

Sygn. akt: KIO 3119/24

WYROK

Warszawa, dnia 11 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 sierpnia 2024 r. przez Odwołującego – Wykonawcę HFM Group M. H. Spółka jawna, ul. Leszczyńska 50, 60-113 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Komenda Wojewódzka Policji w Poznaniu, ul. Kochanowskiego 2A, 60-844 Poznań

przy udziale przystępującego po stronie Zamawiającego – Wykonawcy M. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą OBUM M. B., ul. 27 grudnia 14, 62-065 Grodzisk

Wielkopolski

orzeka:

- 1 Oddala odwołanie.
- 2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – Wykonawcę HFM Group M. H. Sp. j. i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego;
  - 2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika strony.

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

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3119/24

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Komendę Wojewódzką Policji w Poznaniu, w trybie podstawowym bez negocjacji na modernizację budynku Komisariatu Policji Poznań-Jeżyce – etap III (nr postępowania: ZPP.2380.45.2024), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24.07.2024 r., 2024/BZP 00428902/01, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty wybranej, wniesione zostało w dniu 27.08.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy HFM Group M. H. Sp. j. z/s w Poznaniu (sygn. akt KIO 3119/24).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 85 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy OBUD M. B., ul. 27 Grudnia 14, 62-065 Grodzisk Wilk., (dalej także jako "wykonawca OBUD"), pomimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu, gdyż w wyniku realizacji zawartej z zamawiającym umowy na Modernizację budynku Komisariatu Policji Poznań- Jeżyce - Etap II będącej konsekwencją udzielenia wykonawcy OBUD zamówienia opublikowanego na platformie zakupowej pod adresem: sporządził następującą dokumentację, która została wykorzystana w tym postępowaniu: Projekt wykonawczy, Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, Przedmiary robót, Kosztorysy inwestorskie (dalej łącznie jako: "dokumentacja projektowa") tj. dokumentację, która w sposób znaczący wpływa na realizację zamówienia, a jej opracowanie miało bezpośredni wpływ na przygotowanie postępowania i złożoną przez wykonawcę OBUD ofertę, a nie zostało udowodnione, że jego udział w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, a dodatkowo całość dokumentacji nie została udostępniona wszystkim potencjalnym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie unieważnienia czynności oceny ofert, nakazanie odrzucenia/wykluczenia z postępowania Wykonawcy OBUD M. B. i dokonania ponownej oceny ofert.

Zamawiający poinformował o czynności wyboru oferty wykonawcy OBUD M. B. w dniu 22.08.2024 r.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał na zakres prac realizowanych przez OBUD M. B. w ramach zamówienia publicznego dotyczącego etapu II, obejmującego m.in. opracowanie dokumentacji projektowej dla zakresu robót wskazanych w PFU jako etap III, w

tym ekspertyzy p-pożarowej, projektów budowlanych i technicznych, przedmiarów, kosztorysów inwestorskich, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, a także dokonanie niezbędnych zgłoszeń oraz uzyskanie pozwoleń wymaganych w procesie budowlanym. Wykonawca zobowiązany był do wykonania prac przedprojektowych takich jak weryfikacja istniejącej inwentaryzacji budowlanej do celów projektowych. Ponadto, z załączonej dokumentacji i znajdujących się w niej rysunków wynika, że etap II w zakresie parteru, piętra i piwnicy zawierał elementy, które częściowo były realizowane w etapie II, a częściowo w etapie III.

Powyższe wskazywać ma na przewagę tego wykonawcy w obecnym postępowaniu w zakresie sposobu realizacji zamówienia, która zakłócić miała konkurencję w sposób niemożliwy do wyeliminowania.

Wybrany wykonawca nie udowodnił, że w związku z wykorzystaniem opracowania jego autorstwa, jako elementu opisu przedmiotu zamówienia przy przeprowadzeniu postępowania dla etapu III, nie doszło do zakłócenia konkurencji. W związku z dokonanymi zmianami projektowymi przez pracownię projektową M. P. (opublikowane 31.07.2024 r.), Zamawiający nie dokonał zmiany terminu składania ofert, a wykonawca OBUD powziął wcześniej informację o tym jakie zmiany zostały wprowadzone i miał dłuższy czas na ich uwzględnienie przy wyliczeniu ceny oferty. Wykonawca jako autor dokumentacji projektowej dla etapu III, występujący z umocowania Zamawiającego kontaktował się z poszczególnymi gestorami sieci, organami, samorządami, zarządcami, w celu pozyskania informacji niezbędnych do uzyskania wymagań w zakresie projektowania i w ten sposób miał wiedzę, nie ujawnioną w dokumentacji projektowej oraz wydanych przez gestorów czy organy decyzjach bądź uzgodnieniach, chociażby o możliwości zastosowania rozwiązań zamiennych lub sposobów pominięcia niektórych wymogów.

Do postępowania odwoławczego przystąpił w terminie Wykonawca - OBUD M. B. .

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie (pismo z 6.09.2024 r.).

#### Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, a także stanowiska stron prezentowane w pismach oraz ustnie na rozprawie.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w dniu 24.07.2024 r.

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiot został wydzielony z etapu III i ograniczony do prac stanowiących etap IIIA. Okolicznością niesporną jest, iż wykonawca OBUD M. B. w ramach umowy zawartej z Zamawiającym w 2023 r. na realizację etapu II prac, zobowiązany był sporządzić dokumentację projektową dla zakresu, który Zamawiający opisał jako etap III. Prace te zostały zlecone przez OBUD M. B. w ramach podwykonawstwa podmiotowi trzeciemu, tj. Pracowni Projektowej FORMA-T M. P., który jest autorem dokumentacji projektowej, na podstawie, której uzyskane zostaną decyzje o pozwoleniu na budowę w zakresie objętym etapem III. Zakres rzeczowy prac wyłączonych do etapu IIIA (nazwanego modernizacja budynku KP) nie wymaga decyzji o pozwoleniu na budowę. Na dzień ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dokumentacja projektowa dla etapu III nie została przez Zamawiającego odebrana. W dniu 27.08.2024 r. Zamawiający podpisał z OBUD M. B. aneks nr 7 do umowy z dnia 30.11.2023 r., przedłużający termin na opracowanie dokumentacji projektowej oraz uzyskanie prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę – do 290 dni od daty zawarcia Umowy.

Zamawiający 10.06.2024 r. zlecił Pracowni Projektowej FORMA-T M. P. wyodrębnienie z branży architektonicznej modernizacji pomieszczeń Komisariatu Policji Poznań – Jeżyce – etap III, zakresu robót określonych przez Zamawiającego jako etap III A obejmujących 12 pomieszczeń w piwnicach i 1 pomieszczenie na parterze budynku (zlecenie nr 132/IR/2024/P).

Zamawiający na podstawie własnych kosztorysów oszacował wartość zamówienia na kwotę netto 1.162.277,38 zł (250.647,47 euro). Na sfinansowanie zamówienia Zamawiający przewidział kwotę 1.361.589,13 zł brutto. Kosztorysy inwestorskie Zamawiającego wskazują wartość kosztorysową robót: 791.435,88 zł netto/973.466,13 zł brutto (stawka roboczogodziny 33,10 zł) i 55.294,35 zł netto/68.012,05 zł brutto (stawka roboczogodziny 35,30 zł).

Zamawiający jako obowiązkową wskazał wizję lokalną dla wszystkich wykonawców wyznaczając dwa terminy, tj. 31.07.2024 r. oraz 02.08.2024 r.

W dniu 31.07.2024 r. Zamawiający opublikował zmiany w swz, obejmujące, m.in. opis wyposażenia zawartego w pkt 5 w opisie technicznym oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót dla branży ogólnobudowlanej, rzut piwnicy, uzupełnienie dokumentacji wykonawczej o zestawienie stolarki.

W dniu 07.08.2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców.

W terminie do 9.08.2024 r. złożone zostały trzy oferty z cenami: 1.409.366,71 zł (FO „IZO-BUD” P. K.), 1.297.119,55 zł (OBUD M. B.), 1.321.878,77 zł (HFM Group M. H. Sp. j.).

Zamawiający w dniu 22.08.2024 r. poinformował o wynikach oceny ofert i ofercie najkorzystniejszej – OBUD M. B. .

W protokole postępowania Zamawiający, pkt 4 wskazał środki podjęte w celu zapobieżenia zakłócenia uczciwej konkurencji w przypadku, o którym mowa w art. 85 ust. 1 ustawy:

- 1) Jest to kolejny etap (trzeci) modernizacji budynku Komisariatu Policji Poznań-Jeżyce. Dokumentację dla obecnego etapu wykonał podmiot (wykonawca), który realizował zamówienie w ramach Etapu II.
- 2) Wszystkie informacje, które nabył podmiot, który opracował dokumentację projektową, zostały udostępnione w dokumentacji postępowania i mogą zostać wykorzystane na równych zasadach przez wszystkich zainteresowanych uczestnictwem w postępowaniu.
- 3) Zamawiający wydłużył termin składania ofert o 2 dni - z 14 wymaganych ustawa dni od 16 dni.
- 4) Zamawiający wymaga od wszystkich zainteresowanych wykonawców przeprowadzenia wizji lokalnej terenu robót, wyznaczając 2 dni na jej przeprowadzenie. W trakcie wizji wykonawca ma możliwość zapoznania się z zakresem rzeczowym robót i uwarunkowaniami ich realizacji.
- 5) Zamawiający zakres rzeczowy określony w dokumentacji projektowej na modernizację budynku Komisariatu Policji Poznań-Jeżyce opracowanej w trakcie Etapu II, samodzielnie, bez udziału osób trzecich, podzielił na kolejne etapy - wyodrębnił do oddzielnych postępowań. Zakres wyodrębniony dla Etapu IIIA został jednocześnie udostępniony potencjalnym wykonawcom w dniu publikacji postępowania.
- 6) Zamawiający będzie ogłaszał kolejne (min. 2) postępowania o zamówienia publiczne na kolejne etapy modernizacji Komisariatu Policji Poznań-Jeżyce – w oparciu o tę samą dokumentację projektową, a zakres dla każdego następnego postępowania, tak samo jak dla Etapu IIIA, będzie określał samodzielnie, bez udziału osób trzecich.

Odwołujący na rozprawie przedłożył fotokopie kosztorysów inwestorskich opatrzonych pieczęcią Pracowni Projektowej FORMA-T M. P., których źródło nie zostało pełnomocnikowi Odwołującego wyjaśnione. Z opisów kosztorysów wynika, iż dotyczą one etapu III ze wskazaniem również na opcję i odręcznymi dopiskami IIIA. Nie są to jednak dokumenty, stanowiące podstawę szacowania wartości zamówienia i różnią się kwotami od tych wskazanych w kosztorysach załączonych przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie. Pełnomocnik Odwołującego wyjaśnił, iż kosztorysy te miały mieć odniesienie do kosztów prac przyjętych na etapie opracowania dokumentacji dla etapu III w ramach zlecenia od wykonawcy OBUD M. B..

Izba nie przeprowadziła dowodu z przesłuchania świadka – M. P., gdyż okoliczność, którą dowód ten miał wykazać nie była sporna pomiędzy stronami. Fakt sporządzenia kosztorysów inwestorskich dla etapu III, które miały zostać przekazane wykonawcy OBUD M. B., nie był kwestionowany. W ocenie składu okoliczność ta nie ma istotnego znaczenia w świetle ustalenia, iż obecne zamówienie obejmuje wyłącznie fragment prac z etapu III, które Zamawiający włączył do etapu IIIA.

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Przedmiotem zarzutów jest ocena czynności Zamawiającego związanych z udziałem w postępowaniu wykonawcy, którego ofertę Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą, a który miał przygotować dokumentację projektową dla przedmiotu zamówienia objętego obecnym postępowaniem przetargowym. Jego udział w postępowaniu miał w ocenie Odwołującego zakłócać uczciwą konkurencję, z uwagi na jego uprzywilejowanie i brak przekazania całości dokumentacji pozostałym wykonawcom ubiegającym się o zamówienie. Odwołujący wskazywał w tym zakresie na kosztorys inwestorski, który stanowiąc ma element dokumentacji opracowanej w ramach zamówienia realizowanego na podstawie umowy zawartej z wykonawcą OBUD M. B., dla zamówienia objętego etapem III, jak również na brak podjęcia przez Zamawiającego środków w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji. Uzasadnienie zarzutów zasadniczo wynika z tezy, iż OBUD M. B. miał mieć szerszą wiedzę o zakresie prac, niż pozostali uczestnicy z racji opracowania dokumentacji projektowej dla etapu III, w tym prowadzonych uzgodnień stanowiących element zobowiązania wynikającego z zobowiązania umownego. Ponadto, Odwołujący formułował tezę, iż zmiana swz wprowadzona przez Zamawiającego obejmująca opis przedmiotu zamówienia, miała być dokonana w uzgodnieniu z tym wykonawcą, co pozwoliło temu podmiotowi na powzięcie wcześniej informację o zakresie wprowadzonych zmian, dając dłuższy czas na ich uwzględnienie przy wyliczeniu ceny oferty.

Izba oddalając zarzuty uwzględniła okoliczności niesporne w sprawie, a dotyczące zlecenia opracowania dokumentacji projektowej dla etapu III podmiotowi trzeciemu – Pracowni Projektowej FORMA-T M. P., jak również jego zaangażowania w formule zlecenia od Zamawiającego do wydzielenia prac do etapu III A stanowiącego przedmiot obecnie prowadzonego postępowania przetargowego. Ponadto, znaczenie dla rozstrzygnięcia w sprawie miało ustalenie, iż dokumentacja projektowa dla etapu III nie została opracowana i odebrana przez Zamawiającego w momencie ogłoszenia o zamówieniu, a zakres prac został przez Zamawiającego ograniczony w stosunku do zakresu objętego dokumentacją projektową, w tym kosztorysem inwestorskim, stanowiącym jej element.

W ocenie składu orzekającego, podstawa zarzutów formułowanych w odwołaniu oparta została na tezach, które nie mają oparcia w okolicznościach faktycznych. Dotyczy to zarówno stwierdzenia, iż OBUD M. B. opracował dokumentację projektową dla zamówienia objętego obecną procedurą, jak również jego zaangażowania w ustalenie zakresu prac i ich wartości kosztorysowej.

Przede wszystkim należy w tym zakresie podkreślić, iż w momencie ogłoszenia o zamówieniu dokumentacja projektowa dla etapu III nie została wykonana i przedstawiona do odbioru Zamawiającemu. Potwierdza to aneks nr 7 do umowy zawartej z OBUD w dniu 30.11.2023 r., podpisany 27.08.2024 r., wydłużający termin na opracowanie dokumentacji projektowej oraz uzyskanie prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę – do 290 dni od daty zawarcia Umowy (tj. do 15.09.2024 r.). Ogłoszenie o obecnym zamówieniu opublikowane zostało 24.07.2024 r., co potwierdza stanowisko Zamawiającego o występujących brakach w dokumentacji dla etapu IIIA, co zostało przez Zamawiającego uzupełnione w trybie zmiany opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym nawet jeżeli podstawą opisu przedmiotu zamówienia jest niezatwierdzona dokumentacja projektowa opracowana przez OBUD M. B. dla całego etapu III, to formułując tezę, iż wykonawca ten miał mieć uprzywilejowaną pozycję, na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania, iż taka sytuacja wystąpiła, z uwzględnieniem zaistniałej potrzeby zmian w treści swz, dokonanej przez Zamawiającego, jak również że informacja o tych zmianach była znana OBUD M. B. wcześniej, niż zostało to udostępnione wykonawcom w postępowaniu przetargowym. W okolicznościach niniejszej sprawy nie było wystarczającym samo wykazanie, iż OBUD M. B. jako wykonawca umowy zobowiązany jest wykonać dokumentację projektową dla etapu III prac. Z uwagi na wydzielenie przez Zamawiającego zakresu prac do etapu IIIA, stanowiło to istotną zmianę opisu przedmiotu zamówienia, również wpływającą na kalkulację ceny ofertowej. Ponadto, nie można pominąć istotnej okoliczności, jaką jest zaangażowanie podmiotu trzeciego do wydzielenia części prac w drodze oddzielnego zlecenia od Zamawiającego, tj. Pracownia Projektowa FORMA-T M. P. . Samo ustalenie, iż podmiot ten jest podwykonawcą OBUD M. B. opracowującym dokumentację projektową dla etapu III, nie

oznacza, iż jako podwykonawca zobowiązany był informować OBUD o zleceniu prac przez Zamawiającego, co wykraczało poza zakres zobowiązania umownego. Odwołujący nie wykazał, aby OBUD M. B. był zaangażowany w ustalenie zakresu prac objętych obecnym zamówieniem i ich wyceną kosztorysową. Jednocześnie Zamawiający przedstawił dowody w postaci zlecenia nr 132/IR/2024/P z dnia 10.06.2024 r. dla Pracowni Projektowej FORMA-T M. P., jak również stanowiące podstawę szacowania wartości zamówienia, kosztorysy inwestorskie opracowane samodzielnie przez pracowników Zamawiającego. Z przedstawionych przez Odwołującego kosztorysów inwestorskich opatrzonych pieczęcią Pracowni Projektowej FORMA-T wynikają inne kwoty, jak również stawki roboczogodzin. Odwołujący nie przedstawił żadnej analizy porównawczej kosztorysów, co uniemożliwiało przyjęcie tezy o udziale OBUD M. B. w ustaleniu wartości szacunkowej zamówienia stanowiącego etap IIIA.

Przenosząc powyższe na ocenę działań Zamawiającego wynikających z obowiązków nałożonych przepisem art. 85 ust. 1 Ustawy, należy wskazać, iż Odwołujący nie wykazał, aby udział OBUD M. B. zakłócał konkurencję w postępowaniu, w tym aby działania podjęte przez Zamawiającego były niewystarczające. Opis działań Zamawiającego został zamieszczony w protokole postępowania, ze wskazaniem na okoliczność udostępnienia całości dokumentów wszystkim uczestnikom postępowania, obowiązek udziału w wizji lokalnej każdego z zainteresowanych wykonawców, jak i samodzielne wydzielenie przez Zamawiającego zakresu rzeczowego prac.

Zgodnie z art. 85 ust. 1 Ustawy 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 2019 r., poz. 369, 1571 i 1667), doradzał lub w inny sposób była 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 odpowiednie terminy na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

Odwołujący wskazywał w tym zakresie na zbyt krótki termin na złożenie ofert, jednocześnie terminu tego odpowiednio wcześniej nie zakwestionował. Wskazując na elementy dokumentacji projektowej dla etapu III (p.poż) Odwołujący nie wykazał, aby miały one istotne znaczenie dla prac wyłączonych do etapu IIIA i wymagały ich przekazania. Jednocześnie wskazane kosztorysy inwestorskie nie były opracowane przez OBUD M. B., ale samodzielnie przez Zamawiającego na potrzeby tego zamówienia. Nie były zatem informacjami

uzyskanymi od wykonawcy zaangażowanego w opracowanie dokumentacji projektowej dla etapu III. Odwołujący nie odniósł się do faktu, iż dokumentacja zawierała braki, co zostało przez Zamawiającego uzupełnione w trybie zmiany swz, przekazanej do wiadomości wszystkim zainteresowanym złożeniem oferty. Odwołujący nie podnosił również, aby uzupełnione opracowania były efektem zaangażowania OBUD M. B., co również podważało ustalenie, jakoby brał on udział w przygotowaniu dokumentacji projektowej dla obecnego zamówienia. Jednocześnie, udział w pracach przygotowawczych dla obecnego zamówienia Pracowni Projektowej FORMA-T M. P. (autora dokumentacji projektowej dla etapu III), nie oznaczał zaangażowania wykonawcy OBUD M. B.. Taki udział nie może być domniemany wyłącznie z okoliczności wykonywania na jego rzecz dokumentacji projektowej, która na moment ogłoszenia obecnego zamówienia nie została odebrana i wymagała dalszych zmian, co zaowocowało wydłużeniem terminu na jej przygotowanie. Ograniczenie zakresu zamówienia zostało wprowadzone przez Zamawiającego bez udziału OBUD M. B., stąd twierdzenie Odwołującego o powzięciu przez tego wykonawcę wcześniej wiedzy o zakresie zamówienia i jego wartości, nie miały żadnego poparcia w okolicznościach wynikających z dokumentów postępowania.

Odwołujący w żaden sposób nie zdołał wykazać, aby działania podjęte przez Zamawiającego nie były wystarczające dla zabezpieczenia przed zakłóceniem uczciwej konkurencji. Poza wskazaniem na sam udział OBUD M. B. w realizacji

umowy obejmującej etap II zamówienia, Odwołujący nie wykazał w jaki sposób wiedza tego podmiotu o zamówieniu, obecnie ograniczonym do etapu IIIA, wykraczała poza informacje przekazane przez Zamawiającego w swz. Złożone dowody w szczególności kosztorysy inwestorskie Zamawiającego również prowadzą do wniosku, iż samo szacowanie wartości zamówienia stanowiło czynność autorską Zamawiającego, który przedstawił koszty w dwóch kosztorysach. Wartość kosztorysowa jest niższa od kwoty środków zabezpieczonej na sfinansowanie zamówienia stanowiącego etap IIIA. Wszystkie złożone oferty przekraczały wartość szacunkową zamówienia, a dwie (w tym oferta Odwołującego) mieściły się w kwocie środków zabezpieczonych na sfinansowanie zamówienia. Powyższe prowadzi do wniosku, iż szacowana wartość zamówienia miało wyłącznie znaczenie z punktu widzenia ustalenia procedury w jakiej postępowania zostało przeprowadzone i nie miało przełożenia na środki finansowe, które Zamawiający przewidział, o których informacja została przekazana wykonawcom dopiero przy otwarciu ofert. W tych okolicznościach, Izba nie dopatryła się żadnej okoliczności, która wskazywać mogłaby na niedostateczne zabezpieczenie przez Zamawiającego przebiegu procedury przetargowej w warunkach konkurencyjnych.

Odwołujący ponadto, zarzucał Zamawiającemu brak wezwania wykonawcy OBUD M. B. na podstawie art. 85 ust. 2 Ustawy do wykazania, iż jego udział w postępowaniu nie zakłóca

konkurencji. Na tej podstawie wnioskował o naruszeniu przez wykonawcę obowiązku w zakresie wykazania, iż jego udział w postępowaniu nie zakłóci konkurencji. Zgodnie z normą art. 85 ust. 2 Ustawy 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. Odwołujący w sposób nieprawidłowy interpretuje przepis, który stanowi gwarancję dla wykonawcy przed arbitralnym wykluczeniem z postępowania, tj. bez możliwości wykazania przez wykonawcę braku wpływu na zakłócenie konkurencji jego wcześniejszego zaangażowania w przygotowanie postępowania. Przepis ten nie stanowi natomiast o obowiązku wezwania do wyjaśnień w sytuacji, gdy zamawiający uznaje, że udział wykonawcy nie zakłóci konkurencji w postępowaniu, czemu służą podjęte przez niego środki. Odwołujący formułując zarzut zaniechania odrzucenia oferty/wykluczenia z postępowania zobowiązany był wykazać, iż podjęte przez Zamawiającego środki (wskazane w protokole postępowania), nie stanowiły dostatecznego zabezpieczenia przed zakłóceniem konkurencji. Takiej inicjatywy nie wyczerpuje wskazanie na brak udowodnienia przez wykonawcę, iż jego udział nie zakłóci konkurencji w postępowaniu. Zatem punktem wyjścia dla prawidłowej wykładni przepisu, jest w pierwszej kolejności ustalenie, czy środki podjęte przez zamawiającego były wystarczające dla zabezpieczenia przed zakłóceniem konkurencji, jak również czy ewentualnego zakłócenia konkurencji nie można wyeliminować w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Co istotne, zamawiający podejmuje te środki już na etapie przygotowania postępowania, bez wiedzy czy zajdzie konieczność badania wpływu na konkurencję oferty podmiotu, który był zaangażowany w przygotowanie postępowania. Nie ma bowiem pewności, czy taka oferta w postępowaniu zostanie złożona. Może zatem okazać się koniecznym stanie się podjęcie dodatkowych środków, w tym wezwania do złożenia wyjaśnień przez samego zainteresowanego. Całokształt okoliczności zaistniałych w danym postępowaniu, w tym ustalenie zakresu udziału podmiotu w przygotowaniu postępowania i znaczenia tych działań dla zapewnienia warunków uczciwej konkurencji, pozwala dopiero ocenić, czy koniecznym jest wykluczenie z postępowania wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 Ustawy. Przepis ten referuje do art. 85 ust. 1 Ustawy, co wprost ma odniesienie do środków podjętych przez zamawiającego, a nie czynności wykonawcy, który złożył ofertę. Prawo do złożenia wyjaśnień stanowi w przepisie art. 85 ust. 2 Ustawy gwarancję dla wykonawcy możliwości podjęcia inicjatywy w celu wykazania braku wpływu jego wcześniejszego zaangażowania w przygotowanie postępowania na zakłócenie

konkurencji. Wyjaśnienia są w tym przepisie mechanizmem ochrony interesu wykonawcy przez bezpodstawnym wykluczeniem z udziału w postępowaniu. Ustawodawca nie nakłada obowiązku udowodnienia braku wpływu na zakłócenie konkurencji pod sankcją wykluczenia z postępowania. Przeprowadzenie natomiast takiej inicjatywy dowodowej może uchronić wykonawcę przed wykluczeniem. Nadal to na zamawiającym spoczywa ciężar wykazania, iż nie jest możliwe zachowanie warunków uczciwej konkurencji inaczej, niż w drodze wykluczenia z postępowania wykonawcy zaangażowanego wcześniej w przygotowanie postępowania.

Odwołujący w żaden sposób nie skomentował potrzeby udziału w wizji lokalnej i jej znaczenia dla ustalenia zakresu rzeczowego prac i ich wyceny. Tym samym nie było możliwe zakwestionowanie skuteczności tego środka, jako zabezpieczającego przed naruszeniem konkurencji.

W ocenie składu orzekającego Odwołujący dowolnie interpretuje fakt, iż wyodrębnienie zakresu objętego etapem IIIA, zostało przez Zamawiającego wykonane w oderwaniu od umowy zawartej z OBUD M. B. . Żaden z dokumentów nie potwierdza, że uzgodnienia odbywały się z udziałem tego podmiotu. Przeciwnie fakt odrębnego zlecenia bezpośrednio Pracowni Projektowej FORMA-T M. P. wskazuje, że nie było to świadczenie dotyczące umowy zawartej 30.11.2023 r. Nie budzi przy tym wątpliwości, iż dokumentacja przygotowawcza w ramach tej umowy nie była kompletna i wymagała uzupełnienia, a tym samym wiedza, jaką wykonawca miałby powziąć realizując umowę, nie była wystarczająca dla uznania, iż doszło do zakłócenia konkurencji przez udział w postępowaniu wykonawcy OBUD M. B. .

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 oz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 10.000 zł oraz uzasadnione koszty pełnomocnika Zamawiającego wykazane rachunkiem złożonymi przed zamknięciem rozprawy w wysokości 3.600 zł i obciążyła nimi w

całości Odwołującego.

Przewodnicząca: .....