Sygn. akt: KIO 1301/25

WYROK

Warszawa, dnia 29 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodnicząca: Elżbieta Dobrenko
Protokolantka:Klaudia Kwadrans
po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 kwietnia 2025 r. przez wykonawcę Magdalenę Andrzejewską, prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Inter-Mag Magdalena Andrzejewska
w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji
w m. st. Warszawie Spółka Akcyjna

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Magdalenę Andrzejewską, prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Inter-Mag Magdalena Andrzejewska i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę
3 600,00 złotych (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), obejmującą poniesiony przez zamawiającego – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie Spółka Akcyjna koszt wynagrodzenia pełnomocnika.
3.Zasądza od wykonawcy Magdaleny Andrzejewskiej, prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Inter-Mag Magdalena Andrzejewska na rzecz zamawiającego – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie Spółka Akcyjna kwotę
3 600,00 złotych (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), obejmującą koszt poniesiony przez zamawiającego z tytułu 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:……..

Sygn. akt: KIO 1301/25

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej: „*zamawiający*” prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej: „*ustawa Pzp*” postępowanie
o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 376 ust. 1 pkt 1 oraz art. 378 ustawy Pzp pn.: „Renowacja magistrali w Alejach Jerozolimskich na odcinku pomiędzy Aleją Prymasa Tysiąclecia a ulicą Łopuszańską, na terenie Dzielnicy Ochota
i Dzielnicy Włochy w Warszawie, z podziałem na dwa zadania”, dalej: „*postępowanie*”.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
3 kwietnia 2025 r. pod numerem 216047-2025.
7 kwietnia 2025 r. wykonawca Magdalena Andrzejewska, prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Inter-Mag Magdalena Andrzejewska, dalej: „*odwołujący*” wniosła odwołanie od czynności zamawiającego w postaci:
1)zamieszczenia w treści ogłoszenia o przetargu w pkt 5.1.9 na stronie 4 ogłoszenia o przetargu podpunktu 1.2.5 o treści „ze względu na to, że przy wykonywaniu wcześniejszej umowy dla Zamawiającego, działając samodzielnie lub w porozumieniu z pracownikiem lub pracownikami Zamawiającego, podejmował działania doprowadzające do niekorzystnego rozporządzenia majątkiem Zamawiającego, co skutkowało wszczęciem postępowania karnego”,
2)zamieszczenia Specyfikacji Warunków Zamówienia tego przetargu (dalej: SWZ) w pkt 5.1.2.5 SWZ, tj. w zakresie w jakim SWZ przewiduje wykluczenie z przetargu oferenta, zapisu „ze względu na to, że przy wykonywaniu wcześniejszej umowy dla Zamawiającego, działając samodzielnie lub w porozumieniu z pracownikiem lub pracownikami Zamawiającego, podejmował działania doprowadzające do niekorzystnego rozporządzenia majątkiem Zamawiającego, co skutkowało wszczęciem postpowania karnego.” – dalej zwanego „Zapisem”.

Odwołujący zarzucił Zapisowi SWZ i wskazanemu wyżej Zapisowi ogłoszenia o Przetargu zarzucił:

1)naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie przepisów art. 108 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej Ustawa) i art. 109 ust. 1 Ustawy poprzez ustalenie przesłanki wykluczenia z przetargu nie przewidzianej w wyżej wskazanych przepisach,

2) naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie przepisów art. 109 ust. 1 Ustawy poprzez wyjście poza przepisy Ustawy i ustalenie nieprzewidzianej przepisami Ustawy przesłanki wykluczenia wykonawcy,

3)naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie przepisów art. 16 pkt 1, 2 i 3 Ustawy poprzez ich niezastosowanie i wprowadzenie Zapisu pozwalającego na wykluczenie wykonawcy na podstawie niejasnych i niesprawdzalnych przesłanek;

4)naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie przepisów art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Ustawy poprzez ich niezastosowanie i wprowadzenie Zapisu dającego możliwość wykluczenia z Przetargu wykonawcy, co może spowodować, że zamówienie zostanie udzielone podmiotowi, który zaoferuje wyższą cenę i niższą jakość wykonania;

5)naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie motywu 101 dyrektywy 2014/24/UE poprzez nieuwzględnienie nakazu uwzględniania w warunkach postępowań, że stosując fakultatywne podstawy wykluczenia zamawiający powinni zwracać szczególną uwagę na zasady proporcjonalności.

Odwołujący wniósł o:

1)nakazanie zamawiającemu usunięcie z SWZ w całości Zapisu pkt 5.1.2.5 SWZ, który brzmi: „ze względu na to, że przy wykonywaniu wcześniejszej umowy dla Zamawiającego, działając samodzielnie lub w porozumieniu z pracownikami Zamawiającego, podejmował działania doprowadzające do niekorzystnego rozporządzenia majątkiem Zamawiającego, co skutkowało wszczęciem postępowania karnego.";

2)nakazanie Zamawiającego usunięcie z treści ogłoszenia o Przetargu w pkt 5.1.9 na stronie 4 ogłoszenia o Przetargu podpunktu 1.2.5. o treści „ze względu na to, ze przy wykonywaniu wcześniejszej umowy dla Zamawiającego, działalność samodzielnie lub w porozumieniu
z pracownikiem lub pracownikami Zamawiającego, podejmował działania doprowadzające do niekorzystnego rozporządzenia majątkiem Zamawiającego, co skutkowało wszczęciem postępowania karnego" oraz opublikowania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej sprostowania ogłoszenia o przetargu poprzez zamieszczenie informacji, że w ogłoszeniu przetargu z dnia 3 kwietnia 2025 roku nr ogłoszenia 216047-2025 skreśla się zapis 1.2.5. o treści „ze względu na to, że przy wykonywaniu wcześniejszej umowy dla Zamawiającego, działając samodzielnie lub w porozumieniu z pracownikiem lub pracownikami Zmawiającego, podejmował działania doprowadzające do niekorzystnego rozporządzenia majątkiem Zamawiającego, co skutkowało wszczęciem postępowania karnego";

3)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującej się kosztów wpisu od odwołania, kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa i kosztów pomocy prawnej w kwocie 3.600, zł.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, a odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba uznała, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a tym samym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania wskazane w przepisie art. 513 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpienia nie zgłosił żaden wykonawca.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty postępowania oraz dołączone do odwołania.

Izba oddaliła wniosek odwołującego o przesłuchanie świadka Pana Jarosława Andrzejewskiego, wskazany w celu stwierdzenia okoliczność istnienia interesu odwołującego a także okoliczności wskazanych w uzasadnieniu wniosku o przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu (które dotyczyły innych zamówień), ponieważ posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody wykonawca powinien wykazać na moment wniesienia odwołania, a stanowisko w tym zakresie musi zostać zawarte w odwołaniu, a także z uwagi na fakt, iż okoliczności, które wskazywał we wniosku dowodowym wynikały z innych przedstawionych przez odwołującego dokumentów.

Izba ustaliła:

Zamawiający prowadzi, postępowanie pn.: „Renowacja magistrali w Alejach Jerozolimskich na odcinku pomiędzy Aleją Prymasa Tysiąclecia a ulicą Łopuszańską, na terenie Dzielnicy Ochota
i Dzielnicy Włochy w Warszawie, z podziałem na dwa zadania".
W ogłoszeniu o zamówieniu, opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
3 kwietnia 2025 r. pod numerem 216047-2025, w pkt 1. Nabywca, ppkt 1.1 wskazano:
„Oficjalna nazwa: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A.
E-mail: d-zamowien@mpwik.com.pl
Sektor działalności podmiotu zamawiającego: Działalność dotycząca sektora wodnego."
„2.1.4. Informacje ogólne
Podstawa prawna:
(…)
Dyrektywa 2014/25/UE".
W pkt 5.1.9. Kryteria kwalifikacji w Ogłoszeniu o zamówieniu przewidziano:
„Opis: 1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:
(...) nie podlegają wykluczeniu na podstawie:
(…),
1.2.5. ze względu na to, że przy wykonywaniu wcześniejszej umowy dla Zamawiającego, działając samodzielnie lub w porozumieniu z pracownikiem lub pracownikami Zamawiającego, podejmował działania doprowadzające do niekorzystnego rozporządzenia majątkiem Zamawiającego, co skutkowało wszczęciem postępowania karnego."
W Specyfikacji Warunków Zamówienia w pkt 2 wskazano:
2. TRYB UDZIELANIA ZAMÓWIENIA
Niniejsze postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 376 ust. 1 pkt 1 oraz 378 ustawy Pzp.
W pkt 5 SWZ:
„5. KWALIFIKACJA PODMIOTOWA WYKONAWCÓW
5.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:
5.1.2. nie podlegają wykluczeniu na podstawie:
5.1.2.5. ze względu na to, że przy wykonywaniu wcześniejszej umowy dla Zamawiającego, działając samodzielnie lub w porozumieniu z pracownikiem lub pracownikami Zamawiającego, podejmował działania doprowadzające do niekorzystnego rozporządzenia majątkiem Zamawiającego, co skutkowało wszczęciem postępowania karnego."

Zarzut nr 1 i 2 odwołania

Stosowanie do przepisu art. 376 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający sektorowi udzielają zamówień w jednym z następujących trybów:
1) przetargu nieograniczonego.
Zgodnie z art. 393 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego:
2)zamawiający może zastosować podstawy wykluczenia oraz warunki udziału
w postępowaniu, inne niż określone w art. 108, art. 109 i art. 112, o ile mają one obiektywny charakter i zostały określone w dokumentach zamówienia.
Stosownie do ww. przepisu zamawiający mogą określić w dokumentach zamówienia podstawy wykluczenia oraz warunki udziału w postępowaniu inne niż określone w art. 108, 109 i 112 ustawy Pzp, o ile mają one obiektywny charakter i zostały określone w dokumentach zamówienia. Uprawnienie to dotyczy wszystkich zamawiających sektorowych.
Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w doktrynie - Komentarzu do przepisu art. 393 ustawy Pzp (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Marzeny Jaworskiej, wyd. 6, 2025 r.): *Warunkiem skutecznego określenia innych (dodatkowych) podstaw wykluczenia oraz warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w ust. 1 pkt 2 komentowanego przepisu, jest ujęcie ich w dokumentach zamówienia, a także odniesienie ich wyłącznie do obiektywnych kryteriów związanych z sytuacją podmiotową wykonawców. W trybach udzielania zamówienia, które wszczynane są poprzez publikację ogłoszenia, przyjąć należy, że sformułowane przez zamawiającego podstawy wykluczenia oraz warunki udziału w postępowaniu powinny zostać także ujęte w takim ogłoszeniu, analogicznie do zasad obowiązujących dla informowania*
o przesłankach wykluczenia wskazanych w art. 108 i 109 PZP oraz o warunkach udziału
w postępowaniu określanych na podstawie art. 112 PZP. Odnosząc się natomiast do konieczności zapewnienia obiektywnego charakteru formułowanych podstaw wykluczenia oraz warunków udziału w postępowaniu, wydaje się, że pojęcie to należy odnieść do celu badania sytuacji podmiotowej wykonawców oraz wytycznych dotyczących formułowania

warunków udziału w postępowaniu, a pomocniczo także kryteriów selekcji. W konsekwencji, kontrola, w ramach środków ochrony prawnej, warunków i podstaw wykluczenia formułowanych przez zamawiających ogranicza się do weryfikacji ich obiektywnego charakteru bądź nienależytego określenia w dokumentach zamówienia W tych granicach bowiem zamawiający mogą określać dowolne warunki i przesłanki wykluczenia, jeśli przedmiot i charakter zamówienia w ocenie zamawiającego uzasadnia taką dodatkową weryfikację wykonawców (zob. wyr. SO w Warszawie z 5.12.2022 r., XXIII Zs 139/22, Legalis oraz wyr. KIO z 27.1.2022 r., KIO 22/22, Legalis).

Izba stwierdziła, że okoliczność, że zamawiający jest zamawiającym sektorowym i wykonuje działalność sektorową w zakresie gospodarki wodnej nie mogła budzić wątpliwości.

Wbrew stanowisku odwołującego, wyrażonym w piśmie z 23 kwietnia 2025 r., zgodnie z którym zarówno w ogłoszeniu o przetargu oraz w SWZ brak jest informacji, że zamówienie ma charakter zamówienia sektorowego, co dawałoby zamawiającemu możliwość zastosowania przepisu art. 393 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w dokumentach zamówienia wskazano: „Sektor działalności podmiotu zamawiającego: Działalność dotycząca sektora wodnego." (pkt 1. ppkt 1.1 Ogłoszenia o zamówieniu), podstawa prawna: Dyrektywa 2014/25/UE (pkt 2.1.4. Ogłoszenia o zamówieniu), „Niniejsze postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 376 ust. 1 pkt 1 oraz 378 ustawy Pzp." (pkt 2. TRYB UDZIELANIA ZAMÓWIENIA w SWZ).

Wobec powyższych okoliczności, zamawiający był uprawniony do zamieszczenia innej niż określona w art. 108 oraz art. 109 ustawy Pzp podstawy wykluczenia wykonawców

W ocenie Izby, zarzuty nr 1 i 2 odwołania są niezasadne.

Zarzuty nr 3 i 4 odwołania

Izba stwierdziła, że skoro odwołujący podważał zasadność wprowadzenia dodatkowej podstawy wykluczenia wykonawców, to stosowanie do przepisu art. 393 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, powinien wykazać, że ta podstawa nie miała obiektywnego charakteru lub też że

w sposób nieprawidłowy została określona w dokumentach postępowania.

Stosownie do stanowiska wyrażonego przez Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 5 grudnia 2022 r., sygn. XXIII Zs 139/22,kontrola, w ramach środków ochrony prawnej, warunków i podstaw wykluczenia formułowanych przez zamawiających dotyczy weryfikacji ich obiektywnego charakteru oraz należytego sposobu ich określenia w SWZ.

Izba stwierdziła, że biorąc pod uwagę przedmiot i charakter zamówienia, odwołujący nie wykazał, że zamawiający nie był uprawniony do wprowadzenia dodatkowej weryfikacji wykonawców poprzez wprowadzenie dodatkowej podstawy wykluczenia, a określona

w dokumentach zamówienia podstawa wykluczenia nie miała obiektywnego charakteru oraz że nie została w sposób należyty określona w SWZ.

Izba wskazuje, że nie mogła wziąć pod uwagę stanowiska odwołującego zawartego w piśmie

z 23 kwietnia 2025 r., w którym podnosił on, że postanowienie dotyczące wprowadzonej przez zamawiającego podstawy wykluczenia wykonawców nie spełnia kryterium obiektywności, ponieważ wszelkie okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania powinny być przytoczone już w odwołaniu.

Zgodnie z przepisem art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, odwołanie powinno zawierać wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

Okoliczności faktyczne i prawne wskazane w odwołaniu określają granice rozpoznania odwołania. Powyższe oznacza, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu i nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę.

Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu. Wskazanie nowych okoliczności faktycznych, nawet wypełniających dyspozycję tego samego przepisu, świadczy o sformułowaniu nowego zarzutu.

Ponadto badanie prawidłowości ujęcia w dokumentach postępowania innej niż określona

w art. 108 lub 109 ustawy Pzp podstawy wykluczenia nie może służyć ustaleniu przez Izbę, czy wykonawca podlegałby wykluczeniu z postępowania z uwagi na jego spór z zamawiającym dotyczący realizacji innych zamówień. A mając na uwadze stanowisko i dowody przedstawione przez odwołującego do tego zmierzało w znacznej części odwołanie.

W związku z powyższym dowody wskazane w odwołaniu (rozstrzygnięcie odwołania z 5 lutego 2025 r., informacja o postępowaniu przetargowym nr 00203/WS/PW/PZP-DRZ-WRI/B/2025 wraz z wiadomością mail i informacją o otwarciu ofert, informacja o postępowaniu przetargowym nr 00121/WS/PW/PZP-DRZ-WRI/B/2025 wraz z informacją o zakończeniu przetargu bez wyboru ofert, pozew o zapłatę z 6 czerwca 2022 r., umowy z 6 czerwca 2022 r., 4 protokoły wypożyczenia zestawu do krakingu przez odwołującego od zamawiającego, protokołu negocjacji do umowy z 6 czerwca 2022 r., protokół odbioru robót, korespondencja e-mail i wezwania zamawiającego do przystąpienia do odbioru

końcowego robót, protokół końcowego robót, odpowiedź na sprzeciw do nakazu zapłaty z 3 kwietna 2025 r.) okazały się nieprzydatne do rozpoznania odwołania.
Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, aby podstawa wykluczenia – użyte w niej pojęcia („co skutkowało wszczęciem postępowania karnego", „przy wykonaniu poprzedniej umowy"), biorąc pod uwagę pisemne stanowisko zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie z 22 kwietnia 2025 r. były niejasne, czy też niesprawdzalne.
Wobec powyższego ww. zarzuty odwołania podlegały oddaleniu.

Zarzut nr 5 odwołania

Odwołujący podniósł w ww. zarzucie naruszenie przepisów prawa materialnego – motywu 101 Dyrektywy 2014/24/UE poprzez nieuwzględnienie nakazu uwzględniania nakazu uwzględniania w warunkach postępowań, że stosując fakultatywne podstawy wykluczenia zamawiający powinni zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności.
W pkt 2.1.4. Informacje ogólne w ogłoszeniu o zamówieniu została wskazana podstawa prawna: Dyrektywa 2014/25/UE.
Do zamówień sektorowych zastosowanie znajduje Dyrektywa Parlamentu Europejskiego
i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE.
Wobec powyższego zarzut nr 5 podlegał oddaleniu.
O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz art. § 8 ust.
2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437) mając na uwadze wynik postępowania.
Wobec oddalenia odwołania w całości koszty postępowania odwoławczego ponosi odwołujący.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:……