

**WYROK**

Warszawa, dnia 7 lipca 2025 roku

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca:**Ewa Sikorska  
**Członkowie:** Katarzyna Prowadzisz  
Małgorzata Rakowska  
**Protokolant:**Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2025 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: HYDROPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gostyninie, MITOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Śleszynie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Warszawską Kolej Dojazdową Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Grodzisku Mazowieckim

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Warszawskiej Kolei Dojazdowej Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Grodzisku Mazowieckim – unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: HYDROPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gostyninie, MITOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Śleszynie i dokonanie ponownej oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Warszawską Kolej Dojazdową Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Grodzisku Mazowieckim – i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwoty:

- 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) oraz

- 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),

poniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: HYDROPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gostyninie, MITOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Śleszynie tytułem – odpowiednio – wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),

poniesioną przez zamawiającego – Warszawską Kolej Dojazdową Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Grodzisku Mazowieckim – tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od zamawiającego – Warszawskiej Kolei Dojazdowej Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Grodzisku Mazowieckim – na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: HYDROPOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gostyninie, MITOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Śleszynie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i 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 2024 r. poz. 1320 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 – sądu zamówień publicznych.

.....  
.....  
.....

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Warszawska Kolej Dojazdowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Grodzisku Mazowieckim – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest remont nawierzchni drogi kolejowej w ramach projektu „Poprawa bezpieczeństwa ruchu w pasażerskich przewozach kolejowych na linii WKD”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 2 czerwca 2025 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: HYDROPOL Spółka z

ograniczoną odpowiedzialnością w Gostyninie, MITOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Śleszynie (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

(i) wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu oferty odwołującego,

(ii) unieważnieniu postępowania,

pomimo braku ku temu podstaw faktycznych i prawnych.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 108 ust. 1 pkt 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 85 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że

(i) nie 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, a nadto

(ii) zamawiający podjął niezbędne środki w celu wyeliminowania nawet hipotetycznego ryzyka zakłócenia konkurencji które okazały się w pełni wystarczające.

2. art. 255 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez unieważnienie postępowania, pomimo że oferta złożona przez odwołującego, która nie podlega odrzuceniu oraz jest najkorzystniejsza w postępowaniu, nie przekracza kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia przez zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

-unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego oraz odrzucenia oferty odwołującego z dnia z dnia 23 maja 2025 r.,

- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania z dnia 23 maja 2025 r.,

- powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący podniósł, że bezsprzecznie posiada interes w podejmowaniu środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą P.z.p. Oferta odwołującego jest ważną ofertą w rankingu ofert, która nie podlega odrzuceniu a odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania. W konsekwencji, gdyby zamawiający dokonał prawidłowej czynności badania i oceny ofert, odwołujący miałby realną szansę uzyskania zamówienia mając na względzie fakt, że odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, nie podlega wykluczeniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu oraz w przypadku podjęcia prawidłowych czynności badania i oceny ofert uzyskałaby największą ilość punktów w ustalonych kryteriach oceny ofert. Odwołujący wyraża pełną gotowość do zawarcia ważnej umowy o udzielenie zamówienia a działania zamawiającego w oczywisty sposób naruszają usprawiedliwiony interes ekonomiczny odwołującego oraz skutkują powstaniem po jego stronie realnej szkody – nieuprawnionym pozbawieniem możliwości uzyskania zamówienia (zawarcia umowy o udzielenie zamówienia).

W ocenie odwołującego zamawiający w sposób całkowicie nieuprawniony z naruszeniem przepisów ustawy P.z.p. oraz wytycznych płynących z utrwalonego już w tym względzie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej podjął decyzję o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu.

Jest tak z uwagi na następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Zarówno w piśmiennictwie jak i orzecznictwie (np. wyrok KIO z 28.03.20218 r., sygn. akt KIO 473/18; wyrok z 19.10.2018 r., sygn. akt KIO2037/18) konsekwentnie podnosi się, że sam fakt udziału w przygotowaniu postępowania nie stanowi wystarczającej przesłanki wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania.

Dodatkowo koniecznym jest przesądzenie, że powyższe spowodowało zakłócenie konkurencji oraz że to zakłócenie konkurencji nie mogło zostać wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Oceny w tym zakresie każdorazowo należy dokonywać z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy. To na zamawiającym spoczywa ciężar oceny okoliczności faktycznych, które miałyby wskazywać na naruszenie konkurencji, co powinno być wykonawcy zakomunikowane, tak aby dać realną możliwość przedstawienia dowodów, które pozwalałyby uznać, że jego przewaga nad innymi wykonawcami (jeżeli ta zostanie przez zamawiającego stwierdzona i wykazana) została faktycznie zniwelowana lub nie miała znaczenia dla składanej oferty, w tym znaczeniu, że nie wpływała na jej treść w stopniu, który mógłby zaburzać ocenę złożonych ofert. Należy bowiem zauważyć, że celem omawianej instytucji jest zachowanie warunków uczciwej konkurencji na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej, co również nie powinno automatycznie wykluczać z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy mogli być zaangażowani na etapie przygotowania postępowania.

Odwołujący wskazał, że w przypadku udziału w postępowaniu wykonawcy uczestniczącego w przygotowaniu tego postępowania to zamawiający zobowiązany jest podjąć odpowiednie działania gwarantujące, że udział tego wykonawcy nie zakłóci konkurencji.

Wnioski które płyną z literalnej treści art. 85 ust. 1 ustawy P.z.p. są takie, że zamawiający powinien przede wszystkim wyrównać wiedzę wszystkich wykonawców poprzez przekazanie pozostałym wykonawcom odpowiedniego

zasobu informacji oraz zapewnić, wykonawcom odpowiedni termin na złożenie ofert.

Konieczne jest więc w pierwszej kolejności ustalenie czy środki podjęte przez zamawiającego były wystarczające dla zabezpieczenia przed zakłóceniem konkurencji. Co istotne, zamawiający podejmuje te środki już na etapie przygotowania postępowania, bez wiedzy, czy zajdzie konieczność badania wpływu na konkurencję oferty podmiotu, który był zaangażowany w przygotowanie postępowania. Nie ma bowiem pewności, czy taka oferta w postępowaniu zostanie złożona.

Zamawiający wskazał w protokole postępowania jakie środki podjął celem zagwarantowania, że udział wykonawcy nie zakłóci konkurencji i są to właśnie przekazanie wszystkim wykonawcom istotnych informacji, które zamawiający uzyskał w związku z zaangażowaniem A.M. w przygotowanie dokumentacji oraz wyznaczenie dłuższego terminu niż określony w art. 138 ust. 4 ustawy P.z.p. zapewniającego wykonawcom możliwość rzetelnego przygotowania oferty.

Jest to standardowy zestaw środków służących wyeliminowaniu ryzyka zakłócenia konkurencji, który w przypadku autorów dokumentacji projektowej jest w zupełności wystarczający oraz adekwatny do poziomu ryzyk związanych z przygotowaniem dokumentacji projektowej.

Udzielenie konsultacji w zakresie odpowiedzi na jedynie dwa pytania, których charakter był błahy i sprowadzał się w istocie do potwierdzenia treści dokumentacji projektowej w żaden sposób nie faktu, że nawet potencjalnie nie mogło dojść do ryzyka zakłócenia konkurencji.

Przecież treść finalnie udzielonych przez samego zamawiającego (nie zaś A.M., który udzielał jedynie konsultacji w tym względzie) została upubliczniona podobnie jak dokumentacja projektowa dla wszystkich wykonawców a po udzieleniu odpowiedzi na pytania zamawiający po raz kolejny wydłużył termin składania ofert.

W konsekwencji także w zakresie udzielonych odpowiedzi na pytania zamawiający zastosował środki służące wyeliminowaniu zakłócenia konkurencji wskazane w protokole, czyli upublicznił pytania dla wszystkich wykonawców oraz przedłużył termin składania ofert.

Tym samym środki wskazane przez zamawiającego zostały zastosowane zarówno dla dokumentacji projektowej, jak również odpowiedzi na pytania.

Co bardzo istotne zamawiający zdaje się zapominać, że ustęp 1 art. 85 dotyczy samego zamawiającego nie wykonawcy.

Skoro więc to sam zamawiający zwrócił się o konsultacje do A.M. w zakresie zadanych pytań, to obowiązkiem zamawiającego (nie A.M.) było przyjęcie odpowiednich środków mających służyć wyeliminowaniu zakłócenia konkurencji.

Zamawiający na obecnym etapie nie może więc wyciągać negatywnych konsekwencji z faktu udzielonych przez A.M. konsultacji, o które sam wnioskował, ponieważ to rolę zamawiającego korzystającego ze wsparcia innego podmiotu było zapewnienie odpowiednich środków służących wyeliminowaniu konkurencji.

Odwolujący stwierdził, że zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 85 ust. 2 ustawy P.z.p., w ramach którego odwołujący w sposób wyczerpujący wyjaśnił, z jakich przyczyn jego udział w postępowaniu nie prowadził do zakłócenia konkurencji. Odwołujący odwołał się także do utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w tym względzie.

Odnosnie konsultacji w zakresie dwóch zadanych przez potencjalnych oferentów pytań odwołujący przedłożył zamawiającemu szczegółowe wyjaśnienia.

W tym obszarze ponownie podkreślić należy, że pytania dotyczyły kwestii drobnych a udzielone propozycje odpowiedzi sprowadzały się albo do powtórzenia oczywistych wymagań prawnych w tym względzie albo do potwierdzenia treści dokumentacji projektowej na co odwołujący wskazywał w udzielonej zamawiającemu odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 85 ust. 2 ustawy P.z.p.

Oba pytania zostały skierowane przez pracownika zamawiającego A.Z. do A.M. mailem z dnia 27.03.2025 r.

Pytanie pierwsze miało następującą treść:

„W nawiązaniu do pytania nr 8 z dnia 26.03 w piśmie WKD 10a-27-1/2025 prosimy o wskazanie co ma zawierać dokumentacja techniczna i wykonawcza przywołana w przedmiarze pozycji nr 1.”

Udzielona propozycja odpowiedzi brzmiała następująco:

„informujemy, że dokumentacja ta powinna obejmować:

Dokumentację techniczną, obejmującą:

o Opis techniczny zawierający szczegółowe założenia projektowe,

o Rysunki techniczne i schematy konstrukcyjne,

o Specyfikację materiałową wraz z wymaganiami dotyczącymi jakości,

Dokumentację wykonawczą, w skład której wchodzi:

o Szczegółowe rysunki wykonawcze,

o Harmonogram realizacji prac,

- o Specyfikacje materiałowe,
- o Instrukcje montażowe oraz technologiczne,
- o Dokumentację powykonawczą zgodną z wytycznymi zamawiającego.”

Udzielona przez A.M. odpowiedź stanowiła w istocie w znacznej mierze powtórzenie powszechnie obowiązujących przepisów prawa tj. § 23 i § 24 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego, Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20.12.2021 rozdział nr 2 oraz wymagań normy PN-B-03007:2013.

Tego rodzaju wiedza jest powszechnie dostępna i powinna być znana wszystkim wykonawcom robót-budowlanych.

Na okoliczność, że rola A.M. była wyłącznie doradcza wskazuje także fakt, że zamawiający udzielając finalnej odpowiedzi zmodyfikował odpowiedź poprzez usunięcie w ramach udzielonej odpowiedzi Harmonogramu realizacji prac.

Poniżej odwołujący wskazuje finalną odpowiedź zamawiającego na sporne pytanie:

Pytanie drugie miało natomiast następującą treść:

„proszę również o przygotowanie odpowiedzi na pytanie: „Czy Zamawiający wymaga podbicia- stabilizacyjnego toru po przeniesieniu odpowiedniej ilości obciążenia?”

W tym zakresie odpowiedź udzielona przez A.M. sprowadzała się do potwierdzenia, że wykonanie podbicia stabilizacyjnego toru po przeniesieniu odpowiedniej ilości obciążenia nie jest wymagane przez zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z dokumentacją projektową zamawiający nie wymagał nigdy podbicia stabilizacyjnego toru, dlatego udzielona konsultacja w zakresie odpowiedzi na pytanie nie modyfikowała żadnych wymagań zamawiającego wynikających z dokumentów zamówienia.

Co więcej tezy zamawiającego o rzekomym zakłóceniu konkurencji w zakresie ww. pytania są całkowicie chybione także dlatego, że zamawiający o konsultację do A.M. zwrócił się wiadomością z dnia 27.03.2025 r. a odpowiedź w tym względzie o treści jak niżej została opublikowana na platformie w dniu 26.03.2025r.

Także w tym przypadku literalna treść udzielonej odpowiedzi przez zamawiającego nie jest w 100% tożsama z propozycją A.M.. Co więcej została umieszczona na platformie wcześniej.

W konsekwencji oczywiste jest, że udzielona konsultacja nie mogła w żaden sposób zakłócić konkurencji, na co wskazywał także odwołujący w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 85 ust. 2 ustawy P.z.p.

Odwołujący podniósł, iż kwestionuje w całości prawidłowość działania zamawiającego, który wbrew przedstawieniu jasnego i spójnego stanowiska przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 85 ust. 2 ustawy P.z.p. arbitralnie uznał, że odwołujący złożonymi wyjaśnieniami nie udowodnił, że jego udział w postępowaniu nie zakłócił konkurencji, chociaż to na zamawiającym spoczywał obowiązek przeprowadzenia postępowania dowodowego i wskazania, w jakim zakresie wykonawca powinien rozwiązać jego wątpliwości.

W ocenie odwołującego zamawiający interpretuje treść art. 85 ust. 2 w oderwaniu od treści art. 85 ust. 1, który to na zamawiającego, korzystającego ze wsparcia/konsultacji podmiotu trzeciego, przekłada ciężar zapewnienia, że udział tego podmiotu nie zakłóci konkurencji.

Następnie pomimo złożenia przez odwołującego w terminie wyznaczonym z naruszeniem ustawy P.z.p. wyczerpujących wyjaśnień zamawiający uznał, że odwołujący nie udowodnił braku zakłócenia konkurencji. Trudno jednak od odwołującego oczekiwać udowodnienia niewystępowania określonego faktu. To zamawiający w toku postępowania jest obowiązany podjąć odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji. Natomiast na wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu postępowania, ciąży obowiązek podejmowania takich działań, aby jego udział w postępowaniu nie stanowił zakłócenia konkurencji.

W realiach niniejszej sprawy odwołujący w pełni i z najwyższą starannością zastosował się do powyższych wytycznych nie tylko nie podejmując żadnych działań, które mogłyby zakłócić konkurencję, ale także w pełni transparentnie już w JEDZ opisując udział A.M. związany z opracowaniem dokumentacji projektowo-kosztorysowej oraz konsultacjami w zakresie odpowiedzi na dwa zadane pytania.

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie wskazał na żadne konkretne okoliczności, które miałyby wskazywać na zakłócenie konkurencji. Nie wskazał także, że rzekomego (nie występującego nawet w realiach niniejszej sprawy zakłócenia konkurencji) nie da się wyeliminować w inny sposób aniżeli poprzez wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu.

W wezwaniu w trybie art. 85 ust. 2 ustawy P.z.p. zamawiający oczekiwał, że odwołujący wykaże, że jego udział w postępowaniu nie zakłóca konkurencji, co prowadziło do wypaczenia przepisów ustawy P.z.pt., które potrzebę wykazania przez wykonawcę braku wpływu jego udziału w przygotowaniu postępowania na konkurencję wiążą z wykazaniem przez zamawiającego, że do takiego naruszenia miało dojść.

Odwołujący wskazał, że zamawiający samodzielnie bez jakiegokolwiek udziału A.M. dokonał modyfikacji dokumentacji projektowo-kosztorysowej poprzez udzielone odpowiedzi na pytania. Powyższe dowodzi, że gospodarzem

postępowania był wyłącznie zamawiający, który samodzielnie podejmował decyzje w przedmiocie udzielonych odpowiedzi na pytania oraz ewentualnych zmian względem dokumentacji projektowo-kosztorysowej.

Przykładem powyższych modyfikacji jest pytanie o zastosowanie utwardzanych szyn na łukach, które nie zostały uwzględnione w dokumentacji (w dokumentacji zaproponowano podstawowe szyny R260). Zgodnie z odpowiedziami zamawiającego należy zastosować szyny utwardzane na łukach o promieniu R=600 i mniejszym – pytanie nr 16 z dnia 26.03.2025 r. Ponadto zamawiający wskazał lokalizacje zastosowania ww. szyn, o których odwołujący nie posiadał wiedzy - pytanie nr 1 z dnia 31.03.2025 r. Także w pozostałych kwestiach np. pytanie nr 3, pytanie nr 6 oraz pozostałe pytania zamawiający udzielił odpowiedzi w sposób autonomiczny bez żadnej konsultacji lub udziału ze strony A.M. - pytania nr 3 i 6 z dnia 26.03.2025 r.

Odwołujący wskazał, że w konsekwencji punktem wyjścia powinno być w pierwszej kolejności wykazanie przez zamawiającego, w jaki sposób odwołujący miał uzyskać przewagę nad konkurencją w związku z opracowaniem dokumentacji, która stanowiła element opisu przedmiotu zamówienia i została udostępniona wszystkim zainteresowanym.

Odwołujący podkreślił, że kosztorys inwestorski również został udostępniony dla wykonawców jako załącznik do SWZ.

Odnosząc się natomiast do udziału w zakresie konsultacji odpowiedzi na raptem dwa pytania kierowane do SWZ odwołujący podkreślił, że nie miały one żadnego wpływu na konkurencję w postępowaniu. Pierwsze pytanie dotyczyło wymagań odnośnie zakresu i formy dokumentacji technicznej/wykonawczej które wynikają za powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Dodatkowo propozycję odpowiedzi w tym względzie przedstawił przez A.M. sam zamawiający zmodyfikował, co potwierdza fakt, że odpowiedzi na pytanie nie udzielał A.M., a sam zamawiający weryfikując i moderując finalną treść odpowiedzi zgodnie z uznaniem własnym zamawiającego. Drugie pytanie dotyczyło obowiązków, których realizacja nie wynikała w żaden sposób z dokumentów zamówienia. A.M. potwierdził tylko, że realizacja obowiązków objętych zapytaniem nie jest objęta dokumentacją projektowo-kosztorysowo. Również w tym przypadku trudno sobie wyobrazić hipotetyczny nawet wpływ tego rodzaju potwierdzenia na konkurencyjność w postępowaniu. Co więcej, również w tym przypadku odpowiedź zamawiającego nie była literalnie tożsama, a nadto została udzielona jeden dzień przed terminem przekazania do konsultacji przez A.M., co potwierdza, że odpowiedź została udzielona autonomicznie przez zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że to zamawiający powinien był ocenić na podstawie posiadanych informacji, czy doszło do zakłócenia konkurencji w postępowaniu i przy uznaniu, że pomimo podjętych przez zamawiającego środków mających na celu zapobieżeniu zakłócenia uczciwej konkurencji, w przypadku o którym mowa w art. 85 ust. 1 ustawy P.z.p., nie można inaczej przywrócić warunków uczciwej konkurencji, dopiero wystąpić do wykonawcy o wykazanie, że nie miało miejsca naruszenie warunków uczciwej konkurencji. Skoro zatem sam zamawiający nie wskazał, na jakiej podstawie można uznać, że doszło do naruszenia warunków uczciwej konkurencji, nie można przypisać odwołującemu odpowiedzialności za brak wykazania, że nie doszło do naruszenia uczciwej konkurencji.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu wykonawcy nie tylko nie wykazał zakłócenia konkurencji w postępowaniu poprzez udział A.M. w opracowaniu dokumentacji projektowo-kosztorysowej oraz odpowiedź na dwa nie istotne pytania zadane w toku procedury udzielenia zamówienia, ale nie podjął nawet próby wykazania, że zakłócenie konkurencji (które nie wystąpiło) nie mogło zostać wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że zarzut 2 ma charakter wynikowy. Cena oferty odwołującego wynosi 41 670 966,84 zł. Kwota, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia to 41 693 310,00 zł. W konsekwencji cena oferty odwołującego, która powinna zostać uznana na za najkorzystniejszą przez zamawiającego, nie przekracza środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia przez zamawiającego, ponieważ jest niższa. Z tych przyczyn zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy P.z.p., który tego rodzaju uprawnienie przyznaje wyłącznie w sytuacji, w której cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 2 lipca 2025 roku wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości;
- 2) zasądzenie na rzecz zamawiającego kwoty 3.600,00 zł, stanowiącej równowartość kosztów poniesionych przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z fakturą, która zostanie przedstawiona na rozprawie.

Zamawiający wskazał, że do realizacji umowy został wyznaczony Zespół kluczowych ekspertów, tj. Pan M.O., Pan D.M. oraz Pan A.M.. Do momentu wszczęcia postępowania, zamawiający, zgodnie z dyspozycją art. 85 ust. 1 ustawy P.z.p., podjął działania celem zapobieżenia ewentualnemu wykluczeniu Pana A.M. bądź podmiotów powiązanych z Panem A.M., w związku z udziałem Pana A.M. w przygotowaniu postępowania, udostępniając w ramach dokumentacji przetargowej Kosztorys inwestorski, Przedmiar robót, Schemat lokalizacji przejazdów oraz rozjazdów, tj.

całość dokumentacji sporządzonej w ramach Umowy projektowej. W toku postępowania zamawiający w ramach Umowy projektowej zwrócił się do Pana A.M. z prośbą o pomoc w uzgodnieniu odpowiedzi na dwa pytania złożone w ramach procedury wyjaśnień zgodnie z art. 135 ust. 1 ustawy P.z.p., na które pracownik Pan D.M. przekazał odpowiedź w dniu 27 marca 2025 r., zgodnie z opisem stanu faktycznego przedstawionym przez wykonawcę w odwołaniu. Kolejno, w postępowaniu, w ramach konsorcjum, ofertę złożył Mitor sp. z o.o. sp. k. (jednej z wykonawców), w której to spółce Pan A.M. jest komandytariuszem oraz prokurentem samoistnym. Wobec roli Pana A.M. i jego pracowników, wyrażającej się nie tylko w przygotowaniu postępowania, ale i w uczestnictwie w prowadzeniu postępowania, zamawiający stwierdzając, że mimo podjętych przezeń działań w celu zapobieżenia zakłócenia konkurencji, nie jest możliwe jej zapewnienie w inny sposób, dokonał wykluczenia wykonawcy na podstawie przepisu art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p.

Zamawiający wskazał, że zasadniczo bezsporne jest między stronami, że Pan A.M. należy z wykonawcą Mitor sp. z o.o. sp. k. do jednej grupy kapitałowej, ze względu na swoją rolę komandytariusza w spółce Mitor sp. z o.o. sp. k. oraz jednocześnie pozostawanie prokurentem samoistnym, a tym samym, do oceny uczestnictwa wykonawcy w postępowaniu znajdzie zastosowanie przepis art. 85 ust. 1 i ust. 2 ustawy P.z.p. W konsekwencji, zamawiający zobowiązany był rozważyć konieczność wykluczenia z postępowania wykonawcy na podstawie przepisu art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. Zgodnie natomiast z przepisem art. 85 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli dany podmiot doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, na zamawiającym ciąży obowiązek powzięcia wszelkich działań, które zagwarantują udział temu podmiotowi bądź podmiotowi pozostającemu z nim grupie kapitałowej w sposób niezakłócający konkurencji, w szczególności poprzez udostępnienie uczestnikom postępowania wszelkich dokumentów uzyskanych od wykonawcy oraz poprzez przekazanie wszelkich informacji, które temu podmiotowi udostępnił w związku z przygotowaniem postępowania. Mając więc na uwadze rolę Pana A.M. w ramach prowadzonej działalności gospodarczej polegającą na m.in. przygotowaniu dokumentów postępowania zamawiający opublikował wszystkie te dokumenty wraz z Kosztorysem inwestorskim, który w praktyce zasadniczo nie jest przekazywany uczestnikom postępowania. Nie istnieje także żaden zbiór informacji, które posiadałby Pan A.M. w toku przygotowania dokumentacji, a które nie zostałyby udostępnione innym wykonawcom. Wobec powyższego – i jest to również bezsporne między stronami – zamawiający podjął wszelkie działania na gruncie przepisu art. 85 ust. 1, aby zagwarantować możliwość uczestnictwa podmiotowi, ale co kluczowe, jedynie w związku z jego zaangażowaniem w przygotowanie postępowania. To jednak czego wydaje się nie dostrzegać odwołujący, to fakt, że czynności, do których został również zobowiązany na mocy umowy projektowej Pan A.M. - co do których zamawiający nie mógł powziąć działań w celu zapobieżenia ich podejmowania na etapie wszczęcia postępowania, jak również na kolejnych etapach, gdyż pozbawiłby by się wtedy generalnie możliwości realizacji Umowy zgodnie z jej treścią – to konsultacje w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Konsultacje w toku postępowania natomiast wykraczają poza katalog czynności służących przygotowaniu postępowania, gdyż odbywają się już na etapie prowadzonego postępowania i jako takie stanowią jeden z elementów procedury w trakcie przetargu. Przy czym pytania są zadawane przez uczestników w wyniku realizacji uprawnienia wynikającego z przepisu art. 135 ust. 1 ustawy P.z.p. i służą w dużej mierze precyzowaniu bądź modyfikacji treści SWZ. Uczestnictwo Pana A.M. oraz jego pracowników w odpowiedzi na pytania bezspornie stanowi o realizacji czynności, które są wykonywane przez osoby prowadzące postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a nie odpowiedzialne za jego przygotowanie. W ocenie zamawiającego bez znaczenia jest zatem fakt, że wykonawca odpowiedział jedynie na dwa pytania, które ostatecznie i tak zostały zmodyfikowane przez zamawiającego. Zasadniczo bowiem Pan A.M. jako podmiot powiązany z wykonawcą mógł mieć wpływ na treść wymogów postawionych w postępowaniu. Hipotetycznie zatem zaistniało ryzyko, że przekazane przez Pana A.M. odpowiedzi na pytanie dotyczące treści dokumentacji projektowej oraz obowiązku podbicia stabilizacyjnego toru po przeniesieniu odpowiedniej ilości obciążenia mogły być determinowane przystępniejszym dla niego sposobem realizacji zamówienia. Co więcej, zamawiający wciąż mógłby oczekiwać nawet na dalszym etapie postępowania, już po upływie terminu złożenia ofert, konsultacji od Pana A.M.. Umowa projektowa w § 1 ust. 1 Umowy, nie ogranicza uprawnienia zamawiającego do żądania „odpowiedzi na pytania” wyłącznie do procedury wyjaśnień prowadzonej na podstawie art. 135 ust. 1 ustawy P.z.p. Mając więc na uwadze faktyczną rolę Pana A.M. w prowadzeniu postępowania, zamawiający doszedł do przekonania, że powzięte przezeń działania polegające na udostępnieniu wszystkich informacji, nie są wystarczające do zapobieżenia zakłócenia konkurencji w wyniku udziału wykonawcy Mitor sp. z o.o. sp. k. w postępowaniu. Nie zmieniły powyższego również wyjaśnienia wykonawcy złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego skierowane do wykonawcy zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy P.z.p. Zamawiający wskazał, że niezasadne jest twierdzenie odwołującego, jakoby zamawiający wyznaczył zbyt krótki termin na złożenie wyjaśnień przez wykonawcę w świetle przepisu art. 8 ust. 4 ustawy P.z.p. Zamawiający wskazał, że przepis art. 85 ust. 2 ustawy P.z.p. nie wyznacza żadnego minimalnego terminu, jaki zamawiający powinien wyznaczyć wykonawcy celem zapewnienia możliwości udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Przepis art. 8 ust. 4 ustawy P.z.p. literalnie nie tyle natomiast reguluje obowiązek w każdym przypadku

wyznaczania co najmniej dwudniowego terminu, a jedynie stanowi o sposobie obliczania terminów (tak jak i również cały przepis art. 8 ustawy P.z.p.). Niemniej jednak, w sytuacji, w której wyznaczony przez zamawiającego termin był zbyt krótki, wykonawca mógł zwrócić się do zamawiającego o jego wydłużenie, z uwagi na brak możliwości złożenia wyjaśnień w tymże terminie, czego nie zrobił, a zatem, uznać należy, iż termin wyznaczony przez zamawiającego faktycznie pozostawał odpowiedni i wykonawca miał realną możliwość ustosunkowania się do kwestii ewentualnego zakłócenia konkurencji wobec jego udziału, zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy P.z.p. Potwierdza to również fakt, że przepis art. 8 ust. 4 ustawy P.z.p. nie stanowi podstawy zarzutu odwołania. Zamawiający podkreślił, że jest mu znany pogląd wyrażony w przedstawionym przez odwołującego orzecznictwie KIO oraz pogląd ten podziela w zakresie, w jakim KIO wskazywała, że sama okoliczność udziału w przygotowaniu postępowania nie obliguje automatycznie zamawiającego do wykluczenia danego wykonawcy. Taki pogląd koresponduje również z treścią przepisu art. 85 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie zamawiającego dyspozycja ww. przepisu nie pozwala jednak wywodzić, że obejmuje on również sytuację, w której wykonawca bądź podmiot z nim powiązany biorą udział w czynnościach w trakcie prowadzenia postępowania, w tym poprzez odpowiedzi na pytania. Jest to również funkcjonalnie uzasadnione, mając na uwadze istniejącą, w wyniku wykonywania takich czynności, potencjalną możliwość wpływu na tok postępowania przez danego wykonawcę poprzez dostosowanie wymogów czy treści specyfikacji, tak aby odpowiadała jego założeniom, co bezsprzecznie zakłóca konkurencję.

Zamawiający zwrócił uwagę na sposób ukształtowania ciężaru dowodu w przepisie art. 85 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy P.z.p. Jak wskazano w Komentarzu UZP wyd. II1: Ustawodawca przyjął dwustopniowy rozkład ciężaru dowodu. Na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, że doszło do wcześniejszego zaangażowania wykonawcy, w wyniku którego mogło dojść do zakłócenia konkurencji. Zamawiający powinien zatem uprawdopodobnić zakłócenie konkurencji, czyli wykazać, że w wyniku wcześniejszego zaangażowania wykonawca mógł ze znacznym prawdopodobieństwem uzyskać przewagę konkurencyjną. Takimi poszlakami mogą być w szczególności: złożenie oferty, która ewidentnie opiera się na informacjach niedostępnych dla wszystkich oferentów. Jeżeli takie przesłanki istnieją, zamawiający powinien o tym poinformować wykonawcę oraz, zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy P.z.p., zapewnić wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie zakłóciło konkurencji. Artykuł 85 ust. 2 ustawy P.z.p. zmienia więc rozkład ciężaru dowodu w stosunku do reguł ogólnych, gdyż to na wykonawcy chcącym uniknąć wykluczenia na podstawie komentowanej przesłanki spoczywa ciężar dowodu co do tego, że jego wcześniejsze zaangażowanie nie zakłóciło konkurencji. Wykonawca powinien więc wykazać brak związku przyczynowego między swoim wcześniejszym zaangażowaniem a przewagą swojej oferty. Jeżeli wykonawca nie obali domniemania, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania zakłóciło konkurencję, zamawiający wyklucza wykonawcę. Wobec więc faktu, że zamawiający, po zapoznaniu się z wyjaśnieniami wykonawcy, złożonymi zarówno w JEDZ, jak i zgodnie z przepisem art. 85 ust. 2 ustawy P.z.p., nie znalazł podstaw do zmiany stanowiska o zakłóceniu konkurencji w wyniku udziału wykonawcy w postępowaniu, wobec podjętych przez Pana A.M. oraz jego pracowników czynności, ziściły się przesłanki do wykluczenia wykonawcy zgodnie z przepisem art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest remont nawierzchni drogi kolejowej, realizowany w ramach inwestycji E.2.1.1 Linie kolejowe Krajowego Planu Odbudowy i Zwiększania Odporności (KPO), współfinansowanej przez Unię Europejską ze środków europejskiego Funduszu na rzecz Odbudowy i Zwiększania Odporności. Celem przygotowania dokumentacji postępowania zamawiający w dniu 24 lipca 2024 r. zawarł z Panem A.M. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. ANBUD A.M. umowę, na mocy której Anbud opracował uproszczony projekt techniczny na wymianę szyn i rozjazdów na linii kolejowej nr 47 dla przedsięwzięcia pod nazwą: „Poprawa bezpieczeństwa ruchu w pasażerskich przewozach kolejowych na linii WKD”, tj. na cele Postępowania (dalej zwana: „Umową projektową”). Zgodnie z § 1 ust. 1 Przedmiot Umowy obejmuje:

- 1) Etap I – doradztwo na etapie przygotowania projektu oraz przygotowanie dokumentacji, tj. planu sytuacyjnego z opisem robót i rozjazdów, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (dalej zwanej: „STWiORB”), program funkcjonalno-użytkowy i kosztorys inwestorski;
- 2) Etap II – konsultacje w przetargu – udzielanie odpowiedzi na pytania zadane podczas postępowania przetargowego na dostawę i montaż szyn dla przedsięwzięcia „Poprawa bezpieczeństwa ruchu w pasażerskich przewozach kolejowych na linii WKD”.

Do realizacji Umowy został wyznaczony Zespół kluczowych ekspertów, tj. Pan M.O., Pan D.M. oraz Pan A.M. (*okoliczność bezsporna*).

W protokole postępowania w pkt. 4 zamawiający zawarł następującą informację:

*Wskazać środki mające na celu zapobieżeniu zakłócenia uczciwej konkurencji w przypadku, o którym mowa w art. 85 ust. 1 ustawy:*

*1) przekazanie wszystkim wykonawcom istotnych informacji, które zamawiający uzyskał w związku z zaangażowaniem*

wykonawcy lub innego podmiotu w przygotowanie postępowania poprzez wykonanie dokumentacji, o której mowa w Rozdziale IV ust. 2 lit a) — d) SWZ;

2) wyznaczenie terminu ofert, dłuższego niż określony w art. 138 ust. 4 ustawy Pzp, zapewniającego wykonawcom możliwość rzetelnego przygotowania oferty (dowód: protokół postępowania)

W postępowaniu wpłynęły 4 oferty:

- 1) oferta odwołującego z ceną: 41 670 966,84 zł brutto
- 2) oferta ZOMAX Sp. z o.o. Sp. k. z ceną 45 387 000,00 zł brutto
- 3) oferta konsorcjum KZN Rail Sp. z o.o. w Krakowie, SPAW-TOR Sp. z o.o. Sp. k. w Krakowie z ceną 48 673 560,00 zł brutto
- 4) DOMOST Sp. z o.o. w Małkini Górnej 40 368 231,96 zł brutto (dowód: informacja z otwarcia ofert z dnia 10 kwietnia 2025 roku)

MITOR Sp. z o.o. Sp.k. w Śleszynie w Jednolitym Europejskim Dokumentcie Zamówienia zawarł następującą informację:

*F.A. (komandytariusz przygotował uproszczony projekt wymiany szyn wraz z robotami towarzyszącymi: wykonanie planu sytuacyjnego z opisem robót, wykonanie STWiORB, wykonanie opisu PFU, wykonanie kosztorysu inwestorskiego, konsultacje przy udzielaniu wyjaśnień do SWZ w zakresie wątpliwości technicznych Wykonawców dotyczących przedmiotu zamówienia. Wszystkie dokumenty i opracowania jakie otrzymał od FHU ANBUD Zamawiający (WKD), zostały upublicznione na Platformie Zakupowej (stronie prowadzonego postępowania) i każdy zainteresowany Wykonawca mógł się z nimi zapoznać. W zakresie konsultacji dotyczących wniosków o wyjaśnienie treści SWZ zostały przygotowane dwie rekomendacje odpowiedzi: pierwsza dotyczyła informacji co powinno być zawarte w dokumentacji technicznej przy realizacji prac; druga zaś dotyczyła potwierdzenia braku konieczności podbicia stabilizacyjnego, które nie było w zakresie realizacji prac. Powyższe działania nie zakłócają konkurencji, o której mowa w art. 85 p.z.p. w szczególności Zamawiający udostępnił wszystkie dokumenty jaki otrzymał od F.A.. Zamawiający wszystkie warunki udziału oferentów w postępowaniu ustalił samodzielnie bez udziału F.A. (dowód: JEDZ wykonawcy MITOR Sp. z o.o. Sp.k.).*

Pismem z dnia 16 maja 2025 roku zamawiający poinformował odwołującego, co następuje:

*Działając na podstawie przepisu art. 85 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024 r., poz. 1320, dalej: ustawa Pzp), Zamawiający - Warszawska Kolej Dojazdowa sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim, informuje Wykonawcę o możliwości udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.*

*Uzasadnienie:*

*Pełnomocnik konsorcjum, w Jednolitym Europejskim Dokumentcie Zamówienia, dalej: JEDZ, oświadczył, że był bezpośrednio zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia poprzez udział pana A.M. działającego pod firmą F.A., będącego jednocześnie komandytariuszem Wykonawcy Mitor Sp. z o.o. Sp. k., który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, poprzez przygotowanie uproszczonego projektu wymiany szyn wraz z robotami towarzyszącymi, wykonanie planu sytuacyjnego z opisem robót, wykonanie STWiORB, wykonanie opisu PFU, wykonanie kosztorysu inwestorskiego oraz konsultacje przy udzielaniu wyjaśnień do SWZ w zakresie wątpliwości technicznych wykonawców dotyczących przedmiotu zamówienia.*

*Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, 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 (Dz.U. z 2024 r. poz. 1616), chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie Wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

*Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, Wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z 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.*

*Z uwagi na powyższe okoliczności, Zamawiający umożliwia złożenie wyjaśnień i dowodów w zakresie wskazanym w niniejszym wezwaniu, które należy złożyć w formie określonej w Rozdziale XIV SWZ, w terminie do dnia 19 maja 2025 r. na Platformie Zakupowej, za pośrednictwem zakładki Pytania/Informacje (dowód: pismo z dnia 16 maja 2025 roku).*

Pismem z dnia 19 maja 2025 roku odwołujący udzielił następującej odpowiedzi:

*W dniu 24 lipca 2024 r. została zawarta umowa pomiędzy Panem A.M. prowadzącym działalność gospodarczą*

FHU ANBUD, a Warszawską Koleją Dojazdową sp .z o.o. – dalej WKD, której przedmiotem było sporządzenie uproszczonego projektu pn. „Projekt wymiany szyn i rozjazdów na linii kolejowej nr 47 WKD w ramach projektu „Poprawa bezpieczeństwa ruchu w pasażerskich przewozach kolejowych na linii WKD”

W ramach przedmiotowego kontraktu Pan A.M. zobowiązał się wykonać za wynagrodzeniem wykonać:

1. plan sytuacyjny z opisem robót i rozjazdów
2. kosztorys inwestorski
3. specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych
4. program funkcjonalno-użytkowy

a ponadto udzielać konsultacji w przetargu obejmującym dostawę i montaż szyn dla ww. przedsięwzięcia.

Wskazana powyżej dokumentacja projektowa została wykonana zgodnie z przepisami ustawy prawo budowlane oraz aktami wykonawczymi do tej ustawy, ale przede wszystkim zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. Dokumentacja została odebrana.

WKD opublikowała wszystkie otrzymane od A.M. dokumenty łącznie z kosztorysem inwestorskim, powyższe więc dowodzi, że każdy z wykonawców miał możliwość zapoznać się z przekazanymi dokumentami, a w konsekwencji mógł otrzymać taki sam ładunek informacji. Dodatkowo, A.M. nie brał udziału w sformułowaniu kryteriów oceny ofert ani warunków zamówienia. Nie doradzał także w zakresie żądania wadium oraz ustalania innych warunków postępowania.

Zamawiający przewidział możliwość osobistego zapoznania się Wykonawców z terenem przyszłej budowy wyznaczając możliwość nieobowiązkowej wizji lokalnej.

Przygotowanie przez A.M. – komandytariusza spółki będącej konsorcjantem Wykonawcy dokumentacji opisanej w dokumencie JEDZ przed wszczęciem postępowania przetargowego nie zakłóca w żadnym przypadku zasad konkurencji. Wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania tylko i 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 (art. 85 ust. 2 p.z.p.). Kluczowym jest wskazanie wynikające z art. 85 ust. 1 p.z.p. z którego wynika, że Zamawiający musi jednak podjąć właściwe środki eliminujące zagrożenie zakłócenia konkurencji. W przypadku niniejszego postępowania ryzyko niezachowania konkurencyjności zostało wyeliminowane, ponieważ Zamawiający opublikował wszelkie informacje i dokumenty, jakie hipotetycznie mógł pozyskać Wykonawca mając na względzie fakt formalnego powiązania ze swoim komandytariuszem tak, aby mogli się z nimi zapoznać również inni potencjalni oferenci zainteresowani uzyskaniem zamówienia. Wszystkie części składowe dokumentacji zostały przygotowane a następnie udostępnione i zamieszczone na platformie zakupowej Zamawiającego

Nie jest zatem tak, że wiedza zawarta w części dokumentacji, którą mógłby uzyskać Wykonawca z racji powiązania z A.M. dawała Wykonawcy istotną przewagę konkurencyjną, umożliwiając mu ustalenie ceny z jednej strony dla niego korzystnej (opłacalnej, zapewniającej odpowiedni poziom zysku), a z drugiej dającej większe szanse na zdobycie zamówienia (niższej od innych wykonawców).

Odnosząc się zaś do etapu udziału w konsultacjach na etapie udzielania wyjaśnień do SIWZ w zakresie wątpliwości technicznych wykonawców dotyczących przedmiotu zamówienia, to podnieść należy, że dwa pytania na które udzielił odpowiedzi A.M. w dniu 27 marca 2025 r. dotyczyły aspektów technicznych, które wynikały z przepisów prawa i treści sporządzonej dokumentacji.

Pierwsze zapytanie dotyczyło sporządzenia dokumentacji technicznej i wykonawczej w celu uzgodnienia z Zamawiającym szczegółów technicznych oraz harmonogramu prac i zamknięć torowych w celu umożliwienia wymiany rozjazdów i prowadzenia ruchu w zaplanowanym terminie. Udzielając odpowiedzi na nie A.M. bazował na podstawowych zasadach wiedzy technicznej zakładając wolę współdziałania z Zamawiającym bez odsyłania potencjalnych wykonawców do przepisów prawa powszechnie obowiązującego w tym zakresie, tj. rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (Dz.U. 2020 poz. 1609, z późn. zm.). Odpowiedź udzielona przez A.M. mimo braku wyraźnego odwołania do § 23 i 24 ww. rozporządzenia, sprowadzała się do przywołania regulacji wynikających z ww. przepisu.

Dodatkowo na uwagę zasługuje fakt, iż A.M. był wyłącznie konsultantem, świadczy o tym fakt, iż udzielona rekomendacja do Zamawiającego została ostatecznie zmodyfikowana i zamieszczona jako odpowiedź przez Zamawiającego.

Gdy chodzi zaś o kwestię ustalenia potrzeby wykonania stabilizacyjnego toru po przeniesieniu odpowiedniej ilości obciążenia, to odpowiedź udzielona przez A.M. potwierdza literalną treść tej dokumentacji, która w żadnym przypadku

takiego obowiązku nie przewidywała. Gdyby powyższe wyjaśnienie nie zostało udzielone a pytanie w tym zakresie nie padło, nie wchodziły w grę rozważania co do potrzeby wykonywania takich prac. Wykonawca, przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia, nabywa informacje o przedmiocie zamówienia. Jeśli jednak informacje te wchodziły również w zakres dokumentacji postępowania i były do wykorzystania na równych zasadach dla wszystkich zainteresowanych uczestnictwem w przetargu, to uznać należy, iż przewaga wykonawcy, który przygotowywał dokumentację takiego postępowania, w którym następnie złożył ofertę, będzie polegać jedynie na wcześniejszej znajomości przedmiotu zamówienia i ewentualnie krótszym czasie przygotowania oferty. Jednakże okoliczność ta nie stanowi wystarczającego dowodu utrudnienia uczciwej konkurencji. Przypadkami zakłócania konkurencji - w świetle przykładów będących przedmiotem postępowań KIO - są sytuacje, w których: 1) do specyfikacji zostały wprowadzone zapisy preferujące wykonawcę (np. dotyczące wymagań technicznych lub wymagań podmiotowych); 2) wykonawca poznał szacunkową wartość zamówienia (na przykład opracowując kosztorys inwestorki), której nie upublicznia zamawiający (W wyroku z 18.03.2022 r., KIO 560/22, LEX nr 3399583, uznano, że zaangażowanie wykonawcy w przygotowanie postępowania spowodowało zakłócenie konkurencji w postępowaniu, ponieważ w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie zostały wykonawcom udostępnione kosztorysy inwestorskie; w ocenie składu orzekającego wykonawcy konkurowali w postępowaniu wyłącznie ceną, albowiem stanowiła ona jedyne kryterium oceny ofert. Zamówienie miało zostać udzielone temu wykonawcy, który przedstawi najniższą cenę za jego realizację; wiedza zawarta w kosztorysach inwestorskich dawała wykonawcy T. istotną przewagę konkurencyjną, umożliwiając mu ustalenie ceny z jednej strony dla niego korzystnej (opłacalnej, zapewniającej odpowiedni poziom zysku), a z drugiej dającej większe szanse na zdobycie zamówienia (niższej od innych wykonawców); skład orzekający zwrócił uwagę, że taka wiedza nie gwarantuje wykonawcy uzyskania zamówienia, jednakże znacząco zwiększa jego szanse, zaburzając tym samym konkurencję w postępowaniu." J. E. Nowicki [w:] P. Wiśniewski, J. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 85.); 3) wykonawca poznał SIWZ wcześniej, miał więc więcej czasu na przygotowanie oferty (dotyczy to sytuacji, w których przygotowanie oferty jest czasochłonne i każdy tydzień czy wręcz dzień przewagi ma znaczenie). Zgodnie z art. 31d ustawy Pzp Zamawiający jeszcze przed wszczęciem postępowania może podjąć stosowne środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji w szczególności poprzez przekazanie pozostałym wykonawcom informacji, które uzyskał i przekazał podczas przygotowania postępowania oraz wyznaczenie odpowiedniego terminu na złożenie ofert. I tak w podanych wyżej przypadkach można rozważyć podjęcie następujących starań o wyeliminowanie zakłócenia konkurencji: wprowadzenie poprawek w SIWZ; upublicznienie szacunkowej wartości zamówienia; odpowiednie przedłużenie terminu składania ofert. Poza tym zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego Zamawiający, wyciągając skutki prawne z danego faktu, zobowiązany jest przedstawić stosowne dowody naruszenia warunków uczciwej konkurencji mające faktyczny lub potencjalny wpływ na wynik postępowania. Oznacza to, że wykluczenie wykonawcy uczestniczącego w przygotowaniu postępowania jest możliwe tylko wtedy, kiedy zostanie przeprowadzone postępowanie wyjaśniające z udziałem zainteresowanego wykonawcy, z którego w sposób bezsporny będzie wynikać zbieg okoliczności świadczących o istotnym utrudnieniu uczciwej konkurencji.

Czynności związane z wykonaniem dokumentacji oraz wyjaśnienia w zakresie powyższych dwóch pytań nie dowodzą ustalenia jakiegokolwiek wiedzy, która byłaby znana na wcześniejszym etapie postępowania wybranym podmiotom i dawała jakąkolwiek przewagę konkurencyjną Wykonawcy.

W związku z powyższym zwracamy się o merytoryczne rozpoznanie złożonej przez konsorcjum oferty.

Jednocześnie należy zaznaczyć, że przejawem nie równego traktowania wykonawców i rażącego obrażenia prawa jest pismo wzywające do złożenia przedmiotowych wyjaśnień, w szczególności Wykonawca zwraca zamawiającemu uwagę, że wyznaczenie 3 dni, z czego dwa dni stanowią dni ustawowo wolne od pracy, narusza art. 8 ust. 4 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych zgodnie z którym „Termin obejmujący dwa lub więcej dni zawiera co najmniej dwa dni robocze „ A w omawianym przypadku zamawiający pozostawił wykonawcy jedynie dzień 19 maja 2025 r. na przygotowanie wyjaśnień. „Termin obejmujący 2 lub więcej dni zawiera co najmniej dwa dni robocze. Ma to na celu zapewnienie realnego czasu dla wykonawców i zamawiających na dokonanie jakiejś czynności w wyznaczonym terminie. I tak, zgodnie z art. 284 ust. 2 p.z.p. zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień do treści SWZ nie później niż na 2 dni przed upływem terminu składania ofert. Ten ustawowy termin oznacza, że w sytuacji wyznaczenia terminu składania ofert na poniedziałek, odpowiedzi trzeba udzielić najpóźniej w czwartek poprzedniego tygodnia, ponieważ będzie to drugi dzień roboczy przed dniem składania ofert. Z kolei zgodnie z art. 291 ust. 1 p.z.p. zamawiający udostępnia oferty wraz z załącznikami złożone w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu niezwłocznie po otwarciu tych ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia ich otwarcia. W związku z tym w sytuacji dokonania otwarcia ofert w piątek trzeci dzień terminu minie we wtorek następnego tygodnia. Jest to spowodowane tym, że 3-dniowy termin rozpoczyna bieg w sobotę, ale jako że musi zawierać co najmniej 2 dni robocze, to upłynie on we wtorek.” P. Wiśniewski [w:] J. E. Nowicki, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 8 (dowód: pismo z dnia 19 maja 2025 roku).

Pismem z dnia 23 maja 2025 roku zamawiający poinformował, co następuje:

W prowadzonym postępowaniu Zamawiający zastosował procedurę określoną w art. 139 ustawy Pzp, w wyniku której najpierw dokonał badania i oceny ofert, a następnie dokonał kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, ponieważ taka możliwość została przewidziana w SWZ i w ogłoszeniu o zamówieniu.

W wyniku oceny i badania ofert Zamawiający podjął decyzję o:

1) odrzuceniu oferty wykonawcy DOMOST sp. z o.o., ul. Kolejowa 30, 07-320 Małkinia Górna, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp;

2) wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mitor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa - Pełnomocnik Konsorcjum, ul. Kasztanowa 7, 99-321 Śleszyn oraz Hydropol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Członek Konsorcjum ul. Targowa 108, 09-500 Gostynin, na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz odrzuceniu oferty ww. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp.

(...)

2. Wykluczenie z postępowania Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

1. Mitor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa - Pełnomocnik Konsorcjum ul. Kasztanowa 7, 99-321 Śleszyn

2. Hydropol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Członek Konsorcjum ul. Targowa 10B, 09-500 Gostynin

Uzasadnienie faktyczne:

W Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia, dalej: JEDZ, pełnomocnik Wykonawców występujących wspólnie tj. firma Mitor Sp. z o.o. Sp.k. oświadczyła, że była bezpośrednio lub pośrednio zaangażowana w przygotowanie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ: „F.A. (komandytariusz) przygotował uproszczony projekt wymiany szyn wraz z robotami towarzyszącymi: wykonanie planu sytuacyjnego z opisem robót, wykonanie STWiORB, wykonanie opisu PFIJ, wykonanie kosztorysu inwestorskiego, konsultacje przy udzielaniu wyjaśnień do treści SWZ w zakresie wątpliwości technicznych Wykonawców dotyczących przedmiotu zamówienia”.

Pan A.M. jest komandytariuszem, a także prokurentem samoistnym w spółce Mitor Sp. z o.o. Sp. k., a tym samym, jest współnikiem spółki Mitor Sp. z o.o. Sp. k. oraz jest uprawniony do podejmowania czynności związanych z prowadzeniem i reprezentacją tego przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym, Zamawiający zidentyfikował istnienie okoliczności, o których mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp w stosunku do Wykonawcy, gdyż Pan A.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.A., będący w grupie kapitałowej z podmiotem Mitor Sp. z o.o. Sp. k. w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2024 r. poz. 1616) wobec jego powiązań ze spółką Mitor Sp. z o.o. Sp. k., brał bezpośredni udział w przygotowaniu postępowania, gdyż przygotowywał dokumentację projektową która została opublikowana na stronie prowadzonego postępowania jako Załącznik nr 2 do SWZ, a następnie, w trakcie trwania postępowania, w związku z przygotowywaną dokumentacją udzielał konsultacji Zamawiającemu przy udzielaniu wyjaśnień do SWZ w zakresie wątpliwości technicznych wykonawców dotyczących przedmiotu zamówienia. Zamawiający, zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, umożliwił Wykonawcy udowodnienie, że jego udział w postępowaniu nie zakłóci konkurencji. Wykonawca w piśmie z dnia 19 maja 2025 r. wskazał, że Zamawiający udostępnił wszystkie informacje, którymi dysponował lub wytworzył Wykonawca w związku z przygotowaniem postępowania. Wykonawca także podniósł, że Pan A.M. odpowiedział na dwa pytania, które dotyczyły aspektów technicznych wynikających z przepisów prawa i treści sporządzonej dokumentacji, wyjaśniając z jakich przyczyn konsultacje dokonywane w trakcie trwania postępowania nie wpłynęły na jego przewagę względem innych uczestników postępowania.

W okolicznościach określonych powyżej zakłócenia konkurencji nie można jednak w ocenie Zamawiającego wyeliminować w inny sposób niż przez wykluczenie Wykonawcy z udziału w tym postępowaniu, gdyż mimo udostępnienia przez Zamawiającego wszystkich informacji, które uzyskał lub otrzymał w związku z przygotowaniem dokumentacji projektowej przez Pana A.M. w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, Pan A.M. doradzał Zamawiającemu w zakresie bezpośrednio związanym z realizacją przedmiotowego zamówienia, a tym samym, brał udział w jego prowadzeniu, co stawia Wykonawcę w pozycji uprzywilejowanej względem innych uczestników postępowania.

Uzasadnienie prawne: Wobec powyższego, Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu ww. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli w przypadkach, o których mowa w ad 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”.

3. Odrzucenie oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

1. Mitor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa - Pełnomocnik Konsorcjum ul. Kasztanowa 7, 99-321 Śleszyn

2. Hydropol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością- Członek Konsorcjum ul. Targowa 10B, 09-500 Gostynin

Uzasadnienie faktyczne:

Zamawiający odrzucił ofertę, ponieważ została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Uzasadnienie prawne: Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania”.

W związku z powyższym, Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania, o czym, działając na podstawie art. 260 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej: „ustawa Pzp”), Zamawiający zawiadomia równocześnie Wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu.

Uzasadnienie decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia

Uzasadnienie faktyczne:

Zamawiający przed otwarciem ofert zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 41 693 310,00 zł brutto.

Oferta z najniższą ceną złożona przez Wykonawcę, którego oferta nie podlegała odrzuceniu, tj. Zomax Sp. z o.o. Sp.k. przekracza środki zabezpieczone przez Zamawiającego o kwotę 3 693 690,00 zł. Ze względu na fakt, że Zamawiający nie może zwiększyć kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, przedmiotowe postępowanie zostaje unieważnione.

Uzasadnienie prawne: Mając na uwadze opisane wyżej okoliczności faktyczne, ziściły się przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w przepisie art. 255 pkt 3) ustawy Pzp, 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”. Tym samym, Zamawiający unieważnia postępowanie.

Zamawiający informuje o zamiarze wszczęcia kolejnego postępowania na ten sam przedmiot zamówienia (dowód: pismo z dnia 23 maja 2025 roku)

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

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 nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 85 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że:

(i) nie 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, a nadto

(ii) zamawiający podjął niezbędne środki w celu wyeliminowania nawet hipotetycznego ryzyka zakłócenia konkurencji, które okazały się w pełni wystarczające.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. i – w konsekwencji – odrzucił jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a tejże ustawy.

W myśl 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.

Zgodnie z 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 2024 r. poz. 594), 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 powyższego wynika, że czynność wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. nie

ma charakteru bezwzględny i powinna mieć miejsce dopiero wówczas, gdy zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób. Rodzi to dla zamawiającego obowiązek poczynienia starań mających na celu zagwarantowanie, że wcześniejszy udział wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji. Art. 85 ust. 1 ustawy P.z.p. wskazuje na takie czynności zamawiającego, jak przekazanie pozostałym wykonawcom istotnych informacji, które zamawiający przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Ponadto zamawiający ma obowiązek wskazania w protokole postępowania środków mających na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

Wskazany w art. 85 ust. 1 ustawy P.z.p. katalog czynności podejmowanych przez zamawiającego w celu wyeliminowania zakłócenia konkurencji nie ma charakteru zamkniętego. Zamawiający może podejmować takie czynności, jakie uzna za stosowne. Czynności te podlegają kontroli ze strony wykonawców, którzy są uprawnieni do ich kwestionowania w drodze wnoszenia środków odwoławczych.

Z treści pkt. 4 protokołu postępowania wynika, że zamawiający:

1) przekazał wszystkim wykonawcom istotne informacje, które zamawiający uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub innego podmiotu w przygotowanie postępowania poprzez wykonanie dokumentacji, o której mowa w Rozdziale IV ust. 2 lit a) — d) SWZ;

2) wyznaczył termin składania ofert dłuższy niż określony w art. 138 ust. 4 ustawy P.z.p., zapewniający wykonawcom możliwość rzetelnego przygotowania oferty.

Z powyższego wynika, że zamawiający podjął środki w celu wyeliminowania zakłócenia konkurencji i wskazał je w protokole postępowania. Żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu nie zakwestionował zasadności i skuteczności podjętych przez zamawiającego środków. Co więcej, sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przyznał, że *podjął działania celem zapobieżenia ewentualnemu wykluczeniu Pana A.M. bądź podmiotów powiązanych z Panem A.M., w związku z udziałem Pana A.M. w przygotowaniu Postępowania, udostępniając w ramach dokumentacji przetargowej Kosztorys inwestorski, Przedmiar robót, Schemat lokalizacji przejazdów oraz rozjazdów, tj. całość dokumentacji sporządzonej w ramach Umowy projektowej.* Zamawiający stwierdził również, iż: *Zamawiający podjął wszelkie działania na gruncie przepisu art. 85 ust. 1, aby zagwarantować możliwość uczestnictwa podmiotowi, ale co kluczowe, jedynie w związku z jego zaangażowaniem w przygotowanie postępowania.*

Z okoliczności sprawy wynika, że w istocie zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania z uwagi na fakt, iż odwołujący uczestniczył w konsultacjach w związku z koniecznością udzielenia odpowiedzi na dwa pytania do SWZ. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zakwalifikował te czynności jako „konsultacje w toku postępowania o udzielenie zamówienia”. Co istotne, zamawiający podkreślił, iż *Konsultacje w toku postępowania natomiast wykraczają poza katalog czynności służących przygotowaniu postępowania, gdyż odbywają się już na etapie prowadzonego postępowania i jako takie stanowią jeden z elementów procedury w trakcie przetargu. Przy czym pytania są zadawane przez uczestników w wyniku realizacji uprawnienia wynikającego z przepisu art. 135 ust. 1 ustawy Pzp i służą w dużej mierze precyzowaniu bądź modyfikacji treści SWZ.*

W ocenie Izby zamawiający trafnie uznał czynności odwołującego, polegające na konsultacjach przy udzieleniu odpowiedzi na pytania do SWZ, jako czynności wykraczające poza katalog czynności służących przygotowaniu postępowania. Tym samym w rozpoznawanej sprawie nie zaszyły przesłanki, o których mowa w art. 85 ust. 1 ustawy P.z.p., gdzie ustawodawca za okoliczności mogące zakłócić konkurencję w postępowaniu uznaje te sytuacje, w których wykonawca „doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia”. Tym samym czynnościami zakłócającymi konkurencję, w rozumieniu wskazanego przepisu, nie są czynności podejmowane przez wykonawcę na innym etapie niż przygotowanie postępowania. W ocenie Izby dyspozycja wskazanej normy prawnej zalicza do czynności obejmujących przygotowanie postępowania zarówno doradzanie, jak i inne sposoby zaangażowania w przygotowanie postępowania. W sytuacji, w której czynności podejmowane przez wykonawcę, dotyczą innego etapu postępowania niż jego przygotowanie, wskazany przepis nie będzie miał zastosowania.

W tym miejscu należy podkreślić, że w związku z tym, iż przepisy statuujące przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania mają charakter sankcyjny, ich stosowanie musi być interpretowane ściśle. Tym samym przy ich interpretacji nie można stosować wykładni rozszerzającej, a ponadto – od zamawiającego wymaga się, aby dokładnie i konkretnie udowodnił okoliczności będące podstawą wykluczenia. Wykluczenie wykonawcy z postępowania jest dopuszczalne jedynie w przypadku łącznego zaistnienia wszystkich określonych w danym przepisie przesłanek, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Rolą zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu tych przesłanek i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji (zob. np. wyrok Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia 28 marca 2022 roku, sygn. akt KIO 665/22).

Wskazując na powyższe Izba doszła do przekonania, iż w rozpoznawanej sprawie wobec odwołującego nie zaszyły łącznie wszystkie przesłanki wskazane w art. 108 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 85 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. Tym samym jego wykluczenie na podstawie wskazanych przepisów oraz – w konsekwencji – odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p. należy uznać za nieuzasadnione, w związku z czym Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 255 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez unieważnienie postępowania, pomimo że oferta złożona przez odwołującego, która nie podlega odrzuceniu oraz jest najkorzystniejsza w postępowaniu, nie przekracza kwoty przeznaczanej na sfinansowanie zamówienia przez zamawiającego.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że zamawiający w piśmie z dnia 23 maja 2025 roku poinformował o unieważnieniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy P.z.p., wskazując, iż:

*Zamawiający przed otwarciem ofert zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 41 693 310,00 zł brutto.*

*Oferta z najniższą ceną złożona przez Wykonawcę, którego oferta nie podlegała odrzuceniu, tj. Zomax Sp. z o.o. Sp.k. przekracza środki zabezpieczone przez Zamawiającego o kwotę 3 693 690,00 zł. Ze względu na fakt, że Zamawiający nie może zwiększyć kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, przedmiotowe postępowanie zostaje unieważnione.*

Zgodnie z art. 255 pkt 3 ustawy P.z.p. zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, 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.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z dnia 10 kwietnia 2025 roku odwołujący zaoferował cenę 41 670 966,84 zł brutto. Jest to kwota, która mieści się w budżecie zamawiającego. Jednocześnie oferta ta została niezasadnie odrzucona, w związku z czym Izba nakazała unieważnienie czynności jej odrzucenia i dokonanie ponownej oceny ofert. Tym samym przesłanka unieważnienia postępowania zawarta w art. 255 pkt 3 ustawy P.z.p. przestała istnieć, co uzasadnia nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

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 § 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca:.....

Członkowie: .....

.....