

WYROK

z dnia 24 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Anna Kuszel-Kowalczyk

Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 września 2020 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe D. M. D. i J. D. Spółka jawna z siedzibą w Białymstoku** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**

przy udziale:

A. wykonawcy **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. wykonawcy **AQUA SEEN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19, art. 24 ust. 10, art. 24 ust. 4, art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.) i nakazuje zamawiającemu – **Miejskiemu Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółce Akcyjnej z siedzibą w Warszawie** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie z postępowania wykonawcy **AQUA SEEN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** i uznanie jego oferty za odrzuconą i dokonanie ponownej oceny ofert,

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala,

3. kosztami postępowania obciąża **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe D. M. D. i J. D. Spółka jawna z siedzibą w Białymstoku** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego D. M. D. i J. D. Spółka jawna z siedzibą w Białymstoku** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....  
.....  
.....

Uzasadnienie

Zamawiający – **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest modernizacja instalacji magazynowania i roztwarzania siarczanu glinu na terenie Zakładu Północnego przy ul. 600-lecia 20 w Wieliszewie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 10 września 2020 roku wykonawca **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe D. M. D. i J. D. Spółka jawna z siedzibą w Białymstoku** (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od następujących niezgodnych z przepisami ustawy zaniechań oraz czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia:

1) od zaniechania wykluczenia wykonawcy pod firmą **AQUA SEEN sp. z o.o.** (dalej jako: „**AQUA SEEN**”) oraz od zaniechania uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą;

2) od wyboru oferty **AQUA SEEN** jako oferty najkorzystniejszej.

Powyższym zaniechaniom i czynności zamawiającego odwołujący zarzucił:

1) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p.

— przez zaniechanie zastosowania tego przepisu polegające na niedokonaniu wykluczenia AQUA SEEN z postępowania, pomimo że AQUA SEEN w wyniku zamierzonego działania (względnie: co najmniej rażącego niedbalstwa) zataiło informacje dotyczące podstaw jego wykluczenia w ten sposób, że wbrew obowiązkom prawnym nie ujawniło w oświadczeniu wstępnym złożonym wraz z ofertą w formie jednolitego dokumentu (JEDZ) faktu swojego udziału w przygotowaniu postępowania, jak również zaniechało podania szczegółowych informacji na ten temat;

2) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p.

przez zaniechanie zastosowania tego przepisu polegające na niedokonaniu wykluczenia AQUA SEEN, pomimo przedstawienia przez ten podmiot w wyniku lekkomyślności (względnie: co najmniej niedbalstwa) informacji wprowadzających w błąd zamawiającego i mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w ten sposób że AQUA SEEN złożyło nieprawdziwe zapewnienia co do rzetelności oświadczeń zawartych w JEDZ złożonym wraz z ofertą jak również złożyło w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 24 ust. 10 ustawy P.z.p. wyjaśnienia niepełne i niezgodne w części ze stanem faktycznym;

3) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy P.z.p.

— przez zaniechanie zastosowania tego przepisu polegające na niedokonaniu wykluczenia AQUA SEEN z postępowania pomimo stwierdzonego zakłócenia konkurencji wynikającego z udziału tego podmiotu w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, któremu to zakłóceniu nie zapobieżono i które nie zostało wyeliminowane, zaś obecnie nie może zostać wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie tego wykonawcy z udziału w postępowaniu;

4) naruszenie art. 24 ust. 10 ustawy P.z.p.

— przez nieprawidłowe zastosowanie tego przepisu polegające na wykonaniu przewidzianej w nim procedury wyłącznie dla pozorów oraz na bezpodstawnym przyjęciu za udowodnione, że udział AQUA SEEN w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji, jak również przez zaniechanie zastosowania tego przepisu w części nakazującej zamawiającemu wskazanie w protokole postępowania sposobu zapewnienia konkurencji;

5) naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p.

— przez zaniechanie zastosowania tego przepisu polegające na tym, że zamawiający nie uznał oferty AQUA SEEN za odrzuconą mimo istnienia podstaw wykluczenia tego wykonawcy wskazanych w zarzutach 1 - 3;

6) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p.

— przez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na wyborze oferty, która nie podlegała ocenie na podstawie tego przepisu, ponieważ powinna zostać uznana za odrzuconą z uwagi na złożenie jej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania;

7) naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p.

— przez prowadzenie postępowania w sposób niezgodny z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji, co polegało na zaniechaniu wyeliminowania zakłócenia konkurencji wywołanego złożeniem oferty przez AQUA SEEN jako podmiot posiadający nieuzasadnioną przewagę, jak również

— przez prowadzenie postępowania w sposób niezgodny z zasadami jawności i przejrzystości, co polegało na braku ujawniania oraz uzasadniania działań zamawiającego, w tym (i) na dwukrotnym przekazaniu protokołu pozbawionego obligatoryjnej informacji o załącznikach do tego protokołu, (ii) na nieterminowym zamieszczeniu w protokole informacji o dwóch dokonanych uprzednio wezwaniach zamawiającego i odpowiedziach wykonawcy AQUA SEEN, czego następstwem było przekazanie odwołującemu nieaktualnego protokołu i wprowadzenie go w błąd co do stanu przedmiotowego postępowania, (iii) na dokonywaniu zmian protokołu w części dotyczącej czynności związanych z przygotowaniem postępowania w czasie, gdy postępowanie było już od dawna wszczęte, a być może nawet w czasie, gdy było ono już rozstrzygnięte, jak również (iv) na zaniechaniu zamieszczenia w protokole informacji o wyniku badania podstaw wykluczenia AQUA SEEN, w szczególności podstaw związanych z udziałem tego podmiotu w przygotowaniu postępowania co stanowi równocześnie także naruszenie art. 96 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.

Odwołujący podniósł, że wskazane naruszenia ustawy P.z.p. miały wpływ na wynik postępowania, uniemożliwiając odwołującemu uzyskanie zamówienia. Oferta odwołującego jest najkorzystniejszą ofertą niepodlegającą odrzuceniu. Odwołujący ma zatem interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p.

Wskazując na powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) wykluczenia wykonawcy AQUA SEEN z postępowania,
- 3) uznania oferty wykonawcy AQUA SEEN za odrzuconą,
- 4) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania oraz z dokumentacji postępowania, której kopia stanowi akta sprawy odwoławczej — wskazanych dalej w treści odwołania. Wniósł ponadto o zwrot kosztów postępowania odwoławczego, w tym uiszczonych wpisu oraz uzasadnionych kosztów odwołującego jako strony postępowania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że w dniu 22.10.2018 r. zamawiający zawarł z AQUA SEEN umowę nr 1041/US/PW/PZP-DRZWR1/U/18 w sprawie zamówienia sektorowego na usługi pod nazwą „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej modernizacji instalacji magazynowania i roztwarzania siarczanu glinu na terenie Zakładu Północnego przy ul. 600-lecia 20, Wieliszew”.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z 2 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy stanowiącego część II specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przedmiot umowy w sprawie tego zamówienia sektorowego obejmował opracowanie i przekazanie zamawiającemu dokumentacji projektowo-kosztorysowej oraz pełnienie nadzoru autorskiego. W zakresie dokumentacji, przedmiot umowy obejmował 10 wyluczonych elementów jak również „opracowanie innej, niezbędnej do realizacji inwestycji, dokumentacji projektowej, jeśli będzie to konieczne z uwzględnieniem celu, któremu ma służyć” (§ 4 ust. 5 umowy).

Odwołujący stwierdził, że nadzór autorski miał natomiast być wykonywany „w okresie trwania robót i w terminach odbiorów tych robót” § 2 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy *in fine*) w zakresie podanym w szczególności w 6 ust. 15 i 16 wzoru umowy (szerszym, niż wynikający wyłącznie z przepisów prawa budowlanego).

Odwołujący podniósł, że w ramach umowy zawartej z zamawiającym AQUA SEEN brało zatem udział w przygotowaniu prowadzonego obecnie postępowania o udzielenie zamówienia na roboty budowlane. W ramach tej samej, wciąż obowiązującej umowy AQUA SEEN ma jeszcze pełnić nadzór autorski nad robotami budowlanymi wykonywanymi w ramach zamówienia udzielanego w przedmiotowym postępowaniu. Z dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika w szczególności, że AQUA SEEN jako projektant będzie pierwszym decydem w ważkiej procedurze zatwierdzenia wyrobu budowlanego.

Odwołujący zauważył, że AQUA SEEN wraz z ofertą złożyło oświadczenie wstępne w formie jednolitego dokumentu (JEDZ) podpisane elektronicznie w dniu 29.06.2020 r. W części III „Podstawy wykluczenia”, w sekcji C „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi”, w odpowiedzi na zawarte w formularzu pytanie: „Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał(-o) instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był(-o) w inny sposób zaangażowany(-e) w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia?” AQUA SEEN zaznaczyło odpowiedź: „NIE”, w konsekwencji nie wypełniając także zawartego dalej w formularzu polecenia: „Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat”.

Odwołujący wskazał, że z punktu 3 pkt 2 protokołu postępowania przekazanego odwołującemu w postaci elektronicznej w dniu 07.07.2020 r. (ten sam plik odwołujący otrzymał ponownie w dniu 29.07.2020 r. w odpowiedzi na swój kolejny wniosek o udostępnienie protokołu), wynika, że zamawiający nie przewidywał możliwości, że o udzielenie zamówienia będzie ubiegało się AQUA SEEN jako podmiot, który uczestniczył w przygotowaniu postępowania o udzielenie tego zamówienia. Według tego samego punktu protokołu w ramach czynności związanych z przygotowaniem postępowania zamawiający nie zastosował żadnych środków mających na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

Po zapoznaniu się z protokołem postępowania, odwołujący w dniu 07.07.2020 r. skierował do zamawiającego pismo z informacją o zaistniałym zakłóceniu konkurencji, okolicznościach jego powstania jak również o istotnym wpływie tego zakłócenia na prowadzone postępowanie. W konkluzji pisma odwołujący wskazał, że wymagane jest zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, poprzedzone zapewnieniem AQUA SEEN możliwości udowodnienia, że udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji, zgodnie z art. 24 ust. 10 ustawy P.z.p. Odwołujący nie znał jeszcze w tym czasie treści JEDZ złożonego wraz z ofertą AQUA SEEN.

Po otrzymaniu pisma odwołującego, Zamawiający działając na podstawie art. 24 ust. 10 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy P.z.p. w dniu 20.07.2020 r. wezwał AQUA SEEN do złożenia wyjaśnień — w tym do udowodnienia, że udział wykonawcy Aqua SEEN Sp. z o.o. w przygotowaniu postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia nie zakłóci konkurencji.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, AQUA SEEN złożyło wyjaśnienia w dniu 22.07.2020 r. Do wyjaśnień nie załączono żadnych dowodów. Załączono do nich nowy jednolity dokument, opatrzony podpisem kwalifikowanym z datą 22.07.2020 r., różny w swej treści od jednolitego dokumentu złożonego pierwotnie wraz z ofertą. Nowy JEDZ zawiera odmienną odpowiedź „TAK” na pytanie „Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał(-o) instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był(-o) w inny sposób zaangażowany(-e) w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia?” a w zakresie żądania: „Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat” zawiera nową informację: „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej modernizacji instalacji magazynowania i roztwarzania siarczanu glinu na terenie Zakładu Północnego przy ul. 600-lecia 20, Wieliszew”.

Odwołujący podniósł, że z protokołu postępowania przekazanego odwołującemu w dniu 02.09.2020 r. wynika, że mimo wystąpienia sytuacji, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy P.z.p., po przeprowadzeniu procedury określonej w art. 24 ust. 10 ustawy P.z.p. zamawiający nie podjął żadnych działań w celu zapewnienia konkurencji. Według obowiązującego wzoru protokołu właściwym miejscem zamieszczenia informacji o takich działaniach jest punkt 15 pkt 4 protokołu. Zamawiający nie wypełnił tej części protokołu, a co więcej – świadomie i wyraźnie tę część przekreślił.

Po czterech tygodniach od uzyskania wyjaśnień zamawiający w dniu 31.08.2020 r. dokonał wyboru oferty AQUA SEEN jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że w dacie odwołującemu nieznaną (pomiędzy 29.07.2020 r. a 02.09.2020 r.) zamawiający dokonał ponadto manipulacji w zakresie treści protokołu postępowania — dokonując zmiany zawartych w nim informacji dotyczących czynności związanych z przygotowaniem postępowania w okresie, gdy postępowanie było już od dawna wszczęte, a być może nawet w czasie, gdy było ono już rozstrzygnięte. W punkcie 3 pkt 2 protokołu postępowania zamawiający zmienił bowiem z „NIE” na „TAK” informację na temat: „Istnieje możliwość, że o udzielenie zamówienia będzie ubiegał się podmiot, który uczestniczył w przygotowaniu postępowania o udzielenie tego zamówienia” a następnie wypełnił (wykreślona wcześniej jako pusta) rubrykę „Wskazać środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji”. Punkt 15 pkt 4 protokołu pozostawał natomiast nadal niewypełniony i przekreślony.

Odwołujący podniósł, że w związku z przedłużającym się okresem badania i oceny ofert w ramach przedmiotowego postępowania, odwołujący zwracał się do zamawiającego o udostępnienie protokołu kilkakrotnie. Protokół udostępniony przez zamawiającego po raz pierwszy w dniu 07.07.2020 r. kończył się na punkcie 12 „Zestawienie ofert” i nie zawierał żadnych informacji dotyczących załączników do protokołu. W odpowiedzi na kolejny wniosek z dnia 13.07.2020 r. Odwołujący otrzymał w dniu 29.07.2020 r. ponownie ten sam plik, tj. ten sam protokół, kończący się na punkcie 12 „Zestawienie ofert i pozbawiony w szczególności punktu 27 „Załączniki do protokołu”. Protokół w dniu 27.09.2020 r. nie zawierał tym samym informacji o czynnościach zamawiającego dokonanych tydzień wcześniej, w dniu 20.07.2020 r., tj. o

wzewaniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. do uzupełnienia oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej oraz o wzewaniu na podstawie art. 24 ust. 10 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy P.z.p. do złożenia wyjaśnień i udowodnienia, że udział AQUA SEEN w przygotowaniu postępowania nie zakłóci konkurencji. Protokół nie zawierał również informacji o oświadczeniach i wyjaśnieniach złożonych już uprzednio przez AQUA SEEN w dniu 22.07.2020 r. w odpowiedzi na oba wzewania zamawiającego.

W dniu 01.09.2020 r. odwołujący złożył kolejny wniosek o udostępnienie protokołu, tym razem z wyraźnym żądaniem, by protokół zawierał informację o załącznikach. Po uzyskaniu takiego protokołu z wykazem załączników w dniu 02.09.2020 r. odwołujący zwrócił się w dniu 03.09.2020 r. o udostępnienie m.in. wzewania i wyjaśnień tj. załączników nr 10 i 11 do protokołu oraz oferty AQUA SEEN - załącznik nr 8 do protokołu. W odpowiedzi zamawiający przekazał m.in. formularz ofertowy AQUA SEEN wraz z wybranymi załącznikami (bez np. gwarancji wadialnej) oraz JEDZ załączony do wyjaśnień AQUA SEEN z dnia 22.07.2020 r. — nie przekazał natomiast pierwotnego oświadczenia JEDZ złożonego przez AQUA SEEN wraz z ofertą. Odwołujący otrzymał ten dokument dopiero po złożeniu w dniu 04.09.2020 r. ponownego wniosku o przekazanie kopii wszystkich dokumentów składających się na ofertę AQUA SEEN, z wyraźnym zaznaczeniem w treści tego wniosku: „w tym szczególności oświadczenia lub oświadczeń JEDZ złożonych przez tego wykonawcę”.

W ocenie odwołującego, zatajenie przez AQUA SEEN informacji o udziale w przygotowaniu postępowania było działaniem zamierzonym, obliczonym na ukrycie przez wykonawcami konkurencyjnymi rzeczywistego rozmiaru zakłócenia konkurencji powstałego w chwili złożenia oferty przez tego wykonawcę, stanowiącego podstawę do wykluczenia go z postępowania. Zatajenia tego nie można uznać choćby wobec treści podpisanego solennego oświadczenia końcowego za nieznaczające, przypadkowe czy niezamierzone.

Odwołujący wskazał, że artykuł 24 ust. 1 pkt 19 ustawy P.z.p. ma zastosowanie w przypadku, gdy zamawiający nie przygotowuje postępowania samodzielnie i korzysta w tym zakresie z pomocy innego podmiotu. W świetle normy wynikającej z tego przepisu podmiot, który brał udział w przygotowaniu zamówienia co do zasady nie powinien brać w nim udziału jako wykonawca, ponieważ stanowi to zakłócenie konkurencji. Wyjątkiem od tej zasady jest sytuacja, w której są dostępne i zostaną rzeczywiście zastosowane środki eliminujące zakłócenie albo zachodzi specyficzny przypadek, w którym zakłócenie w ogóle nie powstało. W ocenie odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu zakłócenie konkurencji rzeczywiście wystąpiło i ma charakter istotny oraz nieusuwalny. Nie zastosowano żadnych środków zapobiegających czy eliminujących zakłócenie konkurencji, zaś okoliczności sprawy, zwłaszcza istotna rola nadzoru autorskiego, jaki AQUA SEEN ma pełnić nad wykonywanymi robotami niezależnie od tego kto będzie ich wykonawcą, powodują, że zakłócenia konkurencji nie da się obecnie usunąć inaczej, jak tylko przez wykluczenie AQUA SEEN z postępowania. Wykonawca AQUA SEEN ma bowiem przewagę, która pozwoliła mu m.in. na pominięcie przy wycenie oferty kosztów określonych ryzyk (opisanych dalej w treści odwołania). Sprowadzając w tym miejscu rzecz do prostego przykładu: nawet w obrocie prywatnym, poza sferą zamówień publicznych, wykonawca robót budowlanych inaczej wyceni swoją ofertę w przypadku, gdy roboty mają być nadzorowane przez inwestora niż w przypadku, gdy roboty będą nadzorowane przez kogoś innego niż inwestor (włącznie z podejmowaniem decyzji co do zatwierdzania rozwiązań materiałowych). Inna będzie także wycena robót, gdy autorem dokumentacji projektowej sprawującym nadzór autorski jest inwestor, inna gdy w procesie inwestycyjnym uczestniczy jako projektant podmiot inny niż inwestor i jeszcze inna, gdy projektantem robót jest sam wykonawca.

Odwołujący zauważył, że z protokołu postępowania wg stanu na dzień 07.07.2020 r. i 29.07.2020 r. (dwukrotnie przekazany Odwołującemu identyczny plik PDF) wynika, że przed wszczęciem postępowania zamawiający nie przewidywał możliwości, że o udzielenie zamówienia będzie ubiegało się AQUA SEEN jako podmiot, który uczestniczył w przygotowaniu tego postępowania. Zamawiający nie zastosował w tej sytuacji żadnych środków mających na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

Odwołujący wskazał, że przed udostępnieniem protokołu postępowania po raz kolejny w dniu 02.09.2020 r. zamawiający dokonał zmiany w treści protokołu, polegającej na zmianie odpowiedzi „NIE” na „TAK” w pkt 3 pkt 2 protokołu oraz na wypełnieniu rubryki (wykreślonej uprzednio jako pusta), dotyczącej wskazania środków mających na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji. Odwołujący stoi na stanowisku, że tak spreparowany protokół nie jest wiarygodnym dowodem czynności dopisanych we wskazanym punkcie. Zmiana treści nastąpiła pod koniec prowadzonego postępowania może nawet po jego zakończeniu — a punkt ten dotyczy przecież czynności dokonywanych jeszcze na etapie przygotowania postępowania. Odwołujący interpretuje tę zmianę protokołu jako działanie mające upozorować, że zamawiający zastosował się do treści art. 3 1d ustawy P.z.p., podczas gdy w rzeczywistości zamawiający zaniechał zastosowania tego przepisu. Opis dodany w protokole nie jest ponadto ani szczegółowy, ani wyczerpujący. Odwołujący przypuszcza, że dopisanie informacji w tej części protokołu (podobnie zresztą jak i czynność wzewania AQUA SEEN do złożenia wyjaśnień) nie miałoby zapewne w ogóle miejsca, gdyby nie pismo odwołującego z 07.07.2020 r. w którym zwraca on uwagę na zaistniałe istotne i poważne zakłócenie konkurencji. Nawet gdyby przyjąć, że zamawiający „omyłkowo zapomniał wpisać” środki, które rzeczywiście i świadomie zastosował uprzednio w ramach przygotowania postępowania w celu wykonania dyspozycji art. 3 1d ustawy P.z.p., to dodany w protokole opis dokonanej czynności prowadzi do wniosku, że i tak nie mogłaby ona zostać uznana za środek celowy, proporcjonalny i skuteczny. Zamawiający wypełnił bowiem wykreślone wcześniej miejsce następującą treścią: „Cała Dokumentacja projektowo-kosztorysowa została udostępniona wszystkim Wykonawcom poprzez Platformę zakupową Zamawiającego, co zapewnia zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie Wykonawców”. Odwołujący stwierdził, że nie jest prawdą, że zamawiający udostępnił całą dokumentację przekazaną mu przez AQUA SEEN, ponieważ nie udostępnił np. kosztorysów inwestorskich (por. 4 ust. 5 pkt 8 wzoru umowy 01254/WS/PW/PZP-DRZ-WR1/U/2018) Po drugie, udostępniona część dokumentacji (projekty wykonawcze, STWiOR oraz przedmiary) stanowi opis przedmiotu zamówienia, który jest obligatoryjnym elementem SIWZ (arg. z aft. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p.). Cała s.i.w.z. podlega obligatoryjnemu udostępnieniu na podstawie art. 42 ustawy P.z.p. W ocenie odwołującego, że podstawowa czynność, do której zamawiający jest obowiązany w ramach prowadzonego postępowania, stanowi jednocześnie szczególny środek mający na celu zapobieżenie przewidywanemu zakłóceniu konkurencji byłoby wręcz niedorzeczne.

Odwołujący podniósł, wobec zaniechań zamawiającego zaistniałych na etapie przygotowania postępowania w zakresie środków, o których mowa w art. 3 1d ustawy P.z.p., jedynym pozostałym do zastosowania sposobem uchylenia zaistniałej podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy było zatem przeprowadzenie przez AQUA SEEN w trybie art. 24 ust. 10 ustawy P.z.p. dowodu braku zakłócenia konkurencji. W ocenie odwołującego, AQUA SEEN nie udowodnił, że zakłócenie konkurencji nie występuje. W odpowiedzi na wzewanie zamawiającego z dnia 20.07.2020 r., AQUA SEEN

złożyło wyłącznie wyjaśnienia, bez załączenia dowodów.

Odnosząc się do treści złożonych wyjaśnień, odwołujący wskazał w pierwszej kolejności, że nie jest prawdą jakoby „stan wiedzy wszystkich Wykonawców o przedmiocie przedmiotowego zamówienia został wyrównany poprzez kompletną publikację dokumentacji projektowo-kosztorysowej stanowiącej rezultat zawartej z Aqua Seen sp. z o.o. w dniu 22.10.2018 r. Umowy”. Odwołujący stwierdził, że zamawiający nie udostępnił tej dokumentacji w całości (wykonawcy nie mieli dostępu w szczególności do kosztorysów inwestorskich), zaś stan wiedzy AQUA SEEN nie ograniczał się wyłącznie do treści wytworzonej dokumentacji lecz obejmował zwłaszcza wspomniane informacje powstające lub pozyskiwane w toku opracowywania tej dokumentacji (w szczególności informacje wytwarzane i przekazywane w formach wymienionych wcześniej, wynikających z 6 ust. 8, ust. 10, ust. 12 i ust. 13 wzoru umowy 01254/WS/PW/PZP-DRZ-WRI/U/2018). Odwołujący nie dysponuje nawet tekstem tej umowy (z ewentualnymi aneksami) — a jedynie wzorem udostępnionym w Internecie w trakcie postępowania poprzedzającego zawarcie tej umowy.

Odwołujący zakwestionował zatem twierdzenie, że udostępniono wykonawcom całą dokumentację projektowo-kosztorysową, jak również twierdzenie (dorozumiane), że była ona kompletna, a tym samym stanowiła wyczerpujące źródło wiedzy o przedmiocie zamówienia. W tym celu odwołujący odniósł się do wybranych pozycji z wyliczenia wymaganych elementów dokumentacji zawartego w 4 ust. 5 wzoru umowy 01254/WS/PW/PZP-DRZ-WRI/U/2018 porównując je do zawartości OPZ w przedmiotowym postępowaniu 00131/WS/PW/PZP-DRZ-WR1/B/2020 inwentaryzacja stanu istniejącego, zestawienie wszystkich materiałów/urządzeń z ich szczegółowym opisem, technologią montażu, sposobem użycia wraz z podaniem wszystkich parametrów równoważności, informacja w zakresie BIOZ, instrukcja eksploatacji i BHP.

Odwołujący stwierdził, że AQUA SEEN wskazuje dalej w wyjaśnieniach na fakt złożenia „trzech konkurencyjnych ofert”. Okoliczność taka może wskazywać co najwyżej, że jakkolwiek konkurencja istnieje, ale nie dowodzi, że była to konkurencja uczciwa i wolna od zakłócenia. To właśnie zaistniałe zakłócenie konkurencji wpłynęło na wyższy poziom cen oferowanych przez wykonawców, którzy nie mieli wiedzy porównywalnej z wiedzą AQUA SEEN o okolicznościach wpływających na ryzyka techniczne i ekonomiczne związane z wykonaniem robót. Ryzyka te wynikają choćby z różnego poziomu wiedzy o stanie modernizowanego obiektu. Wykonawcy inni niż AQUA SEEN nie mieli ponadto sami pełnić nadzoru autorskiego nad swoimi robotami, a przecież interakcje z innym podmiotem, będącym wykonawcą projektu pociągają za sobą zawsze jakieś ryzyka prawne i organizacyjne istotne dla wykonawcy. Wykonawcy inni niż AQUA SEEN nie mieli zwłaszcza sami decydować o zatwierdzeniu swoich wniosków materiałowych. Nie byli też autorami przedmiarów, co do których zamawiający wskazał w s.i.w.z., że to „wykonawca ponosi ryzyko określenia, czy przekazana przez Zamawiającego dokumentacja techniczna jest kompletna dla wykonania robót budowlanych” (Część III s.i.w.z. — Opis przedmiotu zamówienia, ust. 5 pkt 1-3 — strona 33 SMWZ).

Odwołujący podkreślił kwestię procedury akceptacji rozwiązań materiałowych jako bodaj najważniejszy czynnik powodujący zakłócenie konkurencji pomiędzy oferentem-projektantem a pozostałymi oferentami. Jednym z załączników do s.i.w.z. w przedmiotowym postępowaniu jest formularz „WNIOSEK O ZATWIERDZENIE WYROBU BUDOWLANEGO” (mający potem stanowić Załącznik nr 2 do Umowy). Obowiązek posługiwania się takim wnioskiem wynika z 6 ust. 6 wzoru umowy:

Obowiązki Wykonawcy i zasady realizacji przedmiotu Umowy (...)

6. (...) Inspektor nadzoru inwestorskiego wskaże Wykonawcy, które materiały będą wymagały każdorazowo jego zatwierdzenia przed zastosowaniem. Zgłaszając wyrób do zatwierdzenia Wykonawca zobowiązany jest stosować wzór wniosku o zatwierdzenie wyrobu budowlanego stanowiący Załącznik nr 2 do Umowy. Użycie materiałów bez wymaganej akceptacji inspektora nadzoru inwestorskiego, o której mowa w zdaniu poprzednim, upoważnia zamawiającego do żądania ich usunięcia lub do naliczenia kary umownej zgodnie z § 9 ust. 2 pkt 4). (...)

Według treści powyższego załącznika, uzyskanie akceptacji materiałowej wymaga kolejno zgody: Projektanta, dopiero potem Inwestora a na końcu Użytkownika. Oznacza to, że bez podpisu ze strony AQUA SEEN wniosek nie może nawet zostać skierowany do inwestora. Oczywiście jest, że AQUA SEEN z uzyskaniem „podpisu projektanta” żadnych problemów mieć nie planuje. Jeżeli natomiast wykonawcą robót byłby podmiot inny niż AQUA SEEN, to działania i zaniechania AQUA SEEN mogą wpływać nawet na obciążenie takiego wykonawcy przez zamawiającego karami umownymi.

Odwołujący stwierdził, że dalszej części wyjaśnień AQUA SEEN podnosi, jakoby opracowane przez tego wykonawcę kosztorysy Inwestorskiej „uległy dezaktualizacji i nie stanowiły żadnej przewagi” (twierdzenie to jest zresztą niespójne z twierdzeniem, że pozostałym wykonawcom udostępniono całą dokumentację projektowo-kosztorysową; gdyby kosztorysy inwestorskie rzeczywiście zostały udostępnione to kwestia ich aktualności mogła nie mieć znaczenia; wykonawcy konkurencyjni zapytaliby zapewne zresztą o to, czy kosztorysy zostały aktualizowane przed wszczęciem postępowania). Odwołujący zaprzecza twierdzeniu o nieistotnym charakterze informacji zawartej w kosztorysach inwestorskich i podnosi w szczególności, że aktualizacja wyceny zawartej w posiadanym kosztorysie będzie zawsze działaniem szybszym i mniej pracochłonnym od pełnej wyceny dokonywanej „od zera” na podstawie przedmiaru robót.

Odwołujący, odnosząc się do wyjaśnień AQUA SEEN, wskazał ponadto, co następuje: ad 1) prowadzenie postępowania przetargowego na Platformie Zakupowej dostępnej wszystkim wykonawcom pozostaje bez wpływu na konkretne zakłócenie konkurencji, którego dotyczą zarzuty odwołania;

ad 2) twierdzenie, że w trakcie sporządzania oferty AQUA SEEN nie posługiwał się osobami uczestniczącymi w przygotowaniu postępowania oraz o braku dostępu do informacji posiadanych przez takie osoby pozostaje gołosłowne i nie może być poczytane za choćby początek dowodu na brak zakłócenia konkurencji w tym aspekcie bez podania personaliów tych osób oraz pełnej informacji dotyczącej organizacji ich pracy w ramach przedsiębiorstwa; termin przeprowadzenia dowodu w tym zakresie upłynął najpóźniej w dniu 22.07.2020 r., tj. w terminie wyznaczonym przez zamawiającego w wezwaniu wystosowanym w trybie art. 24 ust. 10 ustawy P.z.p.;

ad 3) twierdzenie, że AQUA SEEN „nie dysponuje żadnymi dodatkowymi informacjami oraz danymi technicznymi poza zawartymi w dokumentacji projektowej” jest w oczywisty sposób nieprawdziwe choćby ze względu na posiadanie przez AQUA SEEN dokumentacji kosztorysowej, jak również korespondencji, uzgodnień i wskazówek kierowanych na

podstawie umowy z zamawiającym w ramach wykonywania umowy z 22.10.2018 r.; ponadto, z zasad doświadczenia życiowego wynika, że zwyczajowe określenie „opracowanie dokumentacji”, (użyte zresztą w treści wzoru umowy 01254/W/S/PW/PZP-DRZ-WRMU/2018) omacza przecież proces obróbki informacji źródłowej (przetworzenie pewnych danych) w celu wytworzenia nowej informacji („dokumentacji wynikowej”); AQUA SEEN posiada tym samym także dane źródłowe niedostępne innym wykonawcom a wynikająca stąd przewaga nie została usunięta;

ad 4) udostępnienie dokumentacji projektowej było bezwzględny obowiązkiem zamawiającego, toteż wykonanie tego obowiązku nie może być dowodem na usunięcie zakłócenia konkurencji; twierdzenie o tym, że każdy z wykonawców „miał wystarczająco dużo czasu na zapoznanie się z dokumentacją” jest wybitnie ocenne a odwołujący się z tą oceną nie zgadza;

ad 5) przygotowanie dokumentacji projektowej zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami było obowiązkiem AQUA SEEN, w związku z czym nie może być uznane za dowód braku zakłócenia konkurencji;

ad 6) brak wiedzy o postanowieniach dokumentacji przetargowej innych niż opis przedmiotu zamówienia jest bez znaczenia w sytuacji, gdy nieuzasadniona przewaga konkurencyjna na którą wskazuje Odwołujący ma swoje źródło w dodatkowej wiedzy AQUA SEEN właśnie na temat przedmiotu zamówienia i okoliczności jego wykonywania;

ad 7) „niedysponowanie żadnymi innymi czy dodatkowymi informacjami” jest niemożliwe do dowiedzenia, nie może być zatem przyjęte za dowód na potrzeby oceny dokonywanej w trybie art. 24 ust. 10 ustawy P.z.p.

W konkluzji odwołujący podniósł, że AQUA SEEN nie udowodniło, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. W tej sytuacji nie zachodzi wyjątek wyłączający zastosowanie dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 19. Obowiązkiem zamawiającego jest zatem wykluczenie AQUA SEEN z udziału w postępowaniu na podstawie tego przepisu.

Zamawiający w oświadczeniu złożonym na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający stwierdził, że stwierdza, że ani on, ani uczestnik nie ukrywali, że autorem dokumentacji projektowej jest AQUA SEEN. Wpisanie „nie” do dokumentu JEDZ należy w tym kontekście ocenić jako omyłkę. Dokumentację projektową zawierała wszystkie informacje, które posiadał przystępujący. Odwołujący nie zgłaszał pytań do treści dokumentacji. Termin na jej kwestionowanie już dawno upłynął.

Odnosząc się do stwierdzenia, że umowa z AQUA SEEN obejmuje również nadzór autorski, zamawiający stwierdził, że ma prawo skorzystać z nadzoru autorskiego AQUA SEEN, ale też może go pozyskać od innego podmiotu. To inwestor podejmuje ostateczne decyzje co do zastosowanych rozwiązań. Wartość mieszadeł to około 50 000 zł. Jest tu dopuszczona równoważność.

Zamawiający wskazał, że na dzień rozpatrywania odwołania protokół odzwierciedla faktyczny przebieg zdarzeń. To, że nie był na bieżąco uzupełniany, wynika z okresu urlopowego.

Przystępujący AQUA SEEN wniósł o odrzucenie odwołania z powodu jego wniesienia po upływie terminu przewidzianego ustawą P.z.p. Stwierdził, że odwołujący już w dniu 29.07.2020 r. powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, tj. w dacie przesłania odwołującemu protokołu postępowania, który nie różnił się niczym względem tego z dnia 07.07.2020 r. Odwołujący, mając przeświadczenie o zaistnieniu zakłócenia konkurencji, pozostawił tę kwestię bez dalszych uwag, pomimo że zobowiązany był do zachowania należytej staranności. Tym samym odwołujący już w dniu 29.07.2020 r. miał świadomość co do tego, że zamawiający nie widzi żadnych podstaw do wykluczenia Aqua Seen, a postępowanie prowadzone jest w ocenie zamawiającego prawidłowo, z zachowaniem warunków konkurencji. Dopiero po wyborze przez zamawiającego oferty Aqua Seen odwołujący ponownie podjął rzeczony zagadnienie. Wobec powyższego odwołanie zostało wniesione po terminie.

AQUA SEEN wniósł ewentualnie o oddalenie odwołania. Stwierdził, że nie jest niczym nadzwyczajnym na rynku sytuacja realizacji inwestycji w formule „projektuj i buduj”, przy czym może ona zaistnieć zarówno w wyniku ukształtowania w ten sposób danego zamówienia lub też, jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu, w skutek przyjęcia przez zamawiającego realizacji zamówienia w co najmniej dwóch etapach, rozdzielając projektowanie i wykonanie robót, przy jednoczesnym złożeniu przez tego samego wykonawcę oferty w obu postępowaniach.

AQUA SEEN stwierdziła, że nie uzyskała żadnej dodatkowej wiedzy, która dałaby spółce przewagę nad pozostałymi oferentami. Instalacja magazynowania i roztwarzania siarczanu glinu jest instalacją typową, powszechnie stosowaną na wielu instalacjach wodociągowych. Modernizacja instalacji stanowiąca przedmiot postępowania polegać ma, zgodnie z wytycznymi zamawiającego, jedynie na naprawie istniejących konstrukcji żelbetowych i odtworzeniu stanu istniejącego ze względu na zużycie elementów instalacji wchodzących w jej skład. Zamawiającemu w pełni odpowiada aktualny sposób pracy instalacji i nie oczekuje żadnych zmian w tym względzie. W konsekwencji dokumentacja projektowa opracowana na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia nie wprowadza żadnych nowych elementów technologii lub algorytmów pracy samej instalacji. Przewidziane do wymiany urządzenia zostały opisane w dokumentacji poprzez parametry równoważności, a nie po przez typ, markę lub producenta i odpowiadają obecnie eksploatowanym urządzeniom technologicznym. Całość instalacji oraz konstrukcji jest tak samo dostępna do oceny teraz jak, i na etapie projektowania oraz wizji lokalnej mającej miejsce w przedmiotowym postępowaniu, co do której zamawiający zapraszał wykonawców. Ponadto dokumentacja przygotowana przez Aqua Seen, zgodnie z wymogiem stawianym przez zamawiającego, bazuje na Ekspertyzie stanu technicznego zbiorników magazynowych siarczanu glinu - Wieliszew, ul. 600-lecia 20 wykonanej na zlecenie zamawiającego przez Pracownia Inżynierska z siedzibą w Krakowie. Wskazana Ekspertyza była podstawowym dokumentem dla identyfikacji zakresu robót oraz jest częścią projektu branży konstrukcyjnej pn. Modernizacja instalacji magazynowania i roztwarzania siarczanu glinu, Nr opracowania 240 01 02 000 01, Nr dokumentu 240 01 02 111 00. Wspomniany projekt wraz z Ekspertyzą zawarty był w dokumentach przetargowych dla oferentów na ogólnie dostępnej platformie zamawiającego.

AQUA SEEN podniosła, że w czasie prac nad dokumentacją projektową dokonano przeglądu konstrukcji w udostępnionym przez zamawiającego zbiorniku magazynowym nr 3, który Zamawiający uznał za miarodajny, wskazując, że stan techniczny w pozostałych zbiornikach jest podobny i występują tam podobne uszkodzenia. Opóźniony zbiornik był dostępny do dokonania wizji lokalnej dla oferentów w trakcie postępowania przetargowego. Pozostałe zbiorniki ze

względu na pracę instalacji w ruchu ciągłym nie były dostępne ani na etapie projektowania, ani w postępowaniu przetargowym. Wobec powyższego należy stwierdzić, że wszyscy wykonawcy mieli dostęp do całości dokumentacji technicznej zadania oraz identyczną wiedzę na temat wszystkich aspektów realizacji, ponosząc jednakowe ryzyko związane ze stanem zbiorników, które nie zostały wyłączone z eksploatacji.

AQUA SEEN wskazał, że w myśl art. 20 ust. 4 ustawy Prawo budowlane do podstawowych obowiązków projektanta należy sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub organu administracji architektoniczno-budowlanej w zakresie:

- a) stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem,
- b) uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego.

Z powyższego obowiązku pełnienia nadzoru autorskiego nie wynika żadna przewaga po stronie AQUA SEEN, a jedynie dodatkowa odpowiedzialność w zakresie prawidłowego wykonania przez wykonawcę robót tego, co zostało już zaprojektowane oraz zaaprobowane przez zamawiającego. Nad rzeczoną zgodnością robót AQUA SEEN obowiązana jest czuwać niezależnie od tego, czy to ona będzie wykonawcą robót, czy też będzie to inny podmiot. Jednocześnie, w myśl ust. 3 wspomnianego przepisu, projektant jest zobowiązany świadczenia wyjaśnień wątpliwości dotyczących projektu oraz zawartych w nim rozwiązań. Wobec powyższego nie sposób zgodzić się z odwołującym, że Aqua Seen, jako projektant, będzie rozstrzygać w zakresie sposobów wykonania robót, czy też doboru materiałów lub urządzeń służących realizacji inwestycji. Rzeczone uprawnienie należy każdorazowo do zamawiającego i wyznaczonego przez niego inspektora nadzoru, stosownie do art. 25 ustawy Prawo budowlane.

W ocenie AQUA SEEN, w niniejszym postępowaniu konkurencja nie została w żaden sposób zakłócona. Stan wiedzy wszystkich wykonawców o przedmiocie przedmiotowego zamówienia został wyrównany poprzez kompletną publikację dokumentacji projektowo-kosztorysowej stanowiącej rezultat zawartej z Aqua Seen w dniu 22.10.2018 r. Umowy nr 1041/US/PW/PZP-DRZ-WRI/U/18 na „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej modernizacji instalacji magazynowania i roztwarzania siarczanu glinu na terenie Zakładu Północnego przy ul. 600-lecia 20 w Wieliszewie.” Wykonawcy mieli swobodę w zadawaniu pytań zamawiającemu. Żaden z wykonawców nie wniósł też o wydłużenie terminu składania ofert, a zatem czas potrzebny na ich opracowanie był wystarczający dla każdego z nich.

AQUA SEEN zauważyła, że w przetargu zostały złożone trzy, konkurencyjne oferty, z czego oferta AQUA SEEN opiewa na cenę aż o 939 105,00 zł (dziewięćset trzydzieści dziewięć tysięcy sto pięć złotych) niższą niż kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Z kolei druga oferta odwołującego jest zaledwie o 366 674,07 zł (trzysta sześćdziesiąt sześć tysięcy sześćset siedemdziesiąt cztery złote 07/100) wyższa niż budżet Zamawiającego. Tym samym nie sposób mówić o jakiegokolwiek przewadze po stronie AQUA SEEN. Gdyby faktycznie taka istniała, wykonawca, dążąc do maksymalizacji swojego zysku, złożyłby ofertę możliwie bliską kwocie przewidzianej przez zamawiającego na realizację zamówienia. Nie ulega tym samym wątpliwości, że wszelkie kosztorysy opracowane przez AQUA SEEN na potrzeby wykonania Umowy nr 1041/US/PW/PZP-DRZ-WRI/U/18 z dnia 22.10.2018 r. uległy dezaktualizacji i nie stanowiły żadnej przewagi, a zatem nie doszło do jakiegokolwiek zakłócenia konkurencji. Spółka przystępując do przetargu, w celu przygotowania oferty musiała podjąć taki sam wysiłek, jak pozostali oferenci i dysponowała w tym zakresie identycznym przedziałem czasu.

AQUA SEEN podkreśliła, że wykonanie przez nią umowy nr 1041/US/PW/PZPDRZ-WRI/U/18 z dnia 22.10.2018 r. ani stanowi naruszenia zasady uczciwej konkurencji, ani w żaden sposób nie dało jakiegokolwiek przewagi spółce, gdyż:

1. Postępowanie przetargowe było prowadzone na Platformie Zakupowej Zamawiającego dającej wszystkim potencjalnym wykonawcom jednakowe warunki udziału oraz kontaktu z zamawiającym.
2. W celu oraz w trakcie sporządzenia oferty na realizację zamówienia AQUA SEEN na żadnym etapie nie posługiwała się osobami uczestniczącymi w realizacji Umowy nr 1041/US/PW/PZP-DRZWRI/U/18 z dnia 22.10.2018 r.
3. Opracowana dokumentacja projektowa została w całości udostępniona przez zamawiającego na etapie procedury przetargowej. Jako potencjalny wykonawca spółka nie dysponowała i dalej nie dysponuje żadnymi dodatkowymi informacjami oraz danymi technicznymi poza tym, co jest zawarte w dokumentacji przetargowej, które w jakikolwiek sposób mogłyby przyczynić się do powstania przewagi konkurencyjnej nad innymi wykonawcami w tym postępowaniu.
4. Dokumentacja projektowa dla przedmiotowego zadania była dostępna na Platformie Zakupowej zamawiającego przez cały okres do składania ofert. Każdy z potencjalnych wykonawców miał wystarczająco dużo czasu na zapoznanie się z dokumentacją oraz, w razie jakichkolwiek wątpliwości, na sformułowanie pytań.
5. Dokumentacja projektowa została przygotowana zgodnie z wytycznymi zamawiającego oraz zgodnie z obowiązującymi z tym zakresie aktami prawnymi dot. zachowania zasady uczciwej konkurencji. Nie wskazywano jednoznacznych dostawców czy producentów, a całość zadania została opisana za pomocą wymagań technicznych jak i określonych parametrów równoważności.
6. Przed ogłoszeniem warunków udziału w postępowaniu zarówno AQUA SEEN, jak i pozostałym potencjalnym wykonawcom nie były znane żadne zapisy oraz wymagania czy też postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz pozostałych dokumentów przetargowych.
7. Spółka złożyła też prawidłowy dokument JEDZ, skorygowany o oczywistą omyłkę pisarską w zakresie pkt III ppkt C formularza, wynikającą ze schematu organizacyjnego AQUA SEEN.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

W dniu 22.10.2018 r. zamawiający zawarł z AQUA SEEN umowę nr 1041/US/PW/PZP-DRZWRI/U/18 w sprawie zamówienia sektorowego na usługi pod nazwą „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej modernizacji instalacji magazynowania i roztwarzania siarczanu glinu na terenie Zakładu Północnego przy ul. 600-lecia 20, Wieliszew”.

Zgodnie z 2 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy stanowiącego część II specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przedmiot umowy w sprawie tego zamówienia sektorowego obejmował opracowanie i przekazanie zamawiającemu dokumentacji

projektowo-kosztorysowej oraz pełnienie nadzoru autorskiego. W zakresie dokumentacji, przedmiot umowy obejmował 10 wyluczonych elementów jak również „opracowanie innej, niezbędnej do realizacji inwestycji, dokumentacji projektowej, jeśli będzie to konieczne z uwzględnieniem celu, któremu ma służyć” (§ 4 ust. 5 umowy).

Nadzór autorski miał natomiast być wykonywany „w okresie trwania robót i w terminach odbiorów tych robót” (§ 2 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy *in fine*) w zakresie podanym w szczególności w 6 ust. 15 i 16 wzoru umowy (szerszym, niż wynikający wyłącznie z przepisów prawa budowlanego).

Punkt 3 podpunkt 2 protokołu postępowania został przez zamawiającego wypełniony w taki sposób, że zamawiający zaznaczył, że istnieje możliwość, że o udzielenie zamówienia będzie ubiegał się podmiot, który uczestniczył w przygotowaniu postępowania o udzielenie tego zamówienia:

Jako środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji zamawiający wskazał:

*Cała Dokumentacja projektowo – kosztorysowa została udostępniona wszystkim Wykonawcom poprzez Platformę zakupową Zamawiającego, co zapewnia zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie Wykonawców*

Punkt 15 podpunkt 4 protokołu „Sposób zapewnienia konkurencji w przypadku zaistnienia sytuacji, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych” został przez zamawiającego wykreślony.

W postępowaniu wpłynęły 3 oferty:

- 1) Aqua Seen Sp. z o.o., ul. Siennicka 29, 04-394 Warszawa z ceną 7 355 400,00 zł
- 2) Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe „D.” M. D. i J. D. Sp. J., ul. Rycerska 1 L, Ł., 15-157 Białystok z ceną 661 179,07 zł
- 3) Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa z ceną 10 159 800,00 zł.

AQUA SEEN wraz z ofertą złożyło oświadczenie wstępne w formie jednolitego dokumentu (JEDZ) podpisane elektronicznie w dniu 29.06.2020 r. W części III „Podstawy wykluczenia”, w sekcji C „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi”, w odpowiedzi na zawarte w formularzu pytanie: „Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał(-o) instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był(-o) w inny sposób zaangażowany(-e) w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia?” AQUA SEEN zaznaczyło odpowiedź: „NIE”, w konsekwencji nie wypełniając także zawartego dalej w formularzu polecenia: „Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat”.

Odwołujący w dniu 07.07.2020 r. skierował do zamawiającego pismo z informacją o zaistniałym zakłóceniu konkurencji, okolicznościach jego powstania jak również o istotnym wpływie tego zakłócenia na prowadzone postępowanie. Odwołujący wskazał, że wymagane jest zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy P.z.p., poprzedzone zapewnieniem AQUA SEEN możliwości udowodnienia, że udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji, zgodnie z art. 24 ust. 10 ustawy P.z.p.

Zamawiający działając na podstawie art. 24 ust. 10 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy P.z.p. w dniu 20.07.2020 r. wezwał AQUA SEEN do złożenia wyjaśnień — w tym do udowodnienia, że udział wykonawcy Aqua SEEN Sp. z o.o. w przygotowaniu postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia nie zakłóci konkurencji.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, AQUA SEEN złożyło wyjaśnienia w dniu 22.07.2020 r. Załączono do nich nowy jednolity dokument, opatrzony podpisem kwalifikowanym z datą 22.07.2020 r., różny w swej treści od jednolitego dokumentu złożonego pierwotnie wraz z ofertą. Nowy JEDZ zawiera odmienną odpowiedź „TAK” na pytanie „Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał(-o) instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był(-o) w inny sposób zaangażowany(-e) w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia?” a w zakresie żądania: „Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat” zawiera nową informację: „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej modernizacji instalacji magazynowania i roztwarzania siarczanu glinu na terenie Zakładu Północnego przy ul. 600-lecia 20, Wieliszew”.

AQUA SEEN w wyjaśnieniach przywołała wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2018 roku sygn. akt KIC 233/18, z którego wynika, że sam fakt brania udziału w przygotowaniu postępowania, w tym polegającego na opracowaniu dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej, nie oznacza automatycznie zaistnienia przesłanki wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania, w którym zamawiający udzielać będzie w przyszłości zamówienia na wykonanie inwestycji na podstawie tej dokumentacji.

AQUA SEEN powołał się również na wyrok KIO 2037/18 z dnia 19 października 2018 roku i KIO 2038/18 z dnia 22 października 2018 roku.

AQUA SEEN wskazała, że w niniejszym postępowaniu konkurencja nie została w żaden sposób zakłócona. Stan wiedzy wszystkich wykonawców o przedmiocie przedmiotowego zamówienia został wyrównany poprzez kompletną publikację dokumentacji projektowo-kosztorysowej stanowiącej rezultat zawartej z Aqua Seen sp. z o.o. w dniu 22.10.2018 r. Umowy nr 1041/US/PW/PZP-DRZ-WRI/U/18 na „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej modernizacji instalacji magazynowania i roztwarzania siarczanu glinu na terenie Zakładu Północnego przy ul. 600-lecia 20 w Wieliszewie.” Wykonawcy mieli swobodę w zadawaniu pytań zamawiającemu i znalazły one szczegółowe wyjaśnienie w toku procedury przetargowej. Żaden z wykonawców nie wniósł też o wydłużenie terminu składania ofert, a zatem czas potrzebny na ich opracowanie był wystarczający dla każdego z nich.

AQUA SEEN wskazała, że w przetargu zostały złożone trzy, konkurencyjne oferty, z czego oferta AQUA SEEN opiewa na cenę aż o 939 105,00 zł (dziewięćset trzydzieści dziewięć tysięcy sto pięć złotych) niższą niż kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Z kolei druga oferta odwołującego jest zaledwie o 366 674,07 zł (trzysta sześćdziesiąt sześć tysięcy sześćset siedemdziesiąt cztery złote 07/100) wyższa niż budżet zamawiającego. Tym samym nie sposób mówić o jakiegokolwiek przewadze po stronie AQUA SEEN. Gdyby faktycznie taka istniała, wykonawca, dążąc do maksymalizacji swojego zysku, złożyłby ofertę możliwie bliską kwocie przewidzianej przez zamawiającego na realizację zamówienia. AQUA SEEN podniosła, że wszelkie kosztorysy opracowane przez AQUA SEEN na potrzeby wykonania Umowy nr 1041/US/PW/PZP-DRZ-WRI/U/18 z dnia 22.10.2018 r. uleg

dezaktualizacji i nie stanowiły żadnej przewagi, a zatem nie doszło do jakiegokolwiek zakłócenia konkurencji. Spółka przystępując do przetargu, w celu przygotowania oferty musiała podjąć taki sam wysiłek, jak pozostali oferenci i dysponowała w tym zakresie identycznym przedziałem czasu.

AQUA SEEN podkreśliła, że wykonanie umowy nr 1041/US/PW/PZPDRZ-WRI/U/18 z dnia 22.10.2018 r., ani nie stanowi naruszenia zasady uczciwej konkurencji, ani w żaden sposób nie dało jakiegokolwiek przewagi wykonawcy gdyż:

1. Postępowanie przetargowe było prowadzone na Platformie Zakupowej zamawiającego dającej wszystkim potencjalnym wykonawcom jednakowe warunki udziału oraz kontaktu z zamawiającym,
2. W celu oraz w trakcie sporządzenia oferty na realizację zamówienia na żadnym etapie AQUA SEEN nie posługiwała się osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności związanych z prowadzonym postępowaniem ani też nie miała dostępu do jakichkolwiek informacji posiadanych przez te osoby, a związane z prowadzonym postępowaniem,
3. Opracowana dokumentacja projektowa została w całości udostępniona przez zamawiającego na etapie procedury przetargowej. Jako potencjalny wykonawca AQUA SEEN nie dysponowała i dalej nie dysponuje żadnymi dodatkowymi informacjami oraz danymi technicznymi poza tym zawartymi w dokumentacji projektowej, które w jakikolwiek sposób mogłyby przyczynić się do powstania przewagi konkurencyjnej nad innymi wykonawcami w tym postępowaniu,
4. Dokumentacja projektowa dla przedmiotowego zadania była dostępna na Platformie Zakupowej zamawiającego przez cały okres do składania ofert. Każdy z potencjalnych wykonawców miał wystarczająco dużo czasu na zapoznanie się z dokumentacją oraz w razie jakichkolwiek wątpliwości na sformułowanie pytań,
5. Dokumentacja projektowa została przygotowana zgodnie z wytycznymi zamawiającego oraz zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie aktami prawnymi dot. zachowania zasady uczciwej konkurencji. Nie wskazywano jednoznacznych dostawców czy producentów, a całość zadania została opisana za pomocą wymagań technicznych, jak i określonych parametrów równoważności,
6. Przed ogłoszeniem warunków udziału w postępowaniu zarówno AQUA SEEN, jak i pozostałym potencjalnym wykonawcom, nie były znane żadne zapisy oraz wymagania czy postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia pozostałych dokumentów przetargowych,
7. Jako potencjalny wykonawca AQUA SEEN nie dysponował i dalej nie dysponuje żadnymi dodatkowymi czy innymi informacjami niż pozostali potencjalni wykonawcy dot. postępowania, które to informacje mogły mieć wpływ na przygotowanie oferty.

Pismem z dnia 31 sierpnia 2020 roku zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty AQUA SEEN.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19, art. 24 ust. 10, art. 24 ust. 4, art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p.

W pozostałym zakresie odwołanie, jako bezzasadne, podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba uznała za bezzasadny wniosek przystępującego AQUA SEEN o odrzucenie odwołań z powodu jego wniesienia po upływie terminu przewidzianego ustawą P.z.p. Przystępujący stwierdził, że odwołujący już w dniu 29.07.2020 r. powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, tj. w dacie przesłania odwołującym protokołu postępowania, i od tego dnia należało liczyć termin do wniesienia odwołania.

Zgodnie z art. 182 ust. 1 ustawy P.z.p., odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Izba wskazuje, że pomimo tego, że art. 182 ust. 1 ustawy P.z.p. literalnie stanowi o terminie na wniesienie odwołania wobec czynności zamawiającego, to termin wskazany w tym przepisie obowiązuje także w stosunku do niektórych zaniechań zamawiającego. Informacja w trybie art. 92 o wyborze oferty najkorzystniejszej stanowi zatem jednocześnie początek biegu terminu do wniesienia odwołania na zaniechanie wykluczenia wykonawcy. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 31 sierpnia 2020 roku. Wniesienie odwołania na zaniechanie wykluczenia wykonawcy AQUA SEEN w dniu 10 września 2020 roku należy zatem uznać za prawidłowe pod względem wymaganego ustawą terminu.

W myśl art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Z przepisem tym koreluje unormowanie zawarte w art. 24 ust. 10 ustawy P.z.p., zgodnie z którym, w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 19, przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Zamawiający wskazuje w protokole sposób zapewnienia konkurencji.

Z treści art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy P.z.p. wynika, iż aby wykluczyć wykonawcę z postępowania, zamawiający musi dokonać analizy, czy zostały spełnione łącznie dwie przesłanki. Po pierwsze, należy stwierdzić udział wykonawcy, jego pracownika lub osoby wykonującej pracę na podstawie umowy cywilnoprawnej, w przygotowaniu postępowania. Po

drugie, ustalić, czy spowodowane tym ewentualne zakłócenie konkurencji może zostać wyeliminowane w inny sposób, niż poprzez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Celem ww. przepisu jest więc wykluczenie z postępowania tych podmiotów, które poprzez uczestnictwo w jego przygotowaniu nabyły wiedzę, mogącą je sytuować w lepszej pozycji, niż pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, tak aby spełniona została zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za utrwalony należy uznać pogląd, iż udział wykonawcy lub osób pracujących na jego rzecz, biorących udział w przygotowaniu postępowania po stronie zamawiającego, stwarza przypuszczenie, które wobec treści art. 24 ust. 10 ustawy P.z.p. może zostać wyeliminowane przez wykonawcę w toku postępowania przez złożenie wyjaśnień i dowodów (tak też wyrok KIO 216/18 z dnia 1 marca 2018 r. czy KIO 1075/18 z dnia 26 czerwca 2018 r.).

Zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. f oraz art. 41 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca Dyrektywę 2004/18/WE (tzw. Dyrektywa klasyczna), instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, między innymi w sytuacji, kiedy zakłócenie konkurencji, wynikające z wcześniejszego udziału wykonawcy w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, nie może zostać wyeliminowane za pomocą mniej dolegliwych środków. Z kolei w myśl art. 41 Dyrektywy klasycznej, jeżeli kandydat, oferent lub przedsiębiorstwo powiązane z kandydatem lub oferentem doradzają instytucji zamawiającej, niezależnie od tego, czy odbywa się to w trybie wstępnych konsultacji rynkowych (art. 40 Dyrektywy klasycznej) czy nie, bądź też w inny sposób są zaangażowani w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, wówczas instytucja zamawiająca zobowiązana jest do podjęcia odpowiednich środków, celem zagwarantowania, że udział danego kandydata lub oferenta nie spowoduje zakłócenia konkurencji, ani naruszenia zasad niedyskryminacji i przejrzystości postępowania.

W orzecznictwie Izby ukształtował się pogląd, iż domniemanie zakłócenia konkurencji, powstałe w wyniku udziału wykonawcy (jego pracownika, a także osoby wykonującej pracę na podstawie umowy - zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług) w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, może zostać wyeliminowane zarówno przez samego zamawiającego, jak i przez wykonawcę.

W wyroku z dnia 25 października 2018 r., sygn. akt: KIO 1974/18, Izba zwróciła uwagę, że (...) zarówno przepisy dyrektywy 2014/24/UE i w ślad za nimi art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy P.z.p., jak i powiązane z nim art. 24 ust. 10 i art. 31d ustawy P.z.p., nie precyzują, który podmiot jest wyłącznie odpowiedzialny za podjęcie działań przeciwdziałających zakłóceniu konkurencji, w przypadku udziału w postępowaniu wykonawcy biorącego wcześniej bezpośrednio lub pośrednio udział w jego przygotowaniu.

W ocenie Izby do powstania zakłócenia konkurencji nie dochodzi wówczas, gdy podmiot zamawiający uprzednio dokonał działań niwelujących przewagę konkurencyjną takiego wykonawcy, czy to przez udostępnienie pozostałym wykonawcom określonych informacji, czy przez ustalenie adekwatnego terminu składania ofert, bądź też na skutek podjęcia innych czynności zaradczych. Wówczas zakłócenie to jest eliminowane już na etapie przygotowania postępowania przez samego zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, Izba przeanalizowała czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu w rozpoznawanym zakresie i skonstatowała, że zamawiający nie wykazał, że udział wykonawcy AQUA SEEN w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Zamawiający w protokole postępowania, jako środek mający na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji wskazał jedynie, że „Cała Dokumentacja projektowo – kosztorysowa została udostępniona wszystkim Wykonawcom poprzez Platformę zakupową Zamawiającego, co zapewnia zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie Wykonawców.” Izba wskazuje, że udostępnienie całości dokumentacji jest obowiązkiem zamawiającego w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązek wykazania, że udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania nie zakłóci konkurencji, nie może zatem polegać na wskazaniu podstawowych czynności podejmowanych w postępowaniu. Zamawiający nie wskazał przy tym na żadne inne, wyjątkowe okoliczności, które zapewniły konkurencję w przedmiotowym postępowaniu.

Izba zwraca uwagę, że działania zmierzające do wykazania, że udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania nie zakłóci konkurencji mogą zostać podjęte również przez samego wykonawcę, który – co prawda – ma mniejsze możliwości niż zamawiający w tym zakresie i na którego dodatkowo nałożono obowiązek udowodnienia podjęcia takich działań lub, co istotne, udowodnienia, że jego udział nie zakłóci konkurencji (a więc, że istnieją obiektywne czynniki za tym przemawiające). W takim przypadku wykonawca powinien wyczerpująco wyjaśnić, iż czynności związane z przygotowaniem postępowania, wykonywane przez niego lub jego personel, nie powodują naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Nie wystarczy więc złożenie przez wykonawcę ogólnych wyjaśnień, które nie wniosą niczego istotnego do sprawy oraz nie dadzą podstaw do stwierdzenia, że nie doszło do zakłócenia konkurencji.

Izba przeanalizowała wyjaśnienia złożone przez wykonawcę AQUA SEEN na wezwanie zamawiającego i stwierdziła, że nie dają one podstaw do stwierdzenia, że uczestnictwo wykonawcy w przygotowaniu postępowania nie zakłóci konkurencji. Wykonawca ograniczył się do przywołania orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz wskazania na okoliczności, które są typowe i winny mieć miejsce w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, takie jak: prowadzenie postępowania na Platformie Zakupowej zamawiającego, udostępnienie wykonawcom całej dokumentacji przetargowej, przygotowanie dokumentacji zgodnie z obowiązującymi przepisami prawnymi oraz wytycznymi zamawiającego. Jediną informacją mogącą mieć znaczenie dla oceny zachowania konkurencji była informacja o tym, że w przygotowaniu oferty wykonawca AQUA SEEN nie posługiwał się osobami biorącymi udział w prowadzeniu postępowania. Wykonawca nie podał jednak w tym zakresie żadnych konkretnych informacji, nazwisk osób biorących udział w przygotowaniu postępowania i przygotowaniu oferty, a także nie załączył żadnych dowodów na potwierdzenie wskazywanych argumentów.

Jednocześnie Izba podkreśla, że zamawiający w protokole postępowania wykreślił pkt 15 ppkt 4, w którym obowiązany był wpisać sposób zapewnienia konkurencji w przypadku zaistnienia sytuacji, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy P.z.p.

Wskazując na powyższe Izba doszła do przekonania, że ani zamawiający, ani wykonawca AQUA SEEN nie wykazali, że uczestnictwo wykonawcy AQUA SEEN w przygotowaniu postępowania nie zakłóci konkurencji i nakazała wykluczenie wykonawcy AQUA SEEN z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba uznała za bezzasadne zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy P.z.p. polegające na zaniechaniu zastosowania tych przepisów i niedokonaniu wykluczenia AQUA SEEN z postępowania, pomimo że AQUA SEEN w wyniku zamierzonego działania (względnie: co najmniej rażącego niedbalstwa) zataił informacje dotyczące podstaw jego wykluczenia oraz w wyniku lekkomyślności (względnie: co najmniej niedbalstwa) przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego i mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

Do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p. konieczne jest zatem kumulatywne spełnienie następujących przesłanek:

- wykonawca działał w sposób zamierzony lub w warunkach rażącego niedbalstwa,
- skutek tego zachowania zamawiający został wprowadzony w błąd,
- błąd dotyczy informacji, co do istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Z kolei ocena, czy w rozpoznawanej sprawie wystąpiły okoliczności obligujące zamawiającego do wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., wymaga ustalenia:

- 1) czy przystępujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego,
- 2) czy informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- 3) czy przedstawienie tych informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

Z powyższego wynika, że zarówno w przypadku wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i 17 ustawy P.z.p., niezbędne jest ustalenie, czy wykonawca przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd. W ocenie Izby przesłanka ta nie ziściła się. Skoro zamawiający był organizatorem postępowania oraz stroną umowy na usługę pod nazwą „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej modernizacji instalacji magazynowania i roztwarzania siarczanu glinu na terenie Zakładu Północnego przy ul. 600-lecia 20, Wieliszew”, oczywistym jest, że posiadał wiedzę w zakresie wykonawcy tego zamówienia. Jakkolwiek informacja przedstawiona przez wykonawcę AQUA SEEN w formularzu JEDZ dotycząca podstaw wykluczenia w zakresie podstaw związanych z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi nie była informacją prawdziwą, zamawiający nie został wprowadzony w błąd. Tym samym bez znaczenia pozostają pozostałe przesłanki wskazane w obu podstawach wykluczenia. Przesłanki te muszą być bowiem spełnione łącznie. Fakt niespełnienia jednej z nich powoduje, że wykluczenie wykonawcy na podstawie wskazanych przepisów nie znajduje podstaw.

Izba uznała za bezzasadny zarzut dotyczący braku ujawnienia oraz uzasadniania działań zamawiającego, polegający na dwukrotnym przekazaniu protokołu pozbawionego obligatoryjnej informacji o załącznikach do tego protokołu, nieterminowym zamieszczeniu w protokole informacji o dwóch dokonanych uprzednio wezwaniach zamawiającego i odpowiedziach wykonawcy AQUA SEEN, czego następstwem było przekazanie odwołującemu nieaktualnego protokołu i wprowadzenie go w błąd co do stanu przedmiotowego postępowania, dokonywaniu zmian protokołu w części dotyczącej czynności związanych z przygotowaniem postępowania w czasie, gdy postępowanie było już od dawna wszczęte, a być może nawet w czasie, gdy było ono już rozstrzygnięte, jak również na zaniechaniu zamieszczenia w protokole informacji o wyniku badania podstaw wykluczenia AQUA SEEN, w szczególności podstaw związanych z udziałem tego podmiotu w przygotowaniu postępowania co stanowi równocześnie także naruszenie art. 96 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.

Izba wskazuje, że okoliczności podnoszone w zakresie wskazanego wyżej zarzutu nie były pomiędzy stronami sporne. Zamawiający przyznał, że protokół postępowania nie był sporządzany terminowo i rzetelnie, co było spowodowane m.in. okresem urlopowym. Niemniej jednak ustalone naruszenia zamawiającego nie miały wpływu na wynik postępowania. Izba wskazuje na treść art. 192 ust. 2 ustawy P.z.p., zgodnie z którym Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba ustaliła, że zamawiający poprawił i uzupełnił protokół, a zatem – pomimo stwierdzonych naruszeń – podniesiony w tym zakresie zarzut podlegał oddaleniu.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....  
.....

.....