

Sygn. akt: KIO 1976/21

WYROK

z dnia 30 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Konik
Piotr Kozłowski
Emil Kuriata**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 25 sierpnia 2021 r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 lipca 2021 roku przez odwołującego **TELBUD spółkę akcyjną z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Morskiego Portu Gdynia spółkę akcyjną z siedzibą w Gdyni** przy udziale **API Smart spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez API Smart spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ponowne badanie i ocenę ofert, w tym wykluczenie API Smart spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 24 ust. 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), a w konsekwencji powyższego odrzucenie oferty tego Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5) ww. ustawy Pzp.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego 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) stanowiącą koszty poniesione z tytułu zastępstwa przed Izbą oraz kwotę **782 zł 28 gr** (słownie: siedemset osiemdziesiąt dwa złote dwadzieścia osiem groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu dojazdu.
- 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego **19 382 zł 28 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy trzysta osiemdziesiąt dwa złote dwadzieścia osiem groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zarząd Morskiego Portu Gdynia spółka akcyjna z siedzibą w Gdyni (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Wykonanie integracji elektronicznych systemów zabezpieczeń budynków i terenów Zarządu Morskiego Portu Gdynia S.A.”, nr postępowania: DBM/227/SIWZ-44/KJ/2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 9 grudnia 2020 r. nr 2020/S 240-594690.

Postępowanie to prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) – dalej: „ustawa Pzp”.

W postępowaniu tym wykonawca TELBUD spółka akcyjna z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący”) 2 lipca 2021 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego przekazanej 23 czerwca 2021 r., polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy API Smart spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, i tym samym zaniechania wykluczenia tego wykonawcy oraz zaniechania uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy API Smart, podczas gdy wykonawca ten brał udział w przygotowaniu postępowania, co skutkowało zakłóceniem konkurencji w postępowaniu, któremu to zakłóceniu nie zapobieżono i które nie zostało wyeliminowane w żaden sposób,
- 2) art. 24 ust. 10 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp przez wykonanie przewidzianej w art. 24 ust. 10 ustawy Pzp procedury w sposób pozorny oraz bezpodstawne przyjęcie, że udział wykonawcy API Smart nie zakłóci konkurencji, a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia wykonawcy API Smart, mimo iż nie wykazał, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji,
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp i w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez nieodrzuconie oferty API Smart i wybór jako najkorzystniejszej oferty API Smart, mimo iż oferta tego wykonawcy winna zostać uznana za odrzuconą, albowiem została złożona przez wykonawcę, który powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu,

- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w związku z zaniechaniem wykluczenia wykonawcy API Smart z udziału w postępowaniu i wyborem oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty API Smart jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) wykluczenia wykonawcy API Smart z postępowania i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą,
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert celem wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ posiada wiedzę, doświadczenie i zdolności techniczne pozwalające mu na realizację przedmiotowego zamówienia. Oferta Odwołującego znalazła się na drugim miejscu. Odwołujący uważa, że na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp Odwołujący poniesie szkodę, wynikającą z utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, a w efekcie - utraty możliwości uzyskania przychodów z udzielonego zamówienia oraz utraty możliwości uzyskania referencji.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19) ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że z treści powyższego przepisu wynika, że przed wykluczeniem wykonawcy z postępowania, zamawiający musi dokonać analizy, czy zostały spełnione łącznie dwie przesłanki. Po pierwsze, należy stwierdzić udział wykonawcy, jego pracownika lub osoby wykonującej pracę na podstawie umowy cywilnoprawnej, w przygotowaniu postępowania. Po drugie, ustalić, czy spowodowane tym ewentualne zakłócenie konkurencji może zostać wyeliminowane w inny sposób, niż poprzez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Odwołujący z powyższego wywodzi, że celem ww. przepisu jest wykluczenie z postępowania tych podmiotów, które przez uczestnictwo w jego przygotowaniu nabyły wiedzę, mogącą je sytuować w lepszej pozycji, niż pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, tak aby spełniona została zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. (Odwołujący powołał się w tym zakresie na wyrok KIO z dnia 24.09.2020 r., KIO 2256/20).

Odwołujący wskazał, że w tej sprawie bezspornie spełniona została w przypadku wykonawcy API Smart pierwsza z wymienionych przesłanek - wykonawca ten brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie tego zamówienia. Wykonawca API Smart przygotowywał dokumentację postępowania w zakresie projektu wykonawczego oraz

kosztorysu inwestorskiego dla tego zadania. Odwołujący zaznaczył, że dokumentacja ta była aktualizowana i zmieniana przez wykonawcę API Smart w toku postępowania (m.in. przez wprowadzenie kryteriów równoważności). Powyższe wynika zarówno z treści projektu wykonawczego, jak i z treści poprawionego JEDZ złożonego przez wykonawcę API Smart na wezwanie Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że pierwotnie wykonawca API Smart złożył JEDZ, w którym w części III.C, w odniesieniu do rubryki zawierającej 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” wykonawca API Smart odpowiedział: „nie”. Dopiero w odpowiedzi z dnia 11 maja 2021 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 kwietnia 2021 r. – do poprawienia JEDZ w powyższym zakresie, wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawca ten załączył nowy formularz JEDZ z poprawioną treścią, w którym we wspomnianej rubryce zaznaczył odpowiedź „tak” oraz dodał uwagę o treści: „Udział dotyczył przygotowania dokumentacji postępowania w zakresie projektu wykonawczego oraz kosztorysu inwestorskiego”.

Jak wskazał Odwołujący, niewątpliwie przygotowanie dokumentacji projektowej oraz kosztorysu inwestorskiego stanowi udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, na co uwagę zwrócił sam Zamawiający w piśmie z dnia 27 kwietnia 2021 r. Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za utrwalony należy uznać pogląd, iż ubieganie się o udzielenie zamówienia przez wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania stwarza domniemanie zakłócenia konkurencji. Domniemanie takie można wyprowadzić wprost z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. (W tym zakresie Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 24.09.2020 r., KIO 2256/20 i wskazane tam orzecznictwo). Domniemanie zakłócenia konkurencji, powstałe w wyniku udziału wykonawcy w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, może zostać wyeliminowane zarówno przez samego zamawiającego, jak i przez wykonawcę (por. wyrok KIO z dnia 24.09.2020 r., KIO 2256/20). W niniejszej sprawie do takiego wyeliminowania zakłócenia konkurencji, zdaniem Odwołującego, nie doszło – i to ani w wyniku działań zamawiającego, ani w wyniku działań wykonawcy.

Odnosząc się do działań Zamawiającego, Odwołujący wskazał, co następuje. Powołując się na orzecznictwo KIO, Odwołujący wskazał, że najczęstszymi przypadkami zakłócenia konkurencji - w świetle przykładów będących przedmiotem postępowań KIO - są sytuacje, w których: 1) do specyfikacji zostały wprowadzone zapisy preferujące wykonawcę (np. dotyczące wymagań technicznych lub wymagań podmiotowych); 2) wykonawca poznał szacunkową wartość zamówienia (na przykład opracowując kosztorys inwestorski), której nie upublicznia zamawiający; 3) wykonawca poznał SIWZ wcześniej, miał więc więcej czasu na

przygotowanie oferty (dotyczy to sytuacji, w których przygotowanie oferty jest czasochłonne i każdy tydzień czy wręcz dzień przewagi ma znaczenie). Mając na uwadze treść art. 31d ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, że Zamawiający jeszcze przed wszczęciem postępowania może podjąć stosowne środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji. Do powstania zakłócenia konkurencji nie dochodzi wówczas, gdy podmiot zamawiający uprzednio dokonał działań niwelujących przewagę konkurencyjną takiego wykonawcy, w szczególności przez przekazanie pozostałym wykonawcom informacji, które uzyskał i przekazał podczas przygotowania postępowania oraz wyznaczenie odpowiedniego terminu na złożenie ofert. I tak w podanych wyżej przypadkach Zamawiający winien rozważyć podjęcie następujących starań o wyeliminowanie zakłócenia konkurencji: wprowadzenie poprawek w SIWZ, upublicznienie szacunkowej wartości zamówienia, odpowiednie przedłużenie terminu składania ofert. Wówczas zakłócenie to jest eliminowane już na etapie przygotowania postępowania przez samego zamawiającego. Zdaniem Odwołującego w tej sprawie do takiego zniwelowania zakłócenia konkurencji nie doszło. Zamawiający co prawda zaznaczył w protokole postępowania w pkt 3.2., iż „Istnieje możliwość, że o udzielenie zamówienia będzie ubiegał się podmiot, który uczestniczył w przygotowaniu postępowania o udzielenie tego zamówienia” oraz wskazał - stosownie do art. 31d in fine PZP-2004 – podjęte środki zaradcze, jednak okazały się one niewystarczające. Odwołujący wskazał, że z protokołu postępowania wynika, że: „Zamawiający dokonał udostępnienia istotnych informacji uzyskanych i przekazanych podczas przygotowania postępowania. Wykonawcom zostały udostępnione dokumenty, do których dostęp miał podmiot, który uczestniczył w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, tj. projekt wykonawczy oraz projekt koncepcyjny integracji elektronicznych systemów zabezpieczeń budynków i terenów Zarządu Morskiego Portu Gdynia S.A. – stanowiące odpowiednio załączniki nr 11 i 12 do SIWZ. Zostały przekazane Wykonawcom po złożeniu wniosku o ich udostępnienie wraz z oświadczeniem dotyczącym tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowiącym załącznik nr 10 do SIWZ. Ww. wnioski oraz oświadczenie należało złożyć za pośrednictwem Platformy Przetargowej ZMPG S.A. w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. We wniosku należało podać adres poczty elektronicznej, na który Zamawiający wysyłał link umożliwiający dostęp do projektu wykonawczego oraz projektu koncepcyjnego.” Zdaniem Odwołującego powyższe oświadczenie nie odpowiada w całości prawdzie. Odwołujący wskazał, że Zamawiający pominął, że Wykonawca opracowywał również kosztorys inwestorski stanowiący podstawę określenia szacunkowej wartości zamówienia. Tymczasem Zamawiający nie upublicznił ani treści kosztorysu inwestorskiego, ani szacunkowej wartości zamówienia. Zamawiający nie podjął zatem jakichkolwiek środków zaradczych w tym zakresie. Odwołujący uważa natomiast, że znajomość pełnej dokumentacji oraz opracowanie kosztorysu inwestorskiego, sprawia, iż wykonawca taki nie

tylko posiada wiedzę co do możliwości wystąpienia potencjalnych ryzyk, jak również kosztów, jakie będą wiązały się z realizacją zamówienia, ale także zaplanowanego przez Zamawiającego budżetu w tym zakresie. W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego do zniwelowania zakłócenia konkurencji w ramach działań Zamawiającego nie doszło, co zresztą zauważył sam Zamawiający wszczynając wobec wykonawcy API Smart Sp. z o.o. procedurę określoną w art. 24 ust. 10 ustawy Pzp (w sytuacji gdyby działania Zamawiającego doprowadziły do zniwelowania zakłócenia konkurencji, bezprzedmiotowe zdaniem Odwołującego byłoby zastosowanie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp).

Odnosząc się natomiast do działań wykonawcy API Smart, Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 24 kwietnia 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę API Smart w pkt 1 na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do poprawienia JEDZ, w związku z udziałem Wykonawcy w przygotowaniu postępowania, przez sporządzenie dokumentacji projektowej oraz kosztorysu inwestorskiego; w pkt 2 - na podstawie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp - do złożenia szczegółowych wyjaśnień, że udział Wykonawcy w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji; w pkt 3 – na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp – do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na powyższe, API Smart złożył wyjaśnienia pismem z 11 maja 2021 r. W ocenie Odwołującego procedura przewidziana w art. 24 ust. 10 ustawy Pzp została przez Zamawiającego zastosowana w sposób pozorny. Nadto zdaniem Odwołującego, Zamawiający, na podstawie otrzymanych wyjaśnień, w sposób bezpodstawny przyjął, że udział wykonawcy API Smart nie zakłóci konkurencji, mimo iż wykonawca ten nie wykazał (ani nawet wystarczająco nie wyjaśnił), że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Odwołujący uważa, że Zamawiający winien zapewnić wykonawcy, którego ma zamiar wykluczyć z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19) ustawy Pzp, możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Tymczasem Zamawiający nie wezwał wykonawcy do udowodnienia powyższej okoliczności, ale jedynie do złożenia szczegółowych wyjaśnień w tym zakresie.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający niezasadnie uznał wyjaśnienia złożone przez wykonawcę API Smart za wystarczające dla uznania, że udział tego wykonawcy nie zakłóci konkurencji, ponieważ zdaniem Odwołującego wyjaśnienia te nie wystarczały do przyjęcia, że nie doszło do zakłócenia konkurencji.

Zdaniem Odwołującego, po pierwsze, wykonawca – mając świadomość, iż wezwanie nastąpiło w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp nie powinien, zdaniem Odwołującego, ograniczać się do wyjaśnień, ale udowodnić (por. wyrok KIO z dnia 2 lutego 2021 r., KIO 3535/20), iż jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci

konkurencji, czego w niniejszym przypadku nie uczynił. Po drugie, wyjaśnienia wykonawcy API Smart nie zawierają, zdaniem Odwołującego, wystarczających argumentów uprawniających do przyjęcia, że na skutek udziału tego wykonawcy w postępowaniu, konkurencja nie została zakłócona. Przede wszystkim wyjaśnienia te, choć dość obszerne są jednak bardzo ogólnikowe, a nadto zawierają szereg stwierdzeń nie odpowiadających temu, co wynika z dokumentacji postępowania. Wykonawca przede wszystkim wskazał, że wszelkie ryzyka zakłócenia konkurencji zostały już wyeliminowane przez Zamawiającego, przez profesjonalne przeprowadzenie przez Zamawiającego postępowania. Argument ten nie może się, zdaniem Odwołującego, ostać. Gdyby wszelkie ryzyka zakłócenia konkurencji zostały wyeliminowane już na etapie postępowania przez Zamawiającego, wówczas nie byłoby, zdaniem Odwołującego, podstaw do zastosowania procedury z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp.

Jak wskazał Odwołujący, wykonawca API Smart nie wykazał podjęcia przez siebie żadnych kroków mających na celu zniwelowanie zakłócenia konkurencji (wręcz przeciwnie – wskazał w wykazie osób w niniejszym postępowaniu osoby, które przygotowywały dokumentację projektową). Obszerłą część wyjaśnień wykonawcy API Smart stanowią rozległe cytaty z orzeczeń KIO, do których w sposób ogólnikowy Wykonawca się odwołał. Odniesienia te pozostają, zdaniem Odwołującego, gołosłowne, a wykonawca w żaden sposób nie wykazuje ani nie precyzuje, w jaki sposób w konkretnych okolicznościach te ogólne wskazania zostały wypełnione (np. iż efekty i produkty przekazanych API Smart informacji niezbędne do wyceny i przygotowania ofert były znane również innym wykonawcom na takich samych zasadach, bądź, że Zamawiający zagwarantował wykonawcom odpowiedni termin pomiędzy udostępnieniem dokumentacji a terminem składania ofert). W ocenie Odwołującego, Wykonawca w wyjaśnieniach – podobnie jak Zamawiający (w treści protokołu) - pominął kwestię przygotowania kosztorysu inwestorskiego stanowiącego podstawę określenia szacunkowej wartości zamówienia. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie upublicznił ani treści kosztorysu inwestorskiego, ani szacunkowej wartości zamówienia. Wobec tego nie sposób odnosić ogólnikowych wyjaśnień dotyczących dokumentacji projektowej do wiedzy wynikającej ze znajomości kosztorysu inwestorskiego, stanowiącego podstawę określenia szacunkowej wartości zamówienia. Zdaniem Odwołującego, w odniesieniu do kwestii sporządzenia kosztorysu inwestorskiego Wykonawca API Smart nie przedstawił nawet wyjaśnień (nie wspominając o dowodach).

Odwołujący argumentował, że znajomość pełnej dokumentacji oraz opracowanie kosztorysu inwestorskiego, sprawia, iż wykonawca taki nie tylko posiada wiedzę co do możliwości wystąpienia potencjalnych ryzyk (wpływających zarówno na cenę, jak i na termin realizacji zadania), jak również kosztów, jakie będą wiązały się z realizacją zamówienia, ale

także zaplanowanego przez Zamawiającego budżetu w tym zakresie. Udział wykonawcy API Smart w przygotowaniu postępowania w powyższym zakresie (w tym sporządzeniu dokumentacji projektowej i kosztorysu inwestorskiego) oraz sprawowanie przez niego nadzoru autorskiego nad dokumentacją projektową (w tym wpływ na akceptację rozwiązań materiałowych i równoważnych), stawia zatem tego wykonawcę w wysoce uprzywilejowanej pozycji. Żaden z wykonawców nie posiadał takiej wiedzy na etapie składania ofert. Przewagę Wykonawcy API Smart w tym zakresie potwierdzają, zdaniem Odwołującego, ceny ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że cena oferty złożonej przez Wykonawcę API Smart (tj. 2.689.395,00 zł brutto) jest znacząco niższa od ofert 2 pozostałych wykonawców (ZEUS S.A. - 4.093.440,00 zł brutto i TELBUD S.A. - 4.236.206,81 zł brutto), a nadto jako jedyna z ofert mieści się w budżecie zaplanowanym przez Zamawiającego na realizację zadania.

Odwołujący podkreślił również, że Wykonawca API Smart wypełniając JEDZ - próbował zataić (co najmniej przed pozostałymi wykonawcami) fakt udziału w przygotowaniu postępowania, zwłaszcza w zakresie sporządzenia kosztorysu inwestorskiego. Odwołujący zwrócił uwagę, że o ile okoliczność, iż dokumentacja projektowa sporządzona była przez tego wykonawcę wynikała z treści załączników do SIWZ, to już okoliczność sporządzenia kosztorysu inwestorskiego z treści tychże załączników nie wynikała.

Powyższe oznacza zdaniem Odwołującego, że wykonawca API Smart miał istotną przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu, przy czym przewaga ta polegała przede wszystkim na znajomości pełnej dokumentacji projektowej, w szczególności kosztorysu inwestorskiego, stanowiącego podstawę określenia szacunkowej wartości zamówienia, których Zamawiający nie upublicznił. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przywołał treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2021 r. (KIO 3535/20). Zdaniem Odwołującego, w postępowaniu doszło w istotny sposób do zakłócenia konkurencji (czego potwierdzeniem jest różnica cen ofert API Smart i pozostałych Wykonawców). Zakłócenie to nie zostało, w ocenie Odwołującego, wyeliminowane w żaden sposób, ani przez Zamawiającego, ani przez Wykonawcę API Smart, który – wbrew obowiązkowi nie wykazał, iż jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji, i tym samym nie obalił skutecznie domniemania z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Wobec tego Zamawiający obowiązany był do wykluczenia Wykonawcy API Smart Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19) ustawy Pzp. Konsekwencją powyższego winno być uznanie oferty API Smart za odrzuconą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Ponadto jak wskazał Odwołujący w konsekwencji powyższego Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

5 lipca 2021 r. wykonawca API Smart spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie zgłosił udział w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego.

Pismem z 24 sierpnia 2021 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, wnioskując 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 złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086), dalej jako „ustawa Pzp”. Natomiast do toczącego się postępowania odwoławczego, z uwagi na datę jego wszczęcia, zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464), dalej jako „nowa ustawa Pzp”, na podstawie art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086).

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 nowej ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia i ma interes w uzyskaniu zamówienia.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez wykonawcę API Smart spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (dalej: „Przystępujący”) przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 nowej ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie, z uwzględnieniem zasady kontradiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 nowej ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania [§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453)].

W tym miejscu Izba wskazuje, że w toku postępowania odwoławczego Strony i Przystępujący złożyli następujące pisma:

- 1) Pismo z 24 sierpnia 2021 r. - odpowiedź na odwołanie,
- 2) Pismo z 24 sierpnia 2021 r. - pismo procesowe Przystępującego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody złożone przez Odwołującego podczas rozprawy.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy:

Jak wynika z dokumentacji postępowania w postępowaniu oferty złożyło 3 wykonawców:

- 1) ZEUS spółka akcyjna z siedzibą w Pruszczu Gdańskim (cena brutto oferty: 4.093.440,00 zł),
- 2) Przystępujący, tj. API Smart spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (cena brutto oferty: 2.689.395,00 zł),
- 3) Odwołujący, tj. TELBUD spółka akcyjna z siedzibą w Poznaniu (cena brutto oferty: 4.236.206,81 zł).

Oferta wykonawcy ZEUS została przez Zamawiającego odrzucona z uwagi na niewniesienie przez tego wykonawcę wadium.

W protokole postępowania odnotowano, że istnieje możliwość iż o zamówienie ubiegać się będzie podmiot, który uczestniczył w przygotowaniu postępowania, w związku z czym Zamawiający wskazał podjęte środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji. Opis tych środków został przez Odwołującego prawidłowo wskazany w uzasadnieniu odwołaniu odwołania, wobec czego Izba nie będzie powielać tej treści.

Na podstawie protokołu postępowania Izba ustaliła następnie, że kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 3.084.234,52 zł. Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia została ustalona na 2.507.507,63 zł.

Zgodnie z pismem z 4 listopada 2020 r. dotyczącym szacowania wartości zamówienia, Zamawiający w związku z koniecznością oszacowania wartości zamówienia zwrócił się do Przystępującego, który był jednocześnie wykonawcą dokumentacji wykonawczej w postępowaniu, z wnioskiem o wycenę prac. Następnie w treści tego pisma wskazano, że zgodnie z kosztorysem inwestorskim sporządzonym przez Przystępującego wartość ta wynosi 2.091.801,95 zł netto.

Następnie jak wynika z pisma z 25 listopada 2020 r. dotyczącego aktualizacji szacunkowej wartości zamówienia, Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o aktualną wycenę prac, z uwzględnieniem szacowanych kosztów niezbędnych szkoleń i świadczenia

serwisu gwarancyjnego systemu integrującego z częstotliwością co 6 miesięcy oraz serwisu eksploatacyjnego przy założeniu 4-letniego okresu gwarancji. Aktualny kosztorys sporządzony przez Przystępującego opiewał na kwotę 2.507.507,63 zł netto, która została przez Zamawiającego wskazana w protokole jako szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia. Natomiast kwota wskazana w protokole jako ta, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 3.084.234,52 zł brutto i stanowi kwotę wynikającą z kosztorysu uaktualnionego przez Przystępującego wskazaną powyżej, powiększoną o podatek VAT.

Zamawiający przeprowadził również wobec Przystępującego procedurę wynikającą z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie z następujących powodów.

Jest okolicznością między Stronami i Przystępującym bezsporną, że Przystępujący brał udział w przygotowaniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Zakres dokumentacji przygotowanej przez Przystępującego również jest bezsporny. Zamawiający podjął pewne czynności mające na celu zapobieżenie wystąpienia zakłócenia konkurencji, które sprowadzały się m.in. do udostępnienia dokumentacji przygotowanej przez Przystępującego, jest natomiast bezsporne, że Zamawiający nie udostępnił kosztorysu sporządzonego przez Przystępującego, który to kosztorys posłużył Zamawiającemu do oszacowania wartości zamówienia. Nawet jeśli, jak podnosił podczas rozprawy Zamawiający, nie było dla Przystępującego pewne, że Zamawiający następnie posłuży się tą kwotą przenosząc ją bez żadnych modyfikacji do protokołu postępowania i przyjmując za szacunkową wartość zamówienia, to w ocenie Izby sporządzenie takiej wyceny prac (kosztorysu) dało Przystępującemu wiedzę na temat potencjalnego szacunku, który z dużą dozą prawdopodobieństwa mógł zostać przez Zamawiającego przyjęty. Ponadto twierdzenie to wydaje się o tyle wątpliwe, że jak wynika z dokumentacji postępowania, Przystępującemu została również zlecona aktualizacja wyceny w związku potrzebą uwzględnienia w kosztorysie kosztów niezbędnych szkoleń i świadczenia serwisu gwarancyjnego systemu integrującego z częstotliwością co 6 miesięcy oraz serwisu eksploatacyjnego przy założeniu 4-letniego okresu gwarancji. Zatem Przystępujący mógł spodziewać się z bardzo dużym prawdopodobieństwem, że wykonana przez niego wycena posłuży Zamawiającemu jako szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia.

Okoliczności sprawy pokazują, że oferta złożona przez Przystępującego jest nie tylko ofertą najkorzystniejszą, ale jest również jedyną ofertą mieszczącą się w wartości, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia. Pozostałe złożone w postępowaniu oferty, w tym oferta Odwołującego wykraczają poza tę kwotę. Mając

na uwadze powyższe oraz fakt, że wiedza wynikająca z opracowania kosztorysu inwestorskiego, w tym wiedza na temat szacowanej wartości prac, stanowiła jedyny element znany Przystępującemu, do którego pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie mieli dostępu, Izba uznała, że dało to Przystępującemu nieuprawnioną przewagę nad konkurentami.

W tym miejscu zauważyć również należy, że w wyjaśnieniach z 11 maja 2021 r., Przystępujący, choć przyznał że opracował kosztorys inwestorski będący podstawą do ustalenia szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia, pominął w ich treści wskazanie sposobu wyeliminowania powstałego w związku z tym zakłócenia konkurencji. Nie można się zgodzić z Przystępującym, jakoby wszelkie ryzyka zostały wyeliminowane przez Zamawiającego w związku z profesjonalnym przygotowaniem postępowania. Nie przekonuje również twierdzenie o tym, że przygotowując dokumentację postępowania, w tym kosztorys inwestorski Przystępujący nie uzyskał żadnych dodatkowych informacji, które dawałyby mu przewagę nad pozostałymi wykonawcami. W tym miejscu podkreślić bowiem należy, że o ile dokumentacja projektowa rzeczywiście została udostępniona wykonawcom na równych zasadach, o tyle kosztorys wraz z informacją o wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia – już nie. Mając na uwadze motywację Zamawiającego, zgodnie z którą intencją Zamawiającego było, aby oferty zostały wycenione w sposób uczciwy, podkreślić należy, że nie zastosował tej zasady wobec wszystkich uczestników postępowania na równych zasadach. W ocenie Izby w okolicznościach tej sprawy udostępnienie „niezbędnych” informacji do przygotowania oferty było niewystarczające w sytuacji, gdy jeden z wykonawców posiadał wiedzę, do której dostępu nie mieli pozostali uczestnicy postępowania, a która z dużą dozą prawdopodobieństwa mogła pozwolić Przystępującemu złożyć najkorzystniejszą ofertę. W ocenie Izby z uwagi na tę jedną różnicującą wykonawców okoliczność nie sposób uznać, że wszyscy oni mieli dostęp do takich samych informacji i danych w celu przygotowania oferty, jak przekonywał Przystępujący w wyjaśnieniach z 11 maja 2021 r.

Wreszcie wskazać należy, że najprostszym sposobem zniwelowania zaistniałej między wykonawcami dysproporcji było udostępnienie spornego kosztorysu inwestorskiego i podanie informacji na temat szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia, czego Zamawiający nie uczynił. Odnosząc się do motywacji Zamawiającego o obawie przed nieuczciwą wyceną wskazać należy, że stanowisko takie jest o tyle wewnętrznie sprzeczne, że Zamawiającemu nie przeszkadzało zupełnie że jeden z wykonawców został uprzywilejowany ze względu na posiadanie takiej wiedzy. Ponadto wskazać należy, że ustawa Pzp daje Zamawiającemu instrumenty do badania ceny nie tylko z uwagi na zaistnienie okoliczności obligujących Zamawiającego do takiego badania, ale również w

sytuacji, gdy Zamawiający ma wątpliwości co do poprawności takiej ceny. W ocenie Izby powstała po stronie Przystępującego przewaga nie została zniwelowana przez podjęte przez Zamawiającego działania w postaci udostępnienia dokumentacji projektowej, projektu koncepcyjnego, umożliwienia przeprowadzenia wizji lokalnej, wydłużenie terminu składania ofert, czy udzielenie wyjaśnień do SIWZ. Żadne z powyższych działań Zamawiającego nie zastąpiło w ocenie Izby wiedzy wynikającej z opracowania kosztorysu inwestorskiego oraz wiedzy na temat wynikającej stąd szacunkowej wartości zamówienia.

Podkreślić należy, że sam fakt udziału wykonawcy w przygotowaniu postępowania rodzi domniemanie zakłócenia konkurencji, które dopiero w wyniku podjętych przez zamawiającego i wykonawcę działań powinno zostać wyeliminowane. W ocenie Izby działania podjęte przez Zamawiającego w tym postępowaniu okazały się niewystarczające, a sam Przystępujący mimo umożliwienia mu złożenia wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, również nie wykazał, że jego udział w postępowaniu nie zakłóci konkurencji. Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19) ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, co powinno skutkować wykluczeniem Przystępującego z postępowania, a w konsekwencji powyższego, odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Odnosząc się do złożonych przez Odwołującego podczas rozprawy dowodów Izba uznała, że pozostają one bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Badając przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19) ustawy Pzp kluczowe znaczenie w pierwszej kolejności mają bowiem działania podjęte przez zamawiającego i wykonawcę, w tym udzielone przez niego wyjaśnienia na podstawie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, które jak już Izba wcześniej uzasadniła, okazały się w przedmiotowej sprawie niewystarczające.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 pkt 1) w związku § 5 pkt 1) i 2) lit a) i b) w związku z § 2 ust. 1 pkt 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).

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....