

WYROK

Warszawa, dnia 28 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 03 marca 2025 r. przez wykonawcę GLSE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi przy ul. Stanisława Dubois 114/116 (93-465 Łódź) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi przy ul. Pabianickiej 62 (93-513 Łódź)

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Wojewódzkiemu Wielospecjalistycznemu Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy GLSE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi i czynności uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy GLSE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę GLSE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę GLSE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną zamawiającego Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi na rzecz wykonawcy GLSE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi kwotę 23 600 zł 00 gr (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawcę GLSE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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:.....

UZASADNIENIE

Wojewódzkie Wielospecjalistyczne Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi (zwane dalej: „Zamawiającym”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wykonanie montażu instalacji fotowoltaicznych na terenie Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi, znak sprawy EZ.28.174.2024 (zwane dalej: „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 04 grudnia 2024 r. pod numerem 740900-2024. Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) (zwanej dalej: „Pzp” lub „ustawą Pzp”).

W dniu 03 marca 2025 r. wykonawca GLSE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (zwany dalej: „Odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego pomimo tego, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na zakłócenie konkurencji spowodowane zaangażowaniem Odwołującego w przygotowanie postępowania a w efekcie tego unieważnienie postępowania pomimo tego, że oferta Odwołującego nie przewyższa ceną kwoty, którą zamawiający zamierza

przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Wobec powyższego Odwołujący postawił Zamawiającemu zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2a Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 85 ust. 2 Pzp oraz art. 255 pkt 3 Pzp.

W oparciu o podniesiony zarzut, Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 3) ponowienia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu poniesionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący wyjaśnił, że przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp, bowiem ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nieprawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego, a następnie unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 ust. 3 Pzp. Gdyby Zamawiający niedopuszczył się wskazanych w odwołaniu uchybień przedmiotowe zamówienie uzyskałby Odwołujący.

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona argumentacja dla podniesionych zarzutów.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 Pzp do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

W dniu 19 marca 2025 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 24 marca 2025 r. Odwołujący złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym odniósł się argumentacji Zamawiającego przedstawianej w odpowiedzi na odwołanie, jak również wraz z pismem złożył trzy dowody w postaci:

- a) opinii R-Sun Michał Chaberski (wykonawcy projektów i robót dot. Paneli fotowoltaicznych) dot. korzystania z audytu efektywności energetycznej celem wykazania wpływu znajomości audytu efektywności energetycznej dla składania oferty w postępowaniu na projektowanie i budowę instalacji fotowoltaicznej;
- b) opinii Funds For Future sp. z o.o. (podmiotu zajmującego się dofinansowaniami m.in. w zakresie odnawialnych źródeł energii) dot. celu sporządzania audytu efektywności energetycznej celem wykazania celowości sporządzania audytu efektywności energetycznej w procedurach dofinansowywanych przez Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Łodzi;
- c) oświadczenia GLSE sp. z o.o. odnośnie dokumentów i informacji źródłowych uzyskanych przez GLSE sp. z o.o. i OLP sp. z o.o. od Zamawiającego celem wykazania jakie dokumenty i jakie oświadczenia od Zamawiającego uzyskały GLSE sp. z o.o. i OLP sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron odwoławczego wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym Odwołującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami oraz pisma procesowego złożonego przez Odwołującego wraz z załącznikami.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj” polegających na wykonaniu montażu instalacji fotowoltaicznych na terenie Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi.

Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej zwana: „SWZ”) wskazał w rozdziale XLI. załączniki do SWZ gdzie jako załącznik nr 2 powołano Program Funkcjonalno – Użytkowy (zwany dalej również: „PFU”).

W PFU w pkt 1 „Zakres i podstawa opracowania” wskazano:

Zamawiający w protokole postępowania w rubryce „Sposób i termin składania ofert” wskazał, że termin składania ofert

został skrócony z powodu: „Szpital otrzymał informację o uzyskaniu dofinansowania z WFOŚiGW w Łodzi pismem z dnia 10 września 2024 roku. Na ten moment w trakcie procedowania jest akceptacja wzoru umowy dotacji. Szpital określił na etapie wnioskowania, że zakończenie realizacji zadania zostało określone na dzień 30 czerwca 2025 roku. Aby pomyślenie zakończyć inwestycję należy rozpocząć procedurę wyboru wykonawcy w trybie pilnym. Wobec powyższego w opinii Komisji skrócenie terminu składania ofert do 15 dni jest zasadne.”

Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 19 grudnia 2024 r. W związku z tym, iż trakcie postępowania wpływały do Zamawiającego wnioski o wyjaśnienia treści specyfikacji, Zamawiający dwukrotnie wydłużał termin składania ofert tj. najpierw na dzień 27 grudnia 2024 r., a następnie na dzień 03 stycznia 2025 r..

W postępowaniu zostało złożonych 7 ofert, w tym ofertę złożył Odwołujący na kwotę 1 033 200, 00 zł brutto. W informacji z otwarcia ofert Zamawiający poinformował, że kwota przeznaczona na realizację zamówienia wynosi 1 107 000,00 PLN brutto.

Zamawiający w związku z powzięciem informacji na etapie badania i oceny ofert, że Odwołujący jako wykonawca, który złoży ofertę w postępowaniu uczestniczył w przygotowaniu Programu Funkcjonalno – użytkowego dla przedsięwzięcia pn. „Montaż instalacji fotowoltaicznych na terenie Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi, który stanowi załącznik do SWZ w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający w dniu 31 stycznia 2025 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia czy zaangażowanie Odwołującego w przygotowanie postępowania nie zakłóciło konkurencji. Zamawiający wskazał:

„W związku z faktem, iż jesteście Państwo autorami załączonego do SWZ Programu Funkcjonalno – użytkowego dla przedsięwzięcia pn. „Montaż instalacji fotowoltaicznych na terenie Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi zachodzi podejrzenie, iż wcześniejsze Państwa zaangażowanie w przygotowanie postępowania mogło doprowadzić do zakłócenia uczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie zakłóciło konkurencji.

W szczególności Wykonawca powinien uprawdopodobnić, że pomimo przygotowania dokumentu PFU nie uzyskał przewagi nad innymi Wykonawcami w procesie składania oferty”.

W dniu 04 lutego 2024 roku Odwołujący w odpowiedzi na pismo Zamawiającego wskazał, iż:

W dniu 20 lutego 2025 r. Zamawiający odrzucił w postępowaniu cztery oferty, dwie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jedną na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z art. 224 ust. 6 Pzp i ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2a w związku z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. W odniesieniu do ofert Odwołującego w uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, że :

„W związku z faktem, iż Wykonawca jest autorem załączonego do SWZ Programu Funkcjonalno – użytkowego dla przedsięwzięcia pn. „Montaż instalacji fotowoltaicznych na terenie Wojewódzkiego Wielospecjalistycznego Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi, Zamawiający w dniu 31.01.2025 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień czy wcześniejsze zaangażowanie Wykonawcy w przygotowanie postępowania mogło doprowadzić do zakłócenia uczciwej konkurencji. W szczególności Wykonawca został poproszony o uprawdopodobnienie, że pomimo przygotowania dokumentu PFU nie uzyskał przewagi nad innymi Wykonawcami w procesie składania oferty.

Wykonawca wyjaśnił, iż w lutym 2024 roku, na zlecenie OLP Sp. z o.o., firma GLSE Sp. z o.o., jako podwykonawca przygotowała program Funkcjonalno – Użytkowy (PFU) oraz audyt efektywności energetycznej jako element dokumentacji aplikacyjnej o dofinansowanie do funduszy WFOŚiGW w Łodzi.

W ocenie Zamawiającego tak istotny zakres zaangażowania w przygotowanie postępowania pozwolił Wykonawcy osiągnąć istotną przewagę nad pozostałymi uczestnikami postępowania, w konsekwencji czego jedyną możliwością przywrócenia konkurencyjności tego postępowania powinno być jego wykluczenie.

Należy podkreślić, iż w toku powadzonego postępowania Zamawiający, wraz z dokumentacją projektową upublicznił wykonane PFU oraz kosztorys cenowy, nie wydłużył jednak terminu składania ofert, określonego w art. 138 ustawy PZP, co więcej z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia podjął decyzję o skróceniu terminu składania ofert. W ocenie Zamawiającego wskazane wyżej okoliczności świadczą o tym, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do zakłócenia konkurencji (...).”

W tym samym dniu tj 20 lutego 2025 r. Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 ust. 3 zgodnie, z którym Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta

z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba, że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, iż; „w przedmiotowym postępowaniu do wyznaczonego terminu i godziny składania ofert zostało złożonych siedem ofert. W toku prowadzonej oceny cztery oferty zostały odrzucone, pozostałe ważne oferty przekroczyły kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia. Zamawiający nie może

zwiększyć kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, w związku z tym jest zobligowany do unieważnienia postępowania z mocy prawa.”

Odwołujący z taką decyzją Zamawiającego nie zgodził się, składając tym samym odwołanie.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba w pierwszej kolejności analizowała prawidłowość czynności Zamawiającego dokonanych dnia 20 lutego 2025 r., tj. czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty jako oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w związku z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazać należy, że to przez przyzmat uzasadnienia tych czynności przez Zamawiającego, tj. przywołanych w piśmie z dnia 20 lutego 2025 r. okoliczności faktycznych oraz przedstawionej tam argumentacji, Izba dokonuje oceny prawidłowości czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, ponieważ ocenie Izby mogą podlegać tylko te okoliczności, o których został poinformowany wykonawca. Następstwem tego jest to, że nie mogą wpływać na rozstrzygnięcie sprawy nowe okoliczności podnoszone przez Strony w postępowaniu odwoławczym w celu wykazania czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia zakłócenie konkurencji zostało lub nie wyeliminowane, które wykraczają poza argumentację przedstawioną przez Odwołującego w treści wyjaśnień z dnia 04 lutego 2025 r., a przez Zamawiającego w treści pisma z dnia 20 lutego 2025 r.

Dotyczy to w szczególności załączonych przez Odwołującego do pisma procesowego z dnia 24 marca 2025 r. dowodów m.in. opinii R-Sun Michał Chaberski (wykonawcy projektów i robót dot. paneli fotowoltaicznych) dotyczących korzystania z audytu efektywności energetycznej celem wykazania wpływu znajomości audytu efektywności energetycznej dla składania oferty w postępowaniu na projektowanie i budowę instalacji fotowoltaicznej czy opinii Funds For Future sp. z o.o. (podmiotu zajmującego się dofinansowaniami m.in. w zakresie odnawialnych źródeł energii) dotyczącej celu sporządzania audytu efektywności energetycznej celem wykazania celowości sporządzania audytu efektywności energetycznej w procedurach dofinansowywanych przez Wojewódzki Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Łodzi, na co nie powoływał się Odwołujący w treści wyjaśnień z dnia 04 lutego 2025 r.

Powyższe w równym stopniu dotyczy twierdzeń Zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie podnosił argumentację związaną m.in. z tym, że nie udostępnił on wykonawcom audytu efektywności energetycznej autorstwa Odwołującego, których to okoliczności Zamawiający nie wskazywał w treści informacji o wykluczeniu jako przemawiającej za istnieniem zakłócenia konkurencji. Zamawiający w odniesieniu do audytu efektywności energetycznej uzasadniając swoją decyzję jedynie wskazał, że: „Wykonawca wyjaśnił, iż w lutym 2024 roku, na zlecenie OLP Sp. z o.o., firma GLSE Sp. z o.o., jako podwykonawca przygotowała program Funkcjonalno – Użytkowy (PFU) oraz audyt efektywności energetycznej jako element dokumentacji aplikacyjnej o dofinansowanie do funduszy WFOŚiGW w Łodzi.”

Oceniając czynność Zamawiającego polegającą na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, pod kątem zgodności z ustawą Pzp należy przede wszystkim zwrócić uwagę na podstawę prawną tej czynności tj. art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu 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.

Celem powyższego przepisu jest wyeliminowanie z postępowania podmiotów, które zdobyły w trakcie uczestnictwa w przygotowaniu postępowania wiedzę, która może spowodować, że znajdują się w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Co istotne, sam fakt zaangażowania w przygotowanie postępowania nie stanowi wystarczającej przesłanki wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania. Konieczne jest wykazanie, że udział ten spowodował zakłócenie konkurencji a także, że to zakłócenie konkurencji nie mogło zostać wyeliminowane w inny sposób jak tylko przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, że wykonawca, który wcześniej doradzał, opracowywał dokumentację lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, nabywa określony zakres informacji o przedmiocie zamówienia, które na pewnym etapie postępowania nie są znane jeszcze innym potencjalnym jego uczestnikom. Nie oznacza to jednak, że powstałego na tym tle zakłócenia konkurencji nie da się wyeliminować poprzez podjęcie w postępowaniu odpowiednich czynności, tak aby uniknąć wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W ocenie składu orzekającego, należy zbadać czy wiedza zdobyta w związku z zaangażowaniem w postępowaniu dała

przewagę takiemu wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co uzyskał on sposobność przygotowania oferty na korzystniejszych warunkach albo był przez to w posiadaniu wiadomości związanych z realizacją zamówienia i czy możliwe jest wyeliminowanie tej przewagi bez konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania, ze względu na to, że wkluczenie wykonawcy z postępowania jest dla niego najdotkliwszą konsekwencją jaką może ponieść.

Mając na uwadze powyższe podkreślić należy, że w sytuacji gdy Zamawiający zdecyduje się ostatecznie na wykluczenie wykonawcy z postępowania to jego działanie musi być poprzedzone wnikliwą oceną, w czym na gruncie okoliczności faktycznych konkretnej sprawy przejawia się przewaga konkurencyjna wykonawcy zaangażowanego w przygotowanie postępowania oraz czy powstałe w związku z tym zakłócenie konkurencji nie może zostać (lub nie zostało) usunięte w inny sposób niż poprzez wykluczenie tego wykonawcy z postępowania. Ponadto, po zapewnieniu takiemu wykonawcy możliwości udowodnienia, że jego udział w postępowaniu nie zakłóci konkurencji jak tego wymaga obligatoryjnie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, wykluczenie wykonawcy z postępowania poprzedzać musi należąca ocena złożonych przez wykonawcę w tym celu wyjaśnień. Odzwierciedleniem tak przeprowadzonej weryfikacji powinno zaś być uzasadnienie informacji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę rozstrzyganej sprawy, Izba stwierdziła, iż Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp uznał, że zakres zaangażowanie w przygotowanie postępowania pozwolił Odwołującemu osiągnąć istotną przewagę nad pozostałymi uczestnikami postępowania, a w konsekwencji czego jedyną możliwością przywrócenia konkurencyjności postępowania powinno być jego wykluczenie a zatem wykluczając Odwołującego z postępowania Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp w związku z art. 85 ust. 2 Pzp.

Izba, analizując udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia miała na uwadze treść wezwania z dnia 31 stycznia 2025 r., które w swej treści nie było nazbyt precyzyjne, chociażby ze względu na wskazanie na podstawę wezwania art. 223 ust. 1 ustawy Pzp czy przywołanie art. 84 ustawy Pzp, gdzie mając na uwadze materiał dowodowy w przedmiotowym postępowaniu nie były prowadzone konsultacje rynkowe. Dodatkowo Zamawiający nie zawarł żadnych wytycznych co do przedłożenia wyjaśnień, wskazując jedynie, że wykonawca powinien uprawdopodobnić, że pomimo przygotowania dokumentu PFU, nie uzyskał przewagi nad innymi wykonawcami w procesie składania oferty. Pomimo tak sformułowanego wezwania, wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w dniu 04 lutego 2025 r., zdaniem Izby odnoszą się do wskazanego wezwania. Odwołujący wyjaśnił, że wykonał jako podwykonawca PFU oraz audyt efektywności energetycznej jako element dokumentacji aplikacyjnej do dofinansowanie z funduszy WFOŚiGW w Łodzi. Wskazał również, że nie wykonywał tego zlecenia przy bezpośredniej współpracy z Zamawiającym. Zwrócił uwagę na to, że Zamawiający załączył wykonany przez Odwołującego PFU do dokumentacji przetargowej jako załącznik do SWZ. Odwołujący dalej podkreślił, że dodatkowo Zamawiający upublicznił kosztorys tj. koszty realizacji przedsięwzięcia, który zdaniem Odwołującego „w normlanych warunkach nie byłby publicznie dostępny”. Odwołujący wskazał następnie, że jego zdaniem Zamawiający przedsięwziął w postępowaniu środki zaradcze w celu zagwarantowania, tego że udział Odwołującego w postępowaniu nie zakłóci konkurencji tj. przekazał pozostałym wykonawcom istotne informacje, jak również termin złożenia ofert był dwukrotnie przekładany ze względu na ilość pytań, które wpłynęły w toku postępowania. Odwołujący podkreślił, że również i on wysłał pytania w związku z wątpliwościami dotyczącymi treści dokumentów zamówienia, a odpowiedzi na tak zadane pytania zostały upublicznione na stronie postępowania w dniu 23 grudnia 2024 r. Następnie Odwołujący wskazał, że jego oferta cenowa uplasowała się dopiero na trzecim miejscu wśród złożonych ofert, a dodatkowo w dokumentacji przetargowej zamawiający określił dwa dodatkowe kryteria pozacenowe, które nie były znane przed ogłoszeniem postępowania przetargowego. Wobec tego Odwołujący jako wykonawca PFU nie był w stanie ich przewidzieć .

Dostrzec należy, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający opublikował jako załącznik do SWZ, PFU wraz z kosztami realizacji przedsięwzięcia (określenie kosztów robót budowlanych). Zamawiający podnosił w odpowiedzi na odwołanie, iż przewaga konkurencyjna Odwołującego przejawiała się w tym, że Zamawiający nie udostępnił w postępowaniu przetargowym audytu efektywności energetycznej i w związku z tym potencjalni wykonawcy w odróżnieniu od Odwołującego nie mieli dostępu do danych takich jak np. ilość zużywanej energii przez zamawiającego, możliwego do osiągnięcia po modernizacji zużycia energii finalnej z sieci czy zalecanej mocy instalacji fotowoltaicznej. Izba zwraca uwagę, iż po pierwsze powoływanie się na wyżej wymienione okoliczności dopiero na etapie postępowania odwoławczego jest działaniem spóźnionym jako, że argumentacja ta nie znalazła się w treści informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, a po drugie Odwołujący w wyjaśnianych z dnia 04 lutego 2025 r. wskazał, iż przygotowywała on audyt efektywności energetycznej, ale jako element dokumentacji aplikacyjnej o dofinansowanie z funduszy WFOŚiGW w Łodzi. Zauważenia wymaga, iż w PFU zostało wskazane, co było podstawą sporządzenia PFU jako jeden z elementów został wymieniony audyt efektywności energetycznej. Dodatkowo w audycie efektywności

energetycznej przy wskazaniu przy dokumentach jakie zostały wykorzystane przy opracowaniu przedmiotowego audytu wymieniono ankietę inwentaryzacyjną sporządzoną, która została sporządzona podczas wizji lokalnej, co jak argumentowała na rozprawie Zamawiający ten element również dawał przewagę konkurencyjną Odwołującemu. W ocenie Izby, potencjalni wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu na podstawie udostępnionego PFU posiadali wiedzę, że jedną z podstaw sporządzenia PFU był audyt efektywności energetycznej. Żaden wykonawca w toku prowadzonego postępowania nie zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie tego dokumentu, jak również nie zostało zadane pytanie, które by dotyczyło audytu efektywności energetycznej. Dodatkowo jak podnosił w piśmie procesowym i na rozprawie Odwołujący informacje zawarte w audycie efektywności energetycznej w głównej mierze opierają się na wyliczeniach mających oparcie w przepisach powszechnie obowiązującego i na podstawie odbytej wizji lokalnej. Zamawiający nie przedstawiał przeciwnej argumentacji, a wskazywanie, że ankietę inwentaryzacyjną sporządzoną, podczas wizji lokalnej dawała przewagę konkurencyjną Odwołującemu, bez podania konkretnych warunków, które by budowały tą przewagę nie mogła przekonać Izby do twierdzeń Zamawiającego.

Co istotne, Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu dopuścił wizję lokalną dla zainteresowanych wykonawców. Co więcej, jak sam wskazał w odpowiedzi na odwołanie spośród pytań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia na dziewięć zadanych pytań Zamawiający wskazał w udzielonych odpowiedziach, na konieczność odbycia wizji lokalnej, która umożliwi wykonawcom uzyskanie stosownej wiedzy w zakresie postawionych pytań. Tym samym i na tej podstawie można wnioskować, iż informacje zawarte w audycie efektywności energetycznej wykonawcy mogli również uzyskać na wizji lokalnej.

Na ocenę całokształtu sytuacji nie bez wpływu pozostaje także kwestia podnoszona przez Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 04 lutego 2025 r., dotycząca wydłużonego terminu na składanie ofert, zdaniem Odwołującego, jako jednego ze środków zaradczych podjętych przez Zamawiającego w celu wyeliminowania zakłócenia konkurencji. Zamawiający w decyzji o wykluczeniu Odwołującego wskazał, iż nie wydłużył terminu składania ofert, określonego w art. 138 ustawy Pzp, co więcej z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia podjął decyzję o skróceniu terminu składania ofert, co w ocenie Zamawiającego okoliczność ta świadczy o tym, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do zakłócenia konkurencji. Okolicznością bezsporną jest fakt, iż pierwotny termin składania ofert został wyznaczony na dzień 19 grudnia 2024 r. Następnie w związku z kierowanymi do Zamawiającego pytaniami o wyjaśnienie treści SWZ termin ten został wydłużony do dnia 27 grudnia 2024 r., aby ostatecznie zostać wyznaczonym na dzień 3 stycznia 2025 r. Zamawiający podniósł w odpowiedzi na odwołanie, że termin wydłużony ze względu na konieczność udzielenia odpowiedzi na pytania nie może być postrzegany jako środek zaradczy, aby wyeliminować przewagę konkurencyjną postępowaniu. Izba nie podzieliła tej argumentacji. W ocenie składu orzekającego ustalony ostatecznie przez Zamawiającego termin składania ofert mimo, że był wynikiem przedłużającej się procedury udzielenia odpowiedzi na pytania i spowodowany koniecznością modyfikacji SWZ był odpowiednio długi, aby umożliwić potencjalnym oferentom wnikliwe zapoznanie się z dokumentacją przetargową. Argumentację Zamawiającego sprowadzała się do tego że *„wydłużył wprawdzie termin składania ofert o 15 dni, ale z tego faktycznie było tylko 9 dni roboczych, w tym 3 dni to terminy składania ofert, reszta dni były to okres Świąt Bożego Narodzenia oraz okres Nowego Roku. Wskazać należy, że 2 oferty z 7 ofert zostały odrzucone w związku ze złożeniem ich na nieprawidłowym formularzu, co pośrednio wskazuje, że termin był zbyt krótki na zapoznanie się ze wszystkimi aspektami zamówienia”*. Izba uznała to stanowisko za chybione. Wykonawca zainteresowany danym zamówieniem, jako profesjonalista powinien dochować wszelkiej staranności, nie zważając na okres świąteczny poprzedzający termin składania ofert, aby złożyć ofertę na prawidłowym formularzu, a argumentacja Zamawiającego, iż takie działanie wskazuje pośrednio na to, że termin złożenia oferty był zbyt krótki jest niezasadna.

Mając na uwadze powyższe podkreślenia wymaga, iż w świetle złożenia przez Odwołującego wyjaśnień mających na celu wykazanie, że jego udział w postępowaniu nie zakłóca konkurencji, Zamawiający decydując się na wykluczenie Odwołującego z postępowania, zobowiązany był do przedstawienia rzetelnego uzasadnienia podstaw faktycznych wykluczenia, które powinny wyczerpująco obrazować jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego. W ocenie Izby uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego w żaden sposób nie potwierdza, że w omawianym przypadku miało miejsce zakłócenie konkurencji, którego jedynym sposobem wyeliminowania było wykluczenie Odwołującego z postępowania, a podjęte w postępowaniu czynności nie były wystarczające, aby zakłócenie konkurencji wyeliminować. W oparciu o treść decyzji o wykluczeniu nie sposób ustalić w czym Zamawiający upatruje przewagi konkurencyjnej Odwołującego, tym bardziej w sytuacji, gdy całość PFU, w którym znajduje się również informacja, że został opracowany w oparciu o m.in. audyt efektywności energetycznej, wraz z kosztami realizacji przedsięwzięcia została przekazana pozostałym wykonawcom w odpowiednim czasie i wszystkim wykonawcom zapewniono odpowiednio długi termin składania ofert, jak również umożliwiono im odbycie wizji lokalnej.

Z pisma Zamawiającego nie wynika także w żaden sposób dlaczego okoliczności wskazane przez Odwołującego w wyjaśnieniach nie spowodowały, że zostało ostatecznie wyeliminowane zakłócenie konkurencji. Dopiero w odpowiedzi

na odwołanie Zamawiający przedstawił stanowisko, że nieudostępnienie audytu efektywności energetycznej innym wykonawcom spowodowała, że nie mieli oni dostępu do danych, które były znane na wcześniejszym etapie Odwołującemu, co jednakże samo w sobie w ocenie Izby, jak już wyżej to zostało przedstawione nie przesądzało o zakłóceniu konkurencji, w obliczu zagwarantowania pozostałym wykonawcom chociaż wystarczającego terminu na przygotowanie ofert. Dodatkowo argument ten należało uznać za spóźniony, co zostało już wyżej wskazane jako, że tego rodzaju okoliczności faktyczne nie zostały przedstawione w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu, a tylko te okoliczności stanowiły przedmiot rozpoznania Izby. Zamawiający ani w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ani nawet w postępowaniu odwoławczym, nie przedstawił w zasadzie żadnych argumentów na okoliczność, że pozycja Odwołującego jest uprzywilejowana w stosunku do pozycji innych wykonawców, że wiedza zdobyta w związku z opracowaniem PFU i audytu efektywności energetycznej dała Odwołującemu przewagę nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co miał on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiadał informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia oraz, że spowodowanego tym zakłócenia konkurencji nie da się wyeliminować w inny sposób niż poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania.

Słusznie zatem, w ocenie Izby, wywodził Odwołujący, iż na podstawie uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania: „Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego z uwagi na to, że Ten nie uprawdopodobnił w swoich wyjaśnieniach, że pomimo przygotowania dokumentu PFU nie uzyskał przewagi nad innymi wykonawcami w procesie składania oferty. Zamawiający pominął treść wyjaśnień Odwołującego i odrzucił Jego ofertę z uwagi na to, że Odwołujący przygotował PFU (...) Zamawiający nie ocenił złożonych przez Odwołującego wyjaśnień” i „że wziął pod uwagę tylko jedną okoliczność: przygotowanie przez Odwołującego PFU, które uznał za istotną przewagę rynkową Odwołującego.”

Podsumowując powyższe, nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, iż Odwołujący znajdował się w korzystniejszej sytuacji przy sporządzaniu swojej oferty z powodu informacji, które mógł uzyskać w przedmiocie danego zamówienia publicznego w związku z wykonywaniem tych prac przygotowawczych (np. posiada dostęp do dokumentacji, która nie została przekazana innym oferentom – brak udostępnienia audytu efektywności energetycznej). Stanowisko Zamawiającego przedstawione w informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania (jak i prezentowane w postępowaniu odwoławczym) w ocenie Izby nie pozwala na uznanie, aby Zamawiający w sposób prawidłowy przed wykluczeniem Odwołującego z postępowania dokonał oceny, czy udział Odwołującego w postępowaniu, pomimo podjętych czynności, które zmierzały do wyeliminowania zakłócenia konkurencji, na kanwie wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego, faktycznie utrudnia konkurencję oraz czy spowodowane w ten sposób ewentualne zakłócenie konkurencji nie zostało wyeliminowane. Zamawiający nie przedstawił jakichkolwiek kontrargumentów, które wskazywałyby na dalsze istnienie zakłócenia konkurencji, tj. istnienie przewagi konkurencyjnej po stronie Odwołującego, w szczególności na okoliczność czy Odwołujący pozyskał jakąkolwiek dodatkową wiedzę lub informacje związane z realizacją przedmiotem zamówienia, których nie przekazano pozostałym wykonawcom, a które dawałyby mu przewagę konkurencyjną.

W świetle powyższego, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2a Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp w związku z art. 85 ust. 2 Pzp potwierdził się. W konsekwencji Izba stwierdziła również zasadność zarzutu naruszenia art. 255 pkt 3 ustawy Pzp biorąc bowiem pod uwagę, że wykluczenie Odwołującego z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą stanowiło naruszenie przepisów Ustawy Pzp, to nie ziściła się przesłanka unieważnienia postępowania, o której mowa w ww. przepisie tj. cena lub koszt najkorzystniejszej ofert lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: