

Sygn. akt: KIO 3227/23

WYROK
z dnia 13 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Maria Kacprzyk
Członkowie: Joanna Gawdzik-Zawalska
Małgorzata Jodłowska
Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 listopada 2023 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2023 r. przez **wykonawcę Jacobi Carbons sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Górnośląskie Przedsiębiorstwo Wodociągów S.A. z siedzibą w Katowicach**

orzeka:

1. odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu odwołania oznaczonego numerem 2;
2. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie czynności zatrzymania wadium oraz ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. 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.

Przewodnicząca:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W dniu 30 października 2023 roku Odwołujący działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605, dalej zwana „ustawą Pzp”) wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego - Górnośląskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, podjęte w postępowaniu pod nazwą: „*Dostawa nowego węgla aktywnego granulowanego na bazie drzewa kokosowego dla ZUW Goczałkowice*”, numer referencyjny FZP/321/23/2023, polegające na:

- 1) odrzuceniu oferty Odwołującego, z uwagi na uznanie, że Odwołujący mimo wezwania na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do poprawienia oświadczenia własnego, tj. poprawienia w części C JEDZ odpowiedzi na pytanie, czy Wykonawca doradzał podmiotowi zamawiającemu bądź był w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia poprzez zaznaczenie odpowiedzi „TAK”, z zaznaczonej „NIE”, tego nie uczynił, co w konsekwencji skutkowało unieważnieniem rzeczzonego postępowania wobec stwierdzenia braku ofert niepodlegających odrzuceniu, podczas gdy Odwołujący spełnił wymóg wynikający z treści art. 125 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, tj. złożył wraz z ofertą w JEDZ w/w oświadczenie własne polegające na prawdzie, tym samym wskazane przez Zamawiającego powody odrzucenia stanowią wyłącznie nieuprawnioną interpretację warunków udziału w postępowaniu dokonaną przez Zamawiającego, nieznajdującą oparcia w przepisach prawa;
- 2) wadliwej ocenie, iż odmowa poprawienia złożonego przez Odwołującego, zgodnie z prawdą oświadczenia o którym mowa w art. 125 ustawy Pzp, tj. w części C JEDZ, winna być kwalifikowana jako niezłożenie dokumentów (oświadczenia) skutkująca zastosowaniem przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit.c ustawy Pzp, tj. odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) nieuzasadnionym zatrzymaniu wadium wraz z odsetkami, wskutek przyjęcia, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty

złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej, podczas gdy Odwołujący w/w oświadczenie własne polegające na prawdzie złożył wraz z ofertą;

- 4) zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego w związku z wadliwą oceną oferty Odwołującego, powodującą niesłuszne odrzucenie Wykonawcy z postępowania.

Odwołujący zaskarżonym czynnościami Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania z uwagi na to, że Odwołujący mimo wezwania, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie spełnił obowiązku wynikającego z treści art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, tj. nie przedłożył poprawionego oświadczenia własnego, tj. oświadczenia w części C JEDZ w zakresie informacji bezpośredniego lub pośredniego zaangażowania w przygotowanie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, pomimo że Odwołujący zaznaczając odpowiedź „NIE” przy w/w pytaniu złożył oświadczenie zgodnie z prawdą i tym samym dopełnił wszelkich obowiązków wynikających z treści art. 125 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a wskazane przez Zamawiającego powody odrzucenia stanowią wyłącznie nieuprawnioną interpretację przez Zamawiającego tych warunków, gdyż:
 - Zamawiający nie poinformował Odwołującego, kierującego grzecznościową odpowiedź o potencjalnej cenie, że może ona zostać uznana na etapie przetargu za zakłócanie konkurencji czy też zaangażowanie w przygotowanie przyszłego postępowania, zważywszy że Zamawiający nie zawarł w pytaniu konkretnego zastrzeżenia, stąd też Odwołujący nie miał powodów, aby przypuszczać, że brał jakkolwiek udział w przygotowaniu postępowania,
 - Zamawiający kierując do Odwołującego zapytania w przesłanych wiadomościach elektronicznych zarówno z dnia 09 lutego 2023 r., 03 lutego 2023 r. czy też 17 marca 2023 r. w żaden sposób nie poinformował Odwołującego, że bierze on udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia,
 - żądanie przez Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp poprawienia złożonego oświadczenia w części C JEDZ poprzez jego zmianę wskutek zaznaczenia odpowiedzi „TAK” zamiast „NIE”, nie wypełnia jakichkolwiek przesłanek do zastosowania regulacji w/w przepisu w niniejszym stanie faktycznym - wykonanie nałożonego przez Zamawiającego na Odwołującego obowiązku, wbrew przekonaniu Odwołującego co do prawdziwości złożonego oświadczenia, rodziłoby potencjalne ryzyko narażenia się na zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd;

- 2) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wezwanie Odwołującego do poprawienia podmiotowego środka dowodowego, tj. oświadczenia własnego Wykonawcy złożonego w formie JEDZ w zakresie informacji dotyczącej bezpośredniego lub pośredniego zaangażowania w przygotowanie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, tj. poprawienia udzielonej w Części C JEDZ odpowiedzi na pytanie, czy wykonawca doradzał podmiotowi Zamawiającemu, bądź był w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia poprzez zaznaczenie odpowiedzi „ TAK, podczas gdy w/w , nie wypełnia jakichkolwiek przesłanek do zastosowania regulacji wynikającej z art. 128 ust. 1 Pzp, w niniejszym stanie faktycznym, zaś wykonanie nałożonego przez Zamawiającego na Odwołującego obowiązku, wbrew przekonaniu Odwołującego co do prawdziwości złożonego oświadczenia, rodziłoby potencjalne ryzyko narażenia się na zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd i ewentualnej podstawy wykluczenia;
- 3) art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego wadliwe zastosowanie i zatrzymanie w sposób nieuzasadniony wadium wraz z odsetkami, wskutek przyjęcia, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej, podczas gdy, Odwołujący w/w oświadczenie własne polegające na prawdzie złożył wraz z ofertą.

Podnosząc powyższe zarzuty odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie niniejszego odwołania;
- 2) uchylenie czynności unieważnienia postępowania,
- 3) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 4) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jest podmiotem, który uczestniczy w niniejszym postępowaniu i złożył ofertę, której treść odpowiada SWZ i jest ofertą najkorzystniejszą. Złożone odwołanie ma prowadzić do obrony pozycji Odwołującego jako podmiotu, któremu w przypadku uwzględnienia zarzutów zostanie powierzone wykonanie zamówienia będącego przedmiotem Postępowania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, Odwołujący może ponieść szkodę, tracąc możliwości uzyskania zamówienia wobec odrzucenia i osiągnięcia zakładanego przychodu.

W uzasadnieniu zarzutów, Odwołujący podniósł, że jego oferta podlegała odrzuceniu z uwagi na uznanie przez Zamawiającego, iż nie złożył on w przewidzianym wezwaniem terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego dokonana przez Zamawiającego w tym przedmiocie ocena jest nieprawidłowa i narusza przepisy ustawy Pzp.

Odwołujący zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 125 ust. 1 i 2 ustawy Pzp złożył wraz z ofertą oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp – JEDZ, w którym w Części C w zakresie informacji dotyczącej bezpośredniego lub pośredniego zaangażowania w przygotowanie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, tj. odpowiadając na pytanie, czy Wykonawca doradzał podmiotowi Zamawiającemu, bądź w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, zaznaczył odpowiedź „NIE”.

Niemniej jednak Zamawiający uznał, iż Odwołujący był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ w okresie poprzedzającym wszczęcie Postępowania, przekazał Zamawiającemu informację o cenie 1 m³ węgla aktywnego Aquasorb CX 8x30. Z tych też względów, zdaniem Zamawiającego, był on zaangażowany w inny sposób w ustalenie przez zamawiającego wartości szacunkowej przedmiotowego zamówienia. Wobec powyższego, w oparciu o treść art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego pismem nr FZP/024/439/2023 z dnia 12 września 2023 r., do poprawienia oświadczenia złożonego w formie JEDZ w zakresie informacji dotyczącej bezpośredniego lub pośredniego zaangażowania w przygotowanie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, tj. poprawienia udzielonej w Części C JEDZ odpowiedzi na pytanie, czy Wykonawca doradzał podmiotowi Zamawiającemu, bądź był w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, poprzez zaznaczanie odpowiedzi „TAK”.

Pismem z dnia 14 listopada 2023 r. Odwołujący wskazał, iż nie znajduje podstaw do poprawienia przedmiotowego środka dowodowego, tj. JEDZ poprzez znaczenie odpowiedzi „TAK”. Odwołujący stanął na stanowisku, że złożone w tym przedmiocie oświadczenie nastąpiło zgodnie z prawdą, a udzielona przez niego odpowiedź w korespondencji mailowej w prowadzonym przez Zamawiającego rozpoznaniu rynku nie mogła być potraktowana jako jakakolwiek forma zaangażowania w przygotowanie Postępowania. Odwołujący nie miał świadomości, ani nie przypuszczał, że grzecznościowa wymiana e-mail, będzie tak zakwalifikowana przez Zamawiającego.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przytoczył przepisy ustawy Pzp, traktujące o doradztwie lub innym zaangażowaniu w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, jak również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie. Odwołujący także wskazał, że doradztwo i zaangażowanie w przygotowanie postępowania odnosi się do takich sytuacji, w których wiedza uzyskana przez wykonawcę w związku z jego zaangażowaniem w trakcie przygotowania dokumentacji postępowania, niedostępna innym wykonawcom daje mu przewagę prowadząc do złożenia oferty na korzystniejszych warunkach, tym samym zakłócając konkurencję w postępowaniu (por. wyrok KIO z 19.07.2021 r; sygn. akt: KIO 1656/21).

Odwołujący zakwestionował, jakoby był co najmniej w inny sposób zaangażowany w przygotowanie Postępowania. Jego zdaniem skierowanie przez Zamawiającego zapytania ofertowego w przedmiocie przedłożenia oferty cenowej, a następnie przesłanie przez Wykonawcę informacji zwrotnej o potencjalnej cenie, jak to miało miejsce w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie może bynajmniej być uznane za zaangażowanie Wykonawcy w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zajął stanowisko, że Zamawiający powinien poinformować Wykonawcę, w tym w przesłanej wiadomości elektronicznej zawierającej zapytanie ofertowe, że Wykonawca bierze udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Brak takiego zastrzeżenia nie mógł skutkować według Odwołującego negatywnymi konsekwencjami dla Wykonawcy, który nie może przypuszczać, że wymiana e-maili w ramach prowadzonego rozeznania rynku, zawierająca wskazanie hipotetycznej ceny zostanie uznana za jakiegokolwiek zaangażowanie, czy też uczestnictwo w przygotowaniu postępowania - tym bardziej, że Wykonawca w toku prowadzonej korespondencji nie uzyskał żadnej wiedzy stawiającej go w lepszej sytuacji, aniżeli pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, a w konsekwencji skutkującej zakłóceniem konkurencji.

Odwołujący zajął stanowisko, że wezwanie przez Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do poprawienia złożonego oświadczenia w części C JEDZ poprzez jego zmianę wskutek zaznaczenia odpowiedzi „TAK” zamiast „NIE”, było bezzasadne, ponieważ żadna z przyczyn zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w rzeczonym stanie faktycznym nie zaistniała. Odwołujący złożył wraz z ofertą oświadczenie własne na JEDZ, w którym w Części C zaznaczył odpowiedź „NIE” w zakresie informacji dotyczącej bezpośredniego lub pośredniego zaangażowania w przygotowanie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z prawdą. Odwołujący nie widział podstaw do zmiany

złożonego w tym przedmiocie oświadczenia, albowiem nie miał żadnych powodów, by przypuszczać, że jego grzecznościowa wymiana e-mail zostanie uznana za uczestnictwo w przygotowaniu postępowania. Odwołujący zajął stanowisko, iż wykonanie, nawet wbrew własnemu przekonaniu, zobowiązania nałożonego przez Zamawiającego obowiązku, mogłoby być uznane za przedstawienie informacji nieprawdziwych, a takie nie podlegają poprawieniu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z powyższych względów Odwołujący uznał, że Zamawiający dopuścił się ponadto naruszenia art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez jego wadliwe zastosowanie i zatrzymanie w sposób nieuzasadniony wadium wraz z odsetkami, wskutek przyjęcia, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący przedmiotowe oświadczenie własne polegające na prawdzie złożył wraz z ofertą. W tym zakresie Odwołujący odwołał się do przytoczonej argumentacji dotyczącej naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp,

W dniu 9 listopada 2023 r., Zamawiający, w wykonaniu zarządzenia Izby, złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu wskazał, że Odwołujący nie zarzucił Zamawiającemu bezpodstawnego unieważnienia prowadzonego postępowania, podczas gdy jednocześnie w ramach odwołania żąda uchylecia czynności unieważnienia postępowania. W konsekwencji jego zdaniem, zakres żądania Odwołującego dotyczy więc czynności, wobec której nie został sformułowany zarzut. Zamawiający przytaczając treść przepisu art. 555 ustawy Pzp, podkreślił zwiążanie Izby treścią zarzutów.

W zakresie zarzutu nr 1 oraz zarzutu nr 2, Zamawiający podkreślił, że Odwołujący mimo wezwania, o którym mowa w art. 128 ust. 1 PZP nie spełnił obowiązku wynikającego z treści art. 125 ust. 1 PZP, tj. nie przedłożył poprawionego oświadczenia własnego, tj. oświadczenia w części C JEDZ w zakresie informacji na temat bezpośredniego lub pośredniego zaangażowania w przygotowanie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający złożył dowód w postaci korespondencji e-mail prowadzonej pomiędzy pracownikiem Zamawiającego, a przedstawicielem Odwołującego, wskazując, że Wykonawca miał świadomość już na tym etapie, że Zamawiający planuje przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem będzie produkt wyceniony i szczegółowo opisany przez Odwołującego. Według Zamawiającego, Odwołujący w treści odwołania wprost sugerował warunki, które w jego ocenie korzystnie wpłyną na realizację

zamówienia, w tym warunki wynagradzania. Zdaniem Zamawiającego prowadzona korespondencja miała na celu udzielenie Zamawiającemu przez Odwołującego wsparcia w zorganizowaniu przyszłego zamówienia poprzez przekazanie przez niego przydatnych dla Zamawiającego informacji w kluczowym dla przeprowadzenia postępowania zakresie. Zamawiający w tym miejscu jednoznacznie wskazuje, że przedmiotowe informacje miały wpływ na szacowanie przez niego wartości zamówienia oraz opis przedmiotu zamówienia w zakresie terminu realizacji dostaw, a zakres ten jest kluczowy dla prowadzonego postępowania, co oznacza, iż Odwołujący miał pośredni wpływ na kształtowanie treści istotnych dokumentów zamówienia.

Zamawiający przyjął, że Odwołujący przekazując przedmiotowe informacje miał wiedzę, że Zamawiający planuje przeprowadzenie postępowania na wyceniony przez niego produkt, przytaczając treść wiadomości e-mail z 09 lutego 2023 r., zawierającej informacje o planach terminu rozstrzygnięcia postępowania. Zamawiający wskazał, że nawet, gdyby przyjąć, iż Wykonawca na etapie przesłania omawianych informacji nie miał świadomości, że jest pośrednio zaangażowany w przygotowanie przyszłego postępowania, to Zamawiający w wiadomości e-mail z 17 marca 2023 r. wskazał wprost, że takie postępowanie jest planowane. Odwołujący w odpowiedzi na tę wiadomość, zdecydował się podtrzymać swoje dotychczasowe informacje na temat przedmiotu zamówienia oraz ich wycenę.

Zamawiający wskazał, że podana w ogłoszeniu o zamówieniu szacunkowa wartość została oszacowana na podstawie ceny podanej przez Odwołującego w ww. wiadomościach e-mail, powiększona o możliwą zmianę cen produktu wynikającą z inflacji. Zamawiający oświadczył dodatkowo, że uzyskał w ramach rozeznania rynkowego jeszcze dwie oferty ponad ofertę Odwołującego. Zamawiający, posiłkując się informacją pochodzącą od Odwołującego w zakresie możliwych terminów dostaw jako 2 i 4 miesiące od daty podpisania umowy, przewidział w postanowieniach umownych, iż termin wykonania umowy wynosić będzie 6 miesięcy od daty jej podpisania. Zdaniem Zamawiającego powyższe przesądzało, że informacje uzyskane w toku prowadzonej korespondencji między Stronami zostały wykorzystane w dokumentach zamówienia i miały wpływ na kształtowanie wartości zamówienia i warunków realizacji umowy.

Zamawiający podkreślił dodatkowo, że Odwołujący jako podmiot profesjonalny, kooperujący uprzednio z Zamawiającym, powinien mieć świadomość, że wymiana miała charakter pomocniczy dla Zamawiającego w zakresie przeprowadzenia planowanego postępowania, a udzielone przez Odwołującego informacje miały pośredni wpływ na kształtowanie kluczowych dokumentów zamówienia, w tym w szczególności na opis przedmiotu

zamówienia i jego wartość. Zamawiający wskazał, że „grzecznościowej odpowiedzi” Odwołującego przeczy zadawanie przez niego pytań w odpowiedzi na prośbę Zamawiającego o udzielenie informacji w zakresie przyszłego zamówienia. Z dotychczasowego doświadczenia Zamawiającego i praktyki stosowanej w korespondencji z innymi wykonawcami wynika, że w odpowiedzi na pytania Zamawiającego skierowane do wykonawców, dotyczące informacji w zakresie przedmiotu przyszłego zamówienia, przesyłają oni odpowiednie informacje w sposób ustandaryzowany i nie podejmują dialogu z Zamawiającym mającego na celu poszerzenie swojej wiedzy na temat planowanego postępowania, co Odwołujący czynił, m.in. w wiadomości e-mail z 26 stycznia 2023 r., gdzie kierował pytania do Zamawiającego w zakresie rodzaju węgla aktywnego będącego przedmiotem przyszłego zamówienia. Odwołujący zapytał również, czy realizacja zadania ma być zakończona uruchomieniem złoża węglowego w filtrze węglowym pod nadzorem wykonawcy, czy zamówienie zostanie zrealizowane w trybie przetargu oraz o termin realizacji zadania. Zamawiający odpowiedział na te pytania w wiadomości e-mail z 03 lutego 2023 r. poprzez przesłanie korespondencji wewnętrznej Zamawiającego informacje w tym zakresie.

W konkluzji Zamawiający raz jeszcze podkreślił wagę informacji otrzymanych od Odwołującego na etapie przygotowania Postępowania. Przytoczył w tym zakresie przepisy ustawy Pzp, wskazując, że wcześniejsze zaangażowanie wykonawcy, o którym mowa w art. 85 ustawy Pzp nie odnosi się jedynie do przeprowadzonych konsultacji rynkowych (art. 84 ustawy Pzp), a do każdej formy zaangażowania wykonawcy w kształtowanie przez zamawiającego wartości zamówienia oraz opisu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający mając świadomość treści korespondencji prowadzonej z Odwołującym, z której informacje przekazywane przez Odwołującego były następnie wykorzystywane w procesie decyzyjnym Zamawiającego w toku przygotowywania postępowania, podczas weryfikacji złożonej oferty nie mógł postąpić w inny sposób, niż wezwać Odwołującego do poprawienia części C. Zamawiający nie mógł przyjąć domniemania, że powyższe nie zakłócało konkurencji, dlatego obowiązany był do wezwania Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do poprawienia przedmiotowego dokumentu, czego Odwołujący nie uczynił.

Zamawiający podkreślił, że na żadnym etapie nie uznał, jakoby zaangażowanie Odwołującego w przygotowanie postępowania miało skutkować jego wykluczeniem zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający podkreślił, iż zgodnie z treścią art. 85 ust. 1 ustawy Pzp, podjął on odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w

postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności poprzez wskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu wartości szacunkowej zamówienia oraz wyznaczenie terminu składania ofert na 36 dzień od daty przekazania ogłoszenia o zamówieniu do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej pomimo, iż Zamawiający mógł wyznaczyć 30-dniowy termin na składanie ofert, zgodnie z art. 63 ustawy Pzp. Powyższe zdaniem Zamawiającego nie zmienia faktu, iż Odwołujący miał wpływ na kształtowanie warunków zamówienia i brak zgodnego z prawdą oświadczenia w tym zakresie nie mógł zostać przez Zamawiającego pominięty.

Zamawiający podkreślił, że podejmując szereg działań mających na celu zagwarantowanie uczciwej konkurencji w Postępowaniu przyjął, iż nie jest konieczne wykluczenie z niego Odwołującego, jeżeli dopełniona zostanie przewidziana w tym zakresie procedura. Wezwanie Odwołującego do poprawienia części C JEDZ poprzez zaznaczenie odpowiedzi „TAK”, tj. potwierdzenia, iż był zaangażowany w przygotowanie Postępowania miało na celu jedynie uczynienie zadość obowiązkowi Zamawiającego wynikającemu z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Mechanizm ten według Zamawiającego nie mógł być prawidłowo zastosowany w sytuacji, w której Odwołujący składał oświadczenie niezgodne ze stanem faktycznym. Gdyby Odwołujący zaznaczył odpowiedź zgodną z rzeczywistością, miałby możliwość podjęcia próby udowodnienia, że jego wcześniejsze zaangażowanie w przygotowanie postępowania, które niewątpliwie miało miejsce, nie zakłóca w żaden sposób konkurencji. Odwołujący jednak uporczywie podtrzymywał, iż mimo prowadzonej korespondencji w zakresie przyszłego postępowania nie był zaangażowany w jego przygotowanie, czym uniemożliwił sobie podjęcie próby wykazania, że jego udział nie zakłócił konkurencji, co potencjalnie mogłoby skutkować brakiem jego wykluczenia z postępowania.

Zamawiający podkreślił, że konsekwencją przyjęcia tezy o udziale Odwołującego w przygotowaniu Postępowania jest nieprawdziwe oświadczenie w tym przedmiocie zawarte w oświadczeniu JEDZ, a to z kolei skutkowało koniecznością wezwania do poprawienia. Nieuczynienie zadość wezwaniu Zamawiającego – które jego zdaniem było stworzeniem możliwości udowodnienia, że zaangażowanie nie zakłóciło konkurencji - wypełniało dyspozycję odrzucenia oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp. Zamawiający wskazał także, że niezłożenie podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych będzie zachodziło bowiem również wtedy, gdy wykonawca złożył dokument (oświadczenie), ale z jego treści nie wynikało potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający zakwestionował także słuszność zarzutu nr 3, dotyczącego zatrzymania wadium zgodnie z dyspozycją art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp. Podkreślił on, że

konsekwencją niezłożenia w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez Odwołującego poprawionego oświadczenia JEDZ jest wynikający z tego przepisu obowiązek zatrzymania wadium. Zamawiający podkreślił dodatkowo, że niezłożenie podmiotowych lub przedmiotowych środków dowodowych będzie zachodzić również wtedy, gdy wykonawca złożył dokument (oświadczenie), ale z jego treści nie wynikało potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 57 (niepodleganie wykluczeniu) lub art. 106 ust. 1 ustawy Pzp. Skoro zatem Zamawiający przyjął, że Odwołujący zaznaczył nieprawidłową odpowiedź w części C JEDZ i następnie zaprzeczył, że był zaangażowany w przygotowanie, Zamawiający nie miał sposobności zapewnienia Odwołującemu możliwości udowodnienia, że jego zaangażowanie konkurencji nie zakłóciło, stąd należało stwierdzić, że złożone przez Wykonawcę oświadczenie nie potwierdzało braku podstaw wykluczenia i zatrzymanie w takim wypadku wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp było w pełni uzasadnione.

Na posiedzeniu Strony podtrzymały dotychczas wyrażone stanowiska. Odwołujący przedłożył korespondencję mailową pomiędzy stronami, zapytań ofertowych i oświadczenia JEDZ oraz umowy także pomiędzy stronami, na fakt przyjętej praktyki między stronami dot. prowadzenia rozeznania rynkowego przez Zamawiającego oraz interpretacji składanych oświadczeń JEDZ w toku innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając ogłoszenie o zamówieniu oraz dokumenty zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Górnośląskie Przedsiębiorstwo Wodociągów Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: *„Dostawa nowego węgla aktywnego granulowanego na bazie drzewa kokosowego dla ZUW Goczałkowice”*, numer referencyjny FZP/321/23/2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 121-381923 w dniu 27 czerwca 2023 roku. W treści ogłoszenia o zamówieniu została wskazana wartość szacunkowa zamówienia w kwocie 1 365 000,00 złotych netto. Wartość ta została ustalona w dniu 23 marca 2023 r. na podstawie badania rynkowego (zebranych ofert cenowych od trzech potencjalnych wykonawców). W badaniu rynkowym uczestniczył Odwołujący, który oprócz przesłania wyceny dostawy węgla, wskazał także proponowane terminy dostaw, sposobu oraz warunków płatności. Odwołujący,

składając ofertę w Postępowaniu, złożył oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp w formie JEDZ, w treści którego, w części C w odpowiedzi na pytanie, czy wykonawca doradzał podmiotowi zamawiającemu, bądź był w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, zaznaczył odpowiedź „NIE”.

W dniu 12 września 2023 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp Odwołującego do poprawienia przedmiotowego oświadczenia, poprzez zaznaczenie odpowiedzi „TAK”. Wskazał przy tym, że wykonawca był w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ w dniu 17 marca 2023 r. przekazał Zamawiającemu informację o cenie 1 m³ węgla aktywnego Aquasorb CX 8x30, a tym samym był zaangażowany w ustalenie przez Zamawiającego wartości szacunkowej przedmiotowego zamówienia. W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie Odwołujący w dniu 14 września 2023 r. wskazał, nie znajduje podstaw do poprawienia podmiotowego środka dowodowego tj. JEDZ poprzez zaznaczenie odpowiedzi „TAK”. Wyjaśnił, że według swojej wiedzy, Zamawiający w toku przedmiotowego postępowania nie przeprowadził konsultacji rynkowych, nie znalazło to wyrazu ani na stronie internetowej Zamawiającego, ani w ogłoszeniu o zamówieniu.

W odczuciu Odwołującego, skierowanie przez Zamawiającego zapytania ofertowego w przedmiocie przedłożenia oferty cenowej, a następnie przesłanie przez Wykonawcę informacji zwrotnej o potencjalnej cenie, jak to miało miejsce w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie może bynajmniej być uznane za zaangażowanie Wykonawcy w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia. Podkreślił, że Zamawiający nie poinformował Wykonawcy, w tym w przesłanej wiadomości elektronicznej zawierającej zapytanie ofertowe, że Wykonawca bierze udział w przygotowaniu Postępowania, a brak takiego zastrzeżenia nie może skutkować negatywnymi konsekwencjami dla Wykonawcy. Odwołujący wskazał, że w toku prowadzonej korespondencji nie uzyskał żadnej wiedzy stawiającej go w lepszej sytuacji, aniżeli pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, a w konsekwencji skutkującej zakłóceniem konkurencji.

W dniu 20 października 2023 r., Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu Postępowania na podstawie art. 255 pkt. 2 ustawy Pzp wobec odrzucenia wszystkich ofert oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, wobec niezłożenia w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 12 września 2023 r., Odwołujący powinien był przekazać Zamawiającemu poprawione w oczekiwanym zakresie

oświadczenie JEDZ, czego zaniechał. W tym samym dniu Zamawiający zawiadomił o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że w ustawowym terminie do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden z wykonawców.

Odwołanie w części dotyczącej zarzutu nr 2 w zakresie wezwania Zamawiającego podlegało odrzuceniu jako spóźnione. Czynność ta została podjęta w dniu 12 września 2023 r. i w tym samym dniu została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W konsekwencji, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt. 1 lit. a) ustawy Pzp, termin na wniesienie odwołania upływał 22 września 2023 r.

W pozostałym zakresie, tj. zarzutu nr 1 oraz nr 3, odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Zarzut nr 1 dotyczący nieprawidłowej kwalifikacji Zamawiającego zaniechania poprawienia oświadczenia JEDZ w zakresie 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, potwierdził się.

Art. 85 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje, 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 (Dz.U. z 2021 r. poz. 275, z 2022 r. poz. 2581 i 2640 oraz z 2023 r. poz. 852), 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. W protokole postępowania zamawiający wskazuje środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

Zgodnie z kolei z art. 85 ust. 2 zd. 1 ustawy Pzp, 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. Zdanie drugie przytoczonego przepisu nakłada obowiązek na zamawiającego, aby przed wykluczeniem, zapewnił temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

W przedmiotowej sprawie Strony za przedmiot sporu uczyniły kwalifikację udziału w badaniu rynkowym jako zaangażowanie w przygotowanie postępowania w rozumieniu art. 85 ust. 1 ustawy Pzp. W tym zakresie, biorąc pod uwagę materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, Izba przyjęła argumentację Odwołującego, iż udzielenie informacji cenowej nie stanowi czynności objętej dyspozycją wspomnianego przepisu. Doradztwo lub innego rodzaju zaangażowanie wykonawcy w przygotowanie postępowania ze swej istoty ma dotyczyć przedmiotu zamówienia, warunków realizacji czy sposobu jego opisu, jednakże ustawodawca sanuje jedynie sytuacje, w którym udział ten negatywnie wpływa na konkurencyjność w postępowaniu.

W przedmiotowej sprawie bezspornym było, że przesłana przez Odwołującego wycena, także z informacją o pożądanym terminie czy sposobie płatności, nie doprowadziła do sytuacji, w której zaburzona została konkurencyjność, a Odwołujący uzyskał przewagę nad pozostałymi wykonawcami. Wycena została dokonana na podstawie uzyskanych informacji o przedmiocie zamówienia, podanych w skrótowy sposób, zaś pozostałe elementy, takie jak termin dostawy i związane z dostawą dodatkowe obowiązki czy termin i podział płatności, służyły, jako elementy kosztotwórcze, zwiększeniu rzetelności podanej ceny.

Trzeba także wskazać, że wartość szacunkowa zamówienia została podana w ogłoszeniu o zamówieniu, a tym samym wszyscy wykonawcy zainteresowani udziałem w Postępowaniu, mogli powziąć informację na ten temat. Stanowisko przeciwne, zakładające, że badanie doradztwa lub innego zaangażowania wykonawcy w przygotowanie postępowania miałyby nastąpić w oderwaniu od skutku w postaci uzyskania przewagi konkurencyjnej wypacza sens omawianej instytucji. Przesłanka wykluczenia wykonawcy z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp

ma na celu wyeliminowanie niebezpieczeństwa, że wykonawca, który wcześniej doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, na skutek pozyskanej w ten sposób wiedzy złoży korzystniejszą ofertę w postępowaniu bądź wywrze wpływ na warunki zamówienia. Tym samym, czynności polegające na wycenie w ramach rozeznania rynku, jeśli nie miały negatywnego wpływu na zachowanie konkurencyjności, nie mieszczą się w dyspozycji art. 85 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Zamawiający nieprawidłowo przyjął, że Odwołujący wykonywał czynności doradcze w rozumieniu art. 85 ust. 1 ustawy Pzp. Nawet jeśli – tak jak oświadczał – wykorzystał powzięte informacje w przygotowaniu postępowania, a zatem przyjął ofertę do szacowania czy potwierdził realność terminu realizacji, nie można uznać, że tego rodzaju zaangażowanie mogło dać przewagę konkurencyjną wykonawcy. Oczywistym jest, że składając oświadczenie JEDZ, wykonawcy powinni dochować staranności właściwej dla podmiotów profesjonalnych i udzielać odpowiedzi zgodnych z rzeczywistym stanem faktycznym. Skoro w niniejszej sprawie Odwołujący nie wykonywał czynności objętych kręgiem semantycznym omawianego przepisu, nie sposób oczekiwać, aby składając oświadczenie JEDZ zamieszczał niezgodną ze stanem faktycznym informację, ani aby mógł z tego powodu podlegać wykluczeniu.

W sprawie niniejszej, Odwołujący udzielając odpowiedzi negatywnej na pytanie o doradztwo na etapie przygotowania postępowania, udzielił odpowiedzi odpowiadającej rzeczywistości. W konsekwencji, Zamawiający nieprawidłowo zakwestionował przedmiotowe oświadczenie i wezwał do jego poprawienia, co z kolei skutkowało odrzuceniem oferty wobec niezłożenia poprawionego oświadczenia w odpowiedzi na wezwanie. Izba podkreśla, że o ile sam zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp był spóźniony, o tyle nieprawidłowość tej czynności przesądziła o kwalifikacji czynności następczych – odrzuceniu oferty Odwołującego, zatrzymaniu wadium oraz unieważnieniu postępowania, a tym samym czynności te winny być unieważnione jako podjęte w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp.

Tym samym potwierdził się zarzut nr 3, dotyczący czynności zatrzymania wadium. Zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami (a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4 ustawy Pzp, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium), jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Skoro Izba zakwalifikowała czynność

wezwania do poprawienia oświadczenia JEDZ jako nieprawidłową, logiczną konsekwencją jest stwierdzenie, że nie zaszyły również przesłanki do zatrzymania wadium określone w art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp. W sprawie nie zaistniał bowiem rzeczywisty brak możliwości wybrania jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, a jedynie błędne przekonanie o takiej okoliczności po stronie Zamawiającego. Wobec powyższego Izba uznała zatrzymanie wadium za nieuprawnione i nakazała unieważnienie rzeczzonej czynności.

W zakresie podnoszonym przez Zamawiającego, tj. braku zarzutu naruszenia art. 255 ustawy Pzp przez wadliwe unieważnienia postępowania Izba wskazuje, że Odwołujący wyraźnie i w sposób nie budzący wątpliwości postawił zarzuty odwołania przeciwko czynności odrzucenia jego oferty z postępowania. Odrzucenie oferty skutkowało brakiem ważnych ofert, co z kolei doprowadziło do unieważnienia postępowania. Tym samym, unieważnienie postępowania było skutkiem wadliwego odrzucenia oferty Odwołującego i nie nastąpiłoby, gdyby Zamawiający prawidłowo dokonał badania i oceny jego oferty. Brak odrębnego zarzutu wymierzonego wprost w czynność unieważnienia postępowania nie oznacza, że Odwołujący tę czynność zaakceptował, czy uznał za prawidłową. Zamawiający myli się zatem twierdząc, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na gruncie przedmiotowej sprawy nie może zostać orzeczone przez Izbę, ze względu na dyspozycję art. 555 ustawy Pzp. Izba jest związana zarzutami odwołania, lecz niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności, przede wszystkim faktycznych, ale i prawnych (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 września 2022 r., sygn.. akt KIO 2217/22). Treść odwołania, jak również wynikowość czynności Zamawiającego w niniejszej sprawie, pozwoliła Izbie na orzeczenie także w zakresie czynności unieważnienia Postępowania.

O kosztach postępowania stosownie do wyniku sprawy orzeczono na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437). Spośród trzech zarzutów, dwa potwierdziły się, lecz co do istoty odwołanie zostało uwzględnione w całości. Jednocześnie, wobec braku przedłożenia przez Odwołującego wraz wnioskiem o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, rachunku lub spisu kosztów, o którym mowa w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia, Izba nie była uprawniona do

zaliczenia w poczet kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Stąd też Izba zasądziła zwrot wyłącznie uiszczonego wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:

Członkowie:

.....