimo tego, że Transprojekt w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz który zataił te informacje;

Zarzut 3. art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Transprojekt z Postępowania pomimo tego, że Transprojekt w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd co do istnienia wobec niego przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu;

Zarzut 4. art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Transprojekt z Postępowania pomimo tego, że zaoferowana przez Transprojekt cena nosi znamiona rażąco niskiej, a Wyjaśnienia RNC nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
- 3) wykluczenie Transprojekt z postępowania oraz uznanie jego oferty za podlegającą odrzuceniu na podstawie przepisów wskazanych w petitum odwołania.
- 4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania, celem wykazania faktów wskazanych w uzasadnieniu odwołania;

Odwołujący wskazał, że naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp ma istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem gdyby zamawiający ich nie naruszył, oferta odwołującego zostałaby finalnie uznana za najwyższej ocenioną. Co za tym idzie, odwołujący mógłby uzyskać zamówienie objęte postępowaniem. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia polega na tym, że odwołujący oferuje wykonanie zamówienia, którego wynikiem będzie zawarcie z zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego, a w przypadku uwzględnienia odwołania szanse odwołującego na uzyskanie zamówienia znacząco wzrosną - oferta odwołującego zostanie uznana za ofertę najkorzystniejszą. Z kolei naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może wyrządzić odwołującemu szkodę w postaci utraconych korzyści – przychodów z nieuzyskanego zamówienia.

KIO 3154/25

28 lipca 2025 roku, wykonawca B-Act S.A. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej „Odwołujący III”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący III zarzucił zamawiającemu naruszenie:

Zarzut 1. art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp oraz art. 16 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty TGD jako oferty z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz błędną ocenę przez Zamawiającego, że złożone przez TGD wyjaśnienia wraz z dowodami stanowią pełne udzielenie wyjaśnień i uzasadniają podaną w ofercie cenę, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty TGD jako oferty z rażąco niską ceną, podczas gdy podana w ofercie TGD cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a TGD w złożonych wyjaśnieniach nie wyjaśnił skutecznie, że podana w ofercie cena nie jest rażąco niska i umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie

z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów oraz nie udzielił

pełnej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego;

Zarzut 2. ew. art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy TGD do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, podczas gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia nie wykazywały skutecznie,

że podana w ofercie cena nie jest rażąco niska i umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi

z odrębnych przepisów, a treść wyjaśnień powinna była spowodować powzięcie przez Zamawiającego dalszych wątpliwości dot. ceny oferty TGD, co obligowało Zamawiającego do zastosowania ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie ww. przepisu;

Zarzut 3. art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp oraz art. 16 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Safege jako oferty z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz błędną ocenę przez Zamawiającego, że złożone przez Safege wyjaśnienia wraz z dowodami stanowią pełne udzielenie wyjaśnień i uzasadniają podaną w ofercie cenę, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty Safege jako oferty z rażąco niską ceną, podczas gdy podana w ofercie Safege cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Safege w złożonych wyjaśnieniach nie wyjaśnił skutecznie,

że podana w ofercie cena nie jest rażąco niska i umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi

z odrębnych przepisów oraz nie udzielił pełnej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego;

Zarzut 4. ew. art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Safege do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, podczas gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia nie wykazywały skutecznie, że podana w ofercie cena nie jest rażąco niska i umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi

z odrębnych przepisów, a treść wyjaśnień powinna była spowodować powzięcie przez Zamawiającego dalszych wątpliwości dot. ceny oferty Safege, co obligowało Zamawiającego do zastosowania ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie ww. przepisu;

Zarzut 5. (*Zarzut wycofany przez odwołującego*);

Zarzut 6. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) oraz art. 16 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Safege z Postępowania oraz odrzucenia jego oferty jako oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania, podczas gdy spełnione zostały wobec niego przesłanki wykluczenia określone w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp – wykonawca Safege w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w niniejszym Postępowaniu lub zataił te informacje oraz w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu,

a także nie wykazał negatywnych przesłanek wykluczenia w niniejszym Postępowaniu;

Zarzut 7. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7), art. 110 ust. 1-3, art. 111 pkt 4) oraz art. 16 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Safege z Postępowania oraz odrzucenia jego oferty jako oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania, podczas gdy:

- spełnione zostały wobec niego przesłanki wykluczenia określone w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp – wykonawca Safege z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, co zostało stwierdzone w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez innych zamawiających, a wykluczenia te stały się prawomocne;

- nie upłynął 3-letni okres wykluczenia Safege z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w związku z prawomocnym wykluczeniem Safege z innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp;

- wykonawca Safege nie wykazał skutecznie spełnienia przesłanek umożliwiających Zamawiającemu odstąpienie od wykluczenia określonych w art. 110 ust. 2 Pzp (tzw. samooczyszczenie);

- a także przez błędną ocenę przez Zamawiającego złożonych w toku Postępowania przez wykonawcę Safege wyjaśnień i bezpodstawne uznanie, że opisane tam informacje i czynności podjęte przez wykonawcę Safege są wystarczające do wykazania jego rzetelności, podczas gdy z informacji i dokumentów przedstawionych przez wykonawcę Safege w Postępowaniu nie wynika, że spełnione zostały przesłanki określone w przepisie art. 110 ust. 2 Pzp;

Zarzut 8. art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 i art. 16 Pzp przez wybór oferty wykonawcy TGD jako oferty najkorzystniejszej, pomimo, że oferta tego wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu i nie powinna ona zostać wybrana jako najkorzystniejsza zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) odrzucenia oferty TGD z Postępowania;
- 3) ew. wezwania wykonawcy TGD do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, w szczególności w zakresie zagadnień opisanych szczegółowo w treści uzasadnienia niniejszego odwołania;
- 4) wykluczenia wykonawcy Safage z Postępowania;
- 5) odrzucenia oferty Safage z Postępowania;
- 6) ew. wezwania wykonawcy Safage do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, w szczególności w zakresie zagadnień opisanych szczegółowo w treści uzasadnienia niniejszego odwołania;
- 7) dokonania ponownego badania i oceny ofert w Postępowaniu;

Odwolujący wniósł o zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa prawnego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą;

Odwolujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania (wynikających z dokumentacji Postępowania i załączonych do odwołania) oraz dowodów złożonych w toku postępowania odwoławczego, na okoliczności, przy których te dowody zostały lub zostaną przywołane.

Odwolujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia objętego Postępowaniem oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Odwołujący złożył w Postępowaniu ważną i nie podlegającą odrzuceniu ofertę, i bezpośrednio ubiegał się o uzyskanie zamówienia. Zamawiający przyznał ofertom TGD i Safage wyższą punktację w ramach zdefiniowanych w Postępowaniu kryteriów oceny ofert (tj. jedynym kryterium: cena) - odpowiednio 100,00 pkt i 84,60 pkt, zaś ofercie Odwołującego – 82,58 pkt. Pozostałym ofertom złożonym w Postępowaniu przyznano odpowiednio: 72,40 pkt, 36,25 pkt, 30,00 pkt. Pięć ofert zostało także odrzuconych z Postępowania. Tym samym oferta złożona przez Odwołującego uplasowała się na trzecim miejscu w rankingu ofert, za ofertą TGD i Safage. Gdyby tym samym Zamawiający nie dokonał opisanych w odwołaniu naruszeń,

a w szczególności oferty wykonawców TGD i Safage zostałyby odrzucone, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą i Odwołujący uzyskałby zamówienie. Tym samym bezspornym jest, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych niżej przez Odwołującego przepisów Pzp, Odwołujący poniesie szkodę w postaci utraty możliwości zrealizowania zamówienia, a tym samym uzyskania należnego wynagrodzenia, jak i kosztów przygotowania ważnej oferty i udziału w Postępowaniu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępujących, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Izba przyjęła w poczet materiału dowodowego dokumenty składane przez strony

i uczestników stwierdzając, że potwierdzają one okoliczności wskazane w tych dowodach.

Z uwagi na okoliczność, iż odwołania w pewnej części, dotyczącej zarzutów pokrywają się wzajemnie, Krajowa Izba Odwoławcza odniesie się wspólnie do argumentacji i dowodów powołanych przez strony i uczestników.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołujących są niezasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko zamawiającego i przystępujących po stronie zamawiającego (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: *Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego*

uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów), wskazuje, co następuje.

Odwolania: 3126/25 (TPF), 3140/25 (SAFAGE), 3154/25 (B-ACT) - zarzuty dotyczące naruszenia:

A) (TPF): art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 5 i 6 i w związku z art. 16 ustawy Pzp – dotyczy wykonawców: Transprojekt, Safage, B-Act,

B) (SAFAGE): art. 226 ust. 1 pkt 8) oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp – dotyczy wykonawcy Transprojekt,

C) (B-ACT): art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 oraz art. 16 Pzp, ew. art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp – dotyczy wykonawców: Transprojekt oraz Safage.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołujących się wykonawców oparte są

o założenia, które nie wynikają z treści wezwania zamawiającego, co więcej wyjaśnienia wykonawców odpowiadają na wątpliwości zamawiającego, które były przedmiotem wezwania do złożenia wyjaśnień. Okoliczność, iż odwołujący własną miarą i przy przyjęciu własnych zindywidualizowanych kryteriów próbuje wzbudzić wątpliwość co do prawidłowości czynności zamawiającego, nie oznacza, że są one zasadne. Istotą bowiem wyjaśnień są elementy, o które zamawiający zwracał się do wykonawców, wyszczególniając w tabeli te z nich, które budzą wątpliwości zamawiającego. Oczywistym jest, co znajduje swoje potwierdzenie w orzecznictwie jak i doktrynie, że nie ma jednego wzorca składanych wyjaśnień, dlatego też do każdej sprawy należy podchodzić indywidualnie, mając na względzie m.in. przedmiot zamówienia, jego zakres, czas realizacji, miejsce realizacji, a co najważniejsze indywidualne, właściwe danemu wykonawcy zasoby i doświadczenie w realizacji podobnych zleceń.

Odwołujący TPF wskazuje m.in., że „(...) *Transprojekt – pomimo wyraźnego wezwania – nie przedstawił żadnych wyliczeń w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Próżno w wyjaśnieniach szukać: a) kalkulacji cenowej z rozbiem poszczególnych elementów cenotwórczych w odniesieniu do każdej pozycji w ww. tabeli w zakresie wskazanym w wezwaniu, b) informacji na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość poz. od 1 do 31 w zakresie zaangażowania osobowego i rzeczowego oraz związanymi z tym niezbędne do poniesienia koszty, c) dowodów i wyliczenia w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, w tym odniesienia się do minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej*”.

Tymczasem zamawiający w wezwaniu wykonawcy Transprojekt wskazał, cyt.: „1. Zespół stały Biura Inżyniera, Zespół zmienny Biura Inżyniera, Zespół zmienny przeglądu dokumentacji. Zaoferowana cena i jej wyjaśnienie powinny odzwierciedlać wymogi wskazane w SWZ TOM III Opis Przedmiotu Zamówienia, zgodnie z którym Zamawiający wymaga (...)” – w tym miejscu zamawiający wymienił odpowiednie postanowienia OPZ. Dalej zamawiający wskazał, cyt.: „Zaoferowana cena i jej wyjaśnienie powinny również odzwierciedlać wymogi wskazane w SWZ TOM II Warunki Umowy, zgodnie z którym Zamawiający wymaga (...)” - w tym miejscu zamawiający wymienił odpowiednie postanowienia umowy.

Zamawiający w wezwaniu wskazał, że „Wobec powyższego Zamawiający prosi o złożenie wyjaśnień w zakresie wskazanym poniżej (wraz z przedłożeniem dowodów np. w postaci kalkulacji cenowej z rozbiem poszczególnych elementów cenotwórczych w odniesieniu do każdej pozycji w ww. tabeli, wraz z potwierdzeniem:

1) uwzględnienia wszystkich czynników mogących wpłynąć na koszt pracy ekspertów takich jak np. urządzenie stanowiska pracy, szkolenia personelu nadzoru, koszty zakwaterowania i delegacji, wyposażenia bhp, transportu i łączności, urlopów i zwolnień lekarskich, wszelkie inne koszty związane z zatrudnieniem i pracą tych osób niezbędne do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia,

2) wykazanie uwzględnienia w każdej pozycji dla ww. personelu wszelkich kosztów związanych ze stawianymi mu wymaganiami i obowiązkami wynikającymi z SWZ,

3) czy Wykonawca w ramach cen omawianego działu uwzględnił narzuty na wynagrodzenia,

4) zapewnienia w ramach zaoferowanej ceny, stałej obecności personelu w biurze budowy (warunki umowy nie przewidują pracy zdalnej).

Prosimy o wyczerpującą i szczegółową informację na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość ww. pozycji (poz. od 1 do 31 powyższej tabeli) mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe i rzeczowe oraz związane z tym niezbędne do poniesienia koszty”.

Odwołujący w swojej argumentacji całkowicie pomija faktyczną treść wyjaśnień złożonych przez Transprojekt, w tym sensie, że nie uwzględnia okoliczności związanych z faktem,

że wynagrodzenie osób wskazanych do zespołu zmiennego opiera się o kwotę ryczałtową za cały okres świadczenia usługi, dodatkowo potwierdzoną oświadczeniem osoby mającej świadczyć rzeczony zakres zamówienia. Odwołujący skupia się na jednostkowych wyliczeniach, powołując się na cenniki Sekocenbud, nie uwzględniając, że członkowie tego zespołu mają zapewnić jedynie dyspozycyjność, co nie oznacza, że mają być codziennie zaangażowani w realizację zadań wynikających z ich wykształcenia.

Jak zasadnie wskazywał Transprojekt w swoich wyjaśnieniach „Przedstawione wyjaśnienia obejmują zakres wskazany przez Zamawiającego w wezwaniu, ponieważ:

1) Uwzględniono wszystkie czynniki mogące wpłynąć na koszt pracy ekspertów, poprzez zapewnienie wyposażenia z zasobów własnych Wykonawcy oraz oświadczeń samych ekspertów, którzy deklarują ujęcie w swoim wynagrodzeniu wszystkich kosztów pełnienia swojej funkcji;

2) Wykazano uwzględnienie w każdej pozycji dla ww. personelu wszelkich kosztów związanych ze stawianymi mu wymaganiami i obowiązkami wynikającymi z SWZ;

3) Uwzględniono narzuty na wynagrodzenia w ujęciu globalnym w pozycji zysk;

4) Zapewniono w ramach zaoferowanej ceny codzienną obecność personelu zespołu stałego Inżyniera w biurze budowy.

Reasumując Wykonawca wykazał, że wszystkie koszty zostały skalkulowane w oparciu o realne wartości rynkowe i nie zawierają cen zaniżonych. Niezależnie Wykonawca wykazał, że posiada rezerwy niezależnie od pozycji ryzyko”.

Jak wskazał zamawiający - odwołujący stara się narzucić Transprojekt wyjaśnienia o określonej treści i wywodzi to z fragmentu wezwania do wyjaśnień, w którym wskazano, że „kalkulacji cenowej z rozbięciem poszczególnych elementów cenotwórczych w odniesieniu do każdej pozycji w ww tabeli”. W tym zakresie odwołujący uważa, że Transprojekt powinien przedłożyć kalkulację uwzględniającą liczbę godzin zaangażowania danej osoby w miesiącu. Takie wymaganie nie wynika zaś z treści wezwania. Odwołujący pomija zupełnie fakt,

że Transprojekt przedłożył dowody na zaoferowane przez siebie ceny.

Ponadto, zamawiający wskazał, że odwołujący stawia zarzut, że spośród 31 osób, o które Zamawiający pyta w wezwaniu, tylko 1 osoba ma wynagrodzenie wyższe niż minimalne wynagrodzenie. Z takim stwierdzeniem nie można się zgodzić bowiem odwołujący pomija

w zupełności fakt, że zamawiający wezwał Transprojekt do wyjaśnień wynagrodzenia: jednej (1) osoby wchodzącej w skład personelu stałego – a więc, co do której wymagane jest zatrudnienie w wymiarze etatu; dziewiętnastu (19) osób z personelu zmiennego, których zaangażowanie ma wynikać z bieżących potrzeb, zamawiający nie narzucił minimalnego czasu pracy tych osób a zakres czynności które mają one wykonać w trakcie realizacji umowy na nadzór; jedenastu (11) osób z zespołu zmiennego przeglądu dokumentacji, których zaangażowanie ma wynikać z bieżących potrzeb, zamawiający nie narzucił minimalnego czasu pracy tych osób a zakres czynności które mają one wykonać w trakcie realizacji umowy na nadzór.

Zamawiający potwierdził jednocześnie, że wymagał pełnej dyspozycyjności osób wchodzących w skład zespołu Personelu zmiennego oraz zespołu zmiennego przeglądu dokumentacji, jednak nie określił, że ma być to wymiar odpowiadający pełnemu etatowi lub określonej liczbie godzin (rozdział 3.1.3 OPZ).

Za zamawiającym wskazać należy, że nie można zgodzić się z odwołującym, iż niezbędne było przedstawienie zaangażowania danego specjalisty w wymiarze miesięcznym, ponieważ nie można takiego miesięcznego zaangażowania przewidzieć. Może być bowiem tak,

że w danym miesiącu zaangażowanie danego specjalisty nie będzie w ogóle potrzebne

a w innym będzie ono wymagane ze zwiększoną częstotliwością. Stąd zasadne jest przyjęcie zaangażowania na poziomie całości kontraktu. Odnosząc się do podniesionego przez odwołującego stanowiska Geodety, nie wiadomo na jakiej podstawie odwołujący zakłada,

że w wyjaśnieniach nie potwierdzono na jaki okres jest oferowana przez niego kwota wynagrodzenia. W treści oświadczenia wprost wskazano, że dotyczy ono: okresu podstawowego, okresu wydłużonego oraz okresu wykraczającego poza okres wydłużony.

Nie można zgodzić się z argumentem odwołującego, że oświadczenie własne wykonawcy, podpisane przez współpracownika nie ma znaczenia dowodowego. Ustawa Pzp nie precyzuje w zakresie dowodów związanych z procedurą wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jakie dowody dany podmiot ma przedstawić. W jaki inny sposób Transprojekt miałby wykazać sposób kalkulacji realizacji danych prac, jeśli dla osób wchodzących w skład Zespołu zmiennego zamawiający określił zakres obowiązków a nie zaangażowanie czasowe.

Izba w całości podziela stanowisko zamawiającego, który stwierdził, że odwołujący przedstawia argumenty za nieprawidłowością kalkulacji przez Safege, przy czym argumentacja ta nie różni się od tej przedstawionej w stosunku do Transprojekt. Odwołujący kwestionuje treść oferty podwykonawcy - Infrases, ale poza przyrównaniem wynagrodzenia do kwoty minimalnego wynagrodzenia za pracę nie przedstawia żadnych argumentów poza stwierdzeniem, że „Zastosowana konstrukcja wyjaśnienia ceny przez ofertę podwykonawczą nie jest wystarczającym wyjaśnieniem ceny dla usług. Jest to tzw. „tłumaczenie oferty przez ofertę”. Brak jest przedłożenia dowodów, że jakieś prace nie zostały uwzględnione w wycenie, że cena jest nierealna itp. Odwołujący kwestionuje treść oświadczenia osoby skierowanej na stanowisko Inżyniera materiałowego, ale poza przyrównaniem wynagrodzenia do kwoty minimalnego wynagrodzenia za pracę nie przedstawia żadnych argumentów. Tymczasem,

w odniesieniu do osoby na stanowisko Inżyniera materiałowego, analogicznie jak dla Geodety, nie przedstawiono minimalnej liczby godzin a zakres obowiązków. Brak jest w odwołaniu argumentów jakie obowiązki nie mogą być wykonane za wskazaną kwotę. Odwołujący nie uzasadnia, dlaczego kwestionowane przez niego pozycje samodzielnie stanowią istotną część składową oferty Safege – brak jest jakiegokolwiek argumentacji w tym zakresie.

Zdaniem Izby, wyjaśnienia Safege są wyczerpujące i adekwatne do analizowanego stanu faktycznego a w

konsekwencji Safage sprostali obowiązkowi wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej ceny. W odniesieniu do wykonawcy Safage, Izba podtrzymuje stanowisko adekwatnie wskazane w odniesieniu do wykonawcy Transprojekt.

Analogiczne stanowisko należy przyjąć w zakresie zarzutów dotyczących wykonawcy B-Act.

Odwołujący Safage wskazał, że Transprojekt nie doszacował w cenie oferty kosztów wykonania zamówienia w Okresie wydłużonym oraz w Okresie wykraczającym poza Okres wydłużony. Transprojekt skalkulował w Formularzu 1A wysokość swojego pełnego wynagrodzenia w Okresach wydłużonych na poziomie 1 414 182,35 zł netto (kwota ta zawiera zatem wszystkie koszty Okresów wydłużonych). Jednocześnie sam koszt Personelu Stałego i Biura Inżyniera w Okresach wydłużonych, zgodnie z tabelą z punktu powyżej, wynosi 2 345 700,00 zł netto. Tym samym już same tylko koszty Personelu Stałego i Biura znacząco przekraczają cenę Okresów wydłużonych przyjętą w ofercie Transprojekt. Różnica pomiędzy kosztami samego Personelu Stałego i Biura a ceną Okresu wydłużonego wynosi 931 517,65 zł netto. Tym samym powstaje znaczące niedoszacowanie ceny Okresu wydłużonego, a należy nadmienić, że mówimy w powyższej symulacji wyłącznie o kosztach Personelu Stałego i Biura (bez innych kosztów, które również mogą wystąpić na tym etapie np. personelu zmiennego). Wykonawca Transprojekt w Wyjaśnieniach RNC nie opisał szczegółowo założeń dla Okresów wydłużonych, jednak nawet jeśli przyjąć, że różnica miałaby być pokryta

z rezerwy, to kwota rezerwy zarówno z oferty, jak i wyjaśnień RNC nie pozwala na takie pokrycie. Odwołujący w swojej argumentacji powołał się na wyrok KIO w sprawie o sygn. akt KIO 259/23 stwierdzając, że wyrok ten został wydany w stanie faktycznym niemal tożsamym do niniejszego postępowania. Również tu mamy do czynienia z obowiązkiem utrzymania personelu stałego przez cały okres realizacji umowy, z podziałem na okres podstawowy, wydłużony i wykraczający poza okres wydłużony. W obu przypadkach wykonawcy wskazali pełny miesięczny koszt personelu dla okresu podstawowego, lecz nie wykazali w sposób wiarygodny i uzasadniony, w jaki sposób pokryją te same koszty w okresach późniejszych. Brak kalkulacji dla tych okresów, połączony z jednoznacznymi wymaganiami SWZ, przesądza o niedoszacowaniu oferty i konieczności jej odrzucenia.

Zdaniem Izby, odwołujący nie wykazał zasadności podniesionego zarzutu. Samo arytmetyczne przeliczenie wartości pieniężnych nie oznacza, że wykonawca nie uwzględnił przedmiotowo istotnych elementów wyceny, bądź ich nie doszacował. Również odniesienie do sytuacji podmiotu, która miała miejsce w innym postępowaniu odwoławczym nie stanowi dowodu na zasadność zarzutów odwołania. Odwołujący zarzucił, że Transprojekt błędnie założył koszty w Okresie wydłużonym oraz w okresie wykraczającym poza okres wydłużony, a także, że swoje wyjaśnienia odniósł do okresu 56 miesięcy realizacji zamówienia (tj. Okresu podstawowego).

Ponownie Izba zwraca uwagę, że wyjaśnienia Transprojekt były odpowiedzią na wezwanie zamawiającego. Tym samym wychodzenie poza treść wezwania i stawianie zarzutów, które *de facto* nie dotyczyły wątpliwości zamawiającego jest kreowaniem własnego (odwołującego) spojrzenia na konstrukcję i sposób składania wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Odwołujący zdaje się pomijać faktyczne uzasadnienie złożonych wyjaśnień.

Zamawiający wyraźnie wskazał, że wyjaśnienia mają odnosić się do okresu 56 miesięcy realizacji zamówienia, co też Transprojekt uwzględnił w treści odpowiedzi na wezwanie. Nie można zatem stawiać Transprojekt zarzutu nieuwzględnienia w odpowiedzi dłuższego okresu niż okres 56 miesięcy. Skoro Zamawiający wzywał Transprojekt do wyjaśnień w zakresie ceny oferty za okres 56 miesięcy (tj. Okres podstawowy), to zarzut zaniechania odrzucenia oferty Transprojekt z uwagi na brak wskazania w wyjaśnieniach wprost na Okres wydłużony oraz Okres wykraczający poza okres wydłużony nie może znaleźć zastosowania w analizowanym stanie faktycznym.

Jak zasadnie wskazał zamawiający, odwołujący założył ponadto, że koszty ponoszone przez Wykonawcę w Okresie wydłużonym oraz w okresie wykraczającym poza okres wydłużony muszą znajdować pokrycie w kosztach stałych. Odwołujący pomija jednak

w zupełności fakt, że Zamawiający w dokumentacji przetargowej przewidział dwa rodzaje wynagrodzenia, tj.: Wynagrodzenie stałe; Wynagrodzenie zmienne.

Odwołujący cytuje zapisy punktu 12 IDW, jednak pomija zupełnie fakt, że podkreślony przez niego fragment (jak i cały ten punkt IDW) stanowi o cenie oferty a nie o wynagrodzeniu stałym, które stanowi wyłącznie element wynagrodzenia wykonawcy. Wynagrodzenie zmienne płatne jest w całym okresie realizacji Umowy, a zatem nie tylko w Okresie podstawowym, ale także w Okresie wydłużonym oraz w Okresie wykraczającym poza okres wydłużony. Wynagrodzenie zmienne stanowi zaś aż 50% wartości wynagrodzenia wykonawcy, o czym stanowi załącznik 1A do Formularza Ofertowego.

Zamawiający przedstawił tabelę, która przy uwzględnieniu danych narzuconych przez Zamawiającego pokazuje, że wynagrodzenie stałe w okresach wydłużonych zostało skalkulowane przez Transprojekt prawidłowo:

	Okres wydłużony	Okres wykraczający poza okres wydłużony
--	------------------------	--

n	0,8	
p	0,32	
r		0,05
W	10 632 950,00 zł	
50%W	5 316 475,00 zł	
0,2*50%W		1 063 295,00 zł
suma	1 361 017,60 zł	53 164,75 zł

Odwołujący nie kwestionuje zaś prawidłowości skalkulowania wskaźnika W, który stanowi podstawę skalkulowania wynagrodzenia przez wykonawcę.

Zamawiający konkludując wskazał, że Odwołujący postawił zarzut dotyczący nie prawidłowej kalkulacji ceny całej oferty, na co mogłaby wskazywać treść zarzutu z *petitum* odwołania, ale zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny w odniesieniu do elementu wynagrodzenia jakim jest wynagrodzenie stałe w Okresie wydłużonym oraz w Okresie wykraczającym poza okres wydłużony. Zarzut ten nie dotyczy zatem ceny oferty w całości a jedynie dwóch składników, przy czym wyliczanych na podstawie innych danych, których Odwołujący nie zakwestionował.

Transprojekt w swojej argumentacji wskazał, że zarzut należy uznać za całkowicie bezpodstawny, ponieważ jest on oparty na błędnych założeniach, nieuwzględniających kluczowego faktu, że zgodnie z postanowieniami SWZ, w Okresie wydłużonym i Okresie wykraczającym poza Okres wydłużony oprócz przewidzianego za te okresy wynagrodzenia stałego, wykonawca przez cały czas będzie otrzymywał wynagrodzenie zmienne stanowiące 50% wynagrodzenia podstawowego za realizację umowy.

Odwołujący B-Act, uzasadniając zarzuty odwołania dot. rażąco niskiej ceny ofert TGD (Transprojekt Gdańsk) i Safego wskazał, że TGD nie wyjaśnił w sposób wymagany przez Zamawiającego i Pzp sposobu obliczenia ceny oferty lub jej istotnych części składowych,

w tym nie przedstawił odpowiednich wymaganych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Zarówno oświadczenie wykonawcy TGD zawarte w wyjaśnieniach, jak i załączone oświadczenie, są w treści bardzo lakoniczne i enigmatyczne. TGD nie przedstawił żadnych szczegółowych wyliczeń, szacowanego stopnia zaangażowania lub pracowitości, ani metody kalkulacji wyceny. Nie podał także żadnych konkretów w zakresie rzekomej możliwości „redukcji kosztów poprzez optymalne wykorzystanie potencjału pracowników”. Wyjaśnienia

w tym zakresie opierają się zatem wyłącznie o głośowne zapewnienia wykonawcy TGD, że wycena uwzględnia wszystkie koszty i wymagania SWZ dla tego zakresu. Przedłożone przez wykonawcę TGD oświadczenie na potwierdzenie przyjętej kwoty podaje wyłącznie łączną wartość kosztów dla całego zespołu zmiennego przeglądu dokumentacji w okresie realizacji robót, a nie koszt dla poszczególnych pozycji zestawienia – tj. poszczególnych osób ze składu zespołu. Tymczasem Zamawiający w treści wezwania do wyjaśnień prosił o przedstawienie informacji w odniesieniu do każdego z elementów wskazanych w wezwaniu, podając wszystkie pozycje zespołu zmiennego przeglądu dokumentacji. Oświadczenie złożone jako dowód w żaden sposób nie może zostać uznane za potwierdzające prawidłowość kalkulacji dla poszczególnych pozycji wskazanych w wezwaniu Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie wyjaśnił, dlaczego dowód ten nie może być brany pod uwagę.

Dalej odwołujący wskazywał, że co do zasady oświadczenia i kalkulacje własne wykonawcy mogą stanowić dowód na potwierdzenie prawidłowości wyceny oferty, jednak jedynie w sytuacji, której cechują się one dostatecznym stopniem szczegółowości. Wykonawca TGD nie przedstawił jednak żadnej dodatkowej informacji nt. przeprowadzonej wyceny poza własnym ogólnym zapewnieniem, że jest ona prawidłowa.

Kolejny raz Izba wskazuje, że to nie odwołujący kreuje treść wyjaśnień wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w związku z czym nie sposób uznać, że tylko koncepcja ustalona i prezentowana przez odwołującego jest prawidłowa. Każdy

z wykonawców sam decyduje, jakie informacje i w jakim zakresie są istotne i potwierdzają określone okoliczności, a podmiotem, który ocenia ich skuteczność jest zamawiający. Skoro zamawiający, jako dysponent środków publicznych, potwierdził, że wyjaśnienia są przekonujące i wystarczające do stwierdzenia, że za zaoferowaną kwotę będzie możliwe prawidłowe zrealizowanie przedmiotu zamówienia, to należy przyjąć, że zamawiający jako profesjonalista wie co robi. Natomiast okoliczność, że sposób prezentacji wyjaśnień nie odpowiada odwołującemu, który na tej podstawie buduje zarzuty odwołania, pozostaje irrelevantne z punktu widzenia rozstrzygnięcia zarzutów.

Odwołujący dalej podnosił, że na potwierdzenie przyjętych do oferty kosztów badań laboratoryjnych wykonawca TGD

powołał się wyłącznie na ceny wynikające z umów zawartych z podwykonawcami. Załączona jako dowód w tym zakresie korespondencja mailowa

z podwykonawcą – BARG M.B. Gdańsk Sp. z o.o. nie potwierdza jednak ani wysokości kosztów badań, jakie będzie musiał ponieść TGD na rzecz podwykonawcy, ani zakresu tych badań, faktu przewidzenia spełnienia wszystkich wymagań Zamawiającego w tym zakresie, ani właściwie jakichkolwiek innych okoliczności, poza tym, że wykonawca TGD uzgodnił

z podwykonawcą jakąś ofertę. W treści przedłożonej przez wykonawcę TGD korespondencji nie padła nawet żadna kwota, nie mówiąc nawet o jakichkolwiek cenach jednostkowych, szczegółowych kosztorysach czy zakresie badań zidentyfikowanych jako niezbędne do wykonania w ramach przedmiotu zamówienia. Ponadto w treści wyjaśnień wykonawca TGD wspomina o umowach zawartych z firmą „BETOTEST”, a załączone do wyjaśnień dowody nie obejmują żadnych dokumentów to potwierdzających (dotyczą wyłącznie BARG M.B. Gdańsk Sp. z o.o.). Ponownie wykonawca TGD nie przedstawił żadnych szczegółowych wyliczeń, szacowanego stopnia zaangażowania lub pracochłonności, ani metody kalkulacji wyceny.

TGD zobowiązany był do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji kosztów gwarancji należytego wykonania. W Wyjaśnieniach RNC TGD wskazano jedynie, że kwota równa wysokości gwarancji została pomnożona przez współczynnik roczny w wys. 0,8% oraz lata – 4,67. Wykonawca TGD nie wyjaśnił jednak w ogóle na jakiej podstawie został przyjęty taki wskaźnik, ani co on odzwierciedla. Nie przedstawił też na potwierdzenie tej kalkulacji jakichkolwiek dowodów. Zamawiający w ramach wyjaśnień nie otrzymał zasadniczo żadnej informacji świadczącej o prawidłowości sporządzonej wyceny. Prawidłowość kalkulacji została poparta wyłącznie oświadczeniem własnym wykonawcy TGD, niezawierającym żadnych szczegółowych informacji o metodzie kalkulacji. Tak sformułowane wyjaśnienia w żaden sposób nie odpowiadają na wezwanie Zamawiającego i nie wyjaśniają składników ceny oferty.

W tym miejscu Izba wskazuje, że odwołujący kwestionuje wysokość wskaźnika podanego przez Transprojekt, jednakże w żadnej mierze nie uzasadnia, dlaczego wskaźnik na tym poziomie stanowi o rażąco niskiej cenie. Wykazanie zasadności stawianego zarzutu jest zadaniem odwołującego, któremu nie sprostał.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w treści wezwania zażądał przedstawienia wyjaśnień m.in. pozycji Koszty zarządu jako elementu cenotwórczego oferty. W tym zakresie wykonawca TGD wskazał jedynie, że dla kosztów zarządu, ryzyka i zysku przyjął łącznie kwotę 210.000,00 zł netto. Tak sformułowane wyjaśnienia w żaden sposób nie odpowiadają na wezwanie Zamawiającego. TGD nie przedstawił żadnych konkretnych informacji nt. sposobu ustalenia przez niego poziomu którejkolwiek z ww. kategorii kosztów. Pozycja „ryzyka” jest szczególnie istotna w zakresie kalkulacji ceny oferty i odzwierciedla zdolność wykonawców do należytego przewidywania okoliczności mogących wpływać na realizację zamówienia. Przewidzenie zbyt małej kwoty przeznaczonej na pokrycie zidentyfikowanych ryzyk często bezpośrednio oddziałuje na możliwość wykonywania zamówienia. Po czym odwołujący dokonuje indywidualnych wyliczeń.

Izba wskazuje, że kolejny raz odwołujący swoją miarą próbuje przyporządkować wyjaśnienia innego podmiotu, co nie może spotkać się z akceptacją.

Odwołujący stwierdził, że Safege nie wyjaśnił w sposób wymagany przez Zamawiającego i Pzp sposobu obliczenia ceny oferty lub jej istotnych części składowych, w tym nie przedstawił odpowiednich wymaganych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Działanie Safege stanowi próbę obejścia obowiązku szczegółowego wyjaśnienia elementów cenotwórczych swojej oferty poprzez powołanie się na oświadczenie podwykonawcy. Takie działanie należy uznać za niedopuszczalne. Wobec braku jakichkolwiek innych dowodów na realność przyjętych stawek kosztu gwarancji należytego wykonania należy uznać przedstawione przez wykonawcę Safege wyjaśnienia w tym zakresie za gołosłowne. Wykonawca Safege nie udowodnił prawidłowości przyjętej do wyceny kwoty. Nie sposób uznać wyjaśnień wykonawcy Safege w tym zakresie za rzetelne, dogłębne i wyczerpujące wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny. Nie sposób tych twierdzeń uznać także za udowodnione i potwierdzone odpowiednimi dowodami. Zamawiający w treści wezwania zażądał przedstawienia wyjaśnień m.in. pozycji Koszty zarządu jako elementu cenotwórczego oferty. W tym zakresie wykonawca Safege wskazał jedynie, że dla kosztów zarządu przyjął kwotę 150.000,00 zł netto, a także, że koszty zarządu „są przypisywane jako maksymalne do danego projektu w zależności od posiadanego portfela zamówień i z czasem mogą być wykorzystane na pokrycie innych nieprzewidzianych kosztów a niezbędnych do właściwej realizacji usług”. Tak sformułowane wyjaśnienia w żaden sposób nie odpowiadają na wezwanie Zamawiającego. Wykonawca Safege nie przedstawił żadnych konkretnych informacji nt. sposobu ustalenia przez niego poziomu ww. kategorii kosztów. W tym zakresie należy odesłać do argumentacji sformułowanej w stosunku do tej kategorii kosztów w wyjaśnieniach wykonawcy TGD, gdyż pozostaje ona aktualna i adekwatna. Założone przez wykonawcę Safege poziomy kosztów ryzyka i kosztów zarządu są bardzo małe w stosunku do łącznej wartości ceny ofertowej – odpowiednio ok. 1,88% i ok. 0,94%. Odbiega to od standardów rynkowych i – przy braku istotnego wyjaśnienia metod ich kalkulacji - powinno wzbudzać obawy co do ich adekwatności do warunków

realizacji zamówienia objętego Postępowaniem.

W powyższym zakresie Izba podtrzymuje wcześniej prezentowane stanowisko.

Wobec powyższego, za niezasadne Izba uznała zarzuty dotyczące naruszenia przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do wykonawców Transprojekt i Safage (odwołanie B-Act). Zdaniem Izby brak jest podstaw do stwierdzenia, że konieczne jest wzywaniem ww. wykonawców do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie RNC. Wyjaśnienia są pełne, logiczne i poparte stosownym materiałem dowodowym.

Zamawiający w odniesieniu do powyższych zarzutów wskazał, że Odwołujący, w szczególności przy wynagrodzeniu zryczałtowanym nie może w prosty sposób porównać ceny poszczególnych pozycji Załącznika 1B do Formularza oferty i uznać, że skoro Zamawiający zwrócił uwagę na te pozycje w wezwaniu to automatycznie jej ewentualne niedostateczne wyjaśnienie może skutkować odrzuceniem oferty. Konieczne jest każdorazowo wykazanie, dlaczego dana pozycja jest uznawana za istotną część składową oferty, tak aby przed Izbą móc wykazać zasadność podnoszonych twierdzeń. Z punktu widzenia analizowanej sprawy bardzo ważny wydaje się wyrok Krajowej Izby Odwoławczej

w innym postępowaniu prowadzonym przez jednostkę organizacyjną PKP PLK. Izba uznała, że kwestionowanie 6 z około 50 pozycji RCO, bez wykazania istotności danej pozycji jest niewystarczające dla uznania wystąpienia rażąco niskiej ceny (wyrok KIO z 30.01.2024 r., KIO 121/24, LEX nr 3702006). Dla uznania, że dana pozycja stanowi istotną część składową konieczne jest wykazanie przez Odwołującego, że stanowi ona istotny element kosztotwórczy a jej niewłaściwe wykonanie może przeważać na realizacji całego zamówienia. Odwołujący, w całej treści odwołania nawet nie próbuje wykazać istotności kwestionowanych elementów, zaś nie przedstawia też argumentów za możliwością uznania, że kwestionuje całą cenę oferty Transprojekt czy Safage. Zamawiający wskazał, że wezwał wykonawcę do wyjaśnienia ceny ogółem dla Okresu podstawowego 56 miesięcy i wskazał, które pozycje budzą jego szczególne wątpliwości. Zamawiający nie określił jednak, że wymienione przez niego pozycje stanowią istotną część składową ceny. Zamawiający zauważa, że odwołujący pozostaje bierny w przedmiocie przedłożenia jakichkolwiek dowodów na nieadekwatność zaoferowanych cen.

Zarzuty odwołania związane z wystąpieniem rażąco niskiej ceny sprowadzają się do uznania przez Odwołującego, że Transprojekt błędnie założył koszty: Zespołu zmiennego przeglądu dokumentacji w okresie realizacji robót; Badań laboratoryjnych; Gwarancji należytego wykonania; Ryzyko, kosztów zarządu oraz zysku. Zamawiający wskazuje, że Odwołujący nawet nie próbuje wykazać tego, że kwestionowane przez niego elementy (badania laboratoryjne, zespół zmienny czy też gwarancja należytego wykonania) stanowią istotne części składowe ceny lub kosztu – w treści odwołania brak jest jakichkolwiek argumentów w tym zakresie. Zamawiający wskazuje zaś, że nie można też uznać, że stanowią istotną część składową ceny, w sytuacji, gdy dotyczą wynagrodzenia stanowiącego około 10% wartości całej oferty. Tymczasem, kwestionowane przez Odwołującego pozycje stanowią niewielki procent całości kosztów realizacji zamówienia nawet w ofercie samego Odwołującego. Łącznie bowiem suma kosztów wynagrodzeń projektantów, badań laboratoryjnych i zabezpieczenia należytego wykonania to kwota: 1 784 000 zł netto, co stanowi 10,63 % wartości oferty netto Odwołującego. W przypadku oferty Transprojekt jest to kwota: 1 105 664 zł netto, co stanowi 9% wartości oferty Transprojekt. Zamawiający wskazuje, że w jego ocenie wyjaśnienia Transprojekt są wyczerpujące i adekwatne do analizowanego stanu faktycznego a w konsekwencji w ocenie Zamawiającego Transprojekt sprostował obowiązkowi wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej ceny.

Odnosząc się do Zespołu zmiennego przeglądu dokumentacji Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia należy uznać za niewystarczające, bowiem dla tej pozycji Transprojekt oświadczył, że zrealizuje zamówienie własnymi siłami a na dowód wycenienia ceny przedłożył „oświadczenie Dyrektora pracowni PT1, czyli wewnętrznej jednostki organizacyjnej wykonawcy TGD (należy zatem je traktować jako oświadczenie własne wykonawcy TGD)”.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, że nie można zaś zgodzić się z argumentem, że oświadczenie własne wykonawcy, podpisane przez pracownika nie ma znaczenia dowodowego. Ustawa Pzp nie precyzuje w zakresie dowodów związanych z procedurą wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jakie dowody dany podmiot ma przedstawić. Oświadczenie podpisane przez pracownika wykonawcy ma zaś bez wątpienia walor dowodowy tak samo jako oświadczenie podpisane przez osobę, którą z wykonawcą będzie łączyć umowa B2B, zaś w tym zakresie odwołujący nie kwestionuje przedłożonych wyjaśnień. W jaki inny sposób Transprojekt miałby wykazać sposób kalkulacji realizacji danych prac siłami własnymi, jeśli dla osób wchodzących w skład Zespołu zmiennego przeglądu dokumentacji zamawiający określił zakres obowiązków a nie zaangażowanie czasowe.

Zamawiający wskazuje, że wycena badań laboratoryjnych przez Transprojekt nie była przedmiotem wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny bowiem nie budziła ona wątpliwości zamawiającego. Wycena Transprojekt za wykonanie Badań laboratoryjnych jest ofertą niższą o 2 000 zł od oferty Odwołującego i stanowiącą 92% wszystkich złożonych ofert. Na 11 złożonych ofert, aż 4 oferty są niższe od oferty Transprojekt, w tym oferta Safage, którego ceny badań

laboratoryjnych Odwołujący nie kwestionuje, mimo stawiania zarzutów dotyczących ceny oferty tego wykonawcy.

Odwołujący przedstawia argumenty za nieprawidłowością kalkulacji przez Safage, w zakresie odnoszącym się do: Zespołu zmiennego przeglądu dokumentacji w okresie realizacji robót; Gwarancji należytego wykonania; Ryzyko, Koszty Zarządu, Zysk.

W tym zakresie Zamawiający wskazuje, że aktualna pozostaje przedstawiona wyżej argumentacja dotycząca braku wykazania nierealności ceny przez Odwołującego, braku przedłożenia jakichkolwiek dowodów, braku odniesienia się do istotności danego elementu jako części składowej ceny. Zamawiający wskazuje, że w jego ocenie wyjaśnienia Safage są wyczerpujące i adekwatne do analizowanego stanu faktycznego a w konsekwencji w ocenie Zamawiającego Safage sprostął obowiązkowi wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej ceny.

Izba podziela stanowisko przystępującego Transprojekt, który wskazał m.in., że ryczałtowy charakter wynagrodzenia oznacza, że formularz cenowy obejmujący wycenę usług świadczonych przez poszczególnych członków personelu nie pełni w tym Postępowaniu funkcji kosztorysu, a co za tym idzie – wynagrodzenie wykonawcy co do zasady nie będzie ulegało zmianom (za wyjątkiem sytuacji określonych wprost w treści WU).

Powyższe niesie za sobą ten skutek, że zaoferowana przez Przystępującego cena globalnie zawiera w sobie zobowiązanie do kompleksowego wykonania wszelkich prac. Powodzenie danego zakresu nie jest sztywno uzależnione od stricte ich wyceny. Wręcz przeciwnie – to wykonawca racjonalnie przygotowując wycenę w sposób kompleksowy (ryczałtowy) powinien przewidzieć w niej kwotę, w której uwzględni wszystkie prace, które zostaną wykonane i są możliwe do przewidzenia na podstawie opisu przedmiotu zamówienia (przy czym w takiej sytuacji wartości poszczególnych pozycji nie mają tak doniosłego znaczenia jak w przypadku formuły wynagrodzenia kosztorysowego). Nie jest tym samym zasadne przesadne koncentrowanie się przez Odwołującego w jego argumentacji na pojedynczych pozycjach formularza cenowego.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego wielokrotnie podkreślano, że strony decydując się na przyjęcie formy wynagrodzenia ryczałtowego muszą liczyć się z jej bezwzględny i sztywnym charakterem, gdyż ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać zapłaty wynagrodzenia wyższego (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2011 roku, IV CSK 397/10 i z dnia 20 listopada 1998 roku, II CKN 913/97). Inaczej sytuacja prezentowałaby się w sytuacji, w której Zamawiający przewidziałby wynagrodzenie kosztorysowe (co w postępowaniu nie występuje). W takim wypadku, każda z oferowanych przez wykonawców cen za poszczególne pozycje ma charakter niezwykle istotny, gdyż wycena wprost warunkuje możliwość ich realizacji i wykonania zamówienia prawidłowo jako takiego. Wykonawca, kalkulując cenę ofertową, uwzględnić musiał, że usługa sprawowanego nadzoru musi być dostosowana do realizacji robót budowlanych przez ich wykonawcę, nie sposób więc na obecnym etapie założyć „na sztywno” minimalnego zakresu wykonywanych prac (czego zresztą Odwołujący nie kwestionuje). W ramach dominującego stanowiska Izby podnosi się, że to właśnie forma przewidzianego wynagrodzenia – wynagrodzenie ryczałtowe - ma kluczowy wpływ na marginalne znaczenie wyceny konkretnych pozycji przy badaniu wysokości zaoferowanej ceny na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 Pzp.

Ustosunkowując się do zarzutów odwołania warto również podkreślić fakt, że treść jak i zawartość wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny są każdorazowo podyktowane treścią skonkretyzowanego wezwania – innymi słowy wykonawca posądzony o zaoferowanie ceny rażąco niskiej jest zobowiązany wyposażać instytucję zamawiającą w pakiet informacji, który jest przez nią wymagany treścią wezwania (istotnym jest to, że wykonawca nie może domyślać się intencji zamawiającego co do zakresu wyjaśnień, w tym stopnia ich szczegółowości).

Tym samym Przystępujący przygotowując swoje Wyjaśnienia dostosował ich konstrukcję do wymagań Zamawiającego wynikających wprost z treści Wezwania, tym samym nie może z tego tytułu ponosić negatywnych konsekwencji. Wykonawca nie ma bowiem obowiązku samemu doszukiwać się w swojej wycenie jeszcze innych wątpliwości / zastrzeżeń niż te wskazane w wezwaniu Zamawiającego.

Jak zasadnie wskazał przystępujący Transprojekt, z którą to argumentacją zgadza się Izba, nie sposób uznać, że poprzez sformułowanie ogólnych zarzutów, w treści których Odwołujący zaprezentował autorską (niepopartą żadnymi merytorycznymi argumentami) ocenę możliwości zrealizowania zamówienia za określoną cenę lub wyłącznie zasygnalizował bliżej nieokreślone naruszenia w zakresie odnoszącym się do przebiegu procedury wyjaśniającej doszło do udźwignięcia przez Odwołującego ciężaru wykazania, że cena ofertowa Przystępującego jest ceną rażąco niską. W ocenie Przystępującego Odwołujący w żadnym miejscu odwołania nie udowodnił lub choćby uprawdopodobnił, że zaoferowana przez TGD cena jest ceną rażąco niską. Całość argumentacji opiera się wyłącznie na subiektywnych odczuciach odwołującego, co do tego jak powinny wyglądać wyjaśnienia w zakresie ceny.

Przystępujący Safage wskazał, że nie ograniczył się jedynie do lakonicznego powołania się na ofertę podwykonawcy, lecz przedstawił obszerny i zróżnicowany materiał dowodowy obejmujący ponad dwadzieścia dokumentów, w tym

oświadczenia własnych pracowników dotyczące poziomu wynagrodzeń, kalkulacje kosztów rzeczowych związanych z obsługą zamówienia, oferty najmu, oferty podwykonawców oraz inne dokumenty potwierdzające realność i rynkowość zaofferowanej ceny. Zatem zarzut, że Zamawiający dysponował jedynie ogólnym zapewnieniem INFRARES, jest nieuprawniony i oparty na selektywnym odczytaniu akt sprawy. Oferta INFRARES Sp. z o.o. nie miała charakteru gołostownego oświadczenia, lecz zawierała szczegółową tabelę kalkulacyjną, w której ujęto stawki miesięczne, wskazano liczbę osób, okresy zaangażowania zarówno w okresie podstawowym, jak i wydłużonym oraz wykraczającym poza wydłużony, a także przedstawiono wyliczenia kosztów jednostkowych

i sumarycznych. Fakt, że w przedstawionej kopii dokumentu nie była w pełni widoczna ostatnia kolumna zawierająca sumy, nie oznacza braku danych, gdyż kolumna ta była jedynie prostym wynikiem przemnożenia stawki miesięcznej przez liczbę miesięcy, a łączna kwota została wykazana w podsumowaniu tabeli. Dokument zawierał zatem wszystkie informacje niezbędne do zweryfikowania kalkulacji, a zarzut o braku przejrzystości nie znajduje potwierdzenia. Co więcej, SAFEGE przed uwzględnieniem oferty INFRARES w kalkulacji własnej poddał ją merytorycznej i ekonomicznej weryfikacji. Analizie poddano zgodność zakresu prac

z wymaganiami Zamawiającego, porównano stawki z danymi rynkowymi i własną bazą danych, a także potwierdzono zdolność podwykonawcy do realizacji prac w zakładanym terminie i przy określonych warunkach organizacyjnych. Weryfikacja ta miała na celu zagwarantowanie, że przedstawiona przez INFRARES oferta jest rzetelna, realna i możliwa do wykonania w praktyce, co wyklucza ryzyko posługiwania się przez SAFEGE nieweryfikowalnym dokumentem.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego rzekomej niewiarygodności kalkulacji kosztu pozyskania gwarancji należytego wykonania umowy, należy wskazać, że argumentacja Odwołującego jest całkowicie bezzasadna i nie znajduje oparcia ani w przepisach prawa, ani w faktach ustalonych w postępowaniu. Kalkulacja przedstawiona przez SAFEGE została sporządzona przy wykorzystaniu kalkulatora kosztów GNW Banku BNP Paribas Bank Polska S.A., który nie jest narzędziem hipotetycznym ani wewnętrznym oświadczeniem wykonawcy, lecz mechanizmem opartym na rzeczywistych parametrach wynikających z umowy zawartej pomiędzy SAFEGE Oddział w Polsce, a wskazanym bankiem. Kalkulator ten został stworzony w oparciu o faktycznie obowiązujące stawki i opłaty stosowane w praktyce, a zatem jego wyniki należy traktować jako rzetelne i obiektywne odzwierciedlenie kosztów, jakie SAFEGE faktycznie ponosi w relacjach z bankiem. Zastosowanie kalkulatora miało charakter pomocniczy i referencyjny, jego celem nie było bowiem przedłożenie formalnego dokumentu bankowego – czego ustawa Pzp w ogóle nie wymaga – lecz wykazanie realności przyjętych

w ofercie kosztów gwarancji. SAFEGE skorzystał z narzędzia opartego na faktycznych stawkach obowiązujących w relacjach z bankiem, co dodatkowo potwierdzamy załączając oświadczenie Banku BNP Paribas Bank Polska S.A. (załącznik nr 1 do stanowiska Safage).

Doświadczenie wykonawcy, w tym wieloletnia praktyka SAFEGE w realizacji kontraktów na rzecz PKP PLK S.A. pozwala na precyzyjne oszacowanie rzeczywistych nakładów i ryzyk związanych z realizacją zamówienia. Dzięki temu możliwe jest ograniczenie buforów bezpieczeństwa i przyjęcie niższego poziomu kosztów ryzyka, co w żadnym wypadku nie oznacza ich nieuwzględnienia, lecz przeciwnie – świadczy o racjonalnym i świadomym zarządzaniu projektem. Z kolei fakt, że wykonawca przewidział w kalkulacji możliwość wygenerowania zysku, jednoznacznie świadczy o tym, że cena oferty nie ma charakteru dumpingowego ani rażąco niskiego. Rażąco niska cena to taka, która nie pozwala na pokrycie kosztów związanych z realizacją zamówienia i prowadziłaby do wykonywania kontraktu poniżej kosztów własnych wykonawcy. Skoro SAFEGE wykazał, że przyjęta kalkulacja pozwala nie tylko na pokrycie wszystkich kosztów, lecz również na uzyskanie dodatniej nadwyżki, to nie sposób uznać tej ceny za rażąco niską. Należy przy tym zauważyć, że koszty zarządu, ryzyka czy poziom zysku nie stanowią elementów przedmiotu zamówienia, lecz są jedynie częścią wewnętrzną kalkulacji przedsiębiorstwa. W związku z tym nie można przyjmować, że istnieje jakakolwiek obiektywna wartość rynkowa tych składników, którą można byłoby narzucać wszystkim uczestnikom postępowania. To, że poszczególni wykonawcy przyjęli różne poziomy tych kosztów, jest naturalną konsekwencją odmiennych założeń biznesowych, polityki finansowej i strategii gospodarczej każdego z nich. W tym kontekście próba kwestionowania przyjętych przez SAFEGE poziomów kosztów ryzyka, zarządu i zysku jest nie tylko bezpodstawna, lecz również pozbawiona znaczenia prawnego, ponieważ nie istnieją przepisy prawa ani standardy rynkowe pozwalające na ustalenie jednego wzorca ich wysokości. Już sam fakt, że Odwołujący formułuje zarzuty w odniesieniu do tak ogólnych i indywidualnych kategorii, wskazuje, iż jego stanowisko nie znajduje żadnych poważnych i miarodajnych podstaw.

odwołanie 3140/25 (SAFAGE) – dotyczy wykonawcy Transprojekt:

zarzuty dotyczące naruszenia:

a) art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp

Transprojekt złożył wraz z ofertą JEDZ, w którym na pytanie: Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało

odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? - odpowiedział „TAK” oraz zawarł adnotację: „*Transprojekt informuje, że nie zachodzą względem spółki podstawy do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zakreślenie w JEDZ odpowiedzi „Tak” jest konsekwencją brzmienia sformułowanego pytania, które w swojej treści w części abstrahuje od brzmienia ww. podstawy wykluczenia (nie uwzględnia wszystkich przesłanek). Niniejsza informacja przedstawiana jest z daleko idącej ostrożności i winna być traktowana jako wyraz transparentności działań podejmowanych przez Wykonawcę, a przede wszystkim jako konsekwencja treści pytania w JEDZ. Wykonawca w załączeniu przedkłada Załącznik do JEDZ, w którym nieco szerzej argumentuje brak jakichkolwiek podstaw do wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. W razie jakichkolwiek pytań lub wątpliwości, Transprojekt pozostaje do dyspozycji Zamawiającego celem złożenia dalszych wyjaśnień*”.

Jak wskazał odwołujący, w dokumencie nie wskazano o jakich karach umownych mowa, z jakiego tytułu oraz w jakiej wysokości. Całość oświadczenia opiera się na deklaracjach Transprojekt, że kary umowne, które zostały naliczone są niewielkie i nie dotyczą istotnych przewinień. Transprojekt informuje o okolicznościach związanych z odstąpieniem przez Zamawiających publicznych od umów, które były przez niego realizowane: „*Transprojekt Gdański nie ponosi odpowiedzialności za część umowy, co do której miało miejsce odstąpienie, a za realizację, której odpowiadał inny członek konsorcjum. Kwestie te zasadniczo potwierdzone zostały przez samego tego zamawiającego. Tym samym, nie sposób uznać, że rozwiązanie umowy przed czasem nastąpiło z przyczyn leżących właśnie po stronie Wykonawcy*”. W dokumencie nie wskazano o jakiej umowie, od której odstąpiono mowa, z jakiej przyczyny doszło do odstąpienia oraz dlaczego Transprojekt uznaje, że podmiotem odpowiedzialnym za powyższe zdarzenie jest jego konsorcjant (przy czym warto wskazać, że w dokumencie nie wskazano kim był konsorcjant, który doprowadził do skutków związanych z zakończeniem kontraktu publicznego przed czasem).

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Przepis ten ma charakter sankcyjny i musi być wykładany ściśle.

Zdaniem Izby, nie w każdym przypadku, gdy wykonawca poda odpowiedź "Tak" na ww. pytanie JEDZ, podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej jest dopuszczalne w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie.

Izba podziela stanowisko prezentowane przez M. Stachowiak (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021), która wskazuje, że „Zgodnie z przywołanym orzecznictwem TSUE nie jest możliwe automatyczne wykluczenie wykonawcy z postępowania w przypadku stwierdzenia nienależytego wykonania umowy. Niezbędna jest analiza stanu faktycznego – na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, że dane zachowanie lub zaniechanie wykonawcy stanowi postać kwalifikowaną nienależytego wykonywania umowy. Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 23.06.2017 r., XII Ga 219/17, LEX nr 2429807, rozpatrując kwestię, czy opóźnienie w realizacji umowy stanowi wypełnienie przesłanki wykluczenia, stwierdził, że „w przypadku wykazania przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp [odwołanie do poprzednio obowiązującej ustawy], ciężar dowodu po stronie zamawiającego jest dalej idący, aniżeli wykazanie faktu nienależytego wykonania zobowiązania (w realiach niniejszej sprawy opóźnienia), stanowiącego w odróżnieniu od wskazanej regulacji samodzielną podstawę odpowiedzialności chociażby na gruncie art. 471 kc czy 483 kc. W świetle dyspozycji art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp nienależytego wykonania zobowiązania nie można automatycznie traktować jako przesłanki wykluczenia, koniecznym pozostaje wykazanie, że jest ono skutkiem zawnionego działania wykonawcy, w szczególności zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa oraz że ma charakter poważnego naruszenia. W konsekwencji, to na zamawiającym spoczywał ciężar udowodnienia, że niewykonanie umowy w terminie winno zostać zakwalifikowane, jako poważne i zawnione naruszenie obowiązków zawodowych przez wykonawcę, przy czym niewystarczające jest wykazanie, że doszło do naruszenia więzi obligacyjnej, koniecznym pozostaje wykazanie kwalifikowanej postaci tego naruszenia”.

Tym samym automatyzm, na który zwraca uwagę odwołujący nie może zostać uznany za okoliczność uzasadniającą wykluczenie wykonawcy Transprojekt.

Odwołujący Safage podnosił, że Transprojekt sugeruje, iż w związku z ww. odstąpieniem od umowy wykonawca wdrożył działania zbliżone do samoczyszczenia. Z dokumentu nie wynika czy takie działania zostały faktycznie wdrożone, a Transprojekt przeciwdziała zaistnieniu podobnych sytuacji w przyszłości. Pomimo złożenia przez Transprojekt oświadczenia, że w przeszłości dochodziło do sytuacji, w których doszło do naliczenia kar umownych oraz

do odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego z winy konsorcjum wykonawców, do którego należał Transprojekt, a zatem zachodzą, wobec tego wykonawcy przesłanki wykluczenia z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

Transprojekt powołuje się na fakt, iż w jego ocenie przesłanki wykluczenia nie ziściły się w sposób łączny, nie przedstawia jakichkolwiek obiektywnych danych, które pozwoliłyby Zamawiającemu na samodzielną weryfikację tych twierdzeń. Nie wskazano bowiem ani jakich umów dotyczą te zdarzenia, ani kim byli zamawiający publiczni, którzy naliczyli kary umowne lub odstąpili od umowy, ani nie określono przyczyn nałożenia tych sankcji. Nie podano również wysokości kar, nie załączono dokumentów potwierdzających treść rozstrzygnięć zamawiających, nie przedstawiono korespondencji, protokołów, decyzji – nic, co miałyby wartość dowodową i pozwalałoby Zamawiającemu (lub obecnie Izbie) ocenić, czy rzeczywiście nie zachodzą przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zamiast tego wykonawca ograniczył się do twierdzeń o „niewielkim” charakterze kar umownych (sięgających „kilkuset” czy „kilkuset tysięcy złotych”), które rzekomo nie przekraczały „1-2,5% wartości kontraktu”, a także zapewnień, że rzekome odstąpienie od umowy nastąpiło z winy innego – niewskazanego z nazwy – członka konsorcjum. Tego rodzaju narracja jest wyłącznie samoocenną próbą relatywizowania negatywnych faktów i nie może zostać uznana za wystarczającą w kontekście obowiązku wykazania przez wykonawcę, że nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia.

Odwolujący pragnie stanowczo podkreślić, że okoliczność, iż dana umowa była realizowana przez wykonawcę w ramach konsorcjum, a działania lub zaniechania prowadzące do naliczenia kar umownych lub odstąpienia od umowy miały rzekomo wynikać z winy innego członka tego konsorcjum - nie ma znaczenia dla zastosowania przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 7 pkt 30 ustawy Pzp, ilekroć w ustawie mowa jest o „wykonawcy”, należy przez to rozumieć również wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a więc konsorcjum. W konsekwencji, każde odniesienie w ustawie do „wykonawcy”, w tym także w treści art. 109 ust. 1 pkt 7, obejmuje również konsorcja wykonawców jako zbiorowy podmiot realizujący zamówienie publiczne. Z kolei zgodnie z art. 58 ust. 4 ustawy Pzp, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy, a także za wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zasada ta ma bezpośrednie zastosowanie również do etapu realizacji zamówienia i konsekwencji wynikających z nienależytego jego wykonania. Zamawiający nie różnicuje odpowiedzialności między członkami konsorcjum – każdy z nich ponosi pełną odpowiedzialność wobec zamawiającego na zasadzie solidarności.

W świetle powyższego, argumentacja Transprojekt, iż nie ponosi on odpowiedzialności za część umowy, którą realizował rzekomo inny członek konsorcjum, pozostaje bez znaczenia z punktu widzenia przepisów ustawy Pzp i nie może stanowić podstawy do przyjęcia braku przesłanki wykluczenia. Wykonawca nie może bowiem zwolnić się z odpowiedzialności względem Zamawiającego poprzez przerzucenie winy na pozostałych członków konsorcjum – co do zasady, skutki nienależytego wykonania umowy przez jeden z podmiotów konsorcjum obciążają cały podmiot zbiorowy, jakim jest wykonawca w rozumieniu ustawy. Co więcej, art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp formułuje przesłankę wykluczenia w sposób obiektywny, odnosząc ją do wykonawcy, wobec którego w przeszłości doszło m.in. do rozwiązania umowy przed czasem lub do nałożenia odszkodowania, kar umownych bądź innych sankcji – niezależnie od tego, który członek konsorcjum w sensie operacyjnym był odpowiedzialny za daną część zakresu rzeczowego. Przesłanka ta znajduje zastosowanie do wykonawcy w rozumieniu systemowym, tj. do podmiotu, który faktycznie realizował zamówienie publiczne – zarówno samodzielnie, jak i w ramach konsorcjum. Nie ma przy tym znaczenia czy działania skutkujące odstąpieniem od umowy wynikały z winy jednego czy wielu członków konsorcjum.

Transprojekt sugeruje, że zamierza w przyszłości wprowadzić do umów konsorcyjnych mechanizmy informacyjne mające zapobiegać podobnym sytuacjom. Oznacza to wprost, że do tej pory takich rozwiązań nie stosował, a więc realne ryzyko powtórzenia się podobnych problemów – także na obecnym etapie postępowania – nadal istnieje. Tego rodzaju hipotetyczne i przyszłościowe zamiary nie mogą być traktowane jako okoliczność łagodząca czy świadcząca o tzw. samooczyszczeniu (*self-cleaning*).

Zdaniem odwołującego Safage, oświadczenie złożone przez Transprojekt w załączniku do JEDZ, w którym wykonawca twierdzi, że jedyne kary umowne, jakie zostały mu naliczone w związku z realizacją zamówień publicznych, miały charakter nieznaczający i bagatelny, jest niezgodne z rzeczywistością i jako takie – w ocenie Odwołującego – stanowi wprowadzenie Zamawiającego w błąd. W świetle dokumentów źródłowych, do których Odwołujący posiada dostęp, a także biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy ustawy Pzp, należy jednoznacznie stwierdzić, że wobec Transprojekt zachodzą podstawy do jego wykluczenia z niniejszego postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 oraz art. 109 ust. 1 pkt 8) i pkt 10) ustawy Pzp.

Odnosząc się do oświadczenia Transprojekt w ocenie Odwołującego najprawdopodobniej odniesiono się do umowy realizowanej na rzecz Centralnego Portu Komunikacyjnego Sp. z o.o. (dalej jako: «CPK») na opracowanie Studium Techniczno-Ekonomiczno-Środowiskowego dla budowy linii kolejowej

nr 85 i 86. Umowa ta była przez Transprojekt realizowana wspólnie m.in. z Multiconsult Polska Sp. z o.o. (dalej jako: «Multiconsult»).

Skoro Multiconsult jako lider konsorcjum został uznany za podmiot, który powinien być poinformować o odstąpieniu od umowy przez CPK, to tym bardziej obowiązek ten ciążył również na pozostałych członkach konsorcjum, w tym na Transprojekcie.

Przedstawienie przez wykonawcę ogólnikowego oświadczenia, w którym jedynie lakonicznie wspomina on o naliczeniu kar umownych bądź odstąpieniu od umowy, bez wskazania konkretnych okoliczności tych zdarzeń (tj. ich przyczyn, zakresu naruszeń, związku przyczynowego oraz odpowiedzialności wykonawcy), stanowi de facto zatajenie informacji istotnych z punktu widzenia oceny przesłanek wykluczenia. Postawa wykonawcy, który ogranicza się wyłącznie do zdawkowego wskazania, że „doszło do naliczenia kar umownych” lub że „zamawiający odstąpił od umowy”, pozbawia zamawiającego realnej możliwości dokonania tej oceny, a jednocześnie wprowadza go w błąd co do rzeczywistego charakteru

i skali naruszeń. W efekcie, takie zachowanie wykonawcy należy traktować jako świadome

i celowe zatajenie informacji, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz pkt 10) ustawy Pzp w związku z zasadą rzetelnego informowania zamawiającego o okolicznościach mających wpływ na możliwość ubiegania się o zamówienie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że bezsporne jest, że Transprojekt udzielając w JEDZ odpowiedzi na pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje

w związku z tą wcześniejszą umową?” odpowiedział „TAK” oraz zawarł adnotację: „Transprojekt informuje, że nie zachodzą względem spółki podstawy do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zakreślenie w JEDZ odpowiedzi „Tak” jest konsekwencją brzmienia sformułowanego pytania, które w swojej treści w części abstrahuje od brzmienia ww. podstawy wykluczenia (nie uwzględnia wszystkich przesłanek). Niniejsza informacja przedstawiana jest z daleko idącej ostrożności i winna być traktowana jako wyraz transparentności działań podejmowanych przez Wykonawcę, a przede wszystkim jako konsekwencja treści pytania

w JEDZ. Wykonawca w załączeniu przedkłada Załącznik do JEDZ, w którym nieco szerzej argumentuje brak jakichkolwiek podstaw do wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. W razie jakichkolwiek pytań lub wątpliwości, Transprojekt pozostaje do dyspozycji Zamawiającego celem złożenia dalszych wyjaśnień.”

Jednocześnie, wraz z ofertą Transprojekt złożył wyjaśnienia w przedmiocie okoliczności, które leżały u podstaw zaznaczenia odpowiedzi twierdzącej. Zamawiający wskazuje,

że zawarte w JEDZ pytanie "Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje

w związku z tą wcześniejszą umową?" obejmuje szerszy krąg sytuacji niż te, które stanowiłyby przesłankę wykluczenia w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W konsekwencji, nie

w każdym przypadku, gdy wykonawca poda odpowiedź "Tak" na to pytanie, podlega on wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Izba w całości podziela wyżej prezentowane stanowisko zamawiającego.

Zamawiający podniósł również, że przy ocenie przesłanek wykluczenia wykonawcy zamawiający nie jest uprawniony do oceny hipotetycznych wypowiedzeń, propozycji rozwiązania umowy, które ostatecznie nigdy nie miały miejsca.

Tym samym, aby mogło dojść do wykluczenia wykonawcy z postępowania na wskazanej wyżej podstawie prawnej musi dojść do:

- niewykonania lub nienależytego wykonania bądź długotrwałego nienależytego wykonywania obowiązków wynikających z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji,
- musi ono dotyczyć znacznego zakresu umowy albo być naruszeniem znacznego stopnia,
- przyczyna musi tkwić po stronie wykonawcy" (KIO w wyroku z dnia 31 marca 2023 KIO 719/23).

Z przyczyn opisanych powyżej oczywistym pozostaje, że Odwołujący nie wykazał,

że przesłanki te spełniły się w stosunku do Transprojektu. W tym stanie rzeczy brak jest podstaw do wykluczenia Transprojektu z postępowania. W ocenie Zamawiającego, na podstawie dowodów przedłożonych przez Odwołującego, na którym spoczywa ciężar dowodu, nie można uznać, że Transprojekt musiał wykazać wskazane kary umowne w załączniku do JEDZ

w bardziej szczegółowym zakresie ani że miał wiedzę o ostatniej z nich.

Odszkodowanie to funkcja kompensacyjna kary. Kara może być naliczona np. za zwłokę wykonawcy. Co do zasady kara umowna jest instrumentem prawnym w głównej mierze odszkodowawczym, ma jednak ona również pewne cechy środka penalnego. Jednakże, pełni ona też inne funkcje: symplifikacyjną (ułatwia uzyskanie rekompensaty pieniężnej w

razie niedotrzymania umowy), ale też stymulacyjną (mobilizuje do prawidłowego i pełnego wykonania zobowiązania umownego. W jednym z licznych orzeczeń dotyczących tej instytucji określono ją mianem "umownej sankcji cywilnoprawnej", przewidzianej na wypadek naruszenia więzi obligacyjnej przez dłużnika (wyrok Sądu Najwyższego z 27 września 2013 r., sygn. akt I CSK 748/12). Podobnie w wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 23 września 2014 r. (sygn. akt I ACa 347/14) przyjęto, że w modelu kary umownej na gruncie Kodeksu cywilnego prymat należy przyznać funkcji kompensacyjnej, ponieważ jest ona odszkodowaniem, którego swoistość polega na uprzednim zryczałtowaniu. Oddziaływanie przymuszające i represyjne pozostają skutkami wtórnymi, często faktycznymi i refleksowymi, sprowadzającymi się do ubocznego, ekonomicznego lub psychologicznego efektu, wiążącego się z perspektywą konieczności świadczenia sumy pieniężnej lub z samym jej uiszczeniem.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał, że nałożona na Transprojekt kara miała właśnie taki charakter, zaś tylko taka podstawa naliczenia kary mogłaby sankcjonować po stronie wykonawcy obowiązek przedstawienia takiej informacji w oświadczeniu JEDZ.

Przystępujący Transprojekt wskazał, że odwołujący nie może ograniczyć się do oceny dokonanej przez inny podmiot publiczny czy też w ogóle do oceny samego faktu naliczenia kary umownej. Musi podjąć działania, które pozwolą na stwierdzenie, że rzeczywiście doszło do ziszczenia się stosownych przesłanek, w tym np. naliczenia kary umownej z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Jak zauważono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 września 2023 roku (XXIII Zs 12/23) - treścią art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp objęto wprawdzie kary umowne, niemniej jednak nie wszystkie, ale tylko takie, które są surogatem odszkodowania. Nie wszystkie natomiast kary mają taki charakter: W pojęciu „odszkodowania” użytym w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP mieścić się będą również ustalone w umowie na podstawie art. 483 § 1 k.c. kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Przepis art. 483 § 1 k.c. wskazuje, że zapłata określonej sumy (kary umownej) jest jedną z form naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania - ze swojej istoty zastępuje ona zatem odszkodowanie z art. 471 k.c.

Odwołujący w sposób szczególny odnosi się do kwestii odstąpienia od umowy, powołując się na solidarną odpowiedzialność konsorcjantów w tym zakresie. Safegę całkowicie ignoruje jednak fakt, że art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp nie dotyczy cywilistycznego pojęcia odpowiedzialności (kategorii prawnej), ale faktycznego niewykonania/ nienależytego wykonania zamówienia

„z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Błędne jest zatem odwoływanie się do kategorii prawnej, do której zdaje się referować Odwołujący, a o której przepis ten nie wspomina (nie referuje do niej). Są to dwie różne rzeczy/ kategorie, co uszło uwadze Odwołującego.

Potwierdza to zarówno doktryna, jak i orzecznictwo TSUE, gdzie m.in. w wyroku z dnia 26 stycznia 2023 roku (C-682/21) czytamy: Niezależnie bowiem od odpowiedzialności solidarnej członków takiego konsorcjum zastosowanie fakultatywnej podstawy wykluczenia przewidzianej w art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 powinno opierać się na zawinionym lub niedbałym charakterze tego indywidualnego zachowania. W doktrynie natomiast w tym kontekście zauważa się: kwestia jurydyczna (odpowiedzialność za wykonanie zamówienia: solidarna lub singularna) nie wywołuje automatycznego skutku w sferze prawno-faktycznej (niewiarygodność wywołana niedociągnięciami w realnym wykonaniu zamówienia albo doświadczenie uzyskane dzięki faktycznemu udziałowi w realizacji zamówienia). Trybunał zasadnie odróżnił konstrukcję prawną odpowiedzialności kontraktowej od natury prawnej nierzetelności i niewiarygodności wykonawcy (Tak np.: M. Drozdowicz, Wykluczenie członka konsorcjum z ubiegania się o zamówienie publiczne wskutek zaniedbań w realizacji wcześniejszego zamówienia Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 26.1.2023 r. (C-682/21), Prawo Zamówień Publicznych 2023, nr 3, s. 151-160.).

Łbza podziela pogląd prezentowany przez przystępującego Transprojekt, który twierdzi, że odwołujący nie wykazał, że kary umowne/ odstąpienie wystąpiło z przyczyn leżących po stronie Transprojekt, a zatem w konsekwencji wykonawca ten miałby podlegać wykluczeniu. Nie powinno budzić wątpliwości, że o ile Odwołujący w sposób odmienny ocenia oświadczenie Transprojekt co do kar/ odstąpienia od części umowy, w tym ma zastrzeżenia co do rzetelności złożonych dokumentów, powinien wykazać, że Zamawiający popełnił błąd „zawierając” Przystępującemu i uznając, że nie podlega on wykluczeniu. Safegę odwołuje się bowiem od – jego zdaniem – nieprawidłowej czynności Zamawiającego, co powinien wykazać. Co oczywiste Safegę w żadnej mierze tego nie robi. Ogranicza się jedynie do ogólnikowego kwestionowania twierdzeń Transprojekt, który – co zrozumiałe, a co należy podkreślić – ma w zakresie każdego jednego zdarzenia znacznie większą wiedzę niż Odwołujący. Nie jest przy tym tak, i po trzecie, że wykonawcy mają dostarczyć zamawiającemu całą historię kontraktową, w tym w szczególności opisać każde jedno zdarzenie, które miało w ich przypadku miejsce. Niezależnie bowiem od tego, że jest to pewien „standard” stworzony przez samego Odwołującego, który nie wynika z żadnego przepisu prawa, podkreślenia wymaga, iż dokumentacja podobna do tej przedkładanej przez Przystępującego (niemal analogiczna) była już przedmiotem oceny nie tylko Krajowej Izby Odwoławczej, ale i Sądu Zamówień Publicznych.

Izba, za przystępującym stwierdza, że odwołujący zarzuty Safege opierają się na nieprawdziwym założeniu, że wykonawcy mają obowiązek wskazywać zamawiającym każdą jedną, najdrobniejszą nawet karę umowną czy też zdarzenie związane z rękojmią za wady (całą historię kontraktową), w tym podawać „szczegółowe dane konkretnych kontraktów” lub „poszczególnych kar” (Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 31 lipca 2023 roku (XXIII Zs 89/23).

Zdaniem Izby, nie należy zapominać, że art. 109 Pzp służy wykluczeniu wykonawców nierzetelnych, niedających rękojmi należytego wykonania zamówienia. Jak zauważył bowiem TSUE choćby w treści wyroku z dnia 3 października 2019 roku (C-267/18): „Uprawnienie do wykluczenia oferenta z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, jakim dysponuje każda instytucja zamawiająca, ma w szczególności na celu umożliwienie jej oceny uczciwości i rzetelności każdego z oferentów. W szczególności fakultatywna podstawa wykluczenia wymieniona w art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy 2014/24 w związku z jej motywem 101 opiera się na istotnym elemencie stosunku między zwycięskim oferentem a instytucją zamawiającą,

a mianowicie na wiarygodności zwycięskiego oferenta, na której opiera się zaufanie, jakim obdarzyła go instytucja zamawiająca (zob. podobnie wyrok z dnia 19 czerwca 2019 r., Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, pkt 29, 30)”.
Zgodnie z Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 65 z późn. zm.) Instytucje (zamawiający) „powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów, było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy”. Z oczywistych względów z żądają z takich sytuacji nie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie.

W ocenie Odwołującego wprowadzenie w błąd Zamawiającego ma rzekomo polegać na zatajeniu informacji o odstąpieniu od umowy z CPK.

Przystępujący Transprojekt wskazał, że nie jest prawdą, że Transprojekt w zakresie umowy z CPK cokolwiek zataił, a już na pewno nie zataił samej informacji o odstąpieniu od ww. umowy. Najlepszym tego dowodem jest fakt, że Safege właśnie z dokumentów Przystępującego dowiedział się o tym zdarzeniu, co pozwoliło mu odnieść się do tej kwestii zarówno w ramach zarzutu wprowadzenia w błąd, jak i (przede wszystkim) omówionego już wcześniej, a dotyczącego zaniechania zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

b) art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10) ustawy Pzp

Zarzut niezasadny, gdyż wykonawca Transprojekt w sposób przejrzysty i transparentny przekazał informacje zamawiającemu. Nie można w tym zakresie twierdzić, że wykonawca zataił przed zamawiającym określone fakty czy okoliczności, gdyż w dokumencie JEDZ i załączniku do nim poinformował zamawiającego o swoim stanowisku. Nie można też twierdzić, że Transprojekt wprowadził zamawiającego w błąd lub próbował wprowadzić zamawiającego w błąd.

W ocenie Izby, brak jest podstaw do uznania zarzutów związanych z wprowadzeniem przez Transprojekt zamawiającego w błąd. Skoro bowiem odwołujący nie wykazał, że spełnione są przesłanki do wykluczenia Transprojekt na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, to brak jest także podstaw do wykluczenia Transprojekt na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp bowiem postawione zarzuty są ze sobą powiązane.

Krajowa Izba Odwoławcza podziela w całości stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych, który w wyroku z 31 lipca 2023 roku, sygn. akt XXIII Zs 89/23 wyraźnie i jednoznacznie wskazał, że cyt.: *W tym zakresie SO podziela bowiem stanowisko zamawiającego, iż istotą rzeczy (w ramach sporu objętego niniejszym postępowaniem) jest fakt, że (...) udzielił w JEDZ prawdziwej odpowiedzi. Przypomnieć bowiem trzeba, iż do złożonej oferty (...) dołączył dokument JEDZ, w którym w części III sekcja C rubryka III lit. C odpowiadając na pytanie o treści: czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?, zaznaczył odpowiedź (...). Równocześnie jednak (...) skorzystał z możliwości złożenia dodatkowych wyjaśnień do tego pytania wskazując, że nie zachodzą względem niego podstawy do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, zaś samo określenie w JEDZ powyżej odpowiedzi (...) jest wyłącznie konsekwencją brzmienia sformułowanego pytania, które w swojej treści całkowicie pomija kwestię przyczyn prowadzących do opisanych w pytaniu skutków. Dalej (...) w sposób jednoznaczny i przejrzysty stwierdził, że w jego przypadku nie ziszczyły się przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP i przypomniał, że ów przepis wskazuje, iż wykluczenie nastąpić może jedynie, gdy skutki tam wskazane są konsekwencją przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a ich stopień i zakres jest znaczny. Uwzględniając powyższe (...) jasno podał (w załączniku nr 1 do JEDZ), że co do niego nie zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP. W kontekście takiego oświadczenia I. S. uznaje, że zamawiający trafnie przyjął założenie, iż po stronie (...)*

bezcelowym było wskazywanie szczegółowych danych konkretnych kontraktów wzmiankowanych w wyżej wskazanym załączniku do JEDZ, ponieważ już z treści tego załącznika wprost wynikało, że w żadnym z tych kontraktów nie doszło do sytuacji, w której naliczenie kar lub skorzystanie z uprawnień z tytułu rękojmi nastąpiło z przyczyn leżących po stronie (...). Słusznie więc przyjął zamawiający, że skoro omawiane oświadczenie składane jest w związku z przesłanką wykluczenia określoną w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, to uwzględniając treść tego przepisu, (...) nie miał obowiązku wskazywania kontraktów innych niż tylko te przy których realizacji wystąpiły okoliczności z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. Skoro zaś (...) złożył w załączniku do JEDZ oświadczenie, że w żadnym kontrakcie z jego udziałem nie zaszły okoliczności z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP to (...) nie miał obowiązku identyfikowania żadnego ze wzmiankowanych przez siebie kontraktów. (...) W tym kontekście słusznie więc argumentował zamawiający, iż bezpodstawne było twierdzenie skarżącego, jakoby (...) był zobowiązany do podania w JEDZ lub dodatkowo dołączonym piśmie, wszystkich informacji, całej historii zawartych umów i dopiero zamawiający po zbadaniu tej historii będzie mógł dokonać oceny przyczyn rozwiązania umów i stwierdzić, czy zachodzą przesłanki do wykluczenia tego wykonawcy. Takie oczekiwanie skarżącego jest sprzeczne z funkcją dokumentu JEDZ, który służy tylko do oceny wykonawcy pod kątem przesłanek wykluczenia znajdujących się w PZP, nie innych”.

odwołanie 3140/25 (B-Act) - dotyczy wykonawcy SAFAGE:

zarzuty dotyczące naruszenia:

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

b) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7), art. 110 ust. 1-3, art. 111 pkt 4) oraz art. 16 Pzp

Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego są bezzasadne (zarzuty przedwczesne), gdyż zamawiający prowadził postępowanie w procedurze tzw. odwróconej i na dzień wniesienia odwołania zamawiający nie dokonywał żadnych czynności dotyczących badania oferty w tym w szczególności w zakresie oceny podstaw do wykluczenia wykonawcy Safage

z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Jak wskazał zamawiający, niniejsze postępowanie prowadzone jest w trybie art. 139 ustawy Pzp tj. tzw. "procedury odwróconej". Przy stosowaniu trybu opisanego w art. 139 ustawy Pzp ocena braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczy tylko tego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Zgodnie bowiem

z rozdziałem 19.1 IDW: „19.1 Stosownie do treści art. 139 ust. 1 Ustawy Zamawiający oświadcza, że w pierwszej kolejności dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w Postępowaniu”.

c) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 i art. 16 Pzp – zarzuty wynikowe – wobec nieuwzględnienia żadnego z zarzutów odwołania, Izba stwierdziła, że zarzuty te są niezasadne.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....