

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 10 lutego 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 stycznia 2025 r. przez odwołującego – wykonawcę **M.N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą RST Energia M.N.**, ul. Boya Żeleńskiego 11 pok. 2, 35-105 Rzeszów w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Naruszewicza 18, 35-055 Rzeszów

przy udziale przystępującego po stronie zamawiającego wykonawcy – **G.R.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ENERGOOTECHNIKA2 G.R., ul. Przemysłowa 7B, 35-105 Rzeszów

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności z 15.01.2025 r. polegających na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 2 lit a Ustawy w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 Ustawy, a w konsekwencji również unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i nakazuje ponowną ocenę ofert niepodlegających odrzuceniu.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego – MPWiK Sp. z o.o. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego 20.000 zł 00 gr. (dwadzieścia tysięcy złotych) wpisu,

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego 20.000 zł 00 gr. (dwadzieścia tysięcy złotych) tytułem zwrotu wpisu.

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:.....

KIO 263/25

Uzasadnienie

W postępowaniu sektorowym prowadzonym przez zamawiającego – MPWiK Sp. z o.o. w Rzeszowie w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę, montaż oraz uruchomienie stacji średniego napięcia w ramach realizacji zadania „Budowa stacji SN na oczyszczalni ścieków w Rzeszowie*(nr postępowania: ZP/S-PN-29/2024), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 05.11.2024 r., 669933-2024, wobec zaniechań zamawiającego, które doprowadziły do wykluczenia z postępowania, wniesione zostało 26.01.2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy M.N. – RST Energia M.N. (sygn. akt KIO 263/25).

Zamawiający poinformował o odrzuceniu złożonych ofert i unieważnieniem postępowania 15.01.2025 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 85 ust.1 p.z.p. przez zaniechanie obowiązku podjęcia odpowiednich środków w celu zagwarantowania, że udział wykonawcy doradzającego lub w inny sposób zaangażowanego w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, a w szczególności zaniechanie przekazania pozostałym wykonawcom, istotnych informacji, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz niewyznaczenie odpowiedniego terminu na złożenie ofert;
- 2.art. 85 ust.2 p.z.p. przez nieprzeprowadzenie postępowania w zakresie zbadania, czy zaangażowanie Wykonawcy zakłóca konkurencję – Zamawiający ograniczył się li tylko do wezwania Wykonawcy do udowodnienia, iż jego udział nie zakłóca konkurencji, nie podejmując innych czynności w niniejszym zakresie ;
- 3.art. 226 ust. 2 lit.a p.z.p w zw. z art. 108 ust.1 pkt 6 p.z.p przez wykluczenie Odwołującego w związku z błędnym przyjęciem, iż podlega on wyłączeniu z postępowania wobec braku udowodnienia, iż jego udział w przygotowaniu postępowania zakłóca konkurencję;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, jak również czynności wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 p.z.p. i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 2 lit. a p.z.p., a także nakazanie przeprowadzenia czynności w postępowaniu w zakresie art. 85 ust. 1 pzp, w tym określenia podmiotowych środków dowodowych w celu

udowodnienia, że udział odwołującego w postępowaniu zakłóca konkurencję.

W uzasadnieniu odwołujący w zakresie zarzutu nr 1 podniósł, że zamawiający będący gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia stosownie do *ratio legis* regulacji art. 85 ust. 1 pzp zobligowany został przez ustawodawcę do określonego zachowania mającego na celu wyjaśnienie, czy udział wykonawcy w postępowaniu nie zakłóca konkurencyjności, a nadto do wykluczenia z postępowania takiego wykonawcy, nie mniej jednak dopiero gdy nie jest możliwe usunięcie naruszenia w zakresie zakłócenia konkurencji w inny sposób, o czym w realiach niniejszego postępowania nie może być mowy. Zamawiający od początku dysponował pełnym wachlarzem wiedzy w zakresie działań odwołującego, a zatem już na początkowym etapie mógł on podejmować odpowiednie działania w zakresie usunięcia ewentualnego zakłócenia konkurencji chociażby poprzez przedłużenie terminu do składania ofert dla innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia czego nie uczynił. Przy ocenie czy doszło do naruszenia konkurencji należy uwzględnić znaczenie informacji pozyskanych na etapie przygotowania postępowania i odpowiednio dobrać działania, które miałyby na celu zniwelowanie przewagi zdobytej w ten sposób.

Odwołujący dalej kwestionował prawidłowość działania zamawiającego, który uznał, że wykonawca złożonymi wyjaśnieniami nie udowodnił, że jego udział w postępowaniu nie zakłócił konkurencji, chociaż to na zamawiającym spoczywał obowiązek przeprowadzenia postępowania dowodowego i wskazania w jakim zakresie wykonawca powinien rozwiązać jego wątpliwości, wskazując również podmiotowe środki dowodowe, które wykonawca powinien złożyć. Wobec wystosowania wezwania do udowodnienia, iż udział odwołującego w postępowaniu nie zakłóca konkurencyjności zwrócił się do zamawiającego w celu zakreślenia podmiotowych środków dowodowych oraz okoliczności, co do których odwołujący ma się wypowiedzieć wobec braku możliwości udowodnienia nie występowania określonego faktu.

W celu zapewnienia kompletności odwołania odwołujący odniósł się również do decyzji zamawiającego o unieważnieniu niniejszego postępowania, podjętej w odniesieniu do odwołującego na podstawie art. 226 ust. 2 lit. a w zw. z art. 108 ust.1 pkt 6 pzp. jako pozbawionej waloru prawidłowości. O ile art. 226 ust.2 lit. a pzp. traktować należy, jako *lex generalis*, które skonkretyzowane zostało w art. 108 ust.1 pkt 6, to nadmienić należy, iż *lex specialis* nie jest samoistną podstawą do podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania, a stanowi wynik analizy normy materialno-prawnej określonej w zarzucie 1 i 2 i tylko w przypadku aktualizacji przesłanek z niej wynikających możliwe jest jej zastosowanie. Zamawiający uzasadniając w sposób ogólnikowy i niepełny, bez wskazania adekwatnej podstawy prawnej - podjętej wobec oferty odwołującego czynności, pozbawił go możliwości oceny poprawności prowadzonych działań i ewentualnego ich rzeczowego zakwestionowania przez wniesienie odwołania i jego uzasadnienia, uchylając tym samym regulom, rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Jeśli zamawiający istotnie uważał, że odwołujący nie złożył w odpowiedzi na wezwanie żadnego dowodu związanego ze sprawą, na podstawie którego zamawiający mógłby należycie ocenić, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóca konkurencji, to późniejsze arbitralne uznanie, że odwołujący wydawał w ramach postępowania dla zamawiającego opinie techniczne mające na celu „przygotowanie” odpowiedzi na zadawane w ramach postępowania pytania od wykonawców, co jest w pełni wystarczające do stwierdzenia, że odwołujący kierunkował odpowiedzi i kształtował przebieg postępowania, także po przygotowaniu dokumentacji „dopuszczając” ewentualne rozwiązania technologiczne, nie ma nic wspólnego z stanem faktycznym i jest bezpodstawnym domniemaniem o zakłóceniu konkurencji uzasadniającym jakoby wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 108 ust 1 pkt 6 pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca G.R. – Energotechnika2 G.R., którego ofertę zamawiający odrzucił na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

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.), dalej jako Ustawa.

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

W poczet materiału dowodowego włączona została dokumentacja postępowania przekazana przez zamawiającego.

Ustalenia Izby.

Zamawiający wymaga realizacji przedmiotu zamówienia na podstawie projektu wykonawczego (pkt V.3 swz). Załączony w dokumentacji przedmiar robót nie stanowi elementu opisu przedmiotu zamówienia, nie jest podstawą do sporządzenia przez wykonawcę wyceny, a ma jedynie charakter dokumentu pomocniczego, informacyjnego (pkt V.4 swz). Projekt techniczno-wykonawczy stanowiący element dokumentacji projektowej opracowany został przez RST Energia M.N..

W protokole postępowania, pkt 5 (druk ZP-PN), jako inne osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania wskazane zostały:

RST ENERGIA – M.N. – opracowanie opisu przedmiotu zamówienia oraz szacowania wartości zamówienia

W.W. – Kierownik Oczyszczalni Ścieków MPWiK Sp. z o.o. w Rzeszowie – współpraca przy opracowywaniu opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie wypełnił pkt 4 protokołu postępowania (druk ZP-PN), w którym należy wskazać środki mające na celu zapobieżeniu zakłócenia uczciwej konkurencji, w przypadku o którym mowa w art. 85 ust. 1 Ustawy. Pkt 4 protokołu dotyczy nie tylko prowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych, ale również wcześniejszego zaangażowania wykonawcy.

W pkt 3 protokołu postępowania (druk ZP-PN) zamawiający wskazał, że wartość zamówienia ustalona została 23.08.2024 r. na podstawie kosztorysu inwestorskiego opracowanego przez RST ENERGIA M.N. na kwotę 3.824.320,33 zł netto. Kosztorys inwestorski obejmuje pozycje z przedmiaru robót, stanowiącego element opisu przedmiotu zamówienia.

Termin składania ofert upływał 6.12.2024 r.

Najpóźniej przed otwarciem ofert zamawiający udostępnił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 4.703.914,01 zł brutto, co stanowi kwotę szacowanej wartości zamówienia powiększoną o stawkę VAT 23%.

W postępowaniu złożone zostały dwie oferty:

Energotechnika2 G.R. – 4.292.700,00 zł brutto;

RST ENERGIA M.N. – 3.933.540,00 zł brutto.

W wezwaniu z 13.12.2024 r. skierowanym do odwołującego zamawiający wskazał, że *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. Zamawiający w wyniku przeprowadzonej analizy stwierdza, że Wykonawca był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia.*

Zamawiający w toku postępowania jest obowiązany podjąć odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji. Natomiast, na wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu postępowania, ciąży obowiązek podejmowania takich działań, aby jego udział w postępowaniu nie stanowił zakłócenia konkurencji.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający wzywa Wykonawcę do udowodnienia (...), że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

Odwołujący w odpowiedzi na to wezwanie przywołał orzeczenia w zakresie odpowiadającym procedurze zmierzającej do ustalenia ewentualnej podstawy do wykluczenia wykonawcy zaangażowanego w przygotowanie postępowania do jego wykluczenia. *Jeżeli wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania dała przewagę wykonawcy nad pozostałymi wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, przez co miał on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach, a zatem udział wykonawcy będzie mógł być oceniony jako naruszający zasady uczciwej konkurencji – przy czym zauważyć należy, iż wyłączenie nie jest realizowane bez przeprowadzenia czynności dowodowych.*

Na kierunek wykładni art. 85 ustawy Pzp wskazuje również orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 marca 2005 r., w sprawie C-21/03 C- 4/03, aktualne również na gruncie art. 85 ustawy Pzp, w którym ETS stwierdził, że jednostka zamawiająca nie może odmówić uczestnictwa w postępowaniu wykonawcy realizującemu określone prace badawcze, dające informacje na temat zamówienia, chyba że wykaze, iż przedsiębiorca odniósł z tego tytułu nieuzasadnione korzyści mogące zniekształcić normalne warunki konkurencji. Dopiero wykazanie, że taki udział doprowadził do naruszenia uczciwej konkurencji, spowoduje wykluczenie z postępowania wykonawcy. Jednak ocena, czy doszło do uprzywilejowania wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia będzie zależać od tego, czy wykonawca udowodni, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Jeżeli wiedza zdobyta przez wykonawcę, lub jego pracownika, a także osoby zatrudnionej przez wykonawcę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług w związku z przygotowaniem postępowania dawała przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co miał on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach, udział takiego wykonawcy będzie oceniony jako naruszający

zasady uczciwej konkurencji.

Odnieść należy się także, do wyroku z dnia 28 marca 2018 r., KIO 473/18, Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do pojęcia „udowodnienia”, o którym mowa w przepisie art. 24 ust. 10 Pzp2004, w szczególności czy zwrot ten oznacza, że wezwany wykonawca zawsze ma obowiązek przedstawić dowody w postaci dokumentów, które będą potwierdzać okoliczności przywoływane przez wykonawcę.

(...)

W celu przyspieszenia procesu składania wyjaśnień w niniejszym postępowaniu wskazuje, iż mój mocodawca w ramach jego przygotowywania opracowywał dokumentację projektową – **według wytycznych zamawiającego**, nie mniej jednak niniejsze stosownie do przytoczonych powyżej wyroków KIO nie stanowi obligatoryjnej przesłanki do jego wyłączenia bowiem czynności te badać należy ad casum. Dodatkowo wskazać należy, iż wyłączenie od udziału w postępowaniu bez przeprowadzenia postępowania dowodowego sensu stricte stanowić będzie złamanie norm prawa stanowionego i przywiedzie mojego mandanta do wzruszenia ew. rozstrzygnięcia.

Dlatego też mając na względzie powyższe, a w szczególności złożone wyjaśnienia wzywam Zamawiającego do zakreslenia środków dowodowych i okoliczności mających podlegać ocenie, celem realizacji postanowień wskazanych w art. 85 Pzp.

W uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania oraz decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający wskazał, że wykonawca ten był zaangażowany w przygotowanie postępowania. Już po ogłoszeniu o zamówieniu wydawał w ramach postępowania opinie techniczne mające na celu przygotowanie odpowiedzi na zadawane pytania od wykonawców, co prowadziło do kształtowania przebiegu postępowania także po przygotowaniu dokumentacji projektowej w zakresie dopuszczenia ewentualnych rozwiązań technologicznych. Zamawiający wezwał 13.12.2024r. na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp do udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóca konkurencji. W odpowiedzi złożone pismo uniemożliwiło zamawiającemu stwierdzenie powzięcia przez wykonawcę czynności mających na celu udowodnienie ww. zarzutu. Wykonawca nie złożył żadnego dowodu związanego ze sprawą, na podstawie którego zamawiający mógłby należycie ocenić, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie zakłóca konkurencji. W związku z powyższym zamawiający wykluczył wykonawcę na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Na rozprawie zamawiający potwierdził, że odwołujący był również zaangażowany do udzielenia odpowiedzi na dwa pytania zadawane do treści swz. Zamawiający przekazał odpowiedzi na pytania do swz wykonawcom pismem z 21.11.2024 r. Zamawiający załączył do akt postępowania korespondencję mailową z 19.11.2024 r. zawierającą odpowiedzi na pytania przesłane przez zamawiającego do udzielającego odpowiedzi – w.. Oba pytania wskazane w korespondencji mailowej zadał podmiot, który nie złożył oferty w postępowaniu (Instal Electric Sp. z o.o.). Podmiot ten skierował 27.11.2024 r. do zamawiającego jeszcze jedno pytanie, na które nie została udzielona odpowiedź (brak w przekazanej dokumentacji).

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Izba uznała zasadność zarzutów, w których odwołujący kwestionował prawidłowość działania zamawiającego na etapie oceny możliwości zakłócenia konkurencji przez udział w postępowaniu odwołującego, który uczestniczył w pracach związanych z przygotowaniem postępowania, co doprowadziło do odrzucenia jego oferty w związku z art. 108 ust. 1 pkt 6 Ustawy i unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się na wstępie do podniesionego przez uczestnika zarzutu braku objęcia odwołaniem czynności unieważnienia postępowania, skład orzekający wskazuje, że wniosek ten nie ma podstaw. W odwołaniu, chociaż nie w części wstępnej opisującej naruszenia przepisów, których miał dopuścić się zamawiający, znajduje się argumentacja nawiązująca do nieprawidłowości decyzji o unieważnieniu postępowania. Na str. 6 odwołujący wskazał: *W celu zapewnienia kompletności niniejszego odwołania nie sposób nie odnieść się do kwestii decyzji Zamawiającego o unieważnieniu niniejszego postępowania, podjętej w odniesieniu do odwołującego na podstawie art. 226 ust. 2 lit.a w zw z art. 108 ust.1 pkt 6 p.z.p. zauważyć, iż niniejsza decyzja stosownie do stanowiska doktryny, a także orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej pozbawiona jest waloru prawidłowości. O ile art. 226 ust.2 lit.a p.z.p traktować należy, jako lex generalis, które skonkretyzowane zostało w art. 108 ust.1 pkt 6, to nadmienić należy, iż lex specialis nie jest samoistną podstawą do podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania, a stanowi wynik analizy normy materialno prawnej określonej w zarzucie 1 i 2 i tylko w przypadku aktualizacji przesłanek z niej wynikających możliwe jest jej zastosowanie vide wyrok KIO z dnia 10 lutego 2022 r. sygn. KIO 241/22.* Powyższe prowadzi zatem do objęcia odwołaniem nie tylko czynności odrzucenia oferty odwołującego ale również czynności unieważnienia postępowania, która była konsekwencją decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego. Również żądania odwołującego odnoszą się do nakazania unieważnienia czynności unieważnienia

postępowania.

Przechodząc dalej do czynności odrzucenia oferty odwołującego, w okolicznościach faktycznych, jakie towarzyszyły jej podjęciu, skład orzekający uznał, że decyzja zamawiającego została podjęta z naruszeniem przepisu art. 85 Ustawy, który odnosi się do udziału w postępowaniu wykonawcy, który był zaangażowany w przygotowanie postępowania przetargowego. Nie ma przy tym sporu, że odwołujący był zaangażowany w opracowanie dokumentacji projektowej, jak i przedmiaru robót, który stanowił podstawę dla oszacowania wartości zamówienia, którą również odwołujący wykonał dla zamawiającego. Zasadniczym z punktu widzenia zarzutów było natomiast odniesienie się do zaniechań, jakie były udziałem zamawiającego, które uniemożliwiały przyjęcie, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 85 ust. 2 Ustawy, jak i art. 108 ust. 1 pkt 6 Ustawy.

Należy zauważyć, że odwołujący już na etapie składania wyjaśnień wskazywał na konieczność wykazania przez zamawiającego, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania miało zakłócać konkurencję, co jest warunkiem dla ewentualnego przedstawienia przez wykonawcę dowodów, które pozwalałyby na przyjęcie odmiennej oceny.

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.* Podobnie ustawodawca w art. 108 ust. 1 pkt 6 Ustawy wskazał na obligatoryjną podstawę wykluczenia z postępowania, *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.* Jak wskazała Izba w wyroku z 11.09.2024 r., sygn. akt KIO 3119/24 przepis art. 85 ust. 2 Ustawy 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.

Odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy, skład orzekający wskazuje, że zamawiający wezwaniem skierowanym do odwołującego do wykazania, że jego udział w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, nie mógł zwolnić się z obowiązku oceny, że do takiego zakłócenia konkurencji w postępowaniu doszło. Brak działań po stronie zamawiającego nie mógł przenosić na wykonawcę odpowiedzialności w postaci uznania, że wykazane zostało, aby jego

udział na etapie przygotowania postępowania przetargowego miał zakłócać konkurencję w postępowaniu, czego nie można inaczej zniwelować, niż w drodze wykluczenia z postępowania. Zamawiający sięgając do sankcji przewidzianych w przepisach art. 85 ust.1, jak i art. 108 ust. 1 pkt 6 Ustawy zobowiązany był wykazać, że udział wykonawcy w postępowaniu prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji, czego nie dokonał ani na etapie kierowania wezwaniem, ani w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Zamawiający poprzestał na samym stwierdzeniu, że odwołujący był zaangażowany w przygotowanie postępowania, jak również miał uczestniczyć w opracowaniu odpowiedzi na pytania składane do dokumentacji projektowej. W wezwaniu z 13.12.2024 r. zamawiający oczekiwał, że to wykonawca wykaże, że jego udział w postępowaniu nie zakłóca konkurencji, co prowadziło do wypaczenia przepisów Ustawy, które potrzebę wykazania przez wykonawcę braku wpływu jego udziału w przygotowaniu postępowania na konkurencję, wiązą z wykazaniem przez zamawiającego, że do takiego naruszenia miało dojść. Zatem punktem wyjścia powinno być w pierwszej kolejności wykazanie przez zamawiającego w jaki sposób wykonawca miał uzyskać przewagę nad konkurencją w związku z opracowaniem dokumentacji, która stanowiła element opisu przedmiotu zamówienia i została udostępniona wszystkim zainteresowanym. Również w odniesieniu do udziału w szacowaniu wartości zamówienia należałoby uwzględnić, że podstawą tego szacowania był przedmiar również udostępniony dla wykonawców, jako załącznik do swz, co do którego zamawiający wprost wskazał, że ma charakter pomocniczy i nie jest podstawą dla kalkulacji ceny ofertowej. Odnosząc się natomiast do odpowiedzi na pytania kierowane do swz, na podstawie złożonej dokumentacji nie można potwierdzić, że udzielał ich odwołujący, w sytuacji, gdy korespondencja prowadzona była z kierownikiem oczyszczalni ścieków MPWiK Sp. z o.o. Tym samym uzasadnienie odrzucenia, w którym zamawiający wskazuje, że wykonawca nie złożył w odpowiedzi na wezwanie żadnego dowodu związanego ze sprawą, na podstawie którego zamawiający mógłby należycie ocenić, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie zakłóca konkurencji, nie może być przyjęte jako poprawne. To bowiem zamawiający powinien był ocenić na podstawie posiadanych informacji, czy doszło do zakłócenia konkurencji w postępowaniu i przy uznaniu, że pomimo podjętych przez zamawiającego środków mających na celu zapobieżeniu zakłócenia uczciwej konkurencji, w przypadku o którym mowa w art. 85 ust. 1 Ustawy, nie można inaczej przywrócić warunków uczciwej konkurencji, dopiero wystąpić do wykonawcy o wykazanie, że nie miało miejsca naruszenie warunków uczciwej konkurencji. Skoro zatem sam zamawiający nie wskazał na jakiej podstawie można uznać, że doszło do naruszenia warunków uczciwej konkurencji, nie można przypisać odwołującemu odpowiedzialności za brak wykazania, że nie doszło do naruszenia uczciwej konkurencji.

Ten kierunek stosowania art. 85 Ustawy potwierdza orzecznictwo, w tym powoływane stanowisko ETS w wyroku z 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabricom SA v. Państwo Belgijskie*, w którym zwrócono uwagę, na brak automatyzmu przy wykluczeniu wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu danego postępowania. Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że udział danego wykonawcy w niektórych pracach przygotowawczych może prowadzić do zakłócenia konkurencji między oferentami, uznał jednak również, że istnieją przypadki, w których wykluczenie z procedury przetargowej osób wykonujących niektóre prace przygotowawcze jest nieuzasadnione, bowiem ich uczestnictwo w procedurze nie stanowi żadnego niebezpieczeństwa dla konkurencji między oferentami. Tym samym, zamawiający jest obowiązany wykluczyć wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania tylko i wyłącznie wtedy, gdy jest w stanie wykazać, iż jego udział w tym postępowaniu utrudnił konkurencję, tj. jego pozycja była korzystniejsza od innych wykonawców w nim uczestniczących oraz, że spowodowanego tym zakłócenia konkurencji nie da się wyeliminować w inny sposób niż poprzez wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Zarówno w piśmiennictwie jak i orzecznictwie (np. wyrok KIO z 28.03.2021 r., sygn. akt KIO 473/18; wyrok z 19.10.2018 r., sygn. akt KIO2037/18) konsekwentnie podnosi się, że sam fakt udziału w przygotowaniu postępowania nie stanowi wystarczającej przesłanki wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania - koniecznym jest przesądzenie, że powyższe spowodowało zakłócenie konkurencji oraz, że to zakłócenie konkurencji nie mogło zostać wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Podkreślenia wymaga, iż oceny w tym zakresie każdorazowo należy dokonywać z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy. To na zamawiającym spoczywa ciężar oceny okoliczności faktycznych, które miałyby wskazywać na naruszenie konkurencji, co powinno być wykonawcy zakomunikowane, tak aby dać realną możliwość przedstawienia dowodów, które pozwalałyby uznać, że jego przewaga nad innymi wykonawcami (jeżeli ta zostanie przez zamawiającego stwierdzona i wykazana) została faktycznie zniwelowana lub nie miała znaczenia dla składanej oferty, w tym znaczeniu, że nie wpływała na jej treść w stopniu, który mógłby zaburzać ocenę złożonych ofert. Należy bowiem zauważyć, że celem omawianej instytucji jest zachowanie warunków uczciwej konkurencji na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej, co również nie powinno automatycznie wykluczać z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy mogli być zaangażowani na etapie przygotowania postępowania.

W ocenie składu orzekającego zamawiający swoimi błędami doprowadzić do sytuacji, w której wykonawca został postawiony przed koniecznością udowodnienia, że jego udział w postępowaniu nie zakłócał konkurencji, co nie było

możliwe bez wiedzy o tym, co miałyby w ocenie zamawiającego wskazywać na zakłócenie konkurencji w postępowaniu przetargowym i w jaki sposób miało to swój wydzźwięk w postępowaniu przetargowym. Nie jest przy tym wystarczającym samo wskazanie na fakt uczestniczenia odwołującego w przygotowaniu postępowania, tu w opracowaniu dokumentacji projektowej, jak również szacowaniu wartości zamówienia, ale koniecznym jest również ustalenie przez zamawiającego, w jaki sposób te okoliczności miałyby naruszać warunki konkurencyjności, co powinno uwzględniać również te działania, które były udziałem samego zamawiającego w toku postępowania przetargowego. Nie można przy tym rozumieć wezwania kierowanego na podstawie art. 85 ust. 2 Ustawy, jako wyczerpującego środki dostępne zamawiającemu mające na celu zrównoważenie przewagi nad innymi wykonawcami. Co ważne w tej sprawie, również z samego uzasadnienia odrzucenia oferty nie wynika w jaki sposób miałyby dojść do naruszenia warunków uczciwej konkurencji, co również prowadzi do uznania, że czynność odrzucenia oferty odwołującego nie może być utrzymana jako zgodna z przepisami Ustawy. Wyjaśnienia wykonawcy złożone w tych warunkach nie mogły uzasadniać stwierdzenia, że spełnione zostały przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty. Nadal na zamawiającym spoczywał ciężar wykazania, że udział odwołującego w postępowaniu prowadził do naruszenia konkurencji i w czym przewaga tego podmiotu się przejawiała, jak również że powstałe na tym tle zakłócenie konkurencji nie mogło zostać wyeliminowane w inny sposób, niż przez wykluczenie odwołującego z postępowania. W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego nie ma żadnego stanowiska, które wskazywałoby że zamawiający dokonał analizy w jaki sposób wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania dała odwołującemu przewagę nad pozostałymi zainteresowanymi wykonawcami, przez co miałby on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo, że posiadał informacje dodatkowe, jak również że nie było możliwe wyeliminowanie tej przewagi bez konieczności wykluczenia wykonawcy. Zamawiający dopiero na rozprawie wskazywał, że wykonawca mógł skorzystać z możliwości wcześniejszego przygotowania oferty mając wiedzę, że postępowanie będzie się odbywało jeszcze w 2024 r., co miałyby mieć znaczenie dla możliwości pozyskania korzystniejszych warunków cenowych. Izba nie mogła uwzględnić tego argumentu, jako dodatkowego uzasadnienia, które miałyby uzupełniać decyzję, od której wniesione zostało odwołanie. Zamawiający zobowiązany jest wskazać w uzasadnieniu decyzji argumenty, na podstawie których oceniana jest podjęta czynność odrzucenia oferty odwołującego. Jediną podstawą odrzucenia oferty odwołującego było stwierdzenie, że wyjaśnienia jakie złożył odwołujący nie pozwalały na przyjęcie, że udział tego wykonawcy nie zakłócał konkurencji w postępowaniu przetargowym. Taki sposób oceny nie mógł być zaakceptowany, co naruszało przepisy w zakresie wskazanym powyżej.

W świetle powyższego Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a Ustawy, jak również unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, w którym nadal oferta odwołującego, jako ważna podlega badaniu i ocenie.

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 § 7 ust. 1 pkt 1 poz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 20.000 zł. i obciążyła nimi zamawiającego.

Przewodnicząca:.....