

Warszawa, 19 kwietnia 2024 r.

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**
Małgorzata Jodłowska
Ernest Klauziński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **17 kwietnia 2024 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **2 kwietnia 2024 r.**

przez wykonawcę: **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa pn. *Roboty budowlane polegające na modernizacji sieci energetycznej w kompleksie wojskowym w Mirosławcu – zad. 16362 (63/OB/RB/23)*

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Szczecinie** [„Zamawiający”]

przy udziale uczestników postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

AATLine sp.j. A.P. z siedzibą w Łodzi [„Przystępujący A”]

B. „Tytan Systemy Bezpieczeństwa” sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku [„Przystępujący B”]

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2.

2. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu nr 1.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

- 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) **uiszczonego przez Odwołującego wpisu od odwołania** oraz łącznie **kwotę 4922 zł 50 gr** (słownie: cztery tysiące dziewięćset dwadzieścia dwa złote pięćdziesiąt groszy) **uzasadnionych kosztów Zamawiającego,**
- 2) zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4922 zł 50 gr** (słownie: cztery tysiące dziewięćset dwadzieścia dwa złote pięćdziesiąt groszy).

Na niniejsze 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.**

Uzasadnienie

Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Szczecinie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz” lub „Pzp”) w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa pn. *Roboty budowlane polegające na modernizacji sieci energetycznej w kompleksie wojskowym w Mirosławcu – zad. 16362 (63/OB/RB/23)*

Ogłoszenie o tym zamówieniu 2 stycznia 2024 r. opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S_001 pod poz. 000964.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

20 marca 2024 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w powyższym postępowaniu.

2 kwietnia 2024 r. Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Budimex” lub „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania odrzucenia wniosków złożonych przez AATLine sp.j. A.P. z siedzibą w Łodzi {dalej również: „Atline” lub „Przystępujący Atline”} i „Tytana Systemy Bezpieczeństwa” sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku {dalej również: „Tytan” lub „Przystępujący Tytan”}.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano na inne akty prawne}:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 i w zw. z art. 85 ust. 1 i w zw. z art. 17 ust. 2 oraz w zw. z art. 16 – przez zaniechanie odrzucenia wniosków Tytana i Atline, mimo że zachodzą wobec tych wykonawców przesłanki wykluczenia, gdyż byli oni bezpośrednio zaangażowani w przygotowanie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będąc głównymi autorami dokumentacji projektowej w zakresie branży elektrycznej, telekomunikacyjnej, sanitarnej i budowlanej, w tym także kosztorysów inwestorskich i przedmiarów robót, co

zapewniło tym wykonawcom kluczową przewagę konkurencyjną w sytuacji, gdy powyższa dokumentacja, jako opatrzona klauzulą „zastrzeżone”, nie została załączona do dokumentacji przetargowej, a wykonawcy ci posiadali dodatkową wiedzę co do przedmiotu zamówienia.

2. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 w zw. z art. 17 ust. 2 oraz w zw. z art. 16 – przez zaniechanie odrzucenia wniosków Tytana i Atline, mimo że zachodzą wobec tych wykonawców przesłanki wykluczenia, gdyż wprowadzili Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji na temat bezpośredniego zaangażowania tych wykonawców w przygotowanie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.
2. Ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem faktu bezpośredniego zaangażowania Tytana i Atline w przygotowanie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, polegającego na tym, że obaj wykonawcy byli głównymi autorami dokumentacji projektowej w zakresie branży elektrycznej, telekomunikacyjnej, sanitarnej i budowlanej, w tym kosztorysów inwestorskich i przedmiarów robót.
3. Odrzucenia wniosków Tytana i Atline.
4. Unieważnienia zaproszenia Tytana i Atline do złożenia ofert.
5. Powtórzenia zaproszenia do złożenia ofert.

W uzasadnieniu odwołania zarzut pierwszy zarzuty został następująco sprecyzowany.

{okoliczności faktyczne}

Zamawiający wraz z zaproszeniem 20 marca 2024 r. do składania ofert udostępnił dokumentację zawierającą m.in. specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych {dalej również: „STWiORB”} pn. „Projektowana przebudowa stacji transformatorowych, budowa sieci kablowej SN 15kV oraz przebudowa oświetlenia nawigacyjnego Calvert w kompleksie wojskowym w Mirostawcu” odpowiednio dla branży elektrycznej, budowlanej, sanitarnej i telekomunikacyjnej. Na każdym z tych trzech opracowań uwidoczniono informację, że ich autorami są Tytan i Atline. Przy czym ponieważ dokumentacja ta w zakresie np. rysunków, opracowań, projektów objęta jest klauzulą „zastrzeżone”, udostępniania jest do wglądu wyłącznie w siedzibie Zamawiającego osobom posiadającym stosowny certyfikat. Natomiast udostępniona bez takich rygorów część jawna STWiORB i przedmiary robót zawierają wyłącznie opisy i informacje o zakresie ilościowym prac.

Przy czym z informacji uzyskanych przez Odwołującego wynika, że Zamawiający nie poczynił żadnych kroków ani nie wprowadził jakichkolwiek rozwiązań mających zapobiec naruszeniu uczciwej konkurencji.

{okoliczności prawne}

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1 ustawy pzp, 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 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. Z kolei w myśl art. 85 ust. 1 ustawy pzp jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z 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. Podstawowym celem przepisu jest wyeliminowanie z postępowania wykonawcy w sytuacji, gdy był on zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, a zakłócenia konkurencji nie można usunąć w inny sposób niż przez wykluczenie z postępowania.

Powyższe 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 doradza 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.

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.

Jak wskazała Izba w uzasadnieniu wyroku z dnia 30 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 1976/21 udostępnienie niezbędnych informacji do przygotowania oferty jest niewystarczające w sytuacji, gdy jeden z wykonawców posiadał wiedzę, do której dostępu nie mieli pozostali uczestnicy postępowania, a która z dużą dozą prawdopodobieństwa mogła pozwolić wykonawcy złożyć najkorzystniejszą ofertę.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny [*Prawo zamówień publicznych. Komentarz* red. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, 2023, wyd. 5, Legalis]: *Zaangażowanie wykonawcy lub podmiotu należącego wraz z wykonawcą do jednej grupy kapitałowej w przygotowanie postępowania, zgodnie z art. 85 ust. 2 pzp, może skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Ustawodawca przewidział, że sankcją wykluczenia może być objęte zarówno doradztwo, jak i każdy inny rodzaj udziału w przygotowaniu postępowania. Przygotowanie postępowania oznacza wykonywanie czynności wskazanych w dziale II, rozdziale 1 pzp. Chodzi tu więc m.in. o sporządzenie dokumentacji projektowej w robotach budowlanych czy opisu przedmiotu zamówienia w dostawach lub usługach, ale też ustalanie warunków zamówienia, w tym opracowanie projektu umowy. Zastrzec jednak należy, że przygotowanie dokumentacji stanowiącej opis przedmiotu zamówienia zawsze będzie wiązało się ze znajomością po stronie tworzącej takie dokumenty pewnych założeń i przyjęciu określonych rozwiązań. Nie powoduje to jeszcze uzyskania przewagi nad innymi wykonawcami, którzy z zastosowanymi rozwiązaniami mogli zapoznać się na etapie ogłoszonego postępowania. Opracowana koncepcja stanowi ogólny zarys przedmiotu zamówienia, na bazie którego ma powstać dopiero szczegółowa i kompleksowa dokumentacja projektowa. To wykonany przez wybranego wykonawcę projekt, w tym specyfikacja techniczna będzie precyzowała właściwości materiałów i technologii. Przepis art. 85 Prawa zamówień publicznych reguluje kwestię zakłócenia konkurencji na etapie uczestnictwa w postępowaniu.*

Jednocześnie wskazuje się w doktrynie [P. Wiśniewski, J. E. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. V, Warszawa 2023, art. 85]: *Celem art. 85 pzp jest wyeliminowanie z postępowania wykonawców, którzy nabyli w trakcie uczestnictwa w przygotowaniu postępowania wiedzę, która może ich stawiać w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Sam udział w przygotowaniu postępowania nie stanowi wystarczającej przesłanki wykluczenia takiego wykonawcy – konieczne jest przesądzenie, że powyższe spowodowało zakłócenie konkurencji oraz, że nie mogło ono zostać wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Zamawiający powinien zbadać, czy wiedza zdobyta w związku z zaangażowaniem w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia dała przewagę wykonawcy nad pozostałymi, przez co miał on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiadał informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia i czy możliwe jest wyeliminowanie tej przewagi bez konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania. Jednocześnie: Redakcja przepisu art. 85 ust. 2 pzp wskazuje na jego obligatoryjny charakter, co oznacza, że zamawiający musi wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę zaangażowanego w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, który nie udowodnił, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.*

Przy czym zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwa, wyrażonym przykładowo w uzasadnieniu wyroku Izby z 31 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1267/20: *Jeżeli wykonawca przedstawił w złożonym przez siebie oświadczeniu informacje pozostające w sprzeczności z faktami, uznać należy, że co najmniej wykazał się niedbalstwem wprowadzającym zamawiającego w błąd*".

Z kolei w uzasadnieniu wyroku z 9 listopada 2021 r. sygn. akt KIO 3066/21 Izba – następująco opisała wzorzec należytej (profesjonalnej) staranności wykonawcy przy składaniu oświadczeń w postępowaniu: *Wykonawca obowiązany jest do dochowania należytej, przynależnej profesjonalście staranności przy składaniu oświadczeń w danym postępowaniu, a oceny jego postępowania dokonuje się przez pryzmat zawodowego charakteru działalności, co wynika wprost z art. 355 § 2 k.c. Wzorzec należytej staranności nakłada na wykonawcę, który składa w postępowaniu ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości, bowiem mają*

one wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia przepisów, jak w pkt 1. *petitum* odwołania, wywodząc, że zgodnie z tymi przepisami wykonawca może być wykluczony z postępowania ze względu na doradztwo w ramach postępowania, jak również inny rodzaj udziału w postępowaniu, w tym w szczególności autorstwo dokumentacji postępowania, do której dostęp był dla innych wykonawców ograniczony.

Zarówno Tytan, jak i Atline brali bezpośredni udział w przygotowaniu postępowania, gdyż są autorami kluczowych opracowań STWiORB, które posłużyły do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, w tym kosztorysów inwestorskich i przedmiarów robót. Dzięki temu obaj wykonawcy doskonale zdają sobie sprawę z tego, jakich konkretnych rozwiązań technicznych oczekuje Zamawiający i mają możliwość doboru pod nie optymalnych rozwiązań finansowych przy przygotowywaniu oferty.

Niezależnie od powyższego obaj wykonawcy odpowiednio mieli lub będą mieli więcej czasu na przygotowanie odpowiednio wniosków i następnie ofert.

Odwołujący wyraził przekonanie, że zakłócenie konkurencji, do jakiego doszło w ramach tego postępowania, nie może być wyeliminowane inaczej, niż dzięki wykluczeniu Tytana i Atline z tego postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 16 kwietnia 2024 r. wniósł o jego oddalenie, co następująco uzasadnił w odniesieniu do pierwszego zarzutu.

Z art. 108 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 85 ust. 1 ustawy pzp wynika, że dla wykluczenia wykonawcy konieczne jest łączne wystąpienie następujących przesłanek: (1) wykonawca musi doradzać lub być w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, (2) co powoduje zakłócenie konkurencji, (3) które nie może być wyeliminowane w inny sposób niż wykluczenie tego wykonawcy z udziału w postępowaniu, (4) przy czym zamawiający nie podjął środków polegających na przekazaniu pozostałym wykonawcom istotnych informacji, które uzyskał wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania. A *contrario* nie każde wcześniejsze zaangażowanie wykonawcy powoduje konieczność wykluczenia go z postępowania.

W tym przypadku: (1) Tytan i Atline byli zaangażowani w przygotowanie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia jako współautorzy dokumentacji projektowej, (2) ale nie doszło do jakiegokolwiek zakłócenia konkurencji, (3) więc nie ma podstaw do wykluczenia przystępujących, (4) przy czym Zamawiający udostępnił pozostałym wykonawcom dokładnie te same informacje, które posiadali Tytan i Atline

Odwołujący błędnie zakłada, że Przystępujący jako współautorzy dokumentacji projektowej dysponowali większą wiedzą niż pozostali oferenci, gdyż wszystkie dokumenty przez nich opracowane zostały udostępnione wszystkim wykonawcom zakwalifikowanym do dalszego udziału w postępowaniu, w tym także Odwołującemu.

Choć część spośród tych dokumentów objęta jest klauzulą tajności „zastrzeżone”, niemniej jednak każdy z nich jest dostępny na równych zasadach dla wszystkich wykonawców. Z uwagi na konieczność dopełnienia wymogów wynikających z ustawy o dostępie do informacji niejawnych, wgląd dokumentację opatrzoną powyższą klauzulą jest możliwy w Ośrodku Dokumentowania Budownictwa Wojskowego RZL Szczecin, w sposób wskazany na str. 7.-8. SWZ. Przy czym zgodnie ze Szczegółowymi Wymaganiami w Zakresie Ochrony Informacji Niejawnych {dalej: „SWOIN”} – stanowiącymi załącznik do umowy na „Opracowania dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego na modernizację sieci energetycznej w kompleksie wojskowym w Mirosławcu) – wszystkie egzemplarze dokumentacji sporządzonej przez Tytana i Atline zostały przekazane Zamawiającemu, a materiały służące do jej sporządzenia zostały zniszczone.

W związku z powyższym brak jest podstaw do przyjęcia, że Przystępujący dysponują jakimikolwiek dodatkowymi dokumentami niedostępnymi pozostałym wykonawcom czy też, że uzyskanie dostępu do dokumentów jest w jakikolwiek sposób ułatwione dla Przystępujących.

Ponieważ nie doszło do zakłócenia konkurencji, Zamawiający nie był zobowiązany do podejmowania jakichkolwiek czynności związanych z zagwarantowaniem braku wpływu zaangażowania tych podmiotów w przygotowanie aktualnie prowadzonego postępowania.

Niemniej jednak, mając na uwadze regulację art. 85 ustawy pzp, Zamawiający wyznaczył odpowiednio długi termin składania ofert, wynoszący 59 dni od dnia zaproszenia do składania ofert, jak również zadbał o to, aby wszystkim wykonawcom na tych samych zasadach zostały przekazane dokładnie te same informacje.

Bezzasadne jest także twierdzenie o większej wiedzy Przystępujących co do rozwiązań technicznych oczekiwanych przez Zamawiającego.

Po pierwsze, wymagane rozwiązania techniczne nie są przedmiotem odwołania, które nie zawiera zarzutu

dotyczącego nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym należy przyjąć, że Odwołujący nie ma żadnych zastrzeżeń co do opisu przedmiotu zamówienia.

Po drugie, wiedza o oczekiwanych przez Zamawiającego rozwiązaniach technicznych została odzwierciedlona w postaci dokumentacji projektowej, która, jak to już wskazano powyżej, w całości jest dostępna dla wszystkich uczestników postępowania, i nie istnieją w tym zakresie żadne inne dokumenty.

Przystępujący Tytan, wnosząc w zgłoszeniu przystąpienia z 8 kwietnia 2024 r. o oddalenie odwołania, następująco odniósł się do pierwszego zarzutu.

W postępowaniu nie doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania Tytana w przygotowanie postępowania, co Zamawiający wziął pod uwagę przy podejmowaniu czynności.

Sam fakt bezpośredniego udziału w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania, który tak akcentuje Odwołujący, nie jest wystarczającą przesłanką dla wykluczenia wykonawcy z możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo w uzasadnieniu wyroku z 22 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 233/18 Izba wywiodła, co następuje. *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 robót budowlanych na podstawie tej dokumentacji. W realiach rynku, w tym także funkcjonującego w ramach zamówień publicznych możliwe jest, co do zasady, wykonawstwo kolejnych etapów procesu inwestycyjnego przez tego samego wykonawcę. Sposób realizacji przedmiotu zamówienia i decyzja, czy praca zostanie wykonana na podstawie jednego zamówienia, czy w odrębnych etapach, należy do zamawiającego. Co prawda powyższe orzeczenie zostało wydane na gruncie nieobowiązujących już przepisów poprzedniej ustawy pzp, jednak wciąż pozostaje aktualne.*

Niezależnie od powyższego art. 85 wskazuje na obowiązek po stronie zamawiającego, aby podjąć odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział wykonawcy, który był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Takie działania Zamawiający musiał podjąć, skoro nie wykluczył Tytana z udziału w postępowaniu.

Z kolei w piśmie procesowym z 12 kwietnia 2024 r. Przystępujący Atline, który również wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności następująco odniósł się do pierwszego zarzutu.

Biorąc pod uwagę brzmienie przepisów art. 108 ust. 1 pkt 6 i art. 85 ust. 1 ustawy pzp, aby móc skutecznie postawić zarzut ich naruszenia należałoby wykazać, że Atline ma od pozostałych oferentów znacznie większą wiedzę, którą pozyskał, gdyż w ramach konsorcjum z Tytanem sporządzał dokumentację projektową.

Stawiając hipotezę, że Atline jako współautor dokumentacji projektowej opatrzonej klauzulą „zastrzeżone” dysponuje dokumentami, które są dla innych wykonawców są dostępne wyłącznie w siedzibie Zamawiającego, Odwołujący przechodzi do porządku nad obowiązującymi w tym zakresie wymogami co do ochrony informacji niejawnych. Tymczasem zgodnie ze SWOIN niejawną dokumentacją projektową w postaci: 1)) inwentaryzacji budowlanej i instalacyjnej, 2) projektu zagospodarowania terenu, 3) projektu budowlanego, 4) projektów techniczno-wykonawczych, 5) projektów wykonawczych – została w całości przekazana Zamawiającemu, który jest jej jedynym dysponentem.

Twierdzenia Odwołującego, że Atline miał nieograniczony dostęp do kluczowych dokumentów zawierających szczegóły przedmiotu zamówienia są bezpodstawne. Zgodnie z SWZ specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiary robót oraz BIOZ zostały udostępnione, natomiast dokumentacja niejawną zostanie udostępniona każdemu wykonawcy zaproszonemu do składania ofert w siedzibie Zamawiającego, po uprzednim uzgodnieniu terminu. Zatem zaproszeni oferenci mają dostęp do dokumentacji na takich samych zasadach i nie ma dokumentów zawierających dodatkowe informacje związane z postępowaniem przetargowym, które byłyby tylko w posiadaniu Przystępujących.

Kryteriami oceny ofert są odpowiednio: 1) cena – waga 60%, 2) przedłużenie okresu gwarancji – waga 20%, wysokość kar umownych za zwłokę – waga 20%, a więc nie tylko cena oferty ma tu znaczenie. Ponadto w SWZ zawiera następujące zastrzeżenie: *Wszystkie materiały, urządzenia, których znaki towarowe lub nazwy własne zostały wskazane w dokumentacji projektowej należy traktować, jako przykładowe i dopuszcza się możliwość zastosowania materiałów równoważnych o parametrach nie niższych niż wskazane w dokumentacji projektowej.* Zatem nie podstaw, aby twierdzić, że Zamawiający oczekuje konkretnych rozwiązań technicznych i nie dopuszcza rozwiązań zamiennych. W konsekwencji Atline nie posiada przewagi nad pozostałymi oferentami z tego tytułu, że w ramach konsorcjum z Tytanem sporządzał dokumentację projektową.

Przystępujący mógł się dowiedzieć o fakcie opublikowania ogłoszenia o niniejszym zamówieniu na takich samych zasadach jak pozostali oferenci. W szczególności nie mógł wiedzieć i nie wiedział, kiedy zostanie ogłoszony przetarg, w jakim trybie oraz jakie wymagania będą stawiane przez Zamawiającego. Informacje o planowanych postępowaniach każdy może pozyskać dzięki informacjom na stronie internetowej Zamawiającego. Przystępujący miał również tyle samo

czasu co pozostali zainteresowani, aby złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w tym postępowaniu i wykazać spełnianie stawianych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowa oraz technicznej lub zawodowej. W takim samym trybie jak pozostali oferenci, tj. z SWZ doręczonej wszystkim wykonawcom zaproszonym do składania ofert, Przystępujący dowiedział się o warunkach składania ofert, kryteriach oceny, zasadach uzyskiwania zaliczek, okresie rękojmi i gwarancji, wymaganiach w zakresie zatrudniania osób, zastrzeżeniach co do możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia, zastrzeżeniach co do obowiązku osobistego wykonania zadania czy też wymaganiach odnośnie podwykonawstwa. Powyższe informacje zawarte w SWZ, który został doręczony

Ponieważ stawki narzutów, roboczogodzin są zmieniane kwartalnie, wcześniejsze przygotowywanie oferty cenowej byłoby niecelowe. Z kolei duża zmienność cen materiałów budowlanych jest okolicznością notoryjną. Pod koniec 2023 r. i na początku br. odnotowano lekkie spadki związane z ostudzeniem rynku, lecz w kwartale br. roku ceny tych materiałów rosły, co należy łączyć z rozpoczęciem nowego sezonu budowlanego.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz zapisy w SWZ o możliwości stosowania rozwiązań zamiennych Przystępujący, tak samo jak pozostali oferenci, będzie wyceniał materiały i urządzenia na dzień składania ofert i zastosuje takie rozwiązania techniczne, które umożliwią mu przedstawienie najkorzystniejszej oferty cenowej.

Określony przez Zamawiającego termin składania ofert umożliwia wszystkim oferentom rzetelne zapoznanie się z przygotowaną dokumentacją projektową, a ponadto Zamawiający jest gotowy do przesunięcia terminu składania ofert. Termin wizji lokalnej został już wyznaczony na 17 kwietnia 2024 r., a pierwotny termin składania ofert został wydłużony do 22 maja 2024 r. Podjęte działania i zastosowane środki, takie jak sposób określenia kryteriów oceny ofert i dopuszczenie rozwiązań zamiennych również zapobiegły zakłóceniu konkurencji.

Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 pzp nie ma charakteru czynności automatycznej i należy traktować je jako rozwiązanie ostateczne, które może być zastosowane jedynie wtedy, kiedy spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób. Przemawia za tym brzmienie art. 57 ust. 4 lit. f i art. 41 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U.UE.L.2014.94.65 ze zm.) {dalej: Dyrektywa}. Czynność wykluczenia musi zostać poprzedzona wezwaniem wykonawcy do wyjaśnień, w ramach których wykonawca będzie miał możliwość wykazania, że jego udział w przygotowaniu postępowania nie ma wpływu na konkurencję. Tym samym niedopuszczalnym jest wykluczenie Przystępującego na obecnym etapie postępowania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 ustawy pzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowisko.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, którego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego został przez tego ostatniego pozytywnie zweryfikowany, wykazał, że ma taki interes, a ponadto, że w związku z objętym podtrzymanym zarzutem zaniechania wykluczenia z tego postępowania Przystępujących może ponieść szkodę, gdyż co najmniej zmniejsza to szanse na uzyskanie przez niego tego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Niesporne było, że Tytan i Atline jako konsorcjum opracowali dokumentację projektową składającą się na opis przedmiotu zamówienia, a także kosztorys inwestorski na potrzeby aktualnie prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, a także, że elementy tej dokumentacji, którym nadano klauzulę „zastrzeżone”, udostępniane są wyłącznie w siedzibie Zamawiającego przy dochowaniu reżimu dostępu do informacji niejawnych.

Jednakże Odwołujący, który z mocy art. 534 ust.1 ustawy pzp obowiązany był wskazać dowody dla stwierdzenia faktów, z których w odwołaniu wywiódł zarzut zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Przystępujących, nie sprostował temu. W szczególności zgłoszone na rozprawie wnioski dowodowe albo dotyczyły faktów niespornych, albo faktów, o których nie wspomniano w odwołaniu, a które zostały dopiero podniesione na rozprawie. Stąd Izba na podstawie art. 541 ustawy pzp w zw. z odpowiednio: w pierwszym przypadku – art. 533 ust. 1 pzp (skoro fakty przyznane w toku postępowania odwoławczego przez stronę przeciwną nie wymagają dowodu), w drugim przypadku –

art. 555 pzp i art. 531 pzp (skoro Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, fakty niepodniesione w odwołaniu nie mogą mieć dla sprawy istotnego znaczenia), odmówiła przeprowadzenia tych dowodów, uznając je za powołane jedynie dla zwłoki.

Warstwa faktyczna w odwołaniu sprowadza się *de facto* do postawienia generalnej tezy, że Tytan i Atline z racji uczestnictwa w przygotowaniu aktualnie prowadzonego postępowania wiedzą coś ponad informacje zawarte w opisie przedmiotu zamówienia, co będą mogli wykorzystać przy sporządzeniu oferty. Zamawiający i Przystępujący zgodnie temu zaprzeczyli, prezentując ponadto w odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia i piśmie procesowym przekonującą argumentację, do której Odwołujący nawet się nie odniósł.

Odwołanie abstrahuje od treści opisu przedmiotu zamówienia w kontekście terminu składania ofert, co powoduje, że nie sposób stwierdzić, czy przedmiot zamówienia jest na tyle skomplikowany lub nie został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, że przy wyznaczonym (a po wniesieniu odwołania przedłużonym o dwa tygodnie) terminie składania ofert tworzy to warunki do zaistnienia po stronie Tytana i Atline przewagi konkurencyjnej.

Odwołanie nie zawiera również żadnej argumentacji, dlaczego Odwołujący uważa, że przewaga konkurencyjna Przystępujących nad innymi wykonawcami, skądinąd bliżej niesprecyzowana, nie mogłaby być wyrównana dzięki uzupełnieniu opisu przedmiotu zamówienia lub przedłużeniu terminu składania ofert.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest niezasadne.

Odwołujący bezzasadnie domaga się wykluczenia Przystępujących na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 85 ust. 1 ustawy pzp, z których można wyprowadzić następującą normę prawną: jeżeli w związku z zaangażowaniem wykonawcy w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia doszło do zakłócenia konkurencji, którego nie da się wyeliminować w inny sposób, niż przez wykluczenie tego wykonawcy z udziału w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w szczególności dzięki przekazaniu pozostałym wykonawcom istotnych informacji, które zamawiający uprzednio przekazał temu wykonawcy lub od niego uzyskał oraz wyznaczeniu odpowiedniego terminu na złożenie ofert (hipoteza), z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się takiego wykonawcę (dyspozycja).

Jak to powyżej ustalono, Odwołujący nie był nawet w stanie wykazać że udział Przystępujących w przygotowanie aktualnie prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia spowodował zakłócenie konkurencji. Z kolei dowodzeniem tego, że ta hipotetyczna przewaga konkurencyjna Przystępujących nie mogła zostać wyeliminowana dzięki przekazaniu pozostałym wykonawcom informacji, które mieliby uprzednio uzyskać Przystępujący, oraz wyznaczeniu lub wydłużeniu terminu składania ofert, Odwołujący najwyraźniej nie był zainteresowany, poprzestając na stwierdzeniu, że w jego opinii niezbędne jest wykluczenie Przystępujących.

Niezależnie od powyższego Odwołujący przeszedł do porządku dziennego nad istnieniem uregulowania art. 85 ust. 2 zd. 2 ustawy pzp, zgodnie z którym przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji, co jest kolejnym i odrębnym w stosunku do wynikających z art. 108 ust. 1 pkt 6 *in fine* i art. 85 ust. 1 ustawy pzp, warunkiem *sine qua non*, aby mogło dojść do wykluczenia Przystępujących na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 pzp.

Z uwagi na powierzchowne i wybiórcze podniesienie okoliczności faktycznych i prawnych w odwołaniu, kluczowe w tej sprawie okazało się zawarte w art. 555 ustawy pzp (poprzednio w art. 192 ust. 7 ustawy pzp z 2004 r.) uregulowanie, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W konsekwencji niezależnie od wskazywanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności, przede wszystkim faktycznych, ale i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 ustawy pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie.

W orzecznictwie Izby takie stanowisko należy uznać za utrwalone. *Ponadto art. 516 ust. 1 pkt 7-10 pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. Oznacza to, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne*

podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisami obowiązującymi w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Dopuszczenie rozszerzania przez odwołujących zakresu pierwotnych zarzutów lub ich modyfikacji na rozprawie prowadziłoby też w istocie do przedłużenia ustawowego terminu na wnoszenie odwołań. Ponadto w razie rozpoznania przez Izbę nowych zarzutów rozszerzonych o okoliczności faktyczne niepodniesione w odwołaniu, doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradiktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść [z uzasadnienia wyroku z 9 maja 2023 r. sygn. akt KIO 1142/23].

Zwięźlej ujęto w uzasadnieniach poniżej wskazanych wyroków Izby. Wskazanie nowych faktów, nawet wyczerpujących dyspozycję tego samego przepisu pzp, jest uznawane za nowy zarzut [wyrok z 13 marca 2023 r. sygn. akt KIO 291/23]. Izba bada odwołanie wyłącznie w granicach zarzutów (art. 555 Prawa zamówień publicznych). Zarzut składa się z podstawy prawnej – wskazanie przepisu, który został naruszony, i podstawy faktycznej, tj. okoliczności, które mogłyby być rozpatrywane przez Izbę w kontekście ewentualnego naruszenia przepisu ustawy. Podniesiony zarzut musi być skonkretyzowany [wyrok z 22 lutego 2023 r. sygn. akt KIO 360/23]. W tym miejscu zwrócić należy uwagę, że postępowanie odwoławcze nie służy uzupełnianiu treści odwołania. Skoro rozstrzygnięcie odwołania winno ograniczać się do zarzutów zawartych w odwołaniu to mnożenie okoliczności faktycznych i prawnych w toku postępowania odwoławczego, należy uznać za rozszerzenie przedmiotu odwołania nie zaś za uzasadnienie zarzutów sformułowanych w odwołaniu [wyrok z 5 grudnia 2013 r. sygn. akt KIO 2690/13].

Trafność powyższego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej już dawno została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu w wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Co istotne, Sąd Okręgowy w Warszawie jako Sąd Zamówień Publicznych, który wręcz rygorystycznie przestrzega stosowania art. 555 pzp, w uzasadnieniu wyroku z 18 października 2023 r. sygn. akt. XXIII Zs 77/23 wywiódł, że postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma charakteru całościowego postępowania kontrolnego, obejmującego ogólną prawidłowość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, a Izba jest władna badać ściśle konkretnie te kwestie, które zostały jej poddane przez odwołującego (a następnie ewentualnie zmodyfikowane uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego i sprzeciwem przystępującego) – i tak przedstawiony jej zakres zaskarżenia i zarzutów poddać konfrontacji z regulacją art. 554 ust 1 pkt 1 oraz art 555 ustawy pzp. Sąd z całą mocą podkreślił, że niedopuszczalne jest orzekanie przez Izbę w zakresie niespornym oraz co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest bowiem uprawniona do dowolnego zakresu rozpoznania odwołania (ustalenia substratu zaskarżenia), gdyż w systemie środków ochrony prawnej na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych dysponentem odwołania jest odwołujący, a także zamawiający (uznając bądź nie zarzuty odwołania) oraz jego uczestnicy (korzystając z prawa do wniesienia sprzeciwu). Stąd orzekanie przez Izbę w zakresie nieobjętym sprzeciwem, a zatem w zakresie niespornym jest niedopuszczalne. Również orzekanie co do zarzutów niezawartych w odwołaniu jest niedopuszczalne.

Jednocześnie Izba na mocy art. 552 ust. 1 ustawy pzp wydając wyrok, obowiązana jest wziąć pod uwagę za jego podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Obliguje to Izbę do ustalenia z urzędu, na jakim etapie jest prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia, w którym zostało wniesione odwołanie, aby wydać prawidłowe rozstrzygnięcie. Izba musi nie tylko sprawdzić, czy nie została zawarta umowa w sprawie zamówienia objętego sporem, ale również, czy nie zostały przeprowadzone lub zaniechane czynności, które choć nie zostały objęte zarzutami odwołania, nie pozwalają na uznanie zarzutu za zasadny i uczynienie zadość skorelowanemu z nim żądaniu. W tej sprawie Odwołujący usilnie starał się przemilczeć, że po wniesieniu odwołania termin składania ofert został wydłużony.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

Kosztami postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożyły się: wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (na podstawie złożonej faktury VAT) oraz kosztów dojazdu na trasie Szczecin-Warszawa-Szczecin obliczonych wg. tzw. kilometrówki (tzn. wzięto pod uwagę kwotę netto i potraktowano w tym zakresie złożoną fakturę VAT jako spis kosztów), orzeczono w pkt 3. sentencji stosownie do ustalonego wyniku sprawy na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a oraz b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów

postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437), tj. obciążając nimi Odwołującego.