Sygn. akt: KIO 2457/25

WYROK

Warszawa, dnia 22 lipca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Kot
Członkowie: Piotr Kozłowski
Emil Kuriata
Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu16 czerwca 2025 r. przez wykonawcę CELMAR sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu(dalej: „Odwołujący") w postępowaniu prowadzonym przez Serwis GZM sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu (dalej: „Zamawiający"),
przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy A.P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: FIRMA UNISTOP A.P. z siedzibą w Czeladzi (dalej: „Przystępujący")

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Przystępującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2.zasądza od Odwołującego na rzecz Przystępującego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Przystępującego.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……
Członkowie:……
……

Sygn. akt: KIO 2457/25

Uzasadnienie

Serwis GZM sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu (dalej: „Zamawiający" lub „Serwis GZM") prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Sukcesywna dostawa elementów infrastruktury przystankowej" (Numer referencyjny: ZP.2.2024, dalej: „Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 listopada 2024 r. pod numerem: 728344-2024.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

16 czerwca 2025 r. wykonawca CELMAR sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu (dalej: „Odwołujący"lub „CELMAR") wniósł odwołanie wobec niezgodnych z ustawą Pzp czynności Zamawiającego i zaniechania czynności w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w związku z art. 108 ust. 1 pkt 6 i art. 85 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A.P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: FIRMA UNISTOP A.P. z siedzibą w Czeladzi (dalej: „UNISTOP" lub „A.P."), pomimo że wykonawca ten doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie przedmiotowego Postępowania, czym spowodował zakłócenie konkurencji, którego nie można wyeliminować w inny sposób niż poprzez wykluczenie z udziału w Postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2)powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

3)odrzucenia oferty UNISTOP.

16 lipca 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w całości.

W piśmie procesowym z dnia 16 lipca 2025 r. wykonawca UNISTOP wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Serwis GZM zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp, w szczególności nie zaistniała podstawa wskazana w pkt 3 wyżej wymienionego przepisu.

Skład orzekający nie podziela stanowiska UNISTOP, które zostało wyrażone w piśmie procesowym z dnia 16 lipca 2025 r., że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż Odwołujący mógł i powziął de facto wiadomość o zaniechaniu przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty A.P. na podstawie wskazanej w odwołaniu już w dniu 4 kwietnia 2025 r.

Odnosząc się do powyższych twierdzeń, w pierwszej kolejności należy wskazać, że 14 kwietnia 2025 r. CELMAR złożył odwołanie w przedmiotowym Postępowaniu, zarzucając Serwisowi GZM naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i/lub art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm., dalej: „u.z.n.k.") oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez UNISTOP, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na nieprawdziwe informacje w zakresie udziału A.P. w przygotowaniu Postępowania;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w związku z art. 108 ust. 1 pkt 6 i art. 85 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty UNISTOP, pomimo iż wykonawca ten doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie Postępowania, czym spowodował zakłócenie konkurencji, którego nie można wyeliminować w inny sposób niż poprzez wykluczenie z udziału w Postępowaniu;

z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględniania powyższych zarzutów:

3) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania UNISTOP do uzupełnienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: „JEDZ") pomimo złożenia w nim informacji nieprawdziwych;

4) art. 85 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień UNISTOP w zakresie udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji w związku z jego udziałem w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia.

Następnie w odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 kwietnia 2025 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględnia w całości odwołanie wniesione 14 kwietnia 2025 r. Jednocześnie Serwis GZM zaznaczył, że zarzut postawiony w odwołaniu w postaci naruszenia art. 85 ust. 2 ustawy Ppz jest uzasadniony. Zamawiający wskazał, że „Niewątpliwie Przystępujący Unistop w niniejszym postępowaniu brał udział w przygotowaniu zamówienia publicznego albowiem uczestniczył w pewnym zakresie w przygotowaniu dokumentacji projektowej, która później podlegała modyfikacji przez samego Zamawiającego, jak i inne podmioty. W związku z tym Zamawiający zobligowany jest do wezwania przystępującego na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy PZP do udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Dopiero po uzyskaniu niezbędnych wyjaśnień od przystępującego będzie możliwa ponowna ocena wszystkich złożonych ofert i wybór najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu".

Pismem z dnia 5 maja 2025 r. A.P. wniosła sprzeciw wobec uwzględnienia przez Serwis GZMzarzutów przedstawionych w odwołaniu z dnia 14 kwietnia 2025 r. w części dotyczącej zarzutów nr 1 i 2 petitum odwołania.

8 maja 2025 r. CELMAR – wobec zapowiedzi Zamawiającego, w jaki sposób zamierza wykonać czynności w Postępowaniu – wycofał zarzuty nr 1 i 2 petitum odwołania wniesionego 14 kwietnia 2025 r.

Zważywszy na powyższe okoliczności, postanowieniem z dnia 9 maja 2025 r. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 1409/25.

Pismem z dnia 12 maja 2025 r. Serwis GZM unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty UNISTOP dokonaną w dniu 4 kwietnia 2025 r. w niniejszym Postępowaniu oraz poinformował, że powtórzy czynność oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

12 maja 2025 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał A.P. do złożenia wyjaśnień w Postępowaniu i do udowodnienia, że zaangażowanie UNITSOP w przygotowanie postępowania o udzielenie

zamówienia nie zakłóci konkurencji.

Pismem z dnia 15 maja 2025 r. UNISTOP udzielił wyczerpujących wyjaśnień wraz z dowodami, w których odniósł się m.in. do modyfikacji w dokumentacji warsztatowej opracowanej przez A.P. na podstawie umowy z dnia 10 października 2022 r. zawartej z Przedsiębiorstwem Komunikacji Metropolitalnej sp. z o.o. (dalej: „PKM"), dokonanych przez Serwis GZM bez udziału wykonawcy, którą Zamawiający posłużył się w celu opisu przedmiotu zamówienia i która ma odmienne od pierwotnych parametrów dane.

Kolejno pismem z dnia 29 maja 2025 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał UNISTOP do poprawienia i ponownego złożenia oświadczenia składanego na podstawie art. 125 ust. 1 Pzp w postaci JEDZ.

29 maja 2025 r. A.P. złożyła pismo wraz z poprawionym JEDZ, w którym przedstawiła szczegółowe stanowisko w przedmiocie odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał(-o) instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był(-o) w inny sposób zaangażowany(-e) w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia?".

Pismem z dnia 5 czerwca 2025 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy A.P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: FIRMA UNISTOP A.P. z siedzibą w Czeladzi.

Na skutek wyżej wymienionych nowych czynności, dokonanych w Postępowaniu po ogłoszeniu przez Krajową Izbę Odwoławczą postawienia o umorzeniu postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1409/25, CELMAR wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w związku z art. 108 ust. 1 pkt 6 i art. 85 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty UNISTOP, pomimo że wykonawca ten doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie przedmiotowego Postępowania, czym spowodował zakłócenie konkurencji, którego nie można wyeliminować w inny sposób niż poprzez wykluczenie z udziału w Postępowaniu. Należy zauważyć, że – wbrew twierdzeniom A.P. wyrażonym w piśmie procesowym z dnia 16 lipca 2025 r. – zarzut postawiony przez CELMAR w rozpoznawanym odwołaniu nie jest tożsamy z zarzutem nr 2 petitum odwołania z dnia 14 kwietnia 2025 r., gdyż odnosi się do nowych okoliczności faktycznych, które wcześniej nie były Odwołującemu znane i które wynikają szczególności z czynności powtórzonych przez Zamawiającego w Postępowaniu, co dobitnie obrazuje również konstrukcja prawna postawionego zarzutu. Wymaga bowiem odnotowania, że o ile w pierwszym odwołaniu CELMAR zarzucił naruszenie art. 85 ust. 1 ustawy Pzp (vide: zarzut nr 2 petitum odwołania), o tyle w odwołaniu z dnia 16 czerwca 2025 r. wskazał na art. 85 ust. 1 i 2 ustawy Pzp (vide: zarzut nr 1 petitum odwołania).

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Izba postanowiła oddalić wniosek UNISTOP o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o czym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca A.P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: FIRMA UNISTOP A.P. z siedzibą w Czeladzi (dalej: „Przystępujący").

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie, Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W uzupełnieniu stanu faktycznego przedstawionego powyżej skład orzekający dodatkowo wskazuje, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa 2 000 sztuk elementów infrastruktury przystankowej (słupków przystankowych kwadratowych) zgodnie z zapotrzebowaniem Zamawiającego (vide: Rozdział 3 ust. 1 Specyfikacji warunków zamówienia – dalej: „SWZ").

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 1 do SWZ – „Dokumentacja techniczna".

Zgodnie z postanowieniem Rozdziału 3 ust. 3 SWZ „Wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu umowy określonego w ust. 1 zgodnie z obowiązującymi przepisami i zasadami współczesnej wiedzy technicznej i technologicznej, normami i innymi przepisami prawa oraz warunkami wykonania zamówienia zawartymi w Dokumentacji Technicznej poszczególnych elementów infrastruktury, stanowiącej załącznik nr 1 do SWZ (…)".

W Rozdziale 11 SWZ Zamawiający opisał kryteria oceny ofert oraz podał wagi tych kryteriów: cena – 60%, termin dostawy – 20%, gwarancja – 20%.

Pismem z dnia 27 grudnia 2024 r. Serwis GZM, działając na podstawie art. 135 ust. 6 i art. 137 ust. 1 ustawy Pzp,

udzielił wyjaśnień treści SWZ oraz dokonał modyfikacji treści SWZ w następujący sposób:
„W rozdziale 5 SWZ – Zawartość oferty oraz oświadczenia i dokumenty składane przez Wykonawcę w postępowaniu – dodaje się pkt 2.9 w brzmieniu:
„2.9. Przedmiotowe środki dowodowe:
W celu potwierdzenia zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia – Wykonawca złoży przedmiotowy środek dowodowy w postaci próbki każdego z niżej wskazanych elementów opisanych w opisie przedmiotu zamówienia (po jednej sztuce z danego elementu), tj.:
- Słupek do znaku pojedynczego;
- Tablica z wykazem linii z jedną kolumną dla słupka pojedynczego;
- Tablica na rozkład jazdy dwustronna 300x750mm;
- Płyta z nazwą przystanku na znak pojedynczy;
- Moduł zaślepki słupka przystankowego.
Wykonawca składa próbkę na swój koszt na adres Zamawiającego, tj. Serwis GZM Sp. z o.o. 42-530 Dąbrowa Górnicza, ul. Porozumienia Dąbrowskiego 1980 nr 11, przed upływem terminu składania ofert.
Próbkę należy oznaczyć w sposób umożliwiający identyfikację Wykonawcy. Próbkę należy zapakować w sposób uniemożliwiający obejrzenie próbki bez jej rozpakowywania. Przekazanie próbki wraz z pisemnym potwierdzeniem jej odbioru możliwe będzie od poniedziałku do piątku w godzinach 9.00–15.00 po wcześniejszym kontakcie telefonicznym pod numerem +48 32 733 63 50.
Zamawiający zwróci Wykonawcom próbki rowerów po upływie 30 dni od zawarcia umowy lub wcześniej, jeśli Wykonawca złoży stosowny wniosek zgodnie z art. 77 ustawy.
Zamawiający przewiduje możliwość uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych zgodnie z art. 107 ust. 2 Pzp”.
Na podstawie informacji z otwarcia ofert z dnia 10 lutego 2025 r., Izba ustaliła, że w Postępowaniu zostało złożonych siedem ofert:

1) oferta wykonawcy A.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: PPHU RAILING A.T. z siedzibą w Olkuszu (dalej: „PPHU RAILING”): łączna cena brutto wynosi 6 561 275 zł 10 gr, w tym cena za zamówienie podstawowe (4 994 843 zł 04 gr) oraz za opcję (1 333 952 zł 22 gr); termin dostawy – do 20 dni, gwarancja – 60 m-cy;
2) oferta wykonawcy K.J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: M-craft K.J. z siedzibą w Gliwicach (dalej: „M-craft”): łączna cena brutto wynosi 9 113 193 zł 00 gr, w tym cena za zamówienie podstawowe (7 279 976 zł 40 gr) oraz za opcję (1 833 216 zł 60 gr); termin dostawy – do 25 dni, gwarancja – 60 m-cy;
3) oferta wykonawcy Czmuda Group sp. z o.o. z siedzibą w Soplach (dalej: „Czmuda Group”): łączna cena brutto wynosi 6 846 518 zł 25 gr, w tym cena za zamówienie podstawowe (5 444 595 zł 00 gr) oraz za opcję (1 401 923 zł 25 gr); termin dostawy – do 10 dni, gwarancja – 60 m-cy;
4) oferta wykonawcy A.P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: FIRMA UNISTOP A.P. z siedzibą w Czeladzi: łączna cena brutto wynosi 5 690 816 zł 40 gr, w tym cena za zamówienie podstawowe (4 544 928 zł 72 gr) oraz za opcję (1 145 887 zł 68 gr); termin dostawy – do 10 dni, gwarancja – 60 m-cy;
5) oferta wykonawcy UTAL sp. z o.o. z siedzibą w Kobylnicy (dalej: „UTAL”): łączna cena brutto wynosi 6 168 548 zł 40 gr, w tym cena za zamówienie podstawowe (4 913 485 zł 92 gr) oraz za opcję (1 255 062 zł 48 gr); termin dostawy – do 10 dni, gwarancja – 60 m-cy;
6) oferta wykonawcy CELMAR sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu: łączna cena brutto wynosi 5 871 774 zł 00 gr, w tym cena za zamówienie podstawowe (4 677 001 zł 20 gr) oraz za opcję (1 194 772 zł 80 gr); termin dostawy – do 10 dni, gwarancja – 60 m-cy;
7) oferta wykonawcy DROGMOL sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Pyrzowicach (dalej: „DROGMOL”): łączna cena brutto wynosi 3 338 035 zł 50 gr, w tym cena za zamówienie podstawowe (2 660 588 zł 40 gr) oraz za opcję (677 447 zł 10 gr); termin dostawy – do 10 dni, gwarancja – 60 m-cy.

3 marca 2025 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawców: Czmuda Group, UNISTOP, UTAL oraz CELMAR do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny ofert złożonych w Postępowaniu, gdyż są one o ponad 30 % niższe od całkowitej wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług (11 074 447,10 zł), ustalonej przed wszczęciem Postępowania.

Zgodnie z protokołem z otwarcia i badania próbek złożonych w Postępowaniu wszystkie próbki przedłożone przez wyżej wymienionych siedmiu wykonawców spełniały warunki wskazane w opisie przedmiotu zamówienia.

UNISTOP na podstawie zawartej z PKM umowy z dnia 10 października 2022 r. był odpowiedzialny za wykonanie i dostawę na rzecz PKM elementów infrastruktury przystankowej, w tym wykonanie pełnej dokumentacji warsztatowej poszczególnych elementów infrastruktury, zawierającej obliczenia i rysunki warsztatowe oraz inne informacje niezbędne do precyzyjnego wykonania poszczególnych elementów.

Następnie na podstawie porozumienia zawartego pomiędzy PKM, Zamawiającym a A.P., umowa z PKM została przejęta przez Serwis GZM.

W treści wyjaśnień z dnia 15 maja 2025 r. Przystępujący zaznaczył, że: „Przedmiotem Umowy z PKM nie było opracowanie dokumentacji projektowej dla realizacji zamówienia publicznego, ale wykonanie dostawy infrastruktury przystankowej na podstawie przygotowanej dokumentacji warsztatowej. Dokumentacja warsztatowa była dedykowana do realizacji przedmiotu Umowy z PKM, a nie na potrzeby opracowania OPZ dla jakiegokolwiek przyszłego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia. Jak wskazuje Urząd Zamówień Publicznych w komentarzu do art. 85 ust. 1 ustawy Pzp „Przepis dotyczy przede wszystkim wykonawców, którzy ubiegają się o zamówienie, a uprzednio doradzali, lub w inny sposób byli zaangażowani w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia (…)". Wykonawca nie był zatem zaangażowany w przygotowanie OPZ w ramach niniejszego Postępowania, a to Zamawiający – mając autorskie prawa majątkowe do dokumentacji warsztatowej opracowanej przez Wykonawcę w ramach Umowy z PKM – posłużył się tą dokumentacją, po uwzględnieniu dokonanych w niej zmian, do opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym Postępowaniu (…); (…) opracowana przez Wykonawcę dokumentacja warsztatowa, wskutek realizacji kolejnych umów na dostawę infrastruktury podlegała kolejnym zmianom (…); (…) Wykonawca nie przygotowywał dla Zamawiającego jakiegokolwiek dokumentu wchodzącego w skład dokumentacji OPZ, ani nie doradzał Zamawiającemu w tym postępowaniu, ani wcześniejszych postępowaniach o tożsamym przedmiocie zamówienia. Jak wynika ze stanowiska Zamawiającego wskazanego w piśmie z dnia 6 maja 2025 r., Wykonawca nie był zaangażowany do dokonywania modyfikacji dokumentacji technicznej służącej do opisu przedmiotu zamówienia zatem nie brał udziału w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia. Nie mniej istotna jest także i ta okoliczność, że przygotowana przez Wykonawcę dokumentacja warsztatowa, która posłużyła do przygotowania dokumentacji OPZ, została kilkukrotnie zmodyfikowana przez Zamawiającego bez udziału Wykonawcy, co wynika z pisma Zamawiającego z dnia 06.05.2025 r. (…); (…) W toku kolejnych zapytań ofertowych i przetargów dokumentacja techniczna opracowana przez Wykonawcę była modyfikowana wyłącznie przez Zamawiającego, zgodnie z bieżącymi potrzebami eksploatacyjnymi. Modyfikacje te były udostępniane publicznie wszystkim oferentom i obejmowały w szczególności (…); (…) opracowana przez Wykonawcę dokumentacja warsztatowa, którą posłużył się Zamawiający w celu opisu przedmiotu zamówienia, była modyfikowana bez udziału Wykonawcy i ma odmienne od pierwotnych parametrów dane (…); (…) treść OPZ jest znana wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia od lat, a Wykonawca od 2022 r. nie wygrał któregokolwiek z postępowań o tożsamym przedmiocie zamówienia realizowanych przez Zamawiającego (…); pierwotnie oferta Wykonawcy została sklasyfikowana na drugim miejscu. Gdyby nie błąd wykonawcy DROGMOL Sp. z o.o. sp.k. dotyczący formy złożenia wadium, skutkujący odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14) Pzp, oferta Wykonawcy nie byłaby najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu. Oferta wykonawcy Celmar Sp. z o.o., była z kolei wyższa od oferty Wykonawcy o zaledwie 180 957,6 zł. Wobec tego, skoro Wykonawca złożył ofertę o zbliżonej cenie do wykonawcy, który obecnie kwestionuje wybór Wykonawcy, nie można mówić o zakłóceniu konkurencji. Co więcej, Wykonawca pismem Zamawiającego z dnia 3 marca 2025 r. został wezwany do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty złożonej w postępowaniu na zadanie pn.: „Sukcesywna dostawa elementów infrastruktury przystankowej", albowiem cena złożonej oferty okazała się o 48,61% niższa od całkowitej wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług (11 074 447,10 zł), ustalonej przed wszczęciem postępowania. W związku z powyższym Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Powyższe okoliczności wskazują, iż w żadnym wypadku nie można mówić o zakłóceniu konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wysokość poszczególnych ofert złożonych w postępowaniu potwierdza, że Wykonawca nie uzyskał żadnej przewagi na skutek przygotowania w innym postępowaniu dokumentacji technicznej na rzecz tego samego Zamawiającego (…)".

W poprawionym JEDZ A.P. na pytanie „Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał(-o) instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był(-o) w inny sposób zaangażowany(-e) w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia?" udzieliła odpowiedzi „TAK" i wskazała m.in.: „Wykonawca wyjaśnia, że w wyniku rozstrzygnięcia postępowania nr 12/ZPS/PKMS/07/2022 zawarł Umowę z Przedsiębiorstwem Komunikacji Metropolitalnej Sp. z o.o. (dalej „PKM") z dnia 10 października 2022 r. na podstawie, której był odpowiedzialny za realizację następującego przedmiotu zamówienia: Wykonanie i dostawa elementów infrastruktury przystankowej. Na podstawie Porozumienia zawartego pomiędzy PKM, Zamawiającym Serwis GZM Sp. z o.o. Wykonawcą, Umowa z PKM została przejęta przez Zamawiającego Serwis GZM Sp. z o.o. Przedmiotem Umowy z PKM było wykonanie dostawy infrastruktury przystankowej na podstawie przygotowanej dokumentacji warsztatowej. Dokumentacja warsztatowa była dedykowana do realizacji przedmiotu Umowy z PKM, a nie na potrzeby opracowania OPZ dla jakiegokolwiek przyszłego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Opracowana przez Wykonawcę dokumentacja warsztatowa, wskutek realizacji kolejnych umów na dostawę infrastruktury podlegała kolejnym zmianom

przez Zamawiającego. Dokumentacja techniczna była wykorzystywana przez Zamawiającego w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia, w tym również w niniejszym postępowaniu. W toku kolejnych zapytań ofertowych i przetargów dokumentacja techniczna opracowana przez Wykonawcę była modyfikowana wyłącznie przez Zamawiającego, zgodnie z bieżącymi potrzebami eksploatacyjnymi. Modyfikacje te były udostępniane publicznie wszystkim oferentom. Opracowana przez Wykonawcę dokumentacja warsztatowa, którą posłużył się Zamawiający w celu opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postepowaniu, była modyfikowana bez udziału Wykonawcy i ma odmienne od pierwotnych parametrów dane (…); (…) treść OPZ jest znana wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia od lat, a Wykonawca od 2022 r. nie wygrał któregokolwiek z postępowań o tożsamym przedmiocie zamówienia realizowanych przez Zamawiającego. Nie doszło wobec tego do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania Wykonawcy w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 85 ust 1 Pzp (…)".

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Stosownie do art. 85 ustawy Pzp:

„1. 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.

2. Wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego 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".

Art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp stanowi, że „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę: (…); 6) jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia".

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp:

„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

(…);

2)została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub (…)".

Przechodząc do rozpoznania zarzutu odwołania, tytułem wstępu należy wskazać, że specyfika postępowania odwoławczego wyraża się przede wszystkim w zawartym w art. 555 ustawy Pzp uregulowaniu, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazywanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności, przede wszystkim faktycznych, ale i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu (zob. m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2022 r. o sygn. akt KIO 1889/22, KIO 1891/22, KIO 1904/22). Wymog konstrukcyjne odwołania określone w art. 516 pkt 7-10 ustawy Pzp przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych i prawnych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do wszystkich elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu (tak m.in. Krajowa Izba

Odwoławcza w wyroku z dnia 3 czerwca 2020 r. o sygn. akt KIO 401/20, KIO 403/20). Innymi słowy, na zarzut składają się nie tylko przywołanie podstawy prawnej, ale również wszystkich okoliczności faktycznych, z których odwołujący wywodzi skutki prawne, dlatego też powoływanie na późniejszym etapie postępowania odwoławczego nowych okoliczności faktycznych nie może być przez Izbę brane pod uwagę przy rozpatrywaniu zarzutów odwołania. Izba jest bowiem związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. Jeżeli więc odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to mogą one zostać uznane za spóźnione i to również w sytuacji, gdy odwołujący próbowałby powiązać nowe zarzuty z ogólnie opisanymi w uzasadnieniu odwołania okolicznościami faktycznymi (zob. m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 21 kwietnia 2023 r. o sygn. akt KIO 955/23 oraz z dnia 13 marca 2020 r. o sygn. akt KIO 431/20, a także wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy Zamówień Publicznych z dnia 22 maja 2025 r. o sygn. akt XXIII Zs 46/24). To na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która zgodnie z dyspozycją przepisu art. 555 ustawy Pzp może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu. Trafność powyższego stanowiska potwierdza także najnowsze orzecznictwo Sądu Okręgowego w Warszawie, który jako Sąd Zamówień Publicznych rygorystycznie przestrzega stosowania art. 555 ustawy Pzp. Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 18 października 2023 r. o sygn. akt. XXIII Zs 77/23 wskazał bowiem, że „(…) zarówno w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą, jak i w postępowaniu skargowym przed Sądem Okręgowym – Sądem Zamówień Publicznych obowiązuje zasada kontradyktoryjności. Czynności w ramach tychże postępowań inicjowane są przez strony i uczestników. To właśnie czynności stron, uczestników kreują zakres rozpoznawanej sprawy. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest strażnikiem całości postępowania w sprawie zamówienia publicznego, nie może też wykazywać inicjatywy na rzecz którejkolwiek ze stron (…); (…) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art. 555 ustawy PZP). Postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma charakteru całościowego postępowania kontrolnego, obejmującego ogólną prawidłowość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, a Izba jest władna badać ściśle konkretnie te kwestie, które zostały jej poddane przez Odwołującego, a następnie zmodyfikowane uwzględnieniem odwołania przez Zamawiającego i sprzeciwem Przystępującego – i tak przedstawiony jej zakres zaskarżenia i zarzutów poddać konfrontacji z regulacją art. 554 ust 1 pkt 1 ustawy PZP oraz art 555 ustawy PZP (…)”. Sąd Zamówień Publicznych z całą mocą podkreślił, że niedopuszczalne jest orzekanie przez Izbę w zakresie niespornym oraz co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest bowiem uprawniona do dowolnego zakresu rozpoznania odwołania (ustalenia substratu zaskarżenia), gdyż w systemie środków ochrony prawnej na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych dysponentem odwołania jest odwołujący, a także zamawiający (uznając bądź nie zarzuty odwołania) oraz jego uczestnicy (korzystając z prawa do wniesienia sprzeciwu). Stąd orzekanie przez Izbę w zakresie nieobjętym sprzeciwem, a zatem w zakresie niespornym jest niedopuszczalne. Również orzekanie co do zarzutów niezawartych w odwołaniu jest niedopuszczalne (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 9 maja 2024 r. o sygn. akt. XXIII Zs 16/24).

Ponadto zaznaczenia wymaga, że zasada wynikająca z art. 555 ustawy Pzp nie doznaje wyjątku i ma kluczowe znaczenie przy interpretacji art. 534 ust. 1 ustawy Pzp i art. 535 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Z przepisu tego wywieść należy zasadę, że ciężar dowodu spoczywa na odwołującym, który z okoliczności sprecyzowanych w odwołaniu chce wywieść określone skutki prawne. Z kolei art. 535 ustawy Pzp stanowi, że dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 ustawy Pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia z urzędu przez Izbę na mocy art. 555 ustawy Pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie (zob. m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 5 stycznia 2022 r. o sygn. akt KIO 3600/21, z dnia 31 stycznia 2020 r. o sygn. akt KIO 113/20 oraz z dnia 12 września 2022 r. o sygn. akt KIO 2227/22).

Kolejno należy wskazać, że celem art. 85 ustawy Pzp jest wyeliminowanie z postępowania wykonawców, którzy nabyli w trakcie uczestnictwa w przygotowaniu postępowania wiedzę, która może ich stawiać w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Podkreślenia jednak wymaga, że sam udział w przygotowaniu postępowania nie stanowi wystarczającej przesłanki wykluczenia takiego wykonawcy – konieczne jest przesądzenie, że powyższe spowodowało zakłócenie konkurencji oraz, że nie mogło ono zostać wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w

postępowaniu. Zamawiający powinien zbadać, czy wiedza zdobyta w związku z zaangażowaniem w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia dała przewagę wykonawcy nad pozostałymi, przez co miał on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiadał informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia i czy możliwe jest wyeliminowanie tej przewagi bez konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania. Sam fakt zaangażowania w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie oznacza więc automatycznie zaistnienia przesłanki wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania. Na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, a także wykonawca, jeżeli podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, gdy niemożliwe będzie wyeliminowanie spowodowanego tym zaangażowaniem zakłócenia konkurencji w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający musi jednakże zapewnić temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. 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 art. 85 ust. 1 ustawy Pzp, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy 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. Zamawiający musi wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę zaangażowanego w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, jeśli nie udowodnił on, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji (tak: J. E. Nowicki [w:] P. Wiśniewski, J. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 85 ustawy Pzp; por. A. Matusiak [w:] M. Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2025, art. 85 ustawy Pzp oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2025 r. o sygn. akt KIO 263/25). Na brak automatyzmu przy wykluczeniu wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu danego postępowania, zwrócił uwagę również Europejski Trybunał Sprawiedliwości (dalej: „ETS") w wyroku z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 Fabricom SA v. Państwo Belgijskie. ETS w wyżej wymienionym orzeczeniu stwierdził, że udział danego wykonawcy w niektórych pracach przygotowawczych może prowadzić do zakłócenia konkurencji pomiędzy oferentami, uznał jednak również, że istnieją przypadki, w których wykluczenie z procedury przetargowej osób wykonujących niektóre prace przygotowawcze jest nieuzasadnione, bowiem ich uczestnictwo w procedurze nie stanowi żadnego niebezpieczeństwa dla konkurencji między oferentami. Tym samym zamawiający jest obowiązany wykluczyć wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania tylko i wyłącznie wtedy, gdy jego udział w tym postępowaniu utrudnił konkurencję, tj. jego pozycja była korzystniejsza od innych wykonawców w nim uczestniczących oraz, że spowodowanego tym zakłócenia konkurencji nie da się wyeliminować w inny sposób niż poprzez wykluczenie wykonawcy z postępowania. W tym miejscu wymaga odnotowania, że omawiane zagadnienie było przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w licznych wyrokach wydanych zarówno na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., dalej: „ustawa Pzp2004"), jak i w aktualnym porządku prawnym, tj. na podstawie ustawy Pzp. Skład orzekający w pełni podziela stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 25 maja 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 440/20, zgodnie z którym „(…) między udziałem wykonawcy w przygotowaniu a zakłóceniem konkurencji musi istnieć adekwatny związek przyczynowo skutkowy polegający na tym, że naruszenie konkurencji jest wynikiem udziału wykonawcy w przygotowaniu postępowania. Oceny w tym zakresie każdorazowo należy dokonywać ad casum z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy. W szczególności należy zbadać, czy wiedza zdobyta przez wykonawcę w związku z przygotowaniem postępowania doprowadziła do jego przewagi w stosunku do pozostałych uczestników postępowania, w szczególności do możliwości przygotowania oferty na lepszych warunkach lub uzyskania informacji mających znaczenie dla wykonania umowy, które nie wynikają z dokumentacji postępowania i nie są możliwe do uzyskania w ramach danego postępowania (…)". Ponadto jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 października 2018 r. w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 2037/18: „(…) sam fakt udziału w przygotowaniu postępowania nie stanowi wystarczającej przesłanki wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania – 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. Podkreślenia wymaga, iż oceny w tym zakresie każdorazowo należy dokonywać z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy. W szczególności, w ocenie Izby, należy zbadać czy wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania dała przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co miał on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiadał informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia i czy możliwe jest wyeliminowanie tej przewagi bez konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania (…); (…) sam fakt brania udziału w przygotowaniu postępowania, który polegał na opracowaniu w ramach postępowania o udzielenie

zamówienia dokumentacji projektowej, nie oznacza automatycznie zaistnienia przesłanki wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania, w którym Zamawiający udzielać będzie zamówienia na wykonanie robót budowlanych na podstawie tej dokumentacji (por. m.in. wyrok KIO z dnia 22 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 233/18, 234/18) (…); (…) w sytuacji gdy Zamawiający decyduje się na wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Ustawy Pzp, to jego działanie musi być poprzedzone rzetelną oceną w czym na gruncie okoliczności faktycznych konkretnej sprawy przejawia się przewaga konkurencyjna wykonawcy biorącego udział w przygotowaniu postępowania oraz czy powstałe na tym tle zakłócenie konkurencji nie może zostać (lub nie zostało) wyeliminowane w inny sposób niż poprzez wykluczenie tego wykonawcy z postępowania. Ponadto, po zapewnieniu wykonawcy możliwości udowodnienia, że jego udział w postępowaniu nie zakłóci konkurencji jak tego wymaga obligatoryjnie art. 24 ust. 10 Ustawy Pzp, wykluczenie wykonawcy z postępowania poprzedzać musi należyta ocena złożonych przez wykonawcę w tym celu wyjaśnień (…)" (por. m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 28 lutego 2020 r. o sygn. akt KIO 302/20, z dnia 3 lutego 2022 r. o sygn. akt KIO 147/22 oraz z dnia 14 lutego 2025 r. o sygn. akt KIO 263/25). Tym samym zastosowanie przepisu art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wymaga zachowania przez zamawiającego szczególnej ostrożności i nie może budzić wątpliwości. Wykluczenie wykonawcy biorącego udział w przygotowaniu postępowania traktować należy jako rozwiązanie ostateczne, które może mieć miejsce jedynie, kiedy spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób (zob. „Prawo zamówień publicznych" – komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 395; por. m.in.wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 19 października 2018 r. o sygn. akt KIO 2037/18 oraz z dnia 28 lutego 2020 r. o sygn. akt KIO 302/20).

Przenosząc powyższe rozważania prawne na kanwę niniejszej sprawy, skład orzekający wskazuje, że odniósł się do zarzutu podniesionego w odwołaniu w takim zakresie, w jakim została przedstawiona odpowiadająca mu argumentacja poparta okolicznościami faktycznymi i oceną prawną. W niniejszej sprawie nie mogły być wzięte pod uwagę ani nowe okoliczności faktyczne, jako de facto precyzowanie zarzutu odwołania po upływie zawitego terminu na jego wniesienie, ani zgłoszone na rozprawie dla wykazania tych faktów dowody.

Wymaga podkreślenia, że w uzasadnieniu odwołania CELMAR poprzestał na lakonicznym stwierdzeniu, że zaniechanie przekazania przez Zamawiającego pełnej dokumentacji projektowej sporządzonej przez UNISTOP pozostałym uczestnikom Postępowania bez wątpienia doprowadziło do zakłócenia konkurencji. W ocenie Odwołującego Przystępujący miał istotną przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami biorącymi udziału w Postępowaniu, przy czym przewaga ta miała polegać przede wszystkim na znajomości pełnej dokumentacji projektowej, na podstawie której wykonawcy składali swoje oferty. CELMAR powołał się w tym zakresie na część opisową dokumentacji projektowej sporządzonej przez UNISTOP (załącznik do odwołania – „Projekt warsztatowy dotyczący wykonania i dostawy elementów infrastruktury przystankowej"), która nie została udostępniona pozostałym wykonawcom, a rzeczony dokument Odwołujący uzyskał w trybie dostępu do informacji publicznej. CELMAR zaznaczył, że na podstawie dokumentacji projektowej wykonawcy wykonywali również próbki elementów składowych słupka przystankowego przedkładanych w Postępowaniu wraz z ofertą na potwierdzenie, że dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego A.P. była w uprzywilejowanej pozycji, posiadając dodatkowe, istotne informacje przydatne do sporządzenia oferty przetargowej. Ponadto CELMAR nadmienił, że w jego opinii bez znaczenia pozostaje fakt, że dokumentacja projektowa była aktualizowana. Odwołujący stwierdził, że nieprawdą jest, iż doszło do aktualizacji w zakresie określania powłoki malarskiej i dodatkowo w odniesieniu do trzech modyfikacji dokonanych w rysunkach warsztatowych podniósł wyłącznie, że „wprowadzone modyfikacje elementów składowych nie są istotnymi zmianami i nie wpływają na uzyskaną przez UNISTOP przewagę konkurencyjną".

Mając na uwadze powyższe, zasadne jest uznanie, że zarzut odwołania ma charakter ogólnikowy, niekompletny, w istocie blankietowy, natomiast CELMAR podjął próbę jego sprecyzowania dopiero na etapie rozprawy, jednak – jak to już zostało wskazane – Izba nie może orzekać co do zarzutów odwołania jakie nie zostały zawarte w odwołaniu.

Zdaniem składu orzekającego w świetle okoliczności faktycznych niniejszej sprawy należy zgodzić się z Przystępującym, że Odwołujący poza gołosłownym stwierdzeniem, iż UNISTOP posiada rzekomo informacje pozwalające mu na przygotowanie oferty na lepszych warunkach, nie wskazał okoliczności uzasadniających to twierdzenie oraz adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego między przygotowaniem przez UNISTOP dokumentacji warsztatowej na podstawie umowy z PKM z dnia 10 października 2022 r., która została przejęta przez Zamawiającego na podstawie Porozumienia z PKM, a następnie zmodyfikowana przez Serwis GZM bez udziału A.P. i użyta do opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym Postępowaniu, a zakłóceniem konkurencji w tym Postępowaniu. Odwołujący nie był w stanie wykazać, jaką konkretnie w jego ocenie przewagę konkurencyjną w Postępowaniu miał Przystępujący, nie wyjaśnił, na czym miałaby ona polegać. Przede wszystkim CELMAR nie wskazał, jakie znaczenie dla przygotowania ofert w tym Postępowaniu miała powoływana przez niego część opisowa dokumentacji projektowej. Odwołujący nie wykazał również, że w dokumentacji tej znajdują informacje, które mogłyby być dla niego istotne przy

konstruowaniu oferty i w efekcie umożliwiłyby mu zaoferowanie korzystniejszej oferty. Tym samym CELMAR nie podołał ciążącemu na nim obowiązkowi wykazania zasadności postawionego zarzutu. W tym miejscu wymaga przypomnienia, że po zapewnieniu wykonawcy możliwości udowodnienia, że jego udział w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, jak tego wymaga obligatoryjnie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzedzać musi należyta ocena złożonych przez wykonawcę w tym celu wyjaśnień. Zamawiający jest bowiem zobowiązany wykluczyć wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania tylko i wyłącznie wtedy, gdy jego udział w tym postępowaniu zakłóca konkurencję, tj. jego pozycja była korzystniejsza od innych wykonawców w nim uczestniczących. W rozpoznawanej sprawie to na Odwołującym – zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp – spoczywał ciężar dowodu, że doszło do naruszenia konkurencji w Postępowaniu, zwłaszcza że Serwis GZM nie miał wątpliwości, iż brak jest podstaw do zastosowania wobec UNISTOP przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Ciężar dowodu rozumieć należy jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izby Odwoławczej za pomocą dowodów o słuszności swoich twierdzeń oraz konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. W orzecznictwie wielokrotnie wskazywano, że postępowanie przed Izbą toczy się kontradyktoryjnie, a w postępowaniu o charakterze spornym to strony obowiązane są przedstawiać dowody, natomiast organ orzekający nie ma obowiązku zastępowania stron w jego wypełnianiu (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 października 2021 r. o sygn. akt KIO 2857/21; por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 7 listopada 2007 r. o sygn. akt II CSK 293/07 oraz z dnia 16 grudnia 1997 r. o sygn. akt II UKN 406/97).

Ważne jest, że uznanie, iż w danym postępowaniu doszło do zakłócenia konkurencji nie może opierać się jedynie na subiektywnym przekonaniu lub ogólnych stwierdzeniach. Tymczasem CELMAR w zasadzienie przedstawił w odwołaniu żadnych argumentów na okoliczność, że pozycja Przystępującego jest uprzywilejowana w stosunku do pozycji innych wykonawców, oraz że wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem dokumentacji warsztatowej na podstawie umowy z PKM z dnia 10 października 2025 r. dała UNISTOP przewagę nad pozostałymi wykonawcami biorącymi udział w tym Postępowaniu, przez co miał on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach. CELMAR wyłącznie lakonicznie nadmienił w uzasadnieniu odwołania, że na podstawie dokumentacji projektowej wykonawcy wykonywali próbki elementów składowych słupka przystankowego przedkładanych Zamawiającemu wraz z ofertą na potwierdzenie zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, a więc – w jego ocenie – A.P. była w uprzywilejowanej pozycji, posiadając dodatkowe, istotne informacje przydatne do sporządzenia oferty. Jak jednak trafnie zauważył Przystępujący podczas rozprawy, z protokołu z otwarcia i badania próbek złożonych w Postępowaniu wynika, że próbka przedłożona przez Odwołującego spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego, co więcej również pozostałe próbki przedłożone przez kolejnych sześciu wykonawców spełniały warunki wskazane w opisie przedmiotu zamówienia. Żadna z ofert nie została zatem odrzucona z powodu niezgodności próbki z warunkami zamówienia. CELMAR nie podjął nawet próby wskazania, które konkretne informacje znajdujące się w „Projekcie warsztatowym dotyczącym wykonania i dostawy elementów infrastruktury przystankowej" jego zdaniem były przydatne do sporządzenia oferty w Postępowaniu i stawiały UNISTOP w uprzywilejowanej pozycji. Z kolei Przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 15 maja 2025 r. i kolejno w poprawionym JEDZ w sposób wyczerpujący opisał, na czym polegało jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, a na poparcie swoich twierdzeń złożył stosowne dowody. UNISTOP wskazał, że na podstawie zawartej z PKM umowy z dnia 10 października 2022 r. był odpowiedzialny za wykonanie i dostawę na rzecz PKM elementów infrastruktury przystankowej, w tym wykonanie pełnej dokumentacji warsztatowej poszczególnych elementów infrastruktury, zawierającej obliczenia i rysunki warsztatowe oraz inne informacje niezbędne do precyzyjnego wykonania poszczególnych elementów. Następnie na podstawie porozumienia zawartego pomiędzy PKM, Zamawiającym a A.P. umowa z PKM została przejęta przez Serwis GZM. Przystępujący zaznaczył, że „Przedmiotem Umowy z PKM nie było opracowanie dokumentacji projektowej dla realizacji zamówienia publicznego, ale wykonanie dostawy infrastruktury przystankowej na podstawie przygotowanej dokumentacji warsztatowej. Dokumentacja warsztatowa była dedykowana do realizacji przedmiotu Umowy z PKM, a nie na potrzeby opracowania OPZ dla jakiegokolwiek przyszłego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia. Jak wskazuje Urząd Zamówień Publicznych w komentarzu do art. 85 ust. 1 ustawy Pzp „Przepis dotyczy przede wszystkim wykonawców, którzy ubiegają się o zamówienie, a uprzednio doradzali, lub w inny sposób byli zaangażowani w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia (…)". Wykonawca nie był zatem zaangażowany w przygotowanie OPZ w ramach niniejszego Postępowania, a to Zamawiający – mając autorskie prawa majątkowe do dokumentacji warsztatowej opracowanej przez Wykonawcę w ramach Umowy z PKM – posłużył się tą dokumentacją, po uwzględnieniu dokonanych w niej zmian, do opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym Postępowaniu". Ponadto UNISTOP podkreślił, że opracowana przez niego dokumentacja warsztatowa, wskutek realizacji kolejnych umów na dostawę infrastruktury, podlegała kolejnym zmianom, co wynika m.in. z pisma Serwis GZM z dnia 6 maja 2025 r. W treści wyjaśnień z dnia 15 maja 2025 r. A.P. podniosła również, że:

„(…) Wykonawca nie przygotowywał dla Zamawiającego jakiegokolwiek dokumentu wchodzącego w skład dokumentacji OPZ, ani nie doradzał Zamawiającemu w tym postępowaniu, ani wcześniejszych postępowaniach o tożsamym przedmiocie zamówienia. Jak wynika ze stanowiska Zamawiającego wskazanego w piśmie z dnia 6 maja 2025 r., Wykonawca nie był zaangażowany do dokonywania modyfikacji dokumentacji technicznej służącej do opisu przedmiotu zamówienia zatem nie brał udziału w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia. Nie mniej istotna jest także i ta okoliczność, że przygotowana przez Wykonawcę dokumentacja warsztatowa, która posłużyła do przygotowania dokumentacji OPZ, została kilkukrotnie zmodyfikowana przez Zamawiającego bez udziału Wykonawcy, co wynika z pisma Zamawiającego z dnia 06.05.2025 r. (…); (…) W toku kolejnych zapytań ofertowych i przetargów dokumentacja techniczna opracowana przez Wykonawcę była modyfikowana wyłącznie przez Zamawiającego, zgodnie z bieżącymi potrzebami eksploatacyjnymi. Modyfikacje te były udostępniane publicznie wszystkim oferentom i obejmowały w szczególności (…); (…) opracowana przez Wykonawcę dokumentacja warsztatowa, którą posłużył się Zamawiający w celu opisu przedmiotu zamówienia, była modyfikowana bez udziału Wykonawcy i ma odmienne od pierwotnych parametrów dane (…); (…) treść OPZ jest znana wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia od lat, a Wykonawca od 2022 r. nie wygrał któregokolwiek z postępowań o tożsamym przedmiocie zamówienia realizowanych przez Zamawiającego (…); pierwotnie oferta Wykonawcy została sklasyfikowana na drugim miejscu. Gdyby nie błąd wykonawcy DROGMOL Sp. z o.o. sp.k. dotyczący formy złożenia wadium, skutkujący odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14) Pzp, oferta Wykonawcy nie byłaby najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu. Oferta wykonawcy Celmar Sp. z o.o., była z kolei wyższa od oferty Wykonawcy o zaledwie 180 957,6 zł. Wobec tego, skoro Wykonawca złożył ofertę o zbliżonej cenie do wykonawcy, który obecnie kwestionuje wybór Wykonawcy, nie można mówić o zakłóceniu konkurencji. Co więcej, Wykonawca pismem Zamawiającego z dnia 3 marca 2025 r. został wezwany do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty złożonej w postępowaniu na zadanie pn.: „Sukcesywna dostawa elementów infrastruktury przystankowej”, albowiem cena złożonej oferty okazała się o 48,61% niższa od całkowitej wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług (11 074 447,10 zł), ustalonej przed wszczęciem postępowania. W związku z powyższym Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Powyższe okoliczności wskazują, iż w żadnym wypadku nie można mówić o zakłóceniu konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wysokość poszczególnych ofert złożonych w postępowaniu potwierdza, że Wykonawca nie uzyskał żadnej przewagi na skutek przygotowania w innym postępowaniu dokumentacji technicznej na rzecz tego samego Zamawiającego (…)”.

Należy zwrócić uwagę, że przywołane fragmenty wyjaśnień są adekwatne do okoliczności faktycznych i znajdują odzwierciedlenie w przedłożonych dowodach oraz dokumentacji zamówienia. Ponadto wymaga podkreślenia, że skoro – jak podniósł Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 16 lipca 2025 r. i podczas rozprawy – dokument „Projekt warsztatowy dotyczący wykonania i dostawy elementów infrastruktury przystankowej” (jako osobny dokument opisowy) służył do przygotowania dokumentacji warsztatowej, która następnie została zmodyfikowana przez Zamawiającego samodzielnie i bez wiedzy UNISTOP, to tym bardziej rolą Odwołującego było precyzyjne wskazanie w treści odwołania, które informacje zawarte w części opisowej (pomimo zmian, które modyfikowały parametry techniczne dokumentacji wykonawczej) w dalszym ciągu były w jego ocenie przydatne lub istotne dla przygotowania oferty, a których CELMAR nie posiadał. Tymczasem Odwołujący nie wyjaśnił w uzasadnieniu odwołania, na czym miałaby polegać przewaga Przystępującego w związku z przygotowaniem w innym przetargu dokumentacji technicznej na rzecz PKM, która to dokumentacja podlegała następnie zmianom dokonywanym przez Serwis GZM bez jakiegokolwiek udziału UNISTOP. Odwołujący nie wskazał na okoliczności, które spowodowałyby, że A.P. uzyskałaby wiedzę, która pozwoliłaby jej na uzyskanie w Postępowaniu przewagi konkurencyjnej czy złożenie korzystniejszej oferty. CELMAR w żaden sposób nie odniósł się chociażby do przedłożonych przez UNISTOP wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny i nawet nie podjął próby powiązania danych w nich zawartych z informacjami znajdującymi się w „Projekcie warsztatowym dotyczącym wykonania i dostawy elementów infrastruktury przystankowej”, które jego zdaniem były tak istotne do sporządzenia oferty i stawiały UNISTOP w uprzywilejowanej pozycji względem pozostałych wykonawców biorących udział w Postępowaniu.

Mając na uwadze przywołane okoliczności faktyczne i prawne Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 2 w związku z § 5 pkt 2 lit. b) 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), obciążając kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:…….

Członkowie:…….

…….