

**WYROK**

Warszawa, dnia 26 maja 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Agata Mikołajczyk

Izabela Niedziałek-Bujak

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 maja 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2025 r. przez wykonawcę Suntar spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie w postępowaniu prowadzonym przez Powiat Kolneński z siedzibą władz Powiatu w Kolnie

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Powiatowi Kolneńskiemu unieważnienie czynności unieważnienia prowadzonego postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Suntar sp. z o.o. z/s w Tarnowie oraz czynności wykluczenia tego podmiotu z postępowania.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Powiat Kolneński i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez wykonawcę Suntar spółka z o. o. z siedzibą w Tarnowie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Powiatu Kolneńskiego na rzecz Suntar spółka z o.o. z siedzibą w Tarnowie kwotę 11 100 zł (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych) tytułem zwrotu poniesionych kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu i 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.

**Przewodniczący:**.....

.....  
.....

**Sygn. akt:KIO 1585/25 Uzasadnienie**

Zamawiający: Powiat Kolneński prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa oprogramowania i sprzętu w ramach zadania Cyberbezpieczny Samorząd – Powiat Kolneński” Oznaczenie postępowania: OR.272.6.2025. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych z 17.02.2025 r., numer ogłoszenia: 2025/BZP 00107546/01.

Odwołujący: Suntar Sp. z o.o. w Tarnowie wniósł 22 kwietnia 2025 r. odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania oraz odrzucenia oferty Odwołującego.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący postawił zarzuty naruszenia:

- a) art. 108 ust. 1 pkt 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz odrzucenie jego oferty, mimo że nie zaistniały podstawy do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, ponieważ nie doszło do jakiegokolwiek zakłócenia konkurencji w postępowaniu oraz jakiegokolwiek udziału Odwołującego w przygotowaniu postępowania, a w konsekwencji brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego,
- b) art. 255 pkt 2 przez bezpodstawne unieważnienie postępowania.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby dokonał unieważnienia czynności unieważnienia prowadzonego postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert wraz z ofertą Odwołującego.

Jako podstawę prawną dokonanych w postępowaniu czynności Zamawiający wskazał co następuje: Zamawiający, działając na podstawie art. 260 ust. 1 i 2 informuje, iż:

1) oferta złożona przez SUNTAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zostaje odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 a ustawy, ponieważ została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy, gdyż w postępowaniu doszło do zakłócenia konkurencji polegającego na wcześniejszym zaangażowaniu się Wykonawcy w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, a spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy;

2/ postępowanie zostaje unieważnione na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy, gdyż wszystkie oferty podlegają odrzuceniu.

Następnie Zamawiający przedstawił uzasadnienie faktyczne dokonanych czynności. Działania Zamawiającego nie znajduje jakiegokolwiek oparcia w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności w przepisach zacytowanych w informacji o wykluczeniu Odwołującego oraz odrzuceniu oferty Odwołującego. W konsekwencji Zamawiający bezpodstawnie unieważnił prowadzone postępowanie.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp 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.

Wskazać należy, że ustawodawca dokonując uchwalenia ustawy Pzp w 2019 r. w sposób celowy odstąpił od wcześniejszego brzmienia analogicznej przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 19, która brzmiała: „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.”.

Ponadto z uzasadnienia faktycznego czynności Zamawiającego wynika wprost, że Suntar Sp. z o.o. nie brało jakiegokolwiek udziału w przygotowaniu prowadzonego postępowania.

Zamawiający wykreował w postępowaniu dodatkową, pozaustawową przesłankę wykluczenia wykonawcy, zaś przesłanki wykluczenia nie mogą być wykładane rozszerzająco.

W toku udzielonych Zamawiającemu wyjaśnień Odwołujący wskazał jednoznacznie, że:

Pan G.G. nie jest pracownikiem ani współwłaścicielem Suntar Sp. z o.o.; nie brał udziału w opracowywaniu oferty złożonej przez Suntar Sp. z o.o.; został wskazany jako osoba przewidziana do realizacji określonych funkcji w ramach umowy cywilnoprawnej; nie uczestniczył w przygotowaniu oferty, nie posiadał dostępu do informacji poufnych ani nie wpłynął na jej treść.

Zgodnie z treścią umowy zawartej przez EUROGRANT z Zamawiającym, obowiązki Pana Grzegorza G. ograniczały się do wykonania usług doradczych z zakresu zgodności z KRI i audytu IT – a zatem nie miały wpływu na Opis Przedmiotu Zamówienia czy sposób badania i oceny już złożonej przez Suntar Sp. z o.o. oferty.

Zamawiający w treści uzasadnienia wykluczenia Suntar Sp. z o.o. oraz odrzucenia oferty nie wykazał, w jaki sposób wiedza Pana G. mogłaby dać nawet hipotetyczną przewagę nad innymi wykonawcami. Działanie Zamawiającego jest sprzeczną z literalną wykładnią podstaw wykluczenia wynikających z ustawy Pzp, dodatkowo samo uzasadnienie faktyczne nie wskazuje na jakiegokolwiek, nawet potencjalne zakłócenie konkurencji.

W ocenie Odwołującego nie doszło do jakiegokolwiek wcześniejszego udziału Odwołującego w przygotowanie postępowania oraz nie doszło do jakiegokolwiek zakłócenia konkurencji w postępowaniu.

Konsekwencją bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia oferty Odwołującego jest bezpodstawnie unieważnienie postępowania. Oferta Odwołującego jest ofertą ważną i Zamawiający powinien w dalszym ciągu dokonać badania i oceny ofert wraz z ofertą Odwołującego.

**Krajowa Izba Odwoławcza** po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie uwzględniwszy dokumentację postępowania

przedstawioną przez zamawiającego oraz rozważywszy stanowiska stron przedstawione do protokołu postępowania stwierdziła, co następuje.

Oczywisty jest interes odwołującego w rozumieniu art. 505 ustawy pzp zainteresowanego udzieleniem mu zamówienia w następstwie przywrócenia go do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Kluczową dla rozpatrzenia zarzutów odwołania jest ocena zasadności zastosowania przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, 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 sprawie niniejszej zamawiający uzasadniając decyzję o wykluczeniu odwołującego stwierdził m.in. że Wykonawca – SUNTAR Sp. z o.o. do pełnienia funkcji inżyniera ds. bezpieczeństwa sieciowego oraz do pełnienia funkcji inżyniera ds. serwerów i backupu w złożonych podmiotowych środkach dowodowych przewidział Pana Grzegorza G., który jednocześnie występuje jako audytor ds. bezpieczeństwa IT w ramach umowy na świadczenie usług audytorskich i doradczych świadczonych przez inny podmiot na zlecenie Zamawiającego. Zakres tej umowy obejmuje usługi audytorskie i doradcze wspomagające realizację projektu, w tym m.in. pomoc w przygotowaniu właściwych zapisów technicznych w Opisie Przedmiotu Zamówienia. W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego, w takiej sytuacji można było uznać, iż Wykonawca w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania, co mogło spowodować naruszenie konkurencji. Dodatkowym argumentem był fakt, iż w postępowaniu została złożona tylko jedna oferta. Dalej, w treści decyzji zamawiający stwierdził, że „działając zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy zapewnił Wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji, zwracając się do niego o wyjaśnienia. Wykonawca złożył wyjaśnienia, w których poinformował, iż Pan G.G. nie jest pracownikiem firmy Suntar sp. z o.o., nie pełni funkcji członka Zarządu Spółki, nie jest również jej udziałowcem. Jednocześnie poinformował, że Pan G.G. nie uczestniczył w jakikolwiek sposób w przygotowaniu oferty złożonej przez Wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu. Wskazana osoba została przewidziana przez Wykonawcę jedynie do realizacji określonych funkcji – inżyniera ds. bezpieczeństwa sieciowego oraz inżyniera ds. serwerów i backupu – w ramach świadczenia usług na podstawie umowy cywilno-prawnej. Zakres tej współpracy nie obejmował i nie obejmuje żadnych czynności związanych z przygotowaniem oferty ani wpływu na jej treść.

Zamawiający uznał, że przedłożone wyjaśnienia nie rozwiewają wątpliwości co do możliwego zakłócenia konkurencji oraz zaistnienia konfliktu interesów. W związku z faktem, iż przedmiotowe zamówienie jest dofinansowane ze środków Unii Europejskiej, należy mieć na uwadze aktualne wytyczne dotyczące kwalifikowalności wydatków na lata 2021-2027 Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej, zgodnie z którymi „konflikt interesów oznacza każdą sytuację, w której osoby biorące udział w przygotowaniu lub prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia lub mogące wpłynąć na wynik tego postępowania mają, bezpośrednio lub pośrednio, interes finansowy, ekonomiczny lub inny interes osobisty, który postrzegać można jako zagrażający ich bezstronności i niezależności w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia” (Sekcja 3.2.2 pkt 6). Zdaniem Zamawiającego, taka sytuacja – wynikająca z zaangażowania Pana Grzegorza G. zarówno po stronie Zamawiającego, jak i Wykonawcy – ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu. W takim przypadku „należy podjąć odpowiednie środki, aby skutecznie zapobiegać konfliktom interesów, a także rozpoznawać i likwidować je, gdy powstają w związku z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia lub na etapie wykonywania zamówienia – by nie dopuścić do zakłócenia konkurencji oraz zapewnić równe traktowanie wykonawców”.

W konsekwencji wykonawca SUNTAR Sp. z o.o. został wykluczony z postępowania wobec uznania przez zamawiającego, że w postępowaniu doszło do zakłócenia konkurencji polegającego na wcześniejszym zaangażowaniu się Wykonawcy w przygotowanie postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie Wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W następstwie tej czynności, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy pzp zamawiający odrzucił ofertę, a w związku z faktem iż w postępowaniu została złożona tylko jedna oferta, która została odrzucona, unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 ust. pkt 2 ustawy pzp.

W ocenie składu orzekającego działania Zamawiającego nie znajdują oparcia w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności w przepisach zacytowanych w informacji o wykluczeniu Suntar Sp. z o.o., odrzuceniu

oferty i unieważnieniu postępowania.

Izba podziela tezę przedstawioną w odwołaniu, że w zaistniałym stanie faktycznym istotne jest, że w rzeczywistości zamawiający przyjął wyjaśnienia odwołującego dotycząc czynności, jakie zamierza powierzyć panu Gierałowskiemu w toku realizacji zamówienia i wskazał, że osoba ta nie uczestniczyła w przygotowaniu przedmiotowego zamówienia. Wątpliwości zamawiającego budził fakt, iż podmiot trzeci Eurogrant sp. z o.o. z/s w Tarnowie wykonywała na rzecz zamawiającego usługi audytorskie w zakresie bezpieczeństwa informatycznego oraz doradcze wspomagające realizację projektu „Cyberbezpieczny samorząd – Powiat Kolneński” – projekt współfinansowany przez Unię Europejską. W ramach tej umowy p. Gierałowski był członkiem dwuosobowego zespołu doradczego pełniąc funkcję audytora ds. bezpieczeństwa IT. Z treści umowy wynika, że nie ma podstaw do twierdzenia zamawiającego, iż wykonawca w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania, co mogło spowodować naruszenie konkurencji. Z treści wskazanej umowy, a w szczególności § 1 ust. 3 pkt 1 wynika, że do zadań p. G. należało doradztwo z zakresu zgodności z KRI i audytu IT, zatem nie miało wpływu na opis przedmiotu zamówienia ani sposób badania i oceny złożonej przez Suntar sp. z o.o. oferty.

Również fakt, iż w postępowaniu została złożona tylko jedna oferta nie daje podstaw do twierdzenia o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji.

Izba uznaje, że w istocie zamawiający dokonał nieuprawnionej rozszerzającej wykładni przedmiotowego przepisu dotyczącego wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, jako że przepisu tego zastosować nie powinien był. W końcowym wystąpieniu zamawiający wyraził zdanie, że zaskarżona decyzja została podjęta z ostrożności spowodowanej faktem, iż przedmiotowe zamówienie jest dofinansowane ze środków Unii Europejskiej i mając na uwadze aktualne wytyczne dotyczące kwalifikowalności wydatków na lata 2021-2027 Ministra Funduszy i Polityki Regionalnej (Sekcja 3.2.2 pkt 6).

Mając powyższe na uwadze, odwołanie zostało uwzględnione wobec stwierdzenia uchybień w czynnościach zamawiającego dokonującego oceny statusu odwołującego w zakresie zaistnienia przesłanek wykluczenia go z postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.) oraz § 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....