

WYROK

Warszawa, 26 listopada 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolantka: Karina Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 października 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Tridea sp. z o.o., R.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.R. z siedzibą w Gdańsku, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Muzeum Zamkowe w Malborku,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Tridea sp. z o.o., R.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.R. z siedzibą w Gdańsku zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Tridea sp. z o.o., R.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.R. z siedzibą w Gdańsku, tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:.....

sygn. akt: **KIO 4574/25**

Uzasadnienie

Zamawiający – Muzeum Zamkowe w Malborku- prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „Świadczenie usługi Inżyniera Kontraktu wraz z zespołem inspektorskim Projektu: „Podniesienie atrakcyjności turystycznej zabytkowych budynków północnego Przedzamcza zespołu zamkowego w Malborku poprzez wykonanie prac konserwatorskich i robót budowlanych wraz z zagospodarowaniem terenu w ich otoczeniu”.

20 października 2025 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Tridea sp. z o.o., R.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.R. z siedzibą w Gdańsku (dalej „odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 128 ust. 1 u.p.z.p., przez nieuprawnione wezwanie Odwołującego do złożenia, poprawienia, uzupełnienia oświadczeń i dokumentów złożonych przez Wykonawcę, pomimo że są one kompletne i nie zawierają błędów wskazywanych przez Zamawiającego;
- 2.art. 128 ust. 1 w związku z art. 122, art. 108 ust. 1 pkt 6) i art. 85 ust. 1 u.p.z.p., przez żądanie zastąpienia podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, tj. Renovo Pracownia Projektowa S.K. innym podmiotem albo samodzielnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu – podczas gdy wobec tego podmiotu nie zachodzą wskazywane przez Zamawiającego przesłanki wykluczenia;
- 3.art. 128 ust. 1 w związku z art. 108 ust. 1 pkt 6) i art. 85 ust. 2 u.p.z.p., przez żądanie złożenia, poprawienia, uzupełnienia oświadczenia JEDZ z jednoczesną koniecznością udowodnienia, że zaangażowanie Pana P.D. w przygotowanie dokumentów składających się na przedmiot zamówienia nie zakłóca konkurencji w postępowaniu – podczas gdy w stosunku do Pana P.D. nie zachodzą okoliczności wskazywane przez Zamawiającego;
- 4.art. 16 pkt 1) u.p.z.p., przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania i uznania, że dokumenty są prawidłowe, a Renovo nie podlega wykluczeniu z postępowania;
- 2)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania i uznania, że P.D. nie był zaangażowany w przygotowanie postępowania a Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania;
- 3)zasądzenia na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych;
- 4)zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia do tuł. Izby akt przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 5)przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów

u.p.z.p., wskazanych powyżej, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Odwołujący złożył w postępowaniu ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Tymczasem, skierowane do Odwołującego wezwanie, będące przedmiotem odwołania, zmierza w istocie do nieuprawnionego wykluczenia z postępowania Odwołującego oraz podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się Odwołujący. Naruszenie wskazanych powyżej przepisów, ma istotny wpływ na wynik postępowania,

w czym należy równolegle upatrywać interesu Odwołującego we wniesieniu niniejszego odwołania, albowiem naruszenie wpływa na sytuację prawną Odwołującego w Postępowaniu. Uchybienia mogą zostać naprawione poprzez nakazanie Zamawiającemu postępowania zgodnego z obowiązującymi przepisami u.p.z.p., przy uwzględnieniu zarzutów odwołania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust.1 ustawy Pzp. Odwołujący w odwołaniu, jak również na rozprawie nie uzasadnił, czy i w jakim zakresie poniósł szkodę. Wykazanie interesu wprost wynika z przepisu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, cyt.: Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Brak wykazania interesu we wniesieniu odwołania stanowi materialno-prawną przesłankę do oddalenia odwołania. Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał szkody jaką może ponieść w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Zamówień Publicznych w wyroku z 27 marca 2023 roku, sygn. akt XXIII Zs 11/23, cyt.: *„Odwołujący/Uczestnik nie wykazał wypełnienia łącznie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. Tymczasem Odwołujący na żadnym etapie postępowania nie powołał się na przesłankę szkody. Uczestnik nawet nie wskazał, że on jako Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, nie podniósł, że w razie uwzględnienia odwołania jego oferta będzie ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący nie wskazał jednej z określonych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanek, tj. poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy. Sąd Okręgowy - przy tak postawionym zarzucie Skarżącego i jego powtórzonym z postępowania odwoławczego uzasadnieniu, uważnie prześledził każde słowo uczestnika zawarte w odwołaniu. Odwołujący nie odniósł się w ogóle do jednej z przesłanek określonych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. poniesienia bądź możliwości podniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego. Samo posiadanie statusu wykonawcy - podmiotu, który złożył ofertę w postępowaniu - i nawet wskazanie, że zajął 2 pozycję w rankingu oceny ofert - nie jest wystraszające do skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej określonych ustawą i w zasadzie nie rodzi żadnych skutków procesowych. Podsumowując, w odniesieniu do przesłanki poniesienia szkody lub jej możliwości Odwołujący nie przedstawił zarówno twierdzenia, jak i jego uzasadnienia”. (...). „Krajowa Izba Odwoławcza nie może się domyślać przesłanki, nie może jej domniemywać Co więcej Uczestnik nie tylko, że nie wykazał spełnienia tej przesłanki, ale również nie podniósł żadnej argumentacji w tym zakresie, nawet na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.*

Tymczasem brak wskazania na szkodę, jaką mógłby ponieść odwołujący w wyniku rzekomego naruszenia przepisów PZP przez Zamawiającego, obligowało Krajową Izbę Odwoławczą do oddalenia odwołania Przesłanka ta - wobec braku twierdzenia Odwołującego wymaganego art. 505 ust 1 Pzp - nie może być przedmiotem interpretacji stanu faktycznego sprawy dokonywanej przez Krajową Izbę Odwoławczą za Odwołującego. Słusznie podniesiono w skardze, iż obowiązkiem

Izby jest jedynie ocena wskazanych przez odwołującego przesłanek.

Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Pzp stanowi implementację do prawa krajowego dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. U. L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz. U. L 335, s. 31), czyli tzw. dyrektywy odwoławczej.

Analiza omawianego przepisu ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że w celu korzystania ze środków ochrony prawnej wykonawca zobowiązany jest wykazać nie tylko interes w uzyskaniu zamówienia, ale także poniesienie lub możliwość poniesienia szkody z powodu działań lub zaniechań zamawiającego. Obydwie te przesłanki muszą być spełnione łącznie. Ponadto między szkodą grożącą wykonawcy, a naruszeniami ustawy Pzp zarzucanymi w odwołaniu, musi zostać wykazany adekwatny związek przyczynowo-skutkowy. Powyższe wynika z charakteru postępowania odwoławczego. Postępowanie odwoławcze ma bowiem na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, a nie ochronę interesu publicznego przez sprawowanie nadzoru nad prawidłowością prowadzenia postępowania.

Prawidłowo w tym zakresie podnosi Skarżący, iż interesem w uzyskaniu zamówienia nie jest wskazywana przez Odwołującego "konieczność zapewnienia zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami (interes prawny sensu largo)". Wprawdzie szerokie zakreślenie w ustawie kręgu osób legitymowanych do wniesienia środka ochrony prawnej ma swoje źródło w postanowieniach art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG, który stanowi, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, jednakże który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

Sąd Okręgowy, Sąd Zamówień Publicznych ponownie wskazuje, że w okolicznościach przedmiotowego postępowania, przesłanka interesu w uzyskaniu zamówienia, nie została wykazana. Jak zostało już wskazane powyżej, kolejna materialnoprawna przesłanką wniesienia odwołania, czyli zaistnienie lub potencjalne zaistnienie szkody, nie została spełniona przez Odwołującego (Odwołujący nigdy nie powołał się na nią) Pzp nie wskazuje czy chodzi o stratę (tj. szkodę majątkową), czy także o krzywdę (szkodę niemajątkową).

W zakresie omawianej przesłanki, Odwołujący w ogóle nie przedstawił żadnego twierdzenia i żadnej argumentacji. Bezprawne było twierdzenie Izby, iż przesłanka szkody w tym wypadku jest oczywista, bowiem obowiązek wskazania na szkodę we wniesieniu odwołania spoczywał na Odwołującym, a nie na Krajowej Izbie Odwoławczej.

Reasumując tę część rozważań Sądu Okręgowego, zasadnym jest podniesienie, że brak wykazania spełnienia przesłanek wynikających z art. 505 ust. 1 Pzp stanowiło wystarczającą podstawę do oddalenia odwołania wniesionego w przedmiotowym postępowaniu".

Analogiczne stanowisko przyjęła również Izba w wyroku z 30 lipca 2024 roku, sygn. akt KIO 2410/24, które Izba rozstrzygająca przedmiotowe odwołanie w całości podziela.

Niemniej, w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielaając w całości stanowisko zamawiającego (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: *Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów*), wskazuje, co następuje.

15 października 2025 r. zamawiający wezwał odwołującego do:

1) Złożenia, poprawienia, uzupełnienia oświadczeń/a i/lub zobowiązania.

W treści pisma zamawiający poinformował wykonawcę, że podmiot udostępniający wykonawcy swoje zasoby tj. Renovo Pracownia Projektowa S.K., Sierpin 4D, 82-300 Sierpin podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt. 6) ustawy PZP z uwagi na wcześniejszy udział Pani S.K. w pracach nad dokumentacją projektową, będącą częścią opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, a dokładnie przy dokumentacji projektowej pn. „Przebudowa budynku dawnej Infirmerii wraz ze zmianą sposobu użytkowania z hotelu na budynek o funkcji muzealnej”, która była sporządzona przez GRUPĘ YANG ARCHITEKCI Kwidzyna.

Zamawiający zażądał od wykonawcy, na podstawie art. 122 ustawy PZP zastąpienia w/w podmiotu innym podmiotem lub podmiotami, albo do samodzielnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał również, że jeżeli wykonawca zastąpi w/w podmiot innym podmiotem lub podmiotami zobowiązany jest do złożenia nowego zobowiązania (załącznik nr 8 do SWZ) oraz oświadczenia JEDZ (załącznik nr 4 do SWZ), a także oświadczenia składanego na podstawie art. 5k rozporządzenia UE (...) (załącznik nr 6 do SWZ).

2) złożenia, poprawienia, uzupełnienia oświadczenia JEDZ:

W treści wezwania zamawiający ocenił, że w JEDZ Tridea Sp. z o. o. błędnie wskazano, że wykonawca nie był zaangażowany bezpośrednio lub pośrednio w przygotowanie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie zamawiającego, wynika to z faktu, że Pan P.D., jeden ze współników spółki Tridea Sp. z o.o., a także członek zarządu brał bezpośredni udział w opracowaniu studium wykonalności, a także wniosku o dofinansowanie projektu (tj. pełna dokumentacja aplikacyjna, konstrukcja budżetu projektu, wzory złączników do wniosku o dofinansowanie) w ramach, którego jest prowadzone niniejsze postępowanie.

Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia, poprawienia, uzupełnienia oświadczenia JEDZ w w/w zakresie z jednoczesną koniecznością udowodnienia, że zaangażowanie Pana P.D. w przygotowanie dokumentów składających się na przedmiot zamówienia nie zakłóca konkurencji w postępowaniu.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający zasadnie twierdził, że dowodem, że Pani S.K. brała udział w pracach związanych z opracowaniem dokumentacji projektowej, która stanowi opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, a także, że miała kontakt z projektantem i przekazywała jemu rozwiązania, które winny znaleźć się w dokumentacji projektowej oraz to, że знаła obiekt i kosztorysy są e-maile (dowód nr 5), protokół odbioru kosztorysów (dowód nr 6), protokół odbioru dokumentacji wykonawczej – II etap (dowód nr 7) oraz wiedza, umiejętności, doświadczenie i uprawnienia jakie posiada i jakie są wymagane celem wykonania statutowych obowiązków zamawiającego.

Na okoliczność potwierdzającą pełne zaangażowanie Pani S.K. w pracach nad opracowaniem dokumentacji projektowej, nie incydentalne jak to odwołujący wskazał w treści odwołania zamawiający przedłożył szereg dowodów, które zostały wymienione w treści niniejszego pisma, które to dowody Izba uznała za wiarygodne i potwierdzające okoliczności wywodzone przez zamawiającego. Dowodem potwierdzającym, że Pani S.K. dokonywała wizji lokalnej „dawnej Infirmerii” (obiekt w latach ubiegłych pełnił funkcję hotelu) oraz że była zaangażowana w prace nad opracowaniem dokumentacji projektowej jest m.in. korespondencja e-mail np. z 02.06.2023 roku – dowód nr 5.1.- (prace przygotowawcze do opracowania dokumentacji projektowej, data sprzed daty zawarcia umowy z projektantem. Umowa z wykonawcą GRUPA YANG ARCHITEKCI Sp. z o.o. zawarta w dniu 14.07.2023 r.).

Powyższe potwierdzają również pozostałe dowody powołane przez zamawiającego, które zasadniczo wykazują, że to nie był incydentalny charakter pracy Pani S.K. przy opracowaniu dokumentacji, chociażby samo sformułowanie „całość do weryfikacji” lub „na ten moment” czyli były też inne momenty.

Ważnym aspektem jest też fakt, że dokumentacja projektowa oraz niniejsze zamówienie dotyczy obiektu zabytkowego o wysokim walorze historycznym, zabytkowym, kulturalnym, obiekcie wpisanym na Listę Światowego Dziedzictwa Kulturowego UNESCO. Dokumentacja nie dotyczyła obiektu współczesnego. Każda ingerencja w obiekt wymaga najwyższej ostrożności, dbałości i nietypowych rozwiązań architektonicznych, dlatego też bardzo ważnym było nie zlecenie opracowania samej dokumentacji projektowej, a przygotowanie odpowiednich założeń, rozwiązań i przekazanie ich projektantowi, a właśnie w tych przygotowaniach, analizach, rozwiązaniach, weryfikacjach, odbiorach brała udział Pani S.K. jako jedyna wówczas osoba w Muzeum Zamkowym w Malborku, która posiadała kompetencje i wiedzę do w/w czynności.

Następnym dowodem potwierdzającym udział / zaangażowanie Pani S.K. w opracowaniu dokumentacji projektowej pn. „Przebudowa budynku dawnej Infirmerii wraz ze zmianą sposobu użytkowania z hotelu na budynek o funkcji muzealnej”, która stanowi jeden z elementów opisu przedmiotu zamówienia to m.in. e-mail z dnia 09.08.2023 roku (dowód 5.5.) wskazujący, że Pani S.K. uzupełnia informacje dot. kolorów, grubości, formy montażu opraw, aby było analogicznie jak w budynku 2C i 2D, gdzie Pani S.K. pełniła nadzór inwestorski (EOG), a to również potwierdza znajomość dokumentacji, podczas gdy w odwołaniu jest wskazane, że nie zna tegoż opracowania.

Kolejnym dowodem potwierdzającym udział / zaangażowanie Pani S.K. w kluczowe rozwiązania projektowe, a także potwierdzającym kontakt z projektantem są e-maile z dnia: 22.01.2024 r. – dowód nr 5.6., 26.01.2024 r. - dowód 5.7., 08.02.2024 r. – dowód 5.8., 08.02.2024 r. – dowód 5.9., 08.02.2024 r. – dowód 5.10., 06.02.2024 r. - dowód nr 5.11.

Powyższe dowody potwierdzają, że Pani S.K. brała bezpośredni udział w opracowaniu dokumentacji projektowej, która stanowi przedmiot niniejszego zamówienia, a także jej propozycje, rozwiązania były kluczowe dla opracowania projektu i nikt inny na tamten moment nie był w stanie po stronie muzeum tego przygotować i zweryfikować pod każdym względem niezbędnym dla prawidłowego przygotowania dokumentacji projektowej, która mogła uzyskać pozwolenie na budowę. Ponadto powyższe potwierdza, że dokumentacja projektowa „dawnego Hotelu” była opracowywana typowo pod projekt FENIX, a także, że Pani S.K.

miała bezpośredni kontakt z projektantem, uczestniczyła w spotkaniach, czy też wizjach lokalnych i dokonywała odbioru dokumentacji i kosztorysów.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że udział Pani S.K. w przygotowaniu dokumentacji postępowania był znacząco istotny, w związku z powyższym zamawiający zasadnie uznał, że może to budzić uzasadnione wątpliwości względem zachowania uczciwej konkurencji, gdyż wiedza i znajomość przedmiotu rzeczy mogła dawać wykonawcy przewagę konkurencyjną w przygotowaniu oferty.

Za zamawiającym wskazać należy, że udział Pani S.K. w przygotowaniu przedmiotu zamówienia, w tym przypadku dokumentacji projektowej „dawnej Infirmierii” mógł wpłynąć, czy też wpłynął na zachwianie uczciwej konkurencji wśród wykonawców potwierdzają następujące okoliczności:

- odbycie przez nią wizji lokalnych obiektów, które będą podlegać nadzorowi inwestorskiemu, mając tę szansę pracując w Muzeum Zamkowym w Malborku – inni wykonawcy nie mieli tej szansy, gdyż wizja nie została przewidziana w postępowaniu, a to właśnie ze względu na fakt zachowania uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy z odległych rejonów nie mieliby możliwość odbycia wizji lokalnej albo byłaby ona znacznie utrudniona, a to mogłoby naruszyć zasady uczciwej konkurencji i spowodować wniesienie środków ochrony prawnej przez innych uczestników postępowania,

- znajomość dokumentacji projektowej, specyfiki obiektów, co pozwoliło wykonawcy dzięki podmiotowi udostępniającemu swoje zasoby, aż wreszcie samemu podmiotowi udostępniającemu zasoby przygotowanie oferty w krótszym czasie, z uwzględnieniem ewentualnych ryzyk na etapie realizacji zamówienia – sposób i szczegółowość zadawanych przez Panią S.K. pytań na etapie postępowania dowodzi o jej szerokim zakresie wiedzy w tym o złożoności projektów, powiązań między projektami - budynkami (patrz. pytanie dotyczące drenażu, węzła ciepłowniczego, uprawnień w zakresie nadzoru telekomunikacyjnego, szczegółowość zadanych pytań w rozbiciu na poszczególne opracowania – treść pytań i udzielonych wyjaśnień stanowią dowód nr 6). Dodatkowo podmiot udostępniający swoje zasoby wiedział, że owa dokumentacja będzie dedykowana do przyszłego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i dodatkowo objętego niniejszym projektem FENIX. To potwierdza, że Pani S.K. znajduje się na lepszej pozycji od innych wykonawców, którzy nie dysponowali taką dokumentacją wcześniej,

- lepsza pozycja od innych wykonawców na etapie realizacji zamówienia. Niniejsze oznacza, że znajomość przez Panią S.K. obiektów, dokumentacji projektowej, założeń projektowych, problematyki obiektów powoduje, że wykonawca po podpisaniu umowy oszczędza czas, zasoby, energię na dogłębną weryfikację dokumentacji, kosztorysów, wizji na obiektach, w przeciwieństwie do innego wykonawcy, który musi poświęcić więcej czasu, zasobów i energii w weryfikację dokumentacji, kosztorysów, odbycia wizji w obiektach, co może przełożyć się na ryzyka po stronie wykonawcy, a które to podmiot udostępniający

i odwołujący wyeliminował na wcześniejszym etapie,

- brak udostępnionych w postępowaniu kosztorysów inwestorskich (brak ich udostępnienia z uwagi na konieczność aktualizacji i wyeliminowania ryzyka ewentualnego wprowadzenia wykonawców w błąd np. poprzez błędną interpretację fatycznej wartości robót), które były znane Pani S.K. pomimo jej twierdzeń, że nie miała do nich wglądu. Pani S.K. miała dostęp do kosztorysów dla wszystkich obiektów objętych niniejszym zamówieniem, dokonała ich weryfikacji i dokonała ich odbioru, jako jeden z członków komisji odbiorowej (dowód nr 7). Dlatego to powoduje, że Pani S.K. miała przewagę nad innymi wykonawcami, a jednocześnie na zachwianie uczciwej konkurencji wpłynął fakt,

że w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi weryfikacja kosztorysów, a dodatkowo znajomość kosztorysów pozwoliła podmiotowi udostępniającemu zasoby ustalenie orientacyjnej wartości robót, a tym samym wartości niniejszego zamówienia (pomimo, że są niekatulane profesjonalny podmiot specjalizujący się w tym obszarze nie będzie miał problemów z przyjęciem orientacyjnych aktualnych wartości), co ma przełożenie na oszacowanie nadzoru inwestorskiego (KIO 560/22 z dnia 18.03.2022 r. dostęp do kosztorysów daje przewagę konkurencyjną),

- przewaga czasowa nad doborem inspektora nadzoru w branży telekomunikacyjnej.

Zgodnie z przepisem 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, poszło 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”. Komentarz do ustawy PZP wydany przez Urząd Zamówień Publicznych – wydanie II – pod red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza wskazuje, że przez wcześniejsze zaangażowanie Wykonawcy należy rozumieć sytuację, w której Wykonawca doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia. Chodzi więc o każde włączenie się Wykonawcy w przygotowanie danego postępowania. Obejmuje to działania wspierające, które polegają na przekazaniu Zamawiającemu konkretnych wskazówek lub informacji służących

udzieleniu zamówienia. Nie ma znaczenia czy doradztwo świadczone jest na zlecenie Zamawiającego, czy też polega na przekazaniu już wcześniej przygotowanych materiałów. Obojętny jest także zakres i stopień zaangażowania Wykonawcy w przygotowanie postępowania, jeżeli tylko

w jego wyniku Wykonawca może uzyskać przewagę konkurencyjną (...). Do zakłócenia konkurencji dochodzi, jeżeli w wyniku wcześniejszego zaangażowania w przygotowanie danego postępowania Wykonawca uzyskał przewagę konkurencyjną względem innych oferentów. TSUE wskazał (wyrok z dnia 03.03.2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i

C-34/03 Fabricom SA przeciwko państwu belgijskiemu) na dwie przyczyny zakłócenia konkurencji. Osoba uczestnicząca w wykonywaniu niektórych prac przygotowawczych może po pierwsze, znajdować się w korzystniejszej sytuacji przy sporządzaniu swojej oferty

z powodu informacji, które mogła uzyskać w przedmiocie danego zamówienia publicznego

w trakcie wykonywania wspomnianych prac przygotowawczych (...) Po drugie, wspomniana osoba może się znaleźć w sytuacji mogącej spowodować konflikt interesów w tym znaczeniu, że osoba ta, będąc oferentem w danym zamówieniu publicznym, może nawet w sposób niezamierzony, wywrzeć wpływ na jego warunki w sensie dla niej korzystnym. Sytuacja taka prowadziłaby do zakłócenia konkurencji między oferentami”.

Powyższe znajduje odzwierciedlenie w niniejszej sprawie, gdyż Pani S.K. była bezpośrednio zaangażowana w opracowanie dokumentacji projektowej oraz wywierała wpływ na jej kształt w wyniku przekazanych założeń, rozwiązań konstrukcyjno-architektonicznych, wnoszonych uwag, propozycji itp. Dodać należy, że dana dokumentacja była opracowywana typowo pod niniejsze zamówienie oraz przyszłe zamówienie na roboty budowlane, a ponadto pod Projekt FENIX (dowód 5.2.), w którym od samego początku zakładano otwarcie postępowania na wybór Inżyniera Kontraktu wraz z zespołem inspektorskim. Niespornym

w tej sytuacji jest fakt, że doszło do przewagi konkurencyjnej Pani S.K.

w stosunku do innych wykonawców. Zadawane przez Panią S.K. pytania do postępowania były tak szczegółowe i w rozbiciu na drobne elementy dokumentacji, że to potwierdza, iż miała przewagę konkurencyjną na etapie przygotowywania oferty. W wyniku zadawanych przez nią pytań zamawiający zmienił wymogi w stosunku do nadzoru telekomunikacyjnego. Szczegółowość zadanych pytań w tym obszarze, nakierowywały zamawiającego na słuszność zmiany wymagań względem nadzoru telekomunikacyjnego. Ta sytuacja jest kolejnym argumentem wskazującym na to, że Pani S.K. posiadała i posiada specjalistyczną wiedzę w ramach tych obiektów i opracowań, a to pozwoliło jej na wcześniejsze dobranie do zespołu inspektorskiego branżysty z uprawnieniami, wyższymi aniżeli zamawiający na wstępie wymagał – przewaga czasowa nad doborem nadzoru inwestorskiego w branży telekomunikacyjnej.

Jak wskazał zamawiający, pan P.D. był zaangażowany w opracowanie studium wykonalności oraz całych dokumentów aplikacyjnych, które były kluczowe dla zyskania dofinansowania również dla niniejszego zamówienia. Studium wykonalności oraz harmonogram rzeczowo – finansowy (zwany dalej HRF) stanowi istotny element przedmiotu zamówienia z uwagi na to, że Inżynier Kontraktu ma za zadanie poprowadzić i zrealizować projekt, który opiera się m.in. na studium wykonalności, HRF i założeniach w nim zawartych, a także rozliczyć go w pełnym wymiarze, zachować kamienie milowe oraz uzyskać mierniki zakładane w projekcie. W związku z powyższym ważnym jest dla dobra postępowania oraz wykazania zachowania uczciwej konkurencji, że udział Pana P.D. w opracowanie w/w dokumentów wpłynął bądź nie wpłynął na zachwianie uczciwej konkurencji.

Odwolujący nie może zarzucać zamawiającemu, że działa z należytą starannością, dla dobra postępowania oraz wszystkich uczestników postępowania. Ustawa PZP w art. 85 ust. 1 stanowi, że 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, 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”. Natomiast ust. 2 tego artykułu stanowi, że „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”.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający prawidłowo zidentyfikował okoliczności, że studium wykonalności, harmonogram rzeczowo – finansowy (zwany dalej „HRF”) i cała dokumentacja aplikacyjna była opracowywana przez Firmę DS Consulting Sp. z o.o.

z Gdańska, w której w okresie opracowywania studium wykonalności (dowód nr 11), HRF, dokumentów aplikacyjnych, ogłoszenia wyników był zatrudniony Pan P.D. stanowią dokumentację postępowania i ich wcześniejsza znajomość może budzić wątpliwości co do zachowania konkurencyjności postępowania. Pan P.D. przy opracowaniu dokumentów aplikacyjnych był tytułowany jako Kierownik Projektu (dowód 12.1 oraz 12.14) i był w pełnym wymiarze zaangażowany w prace toczone nad w/w dokumentami, co również sam odwołujący potwierdza w treści swojego odwołania, jak i również na tę okoliczność zamawiający przedkłada dowody w postaci korespondencji e-mail w której Pan P.D. był każdorazowo dołączany (dowód od nr 12.1 do nr 12.24).

Izba podziela stanowisko zamawiającego, że nie sposób zgodzić się ze stwierdzeniem odwołującego, że zaangażowanie Pana P.D. w przygotowanie studium wykonalności w żadnej mierze nie stanowi zaangażowania w przygotowanie niniejszego postępowania,

a także nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że studium wykonalności jak i wniosek

o dofinansowanie są sporządzane zasadniczo w innym celu aniżeli przygotowanie postępowania na Inżyniera Kontraktu.

Studium wykonalności i HRF stanowią przedmiot zamówienia (w OPZ jest wskazane,

że te dokumenty stanowią załączniki do OPZ) i są to dokumenty kluczowe dla realizacji tegoż zamówienia z uwagi na zakres obowiązków wykonawcy tj. Inżyniera Kontraktu, Kierownika Projektu. Wykonawca usługi Inżyniera Kontraktu zobowiązany jest do realizacji projektu i jego skutecznego rozliczenia, a żeby to zrobić trzeba kierować się również założeniami zawartymi w projekcie, które to wynikają również ze studium wykonalności w tym wszelkie analizy, szanse, ryzyka związane z realizacją projektu, terminy, zadania, podzadania, analiza finansowa itp. Oczywiście nie w każdym zamówieniu studium wykonalności będzie stanowić opis przedmiotu zamówienia i wytyczne do jego zrealizowania, ale w tym konkretnym przypadku, przy założeniach jakie zamawiający ustalił i efektu jaki chce otrzymać w wyniku realizacji zadania studium wykonalności i HRF jest jednym z kluczowych dokumentów składających się na OPZ. W związku z tym niezasadne jest twierdzenie odwołującego jakoby studium wykonalności służyło innemu celowi, aniżeli przygotowanie postępowania. Studium wykonalności, HRF jak widać służy wielu celom.

Reasumując powyższe należy wskazać, że opracowanie studium wykonalności i HRF stanowiło istotne zaangażowanie w przygotowanie postępowania, gdyż bez tych dokumentów zamawiający nie byłby w stanie należycie przygotować opisu przedmiotu zamówienia. Dodatkowo już od początku prac nad projektem, w tym studium, HRF i innymi dokumentami aplikacyjnymi zamawiający zakładał przeprowadzenie postępowania przetargowego na Inżyniera Kontraktu (wykres Gantta str. 180 studium wykonalności – dowód nr 11) o czym Pan P.D. wiedział.

Przewaga konkurencyjna Pana P.D. mogła wynikać z następujących okoliczności, bezpośrednio wynikających z posiadania informacji o:

- szacunkowych wartościach zamówienia na inspektorów nadzoru w poszczególnych branżach, (w studium i HRF są kwoty łączne na nadzór inwestorski),

- szacunkowych wartościach zamówienia na wyposażenie w rozbiciu na dane grupy wyposażenia, lub zamówienia / zadania w ramach działań promocyjnych potwierdzeniem tego, że Pan P.D. dysponował tymi danymi jest same studium wykonalności (str. 189 studium cyt. „szacunek kosztów opiera się na aktualnych kosztorysach oraz analizach rynku - dokumenty opracowane w sierpniu/wrzeźniu 2024 roku, które stanowią załączniki do wniosku o dofinansowanie” - dowód nr 11), a inni wykonawcy nie mają dostępu do tych danych, co tworzy przewagę konkurencyjną odwołującego nad innymi wykonawcami.

Ponadto Pan P.D. przygotowując studium wykonalności, HRF, wniosek

o dofinansowanie projektu musiał zapoznać się i zastosować wytyczne programowe, wytyczne dot. kwalifikowalności wydatków 2021-2027. Przedmiot zamówienia stanowi, że Kierownik Projektu - w przypadku oferty odwołującego Kierownikiem Projektu będzie Pan P.D. (dowód nr 13) - zobowiązany jest do rozliczenia projektu w tym m.in. „kontroli i weryfikacji zgodności ponoszonych wydatków z zasadami kwalifikowalności określonymi w wytycznych programowych, wytycznych kwalifikowalności oraz umowie o dofinansowanie”.

Powyższe stwarza przewagę konkurencyjną odwołującego w stosunku do innych wykonawców, którzy np. z programem mogli się zapoznać dopiero na etapie ogłoszonego postępowania.

Dlatego też w ocenie Izby, zamawiający zasadnie wystąpił do odwołującego

o wykazanie/udowodnienie, że udział p.P. w przygotowanie dokumentów składających się na przedmiot zamówienia nie zakłóca konkurencji w postępowaniu. Skoro bowiem udział p.P. w opracowanie studium wykonalności, HRF, wniosku o dofinansowanie projektu (dokumenty stanowiące dokumentację postępowania) był oczywisty, to właściwym było zachowanie zamawiającego, który wymagał, aby wykonawca udowodnił, że okoliczności wynikające z przedmiotowego postępowania nie zakłócają konkurencji.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego oraz powołanych przez odwołującego dowodów Izba wskazuje, że co do zasady nie sposób kwestionować okoliczności wynikających

z przedłożonych dowodów, jednakże są one irrelewantne z punktu widzenia rozstrzygnięcia odwołania, gdyż

potwierdzają jedynie zakładane tezy przyjęte przez odwołującego. Natomiast obiektywna ocena okoliczności sprawy, daje prymat wiary uzasadnieniu prezentowanemu przez zamawiającego, który jako podmiot, który miał bezpośredni kontakt z osobami, względem których zostały podniesione przez zamawiającego wątpliwości – w celu zachowania konkurencyjności postępowania – uzasadnia oddalenie odwołania w całości (poza okolicznością związaną z brakiem wykazania szkody przez odwołującego).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....