

WYROK

z dnia 10 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 stycznia 2022 r. przez wykonawcę odwołującego: Energotechnika-Energorozruch S.A., ul. Kozielska 18, 44-107 Gliwice,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: WĘGLOKOKS ENERGIA ZCP sp. z o.o., ul. Szyb Walenty 32, 41-700 Ruda Śląska,

przy udziale wykonawcy INTROL ENERGETYKA sp. z o.o., ul. 16 Lipca 12, 40-506 Chorzów, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru

najkorzystniejszej oferty, wykluczenie wykonawcy INTROL ENERGETYKA sp. z o.o. na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych i odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: WĘGLOKOKS ENERGIA ZCP sp. z o.o., ul. Szyb Walenty 32, 41-700 Ruda Śląska, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: WĘGLOKOKS ENERGIA ZCP sp. z o.o., ul. Szyb Walenty 32, 41-700 Ruda Śląska, na rzecz odwołującego: Energotechnika-Energorozruch S.A., ul. Kozielska 18, 44-107 Gliwice, kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonych wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 241/22

UZASADNIENIE

Zamawiający WĘGLOKOKS ENERGIA ZCP sp. z o.o., ul. Szyb Walenty 32, 41-700 Ruda Śląska, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zadanie 4: Kociołnia szczytowa EC Mikołaj - budowa”, nr referencyjny: WEZCP/PNBN/109/2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15.09.2021 r., nr 2021/S 179-467011.

Pismem z dnia 21.01.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy INTROL ENERGETYKA sp. z o.o.

W dniu 28.01.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Energotechnika-Energozruch S.A., ul. Kozielska 18, 44-107 Gliwice (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy INTROL ENERGETYKA, podczas gdy podmiot, który należy do tej samej grupy kapitałowej, co INTROL ENERGETYKA, brał udział w przygotowaniu postępowania, co skutkowało zakłóceniem konkurencji w postępowaniu, któremu to zakłóceniu nie zapobieżono i które nie zostało wyeliminowane w żaden sposób,
- 2) art. 108 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 85 ust. 2 w zw. z art. 110 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez wykonanie przewidzianej w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp procedury w sposób pozorny oraz bezpodstawne przyjęcie, że udział INTROL ENERGETYKA nie zakłóci konkurencji, a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia INTROL ENERGETYKA, mimo iż nie wykazał, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji,
- 3) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty INTROL ENERGETYKA i jej wybór jako najkorzystniejszej, mimo iż oferta tego wykonawcy winna zostać uznana za odrzuconą, albowiem została złożona przez wykonawcę, który powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu,
- 4) art. 16 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w związku z zaniechaniem wykluczenia wykonawcy INTROL ENERGETYKA z udziału w postępowaniu i wyborem oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący przywołał treść m.in. art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz podniósł w szczególności, co następuje. „W niniejszej sprawie bezspornie spełniona została w przypadku INTROL-ENERGETYKA pierwsza z wymienionych przesłanek, a mianowicie podmiot, na którego zdolności ten wykonawca polegał w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji w postępowaniu w rozumieniu art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, tj. Introl-Energomontaż, brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, należąc jednocześnie do tej samej grupy kapitałowej, co INTROL-ENERGETYKA. Introl-Energomontaż przygotowywał bowiem opis przedmiotu zamówienia niniejszego postępowania w zakresie dokumentacji projektowej, w tym kosztorysu inwestorskiego. (...)”

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że pierwotnie wykonawca INTROL-ENERGETYKA złożył JEDZ, tak w odniesieniu do siebie, jak i Introl-Energomontaż, w którym przedstawił nieprawdziwą informację w zakresie braku uprzedniego zaangażowania w przygotowanie postępowania. Dopiero w odpowiedzi z dnia 24 listopada 2021 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 19 listopada 2021 r. do poprawienia JEDZ m.in. w powyższym zakresie, wystosowane w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp INTROL-ENERGETYKA załączył nowy formularze JEDZ z poprawioną treścią, w których we wspomnianej rubryce zaznaczył odpowiedź „tak” (...).

Zamawiający zatem jeszcze przed wszczęciem postępowania może podjąć stosowne środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji. Do powstania zakłócenia konkurencji nie dochodzi wówczas, gdy zamawiający uprzednio dokonał działań niwelujących przewagę konkurencyjną wykonawcy biorącego udział w przygotowaniu postępowania, w szczególności poprzez przekazanie pozostałym wykonawcom wszystkich informacji, które uzyskał i przekazał podczas przygotowania postępowania oraz wyznaczenie odpowiedniego terminu na złożenie ofert. Zamawiający mógłby rozważyć choćby wprowadzenie zmian w SWZ, upublicznienie szacunkowej wartości zamówienia i kosztorysu, odpowiednie przedłużenie terminu składania ofert.

W przedmiotowej sprawie do takiego zniwelowania zakłócenia konkurencji przez Zamawiającego nie doszło. Zamawiający zaznaczył w protokole postępowania w rubryce nr 4., iż „Pytania do SWZ zadawał Wykonawca będący autorem dokumentacji budowlano-wykonawczej składającej się na SWZ/Wykonawca dokumentacji budowlano - wykonawczej” oraz stosownie do art. 85 ust. 1 ustawy Pzp wskazał podjęte środki zaradcze, jednak uznać je należy za niewystarczające.

W treści protokołu, opisując podjęte środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji, Zamawiający wskazał, iż: (...)

Powyższe oświadczenie nie odpowiada w całości prawdzie. Zamawiający prawidłowo dokonał subsumpcji stanu faktycznego oraz prawnego pod normę art. 85 ust. 1 ustawy Pzp, jednak nie przekazał kompletnej dokumentacji projektowej, w tym kosztorysu inwestorskiego, pozostałym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego oraz nie poinformował uprzednio o zaangażowaniu INTROL-ENERGETYKA (Introl-Energomontaż) na etapie przygotowania postępowania. Brak jest zatem obiektywnej możliwości wyeliminowania jawnego zakłócenia zasad konkurencji w inny sposób niż przez wykluczenie INTROL-ENERGETYKA z dalszego udziału w postępowaniu. Na etapie składania ofert wykonawcy nie znajdowali się w równej pozycji, a INTROL-ENERGETYKA dysponował przewagą konkurencyjną wynikającą z posiadania informacji na temat przedmiotu zamówienia niedostępnych innym uczestnikom postępowania.

Analiza Odwołującego dokumentacji projektowej udostępnionej w ramach postępowania przez Zamawiającego potwierdziła wprost, iż nie zostały w szczególności przekazane następujące newralgiczne wiadomości:

- a) dokumentacja wykonawcza w zakresie obliczeń wytrzymałościowych elementów rurociągów,
- b) dokumentacje techniczne (3 sztuki) rurociągów technologicznych wody sieciowej, wykonane zgodnie z rozporządzeniem w sprawie wymagań dla urządzeń ciśnieniowych i zespołów urządzeń ciśnieniowych (Dz.U. 2016 poz. 1036),
- c) dokumentacja dla branży elektrycznej w zakresie opisu rozwiązań i rysunku dla oświetlenia awaryjnego,
- d) projekt techniczny wykonany zgodnie z rozporządzeniem w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (Dz.U. 2020 poz. 1609 i Dz. U. 2021 poz. 1169),
- e) dokumentacja obliczeń statycznych konstrukcji budowlanych,
- f) dokumentacja projektowa dla branży drogowej,
- g) dokumentacja projektowa w zakresie rozwiązań konstrukcyjnych ścian zewnętrznych elewacyjnych wykonanych z płytki klinkierowej w związku z opinią konserwatorską (dotyczy projektu budowlanego i projektów wykonawczych).

Należy też zwrócić uwagę, że Zamawiający uzupełnił znaczącą część dokumentacji przetargowej o część projektu wykonawczego (główną obszerną część SWZ) w dniu 18 października 2021 r. przy terminie składania ofert dnia 15 listopada 2021 r. Wszyscy oferenci mieli zatem 27 dni (wliczając weekendy) na rzetelną wycenę prac - poza INTROL-ENERGETYKA, z uwagi na fakt, iż wykonawcą dokumentacji była spółka z tej samej grupy kapitałowej, tj. Introl-Energomontaż - projektant zadania objętego postępowaniem, a zatem

posiadać kompletnej dokumentacji projektowej od początku jej powstania (kilka miesięcy dłużej w stosunku do wszystkich innych wykonawców).

Faktem bezspornym jest zatem, iż podmiot z grupy kapitałowej INTROL-ENERGETYKA, tj. Introl-Energomontaż, pozostawał bezpośrednio zaangażowany w przygotowanie postępowania. W szczególności w zakresie opracowania projektów techniczno-wykonawczych oraz projektu technologii kluczowych dla kalkulacji ofert przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach postępowania. INTROL-ENERGETYKA uzyskał wiedzę, która pozwoliła na uzyskanie w postępowaniu przewagi konkurencyjnej, a tym samym złożenie korzystniejszej oferty. W rzeczywistości Zamawiający nie udostępnił potencjalnym uczestnikom postępowania całości dokumentacji projektowej, a wykonawca INTROL-ENERGETYKA mógł pozostawać w posiadaniu dodatkowych informacji niedostępnych innym wykonawcom.

Wynika to również z pkt 3 pisma Zamawiającego z dnia 29 grudnia 2021 r. (dot. Pytania Nr 30 - wyjaśnień udzielonych do SWZ przez Zamawiającego w dniu 5 listopada 2021 r.). Po pierwsze treść wyjaśnień potwierdzała wprost, iż będąca w posiadaniu Zamawiającego kompletna dokumentacja zostanie przekazana wybranemu wykonawcy w terminie późniejszym, tj. prawdopodobnie dopiero na etapie zawierania umowy o realizację zamówienia publicznego. Po drugie zwolnienie z konieczności wykonania tzw. projektów zamiennych przez INTROL-ENERGETYKA stanowi samodzielną przesłankę zwiększającą konkurencyjność oferty tego wykonawcy poprzez brak konieczności uwzględnienia tego zakresu usług w jej wycenie oraz ryzykach terminowych realizacji całego zadania inwestycyjnego w ramach postępowania. Introl-Energomontaż, realizując prace projektowe na rzecz Zamawiającego, miał rzeczywistą możliwość przyjęcia rozwiązań technologicznych oraz wskazania parametrów dedykowanych urządzeń, których zastosowanie w żadnym wypadku nie wymagało następnie przez INTROL-ENERGETYKA modyfikacji dokumentacji projektowej przekazanej przez Zamawiającego w ramach wykonania zamówienia. (...)

Należy w tym miejscu zwrócić również uwagę, że w ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 15 września 2021 r. - II.2.4) Opis zamówienia, Zamawiający określił potrzebę przeprojektowania instalacji technologicznej: (...)

Jeżeli, co standardowo stosuje przy realizacjach dokumentacji projektowej, Introl-Energomontaż w ramach zawartej z Zamawiającym odrębnej umowy na wykonanie dokumentacji projektowej zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem wprowadziła te zmiany wykonania kompletnej dokumentacji projektowej, to INTROL-ENERGETYKA był na uprzywilejowanej pozycji, gdyż pozostali wykonawcy musieli przeprojektowanie uwzględnić w swoich kosztach wykonania zamówienia na budowę kotłowni, co zwiększało ceny ich ofert.

Tylko znajomość pełnej dokumentacji projektowej oraz kosztorysu inwestorskiego sprawia, iż wykonawca ma możliwość oszacowania wystąpienia potencjalnych ryzyk, jak również kosztów, jakie będą wiązały się z realizacją zamówienia, a tym samym należytej wyceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zaplanowanego przez Zamawiającego budżetu w tym zakresie.

Zdaniem Odwołującego do zniwelowania zakłócenia konkurencji w ramach działań

Zamawiającego nie doszło, co zresztą zauważył sam Zamawiający wszczynając wobec INTROL-ENERGETYKA procedurę określoną w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp (w sytuacji, gdyby działania Zamawiającego doprowadziły do zniwelowania zakłócenia konkurencji, bezprzedmiotowe byłoby zastosowanie art. 85 ust. 2 zd. drugie ustawy Pzp). (...)

Co więcej, Zamawiający sam wyraźnie wskazuje, iż nie udostępnił innym wykonawcom następujących dokumentów:

- a) Kosztorysu inwestorskiego,
- b) Decyzji środowiskowej wraz z KIP,
- c) Map geodezyjnych z istniejącym uzbrojeniem na działce elektrociepłowni - sieć ciepłownicza, gaz,
- d) Danych 15 minutowych dla największych mocy w okresie letnim elektrociepłowni,
- e) Projektu kanalizacji deszczowej (w tym mapy do celów projektowych na terenie EC Mikołaj,
- f) Informacji o warunkach geologicznych w rejonie elektrociepłowni z Wyższego Urzędu
- g) Górniczego/Polskiej Grupy Górniczej,

h) Harmonogramu uruchomienia oraz tabel regulacyjnych jednostek wytwórczych w EC Mikołaj,

i) Umowy z PWiK na odbiór ścieków z EC Mikołaj.

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że projekt budowlano-techniczny, uzgodnienia z konserwatorem zabytków, opinię geotechniczną oraz dokumentację archiwalną kotłowni udostępnił pozostałym wykonawcom dopiero dnia 18 października 2021 r. (znacznie później niż dysponował tymi dokumentami INTROL-ENERGETYKA).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie INTROL-ENERGETYKA złożył wyjaśnienia z dnia 6 grudnia 2021 r., w których potwierdził, iż ww. dokumenty zostały przekazane „przez Zamawiającego firmie Introl- Energomontaż Sp. z o.o. wyłącznie na potrzeby prawidłowego wykonania innego zadania o sygnaturze WEZCP/PNBN/1/2021 „Zadanie 3 - Kotłownia szczytowa EC Mikołaj - wykonanie dokumentacji projektowej” umowa z dn.08.03.21 r.”. INTROL-ENERGETYKA nie tylko nie obalił domniemania naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania spowodowanego swoim udziałem (poprzez Introl- Energomontaż) w przygotowaniu postępowania ze swojej strony, ale też potwierdził naruszenie owych zasad przez Zamawiającego. Trudno o bardziej jednoznaczne potwierdzenie naruszenia w postępowaniu zasad wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp i konieczności wykluczenia INTROL-ENERGETYKA z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp. (...)

Odnosząc się do fragmentu ww. wyjaśnień INTROL-ENERGETYKA z dnia 6 grudnia 2021 r. stanowiącego, że „w kosztorysach inwestorskich sporządzonych przez Introl- Energomontaż Sp. z o.o. zostały przedstawione jedynie ceny przykładowych producentów urządzeń i armatury (a nie konkretne rozwiązania), a to z uwagi na fakt, iż w projekcie kotłowni ujęto główne parametry tych materiałów”, należy wskazać przykładowo na wymagania względem kotłów. W „CZĘŚCI II SWZ - DOK.PROJEKTOWA_POZWOLENIE_STWIORB_Część2” udostępnionej przez Zamawiającego 18 października 2021 r. umieszczono wymagania dotyczące danych technicznych kotłów do zabudowy w nowej kotłowni gazowej. Cały załącznik stanowi skopiowaną bez jakichkolwiek zmian ofertę techniczną dostawcy kotła firmy LOOS wraz z wszystkimi urządzeniami i rozwiązaniami stosowanymi przez tego konkretnego dostawcę. Firmy będące dostawcami urządzeń wiedząc, że ich oferty techniczne będą umieszczone w dokumentacji wykonawczej przez Introl-Energomontaż jako wymóg spełnienia wymagań technicznych do przetargu są uprzywilejowane przez Introl-Energomontaż w stosunku do pozostałych dostawców urządzeń (w tym przypadku kotłów oraz kominów). Budzi to uzasadnione podejrzenia, że tak uprzywilejowani dostawcy mogą w ramach rewanżu przedstawić korzystniejsze warunki zakupu urządzeń na rzecz Introl-Energomontaż, czy w tym wypadku INTROL-ENERGETYKA.

W przypadku, gdyby za najkorzystniejszą była uznana oferta wykonawcy innego niż INTROL-ENERGETYKA, czas realizacji kontraktu na budowę kotłowni gazowej w praktyce uniemożliwił szukanie alternatywnych rozwiązań przy zastosowaniu kotłów innych dostawców z uwagi na konieczne zmiany projektowe, uzgodnienia z Zamawiającym oraz niezbędne pozwolenia. Jedynym możliwym do zrealizowania zakresem prac byłby sposób preferowany przez Introl-Energomontaż oraz przedstawiony przez niego w projekcie wykonawczym. Daje to INTROL-ENERGETYKA oczywistą przewagę przy sporządzaniu oferty w stosunku do pozostałych oferentów. (...)

INTROL-ENERGETYKA poprzez podmiot z grupy kapitałowej nie tylko dysponował przewagą informacyjną na temat przedmiotu zamówienia, ale wiele wskazuje na to, że również dokonywał w nim zmian. W dniu 30 września 2021 r. Zamawiający zamieścił na platformie rysunek 5.2. „MIK-RZUTY-IPRZEKROJE19 elewacje klinkier mieszany”, w którym zostały uwzględnione między innymi zmiany dotyczące elewacji budynku podyktowane wymogami konserwatora zabytków 5.1.Odpowiedź_konserwator_elewacja.

Zgodnie z pismem decyzja konserwatora została przekazana w dniu 17 czerwca 2021 r. i zostały w niej zawarte wymagania dotyczące między innymi wykonania elewacji kotłowni poprzez obłożenie płytką klinkierową. Nie ma w dokumencie informacji dotyczącej sposobu montażu, prawdopodobnie wykonawca projektu (Introl-Energomontaż) musiał zaplanować w uzgodnieniu z Zamawiającym (być może konserwatorem zabytków) sposób montażu, ale w przekazanej dokumentacji przez Zamawiającego w materiałach przetargowych nie było na ten temat wzmianki. Na etapie przetargu może to powodować, że Introl-Energomontaż (INTROL-ENERGETYKA) ma przewagę w postaci kompletnej wiedzy w zakresie projektu, natomiast pozostali wykonawcy muszą albo precyzyjnie zadawać Zamawiającemu ogromną ilość pytań do SWZ, albo czynić pewne założenia, co stawia ich w niekorzystnym położeniu w stosunku do wykonawcy projektu, według którego realizowana miała być budowa kotłowni gazowej.

Rysunek projektowy wykonany przez Introl-Energomontaż, który uwzględnia wymogi konserwatora zabytków zgodnie z datą na rysunku został wykonany w dniu 20 maja 2021 r. Istnieje tu sprzeczność w chronologii zdarzeń - uwzględnienie decyzji konserwatora zabytków z dnia 17 czerwca 2021 r. na rysunku z dnia 20 maja 2021 r. Dodatkowo praktycznie całość dokumentacji została wydana z datą - lipiec 2021 r. przy protokole przekazania kompletnej dokumentacji z datą 2 czerwca 2021 r.

Przekłamania w terminach realizacji dokumentacji projektowej, jak i jej odbiorze może budzić podejrzenie, iż jeszcze w trakcie trwania postępowania przetargowego wykonawca projektu (Introl-Energomontaż) wprowadzał zmiany w dokumentacji, do których pozostali oferenci nie mieli wglądu. Może również o tym świadczyć informacja Zamawiającego dotycząca przeprojektowania instalacji technologicznej kotłowni w publikacji o ogłoszeniu zamówienia.

Analiza wskazanej wyżej korespondencji i dokumentacji prowadzi do wniosku, iż procedura przewidziana w art. 85 ust. 2 została przez Zamawiającego zastosowana w sposób pozorny. Ponadto Zamawiający, na podstawie otrzymanych wyjaśnień, w sposób bezpodstawny przyjął, że udział INTROL-ENERGETYKA w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, mimo iż wykonawca ten nie wykazał zaistnienia sytuacji odwrotnej. (...)"

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy INTROL ENERGETYKA jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonania wykluczenia wykonawcy INTROL ENERGETYKA z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,
- 3) dokonania powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Pismem z dnia 02.02.2022 r. wykonawca INTROL ENERGETYKA sp. z o.o., ul. 16 Lipca 12, 40-506 Chorzów (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Zgodnie z informacją przekazaną Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 01.02.2022 r. przez zamawiającego, poinformował on wykonawców o wniesieniu odwołania w dniu 29.01.2022 r., co oznaczałoby, że 3-dniowy termin na zgłoszenie przystąpienia upływałby w dniu 01.02.2022 r., czyli dzień wcześniej niż nastąpiło zgłoszenie przystąpienia. W trakcie posiedzenia przystępujący i zamawiający wykazali jednak, że w dniu 29.01.2022 r. została jedynie wysłana wiadomość o wniesieniu odwołania, natomiast nie został do niej załączony załącznik w postaci samego odwołania.

Załącznik ten, na wniosek przystępującego, został mu wysłany dopiero w dniu 31.01.2022 r. Zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp 3-dniowy termin na zgłoszenie przystąpienia biegnie od dnia otrzymania kopii odwołania. Tym samym Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie należy liczyć termin na zgłoszenie przystąpienia nie od dnia 29.01.2022 r., ale od dnia 31.01.2022 r., kiedy to faktycznie przystępujący otrzymał kopię odwołania. Oznacza to, że termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął w dniu 03.02.2022 r. W konsekwencji Izba stwierdziła, że przystępujący zgłaszając przystąpienie w dniu 02.02.2022 r. nie uchybił terminowi wynikającemu z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp i dopuściła go do postępowania odwoławczego w charakterze jego uczestnika.

Pismem z dnia 06.02.2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego odrzucenie, a w przypadku stwierdzenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia - wniósł o oddalenie odwołania. Analogiczne wnioski postawił także przystępujący w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia. Pismem z dnia 09.02.2022 r. odwołujący ustosunkował się do wniosków o odrzucenie odwołania.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest całość prac budowlanych, uzyskanie niezbędnych decyzji administracyjnych, wszelkie wymagane demontaże, wyburzenia, przekładki, wywóz i zagospodarowanie odpadów, zabezpieczenia istniejących budynków, odtworzenia ścian i elewacji w miejscach po demontażach, wykuciaciach, wyburzeniach, prace budowlane,

zagospodarowanie terenu, rozruchy, optymalizacje, ruch próbny, pomiary sprawdzające, dopuszczenie do użytkowania i oddanie do eksploatacji gazowej Kotłowni szczytowej w EC Mikołaj wraz z serwisem gwarancyjnym.

Pismem z dnia 15.10.2021 r. odpowiadając na pytania wykonawców do swz, zamawiający poinformował m.in. o udostępnieniu od dnia 18.10.2021 r. określonych dokumentów, w tym projektu wykonawczego, oraz o przesunięciu terminu składania ofert na 15.11.2021 r.

Przystępujący złożył ofertę, do której dołączył zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby - Introl-Energomontaż sp. z o.o., a także oświadczenie JEDZ, w którym wskazał tę samą spółkę jako podwykonawcę, a 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?”, odpowiedział: NIE. Taka sama odpowiedź na ww. pytanie została wskazana w oświadczeniu JEDZ dotyczącym spółki Introl-Energomontaż.

Pismem z dnia 19.11.2021 r. zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zakreszenia odpowiedzi „NIE” w miejscu formularza odnoszącym się do kwestii zaangażowania w ramach przygotowania danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Pismem z dnia 24.11.2021 r. ww. wykonawca wskazał, że omyłkowo zaznaczył odpowiedź: NIE w oświadczeniach JEDZ i dołączył poprawione oświadczenia. Dodatkowo wykonawca wyjaśnił:

„Wyjaśniamy, iż w toku odrębnego postępowania pn: Zadanie nr 3 - Kotłownia szczytowa EC Mikołaj - wykonanie dokumentacji projektowej” prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zasadach transparentności i z zachowaniem zasad konkurencyjności, gdzie przedmiotem postępowania było sporządzenie dokumentacji projektowej i STWiORB wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę Podwykonawca złożył najkorzystniejszą ofertę i podpisał umowę z Inwestorem. Po zakończeniu zadania Spółka przekazała wszelkie informacje oraz całą zdobytą wiedzę, które pozyskała lub uzyskała w związku z realizacją zamówienia. Pomimo wykorzystania tych dokumentów jako składowe opisu przedmiotu zamówienia niniejszego postępowania w naszej ocenie Zamawiający zapewnił potencjalnym Wykonawcom równy do nich dostęp oraz odpowiednio długi czas na zapoznanie się z ich treścią oraz przygotowanie oferty: (...) Z uwagi na powyższe Spółka stoi na stanowisku, że wszystkie te działania oraz przekazanie wszelkich pozyskanych informacji wyeliminowało potencjalną możliwość uzyskania przez nią przewagi konkurencyjnej w niniejszym postępowaniu”.

W pkt 4 protokołu postępowania zamawiający wskazał jako środki mające na celu zapobieżeniu zakłócenia uczciwej konkurencji w przypadku, o którym mowa w art. 85 ust. 1 ustawy Pzp:

„Pytania do SWZ zadawał Wykonawca będący autorem dokumentacji budowlano-wykonawczej składającej się na SWZ / Wykonawca dokumentacji budowlano — wykonawczej. Wobec prawdopodobieństwa złożenia oferty przez podmiot zaangażowany w przygotowanie postępowania Zamawiający, w celu zagwarantowania warunków uczciwej konkurencji:

- udostępnił wszystkim wykonawcom komplet posiadanych informacji i dokumentów składających się na opis przedmiotu zamówienia,
- przedłużył termin składania ofert w celu umożliwienia wszystkim zainteresowanym wykonawcom zapoznania się z udostępnioną dodatkowo dokumentacją w celu przygotowania i złożenia oferty (ostatecznie termin składania ofert wynosił 66 dni, a ustawa mówi o co najmniej 35 dniach).

Zamawiający po przeprowadzeniu własnej analizy, wobec powziętych wątpliwości, czy podjęte przez niego środki są wystarczające dla uznania, że skutecznie wyeliminował ryzyko zakłócenia konkurencji związane z zaangażowaniem podwykonawcy w przygotowanie postępowania w dniu 01.12.2021 wezwał Wykonawcę INTROL ENERGETYKA sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 85 ust. 2 PZP”.

Pismem z dnia 01.12.2021 r. zamawiający, na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, skierował do przystępującego pismo o następującej treści:

„Introl-Energomontaż Sp. z o.o. będąca podwykonawcą Introl Energetyka Sp. z o.o., wykonała dokumentację projektową i uzyskała pozwolenie na budowę składające się na opis przedmiotu zamówienia. Obydwie firmy należą do tej samej grupy kapitałowej, a Wykonawca dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu powołuje się na zasoby Podwykonawcy. (...)

Zamawiający przekazał, pozostałym wykonawcom, w tym w odpowiedzi na pytania do SWZ, kompletną dokumentację projektową sporządzoną przez Introl-Energomontaż Sp. z o.o., pozwolenie na budowę oraz dokumenty zawierające pozostałe, istotne z punktu widzenia sporządzenia oferty, informacje (...).

W ramach umowy na wykonanie dokumentacji projektowej Introl-Energomontaż Sp. z o.o. sporządził również kosztorys inwestorski będący podstawą oszacowania wartości zamówienia, który nie został udostępniony przez Zamawiającego innym wykonawcom. Dodatkowo w ramach umowy na wykonanie dokumentacji projektowej Introl-Energomontaż Sp. z o.o. otrzymał od Zamawiającego poniższe dokumenty i informacje, które nie zostały udostępnione innym wykonawcom:

- 1) Decyzja środowiskowa wraz z KIP.
- 2) Mapy geodezyjne z istniejącym uzbrojeniem na działce elektrociepłowni — sieć ciepłownicza, gaz.
- 3) Dane 15 minutowe dla największych mocy w okresie letnim elektrociepłowni.
- 4) Projekt kanalizacji deszczowej (w tym mapa do celów projektowych) na terenie EC Mikołaj
- 5) Informacje o warunkach geologicznych w rejonie elektrociepłowni z Wyższego Urzędu Górniczego/Polskiej Grupy Górniczej.
- 6) Harmonogram uruchamiania oraz tabele regulacyjne jednostek wytwórczych w EC Mikołaj.
- 7) Umowa z PWiK na odbiór ścieków z EC Mikołaj.

Wobec prawdopodobieństwa złożenia oferty przez wykonawcę zaangażowanego przygotowanie postępowania (Zamawiający powziął takie przypuszczenie wobec pytań do SWZ zadawanych 14.10.2021r. przez Introl Energomontaż Sp. z o.o.) Zamawiający:

- udostępnił w dniu 18.10.2021r. wszystkim wykonawcom Projekt budowlano-techniczny, Uzgodnienia z konserwatorem zabytków, opinię geotechniczną oraz dokumentację archiwalne kotłowni,
- w celu zapewnienia wszystkim wykonawcom wystarczająco długiego czasu na przygotowanie i złożenie ofert, przedłużył termin składania ofert do 15.11.2021r. (...). Ostatecznie termin składania ofert wynosił 61 dni, wobec rekomendowanego dla zamawiających sektorowych terminu wynoszącego co najmniej o 35 dni).

W stanie faktycznym opisanym powyżej Zamawiający powziął wątpliwość, czy podjęte przez niego środki w zakresie upublicznienia dokumentów i informacji oraz wydłużenia terminu ofert są wystarczające dla uznania, że skutecznie wyeliminował ryzyko zakłócenia konkurencji związane z zaangażowaniem Wykonawcy w przygotowanie postępowania. Wobec powyższego Zamawiający wzywa Wykonawcę do udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji”.

Pismem z dnia 06.12.2021 r. wykonawca Introl Energetyka sp. z o.o., udzielił odpowiedzi, w której wskazał m.in.:

„Dokumenty, które Zamawiający wymienia w piśmie 0079/12/2021/NPL/WS, które to nie zostały udostępnione innym wykonawcom (...) były przekazane przez Zamawiającego firmie Introl-Energomontaż Sp. z o.o. wyłącznie na potrzeby prawidłowego wykonania innego zadania o sygnaturze WEZCP/PNBN/1/2021 „Zadanie 3 - Kotłownia szczytowa EC Mikołaj - wykonanie dokumentacji projektowej” umowa z dn.08.03.21r.

Wszelkie konkluzje z wymienionych wyżej materiałów znalazły rzetelne odzwierciedlenie

w dokumentacji projektowej wszystkich branż i nie są konieczne przy realizacji zadania 4 - budowa. Również kosztorys inwestorski, który nie został zamieszczony w materiałach przetargowych przedmiotowego postępowania na budowę kotłowni szczytowej, został sporządzony w oparciu o ogólnodostępne katalogi KNR i wskaźniki aktualne w II/III kwartale 2021r. i był jedynie podstawą do oszacowania wartości zadania przez Zamawiającego. Podkreślić należy, iż w celu umożliwienia konkurencyjności wszystkich potencjalnych wykonawców zadania nr 4, w kosztorysach inwestorskich sporządzonych przez Introl-Energomontaż Sp. z o.o. zostały przedstawione jedynie ceny przykładowych producentów urządzeń i armatury (a nie konkretne rozwiązania), a to z uwagi na fakt, iż w projekcie kotłowni ujęto główne parametry tych materiałów.

Każdy z potencjalnych Wykonawców miał więc pełną możliwość, a wręcz konieczność, wykonania własnej, aktualnej na czas składania oferty w postępowaniu WEZCP/PNBN/109/2021, wyceny/kalkulacji dostaw i prac, tym bardziej mając na uwadze dynamiczne zmiany cen na rynku materiałów i usług. Ponadto Zamawiający, zamieszczając każdorazowo odpowiedzi na pytania Wykonawców, wydłużył termin składania ofert aż do 61 dni, co przy powyższych wyjaśnieniach uważamy za wystarczające do stwierdzenia, że zaangażowanie firmy Introl-Energomontaż Sp. z o.o. z Chorzowa wynikające z realizacji innego zadania dla Węglukoks Energia ZCP sp. z o.o. nie wpływa na zakłócanie konkurencji przy postępowaniu Zadanie 4: „Kotłownia szczytowa EC Mikołaj-budowa”.

Pismem z dnia 23.12.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty odwołującego oraz o odrzuceniu oferty przystępującego z powodu błędu w obliczeniu ceny. Odwołanie na czynność odrzucenia oferty wniesione zostało przez zamawiającego uwzględnione, a następnie cofnięte przez przystępującego (występującego w tamtym postępowaniu w roli odwołującego), co stało się podstawą umorzenia postępowania odwoławczego (postanowienie z dnia 07.01.2022 r. o sygn. akt KIO 3783/21).

Pismem z dnia 31.12.2021 r. zamawiający poinformował, że unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i czynność odrzucenia oferty przystępującego oraz dokonuje ponownego badania i oceny ofert w niniejszym postępowaniu, a po zakończeniu czynności ponownej oceny i dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty niezwłocznie przekaze informacje odrębnym pismem.

Pismem z dnia 21.01.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. W szczególności Izba stwierdziła, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, o co wnioskowali zamawiający i przystępujący.

Po pierwsze, należy zwrócić uwagę, że zarzuty odwołania dotyczą zaniechania przez zamawiającego wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W dniu 23.12.2021 r., który zarówno zamawiający, jak i przystępujący wskazują jako początek biegu terminu na wniesienie odwołania, zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp oraz o wyborze oferty odwołującego. Tym samym podjęta w ww. dniu czynność zamawiającego była dla odwołującego korzystna. Wniesienie zatem odwołania w terminie liczonym od ww. dnia stawiałoby pod znakiem zapytania interes odwołującego, a ponadto stanowiłoby działania podejmowane „na wszelki wypadek”, tj. na wypadek zmiany decyzji zamawiającego w przyszłości. Izba stoi na stanowisku, że wykladnia art. 515 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy

Pzp nie może prowadzić do sytuacji, w której wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, musi na wszelki wypadek wnieść odwołanie na czynność zaniechania odrzucenia oferty swojego konkurenta tylko po to, by nie ryzykować, że w razie zmiany decyzji zamawiającego, jego późniejsze odwołanie zostanie uznane za spóźnione. Środki ochrony prawnej służą ochronie interesów wykonawców uczestniczących w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych i powinny być wykorzystywane wtedy, gdy w ocenie danego wykonawcy rzeczywiście doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp i naruszenia jego praw. Wykonawca nie powinien być natomiast zmuszany do korzystania z ww. środków w sytuacji, gdy jego pozycja w postępowaniu jest dla niego obiektywnie korzystna, a jedynie zakładając możliwość zmian, jakie mogą nastąpić w postępowaniu, wnosi on odwołanie na czynności bądź zaniechania dotyczące jego konkurentów (ponosząc przy tym także koszty finansowe), mimo że w tym konkretnym momencie postępowania nie ma to wpływu na jego pozycję w postępowaniu. Dokonywanie zatem wykładni art. 515 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp w sposób wymuszający na wykonawcach, których oferty zostały wybrane jako najkorzystniejsze, wnoszenie odwołań „na wszelki wypadek”, jest w ocenie Izby, sprzeczne z celem, dla którego ustawodawca przewidział opisane w ustawie Pzp środki ochrony prawnej. Dlatego też w niniejszej sprawie Izba uznała, że odwołujący nie miał interesu we wniesieniu odwołania w terminie liczonym od dnia 23.12.2021 r., gdyż w tym dniu jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zaś oferta przystępującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Tym samym nie można przyjąć, że termin na wniesienie odwołania w sprawie zaniechania wykluczenia przystępującego w oparciu o art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp biegł odwołującemu od dnia 23.12.2021 r.

Po drugie, nie można uznać, że odwołujący mógł wnieść odwołanie na czynność zaniechania wykluczenia przystępującego w oparciu o art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w terminie liczonym od dnia 29.12.2021 r. lub od dnia 31.12.2021 r. W terminach tych zamawiający:

- poinformował odwołującego o swoich czynnościach polegających na wzywaniu przystępującego do składania wyjaśnień w związku z jego zaangażowaniem w przygotowanie postępowania oraz o tym, jak należy rozumieć odpowiedź na pytanie nr 30 do swz (29.12.2021 r.),
- poinformował o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o dokonaniu ponownego badania i oceny ofert, przy czym dodał, że: „Po zakończeniu czynności ponownej oceny i dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający niezwłocznie przekaze informacje odrębnym pismem” (31.12.2021 r.).

Żadne z ww. pism nie zawierało zatem informacji wskazującej, czy zamawiający wykluczył, czy nie wykluczył przystępującego z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W konsekwencji, treść tych pism nie dawała podstaw do wniesienia odwołania w tym zakresie. Dlatego też nie można przyjąć, że termin na wniesienie odwołania w sprawie zaniechania wykluczenia przystępującego w oparciu o art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp biegł odwołującemu od dnia 29.12.2021 r. lub od dnia 31.12.2021 r.

Po trzecie, Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego wskazanego w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym wartość zamówienia udzielanego w ramach niniejszego postępowania jest niższa od tzw. progów unijnych, co oznacza, że znajdują do niego zastosowanie przepisy ustawy Pzp przewidujące 5-dniowy termin na wniesienie odwołania. Przede wszystkim należy zauważyć, że sam zamawiający w piśmie z dnia 01.02.2022 r. skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, informując o wartości szacunkowej zamówienia wyjaśnił, że: „Zważywszy zawarte w PZP definicje robót budowlanych i obiektu budowlanego, uwzględniając podejście funkcjonalne do robót budowlanych, Zamawiający uznał, że roboty budowlane objęte projektem „Dostosowanie istniejących kotłowni w EC „Mikołaj” do wymagań prawnych - Dyrektywy IED i Konkluzji BAT” składają się na jedno zamierzenie budowlane wyznaczone wspólną funkcją gospodarczą i techniczną, jaką ta inwestycja budowlana ma pełnić. W konsekwencji, zważywszy wynikający z PZP obowiązek sumowania wartości robót budowlanych stanowiących jedno zamierzenie inwestycyjne, zamówienie polegające na budowie kotłowni szczytowej w EC Mikołaj zostało oszacowane łącznie z pozostałymi robotami budowlanymi w projekcie „Dostosowanie istniejących kotłowni w EC „Mikołaj” do wymagań prawnych - Dyrektywy IED i Konkluzji BAT”. Wartość robót budowlanych w projekcie przekraczała próg sektorowy dla robót budowlanych - 5.350.000,00 euro, 22.840.755,00 zł”. W efekcie zastosowania ww. zasad szacowania wartości zamówienia, wynikających z przepisów ustawy Pzp, zamawiający stwierdził zatem, że wartość szacunkowa zamówienia przekracza tzw. progi unijne i opublikował także ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W świetle powyższego nie ma podstaw do przyjęcia, że wartość szacunkowa niniejszego zamówienia jest niższa od tzw. progów unijnych, a brak konsekwencji zamawiającego w przedstawianiu informacji w tym zakresie, w tym zmianę stanowiska zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z dnia 06.02.2022 r., Izba uznaje za strategię procesową, podjętą w celu doprowadzenia do odrzucenia odwołania jako wniesionego z uchybieniem terminu.

Wobec powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Przechodząc do analizy zarzutów zawartych w odwołaniu, należy przytoczyć właściwe przepisy.

Zgodnie z art. 85 ustawy Pzp:

1. Jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.
2. Wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:

- 6) jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Ww. przepisy stanowią implementację do polskiego porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. f) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zgodnie z którym instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji: jeżeli zakłócenie konkurencji wynikające z wcześniejszego udziału wykonawców w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 41, nie może zostać wyeliminowane za pomocą mniej inwazyjnych środków. Zgodnie zaś z art. 41 ww. dyrektywy: jeżeli kandydat, oferent lub przedsiębiorstwo powiązane z kandydatem lub oferentem doradzają instytucji zamawiającej - niezależnie od tego, czy odbywa się to w kontekście art. 40, czy nie - lub w inny sposób są zaangażowane w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, instytucja zamawiająca podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział danego kandydata lub oferenta nie zakłóca konkurencji. Wspomniane środki obejmują przekazywanie pozostałym kandydatom lub oferentom istotnych informacji wymienianych w ramach lub w wyniku zaangażowania kandydata lub oferenta w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia oraz wyznaczanie odpowiednich terminów składania ofert. Danego kandydata lub oferenta wyklucza się z udziału w postępowaniu wyłącznie w przypadku, gdy nie ma innego sposobu zapewnienia zgodności z obowiązkiem przestrzegania zasady równego traktowania. Przed każdym takim wykluczeniem kandydaci lub oferenci muszą mieć możliwość udowodnienia, że ich zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie jest w stanie zakłócić konkurencji. Podjęte środki dokumentuje się w indywidualnym sprawozdaniu wymagającym zgodnie z art. 84.

Z powyższego wynika, że w sytuacji uczestniczenia w postępowaniu wykonawcy zaangażowanego wcześniej w przygotowanie postępowania, zamawiający ma obowiązek podjąć działania w celu zagwarantowania braku zakłócenia konkurencji. Przy czym zarówno w przepisach ustawy Pzp, jak i ww. dyrektywy, jako właściwe dla osiągnięcia tego celu wymienia się w szczególności: przekazywanie pozostałym wykonawcom istotnych informacji znanych już wykonawcy zaangażowanemu w przygotowanie postępowania oraz wyznaczenie odpowiedniego terminu składania ofert.

W przedmiotowej sprawie dwie okoliczności, zdaniem Izby, przesądzą o tym, że zamawiający nie zagwarantował braku zakłócenia konkurencji i że na obecnym etapie zaistniałe zakłócenie konkurencji nie może zostać wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie przystępującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przede wszystkim zamawiający, co jest faktem niespornym, dopiero w dniu 18.10.2021 r. udostępnił wykonawcom projekt wykonawczy inwestycji. Jednocześnie zamawiający przedłużył termin składania ofert do 15.11.2021 r., co oznacza, że wykonawcy dysponowali tym dokumentem przez okres 28 dni, podczas gdy standardowy termin składania ofert, w myśl art. 138 ust. 1 ustawy Pzp, wynosi 35 dni. Jedynym wykonawcą, który miał od początku dostęp do projektu wykonawczego, była spółka Introl Energomontaż, wchodząca w skład grupy kapitałowej przystępującego.

Należy w tym miejscu zauważyć, że wprawdzie ustawodawca nie wprowadził w art. 85 ust. 1 ustawy Pzp wymogu zapewnienia wykonawcom 35-dniowego terminu składania ofert w przypadku udostępnienia nowych dokumentów, a jedynie posłużył się sformułowaniem „odpowiedni”, co musi być każdorazowo oceniane w danym stanie faktycznym, ale też w kontekście celu, jakim jest zapobieżenie zakłóceniu konkurencji. Warto zwrócić uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu początkowy brak dostępu do projektu wykonawczego powodował, że wykonawcy zmuszeni byli dokonywać określonych założeń co do wyceny swojej oferty, zaś po jego udostępnieniu i zapoznaniu się z nim musieli z kolejno poprzednio dokonywane założenia odrzucić i podjąć na nowo rozmowy i negocjacje z dostawcami, czy podwykonawcami w celu skalkulowania ceny oferty. W efekcie udostępnienie projektu wykonawczego na 28 dni przed terminem składania ofert spowodowało konieczność dokonywania wyceny od nowa, w krótszym czasie, niż wynikający z art. 138 ust. 1 ustawy Pzp okres 35 dni. O ile zatem okres 28 dni mógłby być wystarczający na uzupełnienie przygotowywanej oferty o określone elementy, o tyle nie był w pełni wystarczający do dokonania wyceny tej oferty w istocie od nowa pod dużą presją czasu. Tym samym ww. spółka wchodząca w skład grupy kapitałowej przystępującego dysponowała projektem wykonawczym od początku, podczas gdy pozostali wykonawcy nie mieli do niego dostępu nawet przez standardowy okres 35 dni. Bez względu na niezamierzone przez zamawiającego okoliczności, które doprowadziły do opóźnionego przekazania wykonawcom projektu wykonawczego, właściwe byłoby zatem w przedmiotowej sprawie przynajmniej zapewnienie wykonawcom pełnego podstawowego czasu, jaki został przewidziany w ustawie Pzp na zapoznanie się z tym dokumentem i przygotowanie ofert z uwzględnieniem jego treści.

Ponadto zamawiający, co też jest faktem niespornym, nie udostępnił wykonawcom kosztorysu inwestorskiego. Izba nie podzieliła przy tym stanowiska zamawiającego, jakoby z uwagi na wzrost cen, dokument ten był nieprzydatny. Nawet jeśli częściowo jego treść się zdezaktualizowała ze względu na zmiany rynkowe, to z pewnością ułatwiłby on wykonawcom ustalenie, jaki poziom cen jest przewidywany w postępowaniu, a w konsekwencji - ustalenie, jakie działania mogą podjąć w celu zoptymalizowania własnej wyceny z uwzględnieniem realiów rynkowych. W przeciwieństwie do innych wykonawców, spółka Introl Energomontaż, wchodząca w skład grupy kapitałowej przystępującego, dysponowała kosztorysem inwestorskim, co świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców. Na powyższe nie ma wpływu fakt, że wszyscy wykonawcy złożyli ostatecznie oferty z cenami przekraczającymi zarówno wartość szacunkową zamówienia, jak i kwotę przewidzianą na jego sfinansowanie. Należy bowiem zauważyć, że cena oferty przystępującego była jednak najniższa, co mogło być wynikiem m.in. tego, że miał on dostęp do kosztorysu inwestorskiego.

Reasumując, opóźnione udostępnienie wykonawcom projektu wykonawczego i wyznaczenie w związku z tym zbyt krótkiego czasu na uwzględnienie jego treści w ramach przygotowania ofert oraz całkowity brak udostępnienia kosztorysu inwestorskiego, powodują w ocenie Izby, że w niniejszym postępowaniu doszło do zakłócenia konkurencji, którego na obecnym etapie postępowania nie można usunąć w sposób inny niż przez wykluczenie przystępującego z postępowania. Przystępujący jest bowiem jedynym wykonawcą w postępowaniu, który z uwagi na udział spółki wchodzącej w skład jego grupy kapitałowej w przygotowaniu postępowania, miał dostęp do ww. dokumentów, w tym także w znacznie dłuższym niż inni czasie. Dlatego Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu m.in. wykluczenie przystępującego na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp.

Izba postanowiła zatem jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron i przystępującego przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący

KIO 241/22

20