

Sygn. akt: KIO 2963/23

WYROK

z dnia 24 października 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 października 2023 r. przez wykonawcę **GRAPH'IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Mazowieckie Centrum Rehabilitacji „STOCER” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Konstancinie-Jeziornej**

przy udziale wykonawcy **Industria Project Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **GRAPH'IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **GRAPH'IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **GRAPH'IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz zamawiającego – **Mazowieckiego Centrum Rehabilitacji „STOCER” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Konstancinie-Jeziornej** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2963/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Mazowieckie Centrum Rehabilitacji „STOCER” Sp. z o.o. w Konstancinie-Jeziornej – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa aktualizacji dokumentacji projektowo-kosztorysowej przy realizacji Inwestycji pn.: "Rozbudowa i przebudowa istniejącego budynku szpitala przy ul. Barskiej 16/20 w Warszawie".

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 6 października 2023 r. wykonawca GRAPH'IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec:

1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Industria Project Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej "Industria" lub „przystępujący”) pomimo tego, że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 85 ust. 1 ustawy P.z.p.;

2) zaniechania czynności wykluczenia Industria z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 85 ust. 1 ustawy P.z.p., podczas gdy wykonawca ten był zaangażowany w przygotowanie postępowania, co doprowadziło do zakłócenia konkurencji, które nie może być wyeliminowane w inny sposób niż wykluczenie Industria z udziału w postępowaniu;

ewentualnie:

3) zaniechania czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy P.z.p., podczas gdy jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 108 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 85 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia Industria z postępowania, podczas gdy wykonawca ten był zaangażowany w przygotowanie postępowania, co doprowadziło do zakłócenia konkurencji, które nie może być wyeliminowane w inny sposób niż wykluczenie Industria z udziału w

postępowaniu;

2) art. 255 pkt 6 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, podczas gdy jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Industria jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
- 3) nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Industria na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p.; ewentualnie:
- 4) nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy P.z.p.

Odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż złożył w postępowaniu ważną oraz niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Uwzględnienie odwołania spowoduje, że w postępowaniu pozostaną jedynie dwie oferty, co zwiększy szanse odwołującego na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał, że wykonawca, którego oferta aktualnie znajduje się na drugim miejscu w rankingu ofert, nie był jeszcze badany i oceniany pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia. W konsekwencji oferta odwołującego posiada szanse zostać uznana jako oferta najkorzystniejsza.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 października 2023 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Industria Project Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku. Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 19 października 2023 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie pn. "Usługa aktualizacji dokumentacji projektowo-kosztorysowej przy realizacji Inwestycji pn.: "Rozbudowa i przebudowa istniejącego budynku szpitala przy ul. Barskiej 16/20 w Warszawie". Postępowanie zostało wszczęte w dniu 14 sierpnia 2023 r.

Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia (dalej: "SWZ") – Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: "OPZ") w zakres prac objętych zamówieniem wchodzi dokonanie aktualizacji posiadanej przez zamawiającego dokumentacji dla robót budowlanych budynku Szpitala przy ul. Barskiej oraz stworzenie na podstawie tych dokumentów modelu BIM dla obiektu Szpitala pkt 4 "Założeń BIM": *"Oprócz dokumentacji płaskiej, Projektant przekaże Zamawiającemu skoordynowany model BIM w formacie IFC. Skoordynowanie projektu potwierdzone zostanie raportem kolizji przedstawionym w formie tabelarycznej o tolerancji uzgodnionej w BEP"*.

Dowód: OPZ - załącznik SWZ

Zgodnie z § 1 ust 2 Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy (dalej: wzór umowy): "Przedmiot Umowy obejmuje aktualizację projektu wykonawczego oraz wykonanie modeli BIM, zgodnie z załącznikiem nr 1 do Umowy stanowiącym Opis przedmiotu zamówienia."

W § 2 pkt 3 wzoru umowy określone zostało, że: "przedmiotem aktualizacji będzie dokumentacja projektowa wykonana na zamówienie Zamawiającego przez Spółkę INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o., w oparciu o którą Prezydent m.st. Warszawy wydał w dniu 24.11.2020 decyzję o pozwoleniu na budowę nr 106/2020 Decyzja o pozwoleniu na budowę jest ostateczna w administracyjnym toku postępowania.

W § 4 ust. 4 pkt 1 wzoru umowy zostało wskazane: "Do obowiązków Zamawiającego należy, w szczególności: dostarczenie w terminach i zakresie określonych w Umowie, danych i materiałów technicznych niezbędnych do rozpoczęcia realizacji przedmiotu Umowy, będących w posiadaniu Zamawiającego, to jest kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowo – kosztorysowej wykonanej na zamówienie Zleceniodawcy przez Spółkę INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o., stanowiącej podstawę do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę."

Dowód: wzór umowy – załącznik do SWZ

Termin składania ofert został wyznaczony na 15 września 2023 r.

Dowód: SWZ str. 17 rozdz. 5 ust. 2

Zamawiający w protokole postępowania w trybie przetargu nieograniczonego nie wskazał środków mających na celu zapobieżeniu zakłócenia uczciwej konkurencji w przypadku, o którym mowa w art. 85 ust. 1 ustawy P.z.p.

Dowód: protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego pkt 4

W postępowaniu złożono 3 oferty:

- 1) oferta przystępującego z ceną: netto 1.190.000,00 zł, brutto 1.463.700,00,00 zł,

2) oferta wykonawcy BBC Best Building Consultants Sp. z o. o. Sp. k. w Warszawie z ceną netto 1.217,800,00 zł, brutto 1.497.894,00 zł

3) oferta odwołującego z ceną: netto 2.500.000 000,00 zł, brutto 3.075.000,00 zł

Dowód: protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego pkt 13

Pismem z dnia 26 września 2023 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

Dowód: pismo z 26 września 2023 roku

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta była pomiędzy stronami sporna. Zamawiający podnosił bowiem, że odwołujący nie ma szans na uzyskanie zamówienia i tych szans w żadnej mierze nie zwiększy nawet ewentualne uwzględnienie odwołania. Złożona przez odwołującego oferta opiewa bowiem na kwotę 3.075.000,00 zł, podczas gdy zamawiający na realizację zamówienia przeznaczył 1.329.630,93 zł. I, o ile możliwe jeszcze z jego strony było zwiększenie tej kwoty do wartości oferty z najniższą ceną, to nie zostanie ona zwiększona ponad dwukrotnie, tj. do kwoty 3.075.000 zł.

Izba wskazuje, że szerokie rozumienie interesu zostało potwierdzone między innymi wyrokiem z dnia 10 grudnia 2018 r., wydanym przez KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 2446/18, w którym Izba uznała, iż w przypadku uwzględnienia odwołania, przy ponownym badaniu ofert, odwołujący może podnosić zarzuty wobec wyłonionego wykonawcy. W wyniku ich potwierdzenia, czyli w sytuacji kolejnego badania i oceny ofert przez zamawiającego, odwołujący ma możliwość uzyskania zamówienia, w sytuacji, gdyby jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. W ocenie KIO, bez względu na ilość złożonych przez odwołującego odwołań, w dalszym ciągu dysponować on będzie realnymi szansami na uzyskanie zamówienia. Zdaniem Izby interes we wniesieniu odwołania wobec wyboru najkorzystniejszej oferty posiada każdy wykonawca, który został sklasyfikowany w rankingu ofert (tzn. którego oferta nie została odrzucona).

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego, iż cena zaoferowana przez odwołującego przekracza środki, jakie zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, Izba wskazuje na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lutego 2018 roku, sygn. akt: KIO 212/18, którego konkluzje przyjmuje za własne, iż nie podważa istnienia interesu okoliczność, że oferta odwołującego jest droższa od kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający w takim przypadku jest uprawniony do zwiększenia swego budżetu. Jak przyjmuje się w orzecznictwie Izby, do czasu podjęcia czynności unieważnienia postępowania z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia, wykonawcy z ofertami opiewającymi na kwoty wyższe, w dalszym ciągu posiadają interes we wniesieniu odwołania. Na tym etapie brak pewności, czy zamawiający nie zwiększyłby kwoty na sfinansowanie zamówienia w przypadku wystąpienia takiej konieczności.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, Izba wskazuje, co następuje:

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 108 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 85 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania, podczas gdy wykonawca ten był zaangażowany w przygotowanie postępowania, co doprowadziło do zakłócenia konkurencji, które nie może być wyeliminowane w inny sposób niż wykluczenie Industria z udziału w postępowaniu.

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

W myśl art. 85 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275, z 2022 r. poz. 2581 i 2640 oraz z 2023 r. poz. 852), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

Z treści art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. wynika zatem, że do skutecznego wykluczenia wykonawcy z

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może dojść w przypadku łącznego zaistnienia następujących przesłanek:

1) wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do jednej grupy kapitałowej, doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia,

2) wcześniejsze zaangażowanie wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do jednej grupy kapitałowej, spowodowało zakłócenie konkurencji,

3) spowodowane zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Ad 1) Z odesłania do art. 85 ust. 1 ustawy P.z.p. wynika, że przez „wcześniejsze zaangażowanie wykonawcy” należy rozumieć sytuację, w której wykonawca „doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia”. Chodzi więc o każde włączenie się wykonawcy w przygotowanie danego postępowania. Obejmuje to w szczególności działania wspierające, które polegają na przekazaniu zamawiającemu konkretnych wskazówek lub informacji służących udzieleniu zamówienia. Nie ma znaczenia, czy doradztwo świadczone jest na zlecenie zamawiającego, czy też polega na przekazaniu już wcześniej przygotowanych materiałów. Obojętny jest także zakres i stopień zaangażowania wykonawcy w przygotowanie postępowania, jeżeli tylko w jego wyniku wykonawca może uzyskać przewagę konkurencyjną. Jak wskazano w opracowaniu: „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” pod red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Warszawa 2021 str. 385: *W przypadku zamówienia na projekt wykonawcy wcześniej zaangażowanym wykonawcą jest autor projektu koncepcyjnego lub projektu budowlanego, a w przypadku zamówienia na nadzór autorski – autor projektu koncepcyjnego.*

Wskazując na powyższe Izba stoi na stanowisku, iż wykonanie przez przystępującego dokumentacji projektowej, która w niniejszym postępowaniu ma być przedmiotem aktualizacji spełnia przesłankę „zaangażowania w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia”.

Ad 2) Wcześniejsze zaangażowanie wykonawcy musi skutkować zakłóceniem konkurencji. Do zakłócenia konkurencji dochodzi, jeżeli w wyniku wcześniejszego zaangażowania w przygotowanie danego postępowania wykonawca uzyskał przewagę konkurencyjną względem innych oferentów. Trybunał Europejski UE w wyroku z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabricom SA przeciwko państwu belgijskiemu*, ECLI:EU:C:2005:127 wskazał na dwie przyczyny zakłócenia konkurencji. Osoba uczestnicząca w wykonywaniu niektórych prac przygotowawczych może, po pierwsze, znajdować się w korzystniejszej sytuacji przy sporządzaniu swojej oferty z powodu informacji, które mogła uzyskać w przedmiocie danego zamówienia publicznego w trakcie wykonywania wspomnianych prac przygotowawczych. Wszyscy oferenci powinni mieć jednakowe szanse przy sporządzaniu treści swoich ofert. Po drugie, wspomniana osoba może się znaleźć w sytuacji mogącej spowodować konflikt interesów w tym znaczeniu, że osoba ta, będąc oferentem w danym zamówieniu publicznym, może, nawet w sposób niezamierzony, wywrzeć wpływ na jego warunki w sensie dla niej korzystnym. Sytuacja taka prowadziłaby do zakłócenia konkurencji pomiędzy oferentami.

W ocenie Izby przystępujący, który sporządził dokumentację projektowo-kosztorysową, która w przedmiotowym postępowaniu ma być poddana aktualizacji, mógł posiadać informacje, które stawiają go w korzystniejszej sytuacji niżeli wykonawców, którzy dostępu do tej dokumentacji wcześniej nie mieli. Podkreślić należy, że zamawiający, zgodnie z § 4 ust. 4 pkt 1 wzoru umowy, obowiązany jest przekazać dokumentację wybranemu wykonawcy dopiero po zawarciu z nim umowy na realizację zamówienia.

Powyższa konstatacja Izby nie została zakwestionowana stanowiskiem eksperta, Pana Pawła Trojana, którego opinię ustną przywołała strona zamawiająca i którą to opinię Izba potraktowała jako poszerzone stanowisko tejże strony. Stanowisko eksperta zdaje się wręcz potwierdzać, że wykonawca w swoim dobrze pojętym interesie, winien wystąpić do zamawiającego o przekazanie dokumentacji, mającej być przedmiotem zamówienia.

Ad 3) Aby zaszła podstawa do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p., należy ustalić, że spowodowane zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby wymóg ten musi być skorelowany z treścią art. 85 ust. 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którym zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział wykonawcy zaangażowanego w przygotowanie postępowania 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.

Wskazane wyżej czynności zamawiający obowiązany jest podjąć na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazuje na to przede wszystkim usytuowanie art. 85 w dziale II „Postępowanie o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne”, rozdziale 1 – „Przygotowanie postępowania”. Z kolei przepisy regulujące podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania znajdują się w kolejnym rozdziale, tj. rozdziale 2 pt. „Kwalifikacja podmiotowa wykonawców”. Ich zastosowanie ma zatem miejsce dopiero po dokonaniu czynności związanych z przygotowaniem postępowania.

Analogiczne, jak w ustawie P.z.p., usytuowanie odpowiednich przepisów prawnych regulujących przedmiotową materię, ma miejsce w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. I tak, zgodnie z art. 41 dyrektywy, znajdującym się w jej rozdziale III, sekcja 1 „Przygotowanie”, jeżeli kandydat, oferent lub przedsiębiorstwo powiązane z kandydatem lub oferentem doradzają instytucji zamawiającej – niezależnie od tego, czy odbywa się to w kontekście art. 40, czy nie – lub w inny sposób są zaangażowane w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, instytucja zamawiająca podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział danego kandydata lub oferenta nie zakłóca konkurencji. Wspomniane środki obejmują przekazywanie pozostałym kandydatom lub oferentom istotnych informacji wymienianych w ramach lub w wyniku zaangażowania kandydata lub oferenta w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia oraz wyznaczanie odpowiednich terminów składania ofert. Danego kandydata lub oferenta wyklucza się z udziału w postępowaniu wyłącznie w przypadku, gdy nie ma innego sposobu zapewnienia zgodności z obowiązkiem przestrzegania zasady równego traktowania. Przed każdym takim wykluczeniem kandydaci lub oferenci muszą mieć możliwość udowodnienia, że ich zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie jest w stanie zakłócić konkurencji. Podjęte środki dokumentuje się w indywidualnym sprawozdaniu wymaganym zgodnie z art. 84.

Z kolei, zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. f dyrektywy, znajdującym się z rozdziale III, sekcja 3 „Wybór uczestników oraz udzielenie zamówienia”, instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, 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.

Z powyższego wynika, że obowiązek zapewnienia, że w danym postępowaniu konkurencja pomiędzy wykonawcami, w sytuacji, gdy któryś z nich był wcześniej zaangażowany w dane postępowanie, nie zostanie wykluczona, spoczywa na zamawiającym. To właśnie zamawiający powinien podjąć odpowiednie środki, aby zneutralizować ewentualną przewagę wykonawcy, który udzielał mu wsparcia w przygotowaniu postępowania oraz dołożyć należytej staranności by wyeliminować wszelkie czynniki, które mogłyby mieć wpływ na zakłócenie konkurencji w postępowaniu. Ustawodawca nie określił zamkniętego katalogu środków, jakie powinien przedsięwziąć zamawiający, niemniej jednak wskazał minimalne czynności, jakie powinien przedsięwziąć zamawiający w celu zabezpieczenia konkurencji w postępowaniu. Zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy P.z.p. w przypadku, w którym wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej 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 zaś przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający powinien zatem podjąć kroki zmierzające do wyrównania wiedzy wszystkich wykonawców poprzez umożliwienie im dostępu do tego samego zakresu informacji dotyczących postępowania. W takiej sytuacji zamawiający powinien przekazać wykonawcom wszelkie informacje, do których dostęp posiadał wykonawca biorący udział w jego przygotowaniu, w tym przykładowo kosztorysów inwestorskich, zestawień kosztów, koncepcji. Ponadto, zamawiający powinien zagwarantować wykonawcom odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający może podejmować inne czynności, które w jego ocenie umożliwią przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję. Istotnym jest, by podejmowane przez niego środki były dostosowane do sytuacji faktycznej oraz skali zaangażowania wykonawcy w danym postępowaniu, a także, by gwarantowały one zachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Co istotne, zamawiający podejmuje te czynności – jak to już wyżej wskazano – na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W rozpoznawanej sprawie zamawiający nie wykazał, by podjął czynności, mające na celu wyeliminowanie zakłócenia konkurencji, o jakich mowa w art. 85 ust. 1 ustawy P.z.p. Jak sam wskazał w odpowiedzi na odwołanie, w trakcie postępowania zweryfikował, że przystępujący nie podlega wykluczeniu z postępowania, ponieważ nie zachodzi w

stosunku do niej sytuacja opisana w art. 85 ust. 1 ustawy P.z.p., a tym samym i art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p., i dostosował do tego swoje działania w postępowaniu. Stąd m.in. w protokole postępowania w punkcie „Wstępne konsultacje rynkowe / wcześniejsze zaangażowanie wykonawcy” brak wpisu, gdyż okoliczności, których dotyczy ten punkt, nie wystąpiły.

Niemniej jednak Izba wskazuje, że czynności bądź zaniechania zamawiającego mające miejsce na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podlegają kontroli przewidzianej ustawą P.z.p. na zasadach tam przewidzianych. W sytuacji, w której zamawiający na danym etapie postępowania zaniechał czynności, do których był obowiązany na podstawie ustawy P.z.p., wykonawcom przysługuje prawo do wnoszenia środków odwoławczych w terminach wskazanych w art. 515 ustawy P.z.p.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że odwołujący powziął lub mógł powziąć wiedzę o okolicznościach mogących skutkować zakłóceniem konkurencji w dniu publikacji specyfikacji warunków zamówienia, tj., w dniu 14 sierpnia 2023 roku. W treści jednego z załączników do SWZ, tj. we wzorze umowy, wskazano bowiem, iż "przedmiotem aktualizacji będzie dokumentacja projektowa wykonana na zamówienie Zamawiającego przez Spółkę INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o., w oparciu o którą Prezydent m.st. Warszawy wydał w dniu 24.11.2020 decyzję o pozwoleniu na budowę nr 106/2020. Decyzja o pozwoleniu na budowę jest ostateczna w administracyjnym toku postępowania" (§ 2 pkt 3 wzoru umowy) oraz "Do obowiązków Zamawiającego należy, w szczególności: dostarczenie w terminach i zakresie określonych w Umowie, danych i materiałów technicznych niezbędnych do rozpoczęcia realizacji przedmiotu Umowy, będących w posiadaniu Zamawiającego, to jest kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowo – kosztorysowej wykonanej na zamówienie Zleceniodawcy przez Spółkę INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o., stanowiącej podstawę do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę." (§ 4 ust. 4 pkt 1 wzoru umowy).

Z powyższego wynika, że z treści wskazanych wyżej postanowień wzoru umowy odwołujący powziął wiedzę co najmniej o fakcie, iż dokumentacja projektowo-kosztorysowa, wykonana przez przystępującego i będąca przedmiotem aktualizacji w niniejszym postępowaniu, będzie mogła zostać mu przekazana dopiero po ewentualnym wyborze jego oferty i zawarciu umowy. Jest to o tyle istotne, iż – jak podnosił pełnomocnik odwołującego na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą – przewaga przystępującego nad pozostałymi wykonawcami wynikała z tego, że zamawiający nie udostępnił wykonawcom dokumentacji, która ma zostać zaktualizowana (*dowód: oświadczenie pełnomocnika odwołującego zawarte w protokole posiedzenia i rozprawy z dnia 20 października 2023 roku w sprawie: KIO 2963/23*). Odwołujący nie podniósł wszakże zarzutów wobec wskazanych zapisów wzoru umowy w terminie liczonym od dnia udostępnienia wykonawcom treści SWZ, w tym treści wzoru umowy.

Bierność odwołującego w tym zakresie nie oznacza, że może on skutecznie podnosić zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. Izba podkreśla, że zarówno wskazany przepis ustawy P.z.p., jak i art. 57 ust. 4 lit. f dyrektywy stanowią o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie wtedy, gdy zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wskazane unormowania nie mogą mieć zastosowania wówczas, gdy zakłócenie konkurencji mogło być wyeliminowane w inny sposób niż wykluczenie wykonawcy z postępowania, ale sposób ten nie został zastosowany na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a wykonawca zainteresowany jego zastosowaniem nie zakwestionował zaniechania zamawiającego w tym zakresie w terminie przewidzianym ustawą P.z.p. Izba podziela tu stanowisko zamawiającego, iż wskazane przepisy mają chronić nie tylko wykonawcę, który nie był, jak i tego, który był zaangażowany z przygotowanie postępowania. Wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie może bowiem pozostawać w niepewności co do tego, czy brak działań zamawiającego w kwestii wyeliminowania zakłócenia konkurencji na etapie przygotowania zamówienia, będzie skutkowało jego wykluczeniem z postępowania. Jednocześnie wykonawca taki nie jest zainteresowany kwestionowaniem czynności i zaniechań zamawiającego w tym zakresie na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zarzuty w tym zakresie winien podnosić wykonawca, który uważa, że jego pozycja w postępowaniu jest słabsza w związku z zakłóceniem konkurencji wynikającym z wcześniejszego zaangażowania wykonawcę z przygotowanie postępowania.

Tym samym Izba stwierdziła, że w rozpoznawanym przypadku brak jest podstaw do nakazania zamawiającemu wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p., gdyż zakłócenie konkurencji mogło być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. poprzez przekazanie wszystkim wykonawcom dokumentacji projektowo-kosztorysowej, co przyznał sam odwołujący na rozprawie w dniu 20 października 2023 roku. Zarzuty na zaniechanie przekazania dokumentacji odwołujący winien był podnieść w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia SWZ na stronie internetowej zamawiającego. Podnoszenie ich w terminie późniejszym należy uznać za spóźnione i nieuzasadniające żądania wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p.

Izba oddaliła dowody w postaci złożonych przez przystępującego oświadczeń rzeczoznawców specjalności adekwatnej do przedmiotu zamówienia, na okoliczność wykazania, że usługa będąca przedmiotem zamówienia, nie wymaga wcześniejszego otrzymania dokumentacji projektowej. Analiza treści tych oświadczeń wskazuje, że ich autorzy stwierdzają, że możliwa jest wycena przedmiotu zamówienia na podstawie dokumentów przekazanych przez zamawiającego przy wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia. Okoliczność ta co do zasady nie była sporna. Spór dotyczył natomiast tego, czy wykonawca, mający dostęp do tej dokumentacji, jest w korzystniejszej sytuacji wobec innych wykonawców, co może wpłynąć za zakłócenie konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 255 pkt 6 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, podczas gdy jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy P.z.p. zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przepis art. 255 pkt 6 ustawy P.z.p. ogranicza katalog podstaw do unieważnienia postępowania wyłącznie do podstaw wskazanych w treści art. 457 ust. 1 ustawy P.z.p. Ustawodawca zrezygnował bowiem z zamieszczenia w ustawie P.z.p. przepisu analogicznego do tego, który zawarty był w nieobowiązującej już ustawie z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019, poz. 1843 ze zm.), zgodnie z którym Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Możliwość unieważnienia umowy została zatem ograniczona wyłącznie do okoliczności wskazanych w art. 457 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 457 ust. 1 ustawy P.z.p., umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;

2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;

3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;

4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;

5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

Izba nie dostrzegła, by w przedmiotowym postępowaniu zaszły przesłanki, w których mowa w art. 457 ust. 1 ustawy P.z.p., zatem unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy P.z.p. należy uznać za nieuzasadnione.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....