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

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. 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 został 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 jakiekolwiek, 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 bezpodstawne 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 postepowaniu 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 Gierałtowskiemu 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. Gierałtowski 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: ……..

……..

……..