



Warszawa, dnia 6 października 2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Odwołujący: GRAPH'IT Sp. z o. o.

ul. Stępińska 22/30 lok. 424, 00-739 Warszawa

KRS: 0000485601, NIP: 7792417853, REGON: 302580512

reprezentowana przez:

adw. Paulinę Sawicką

Marcina Laudana

adres korespondencyjny: **DWF Poland Jamka Sp. k.**

Pl. Małachowskiego 2, 00-066 Warszawa

Faks: +48 22 653 42 50, +48 501 94 33 44

e-mail: paulina.sawicka@dwf.law; marcin.laudan@dwf.law

Zamawiający: Mazowieckie Centrum Rehabilitacji „STOCER” Sp. z o.o.

KRS: 0000337011, NIP: 1231194950, REGON: 142013120.

ul. Wierzejewskiego 12, 05-510 Konstancin – Jeziorna

e-mail: handlowy@stocer.pl; m.slominski@stocer.pl; inwestycje@stocer.pl

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *"Usługa aktualizacji dokumentacji projektowo-kosztorysowej przy realizacji Inwestycji pn.: "Rozbudowa i przebudowa istniejącego budynku szpitala przy ul. Barskiej 16/20 w Warszawie", nr ref.: PN 61/2023 (dalej jako: "Postępowanie")*

Numer w 2023/S 155-492276
Dzienniku
Urzędowym
UE:

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2022.1710 t.j.; dalej jako: "**ustawa Pzp**") składam odwołanie od:

- 1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Industria Project Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej "**Industria**") pomimo tego, że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z Postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6) w zw. z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp;
- 2) zaniechania czynności wykluczenia Industria z Postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6) w zw. z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp, podczas gdy, wykonawca ten był zaangażowany w przygotowanie Postępowania, co doprowadziło do zakłócenia konkurencji, które nie może być wyeliminowane w inny sposób niż wykluczenie Industria z udziału w Postępowaniu;

ewentualnie:

- 3) zaniechania czynności unieważnienia Postępowania na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy Pzp, podczas gdy jest ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie:

- 1) **art. 108 ust. 1 pkt 6) w zw. z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie wykluczenia Industria z Postępowania, podczas gdy, wykonawca ten był zaangażowany w przygotowanie Postępowania, co doprowadziło do zakłócenia konkurencji, które nie może być wyeliminowane w inny sposób niż wykluczenie Industria z udziału w Postępowaniu;
- 2) **art. 255 pkt 6) ustawy Pzp** poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania, podczas gdy jest ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym wnoszę o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Industria jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
- 3) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Wykonawcy Industria na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp;

ewentualnie:

- 4) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania na podstawie art. 255 pkt 6) ustawy Pzp.

Wniosek o zasądzenie kosztów:

Odwołujący wnosi o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Interes Odwołującego w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp:

Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż złożył w Postępowaniu ważną oraz niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Uwzględnienie odwołania spowoduje, że w Postępowaniu pozostaną jedynie dwie (2) oferty, co zwiększy szanse Odwołującego na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Wskazać bowiem należy, że wykonawca, którego oferta aktualnie znajduje się na drugim miejscu w rankingu ofert nie był jeszcze badany i oceniany pod kątem spełnienia warunków udziału w Postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia. W konsekwencji oferta Odwołującego posiada szanse zostać uznana jako oferta najkorzystniejsza.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako: "**KIO**" lub "**Izba**"):

„Każdy wykonawca, uplasowany na drugim i kolejnych miejscach w rankingu oceny ofert, ma interes we wniesieniu odwołania, bowiem podmiotowa ocena wykonawców znajdujących się na innych niż pierwsza pozycja, nie została jeszcze zakończona. Dla uwzględnienia odwołania wystarczające jest, zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów, może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zaniechanie odrzucania ofert, które nie są zgodne z warunkami zamówienia (choć za takie zostały uznane), a zostały ocenione w ramach kryterium oceny ofert, niewątpliwie może mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający dokonując pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej kończy badanie i ocenę merytoryczną wszystkich złożonych ofert. Podważanie tej oceny może odbyć się wyłącznie na etapie pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej, chyba że kolejna czynność Zamawiającego odnosić się będzie do nowych, merytorycznych czynności oceny ofert”. (KIO 2812/22)

Podobnie KIO orzekła w wyroku z dnia 5 stycznia 2018 r., sygn. akt: KIO 2652/17, gdzie oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu czwartym w rankingu ofert. Izba wówczas uznała, że w przypadku uwzględnienia odwołania przy ponownym badaniu ofert, odwołujący miałby szansę podnoszenia zarzutów wobec wyłonionego wykonawcy. Następnie w wyniku ich potwierdzenia, czyli w przypadku kolejnego badania i oceny ofert przez zamawiającego, miałby możliwość podnoszenia zarzutów wobec kolejnego wykonawcy lub uzyskania zamówienia, gdyby to jego oferta uznana została za najkorzystniejszą. Co istotne nie ma znaczenia, że odwołujący w celu uzyskania zamówienia musiałby złożyć kilka odwołań. W ocenie Izby bez względu na to ile

razy odwołujący musiałby złożyć odwołanie (co jest jego niekwestionowanym uprawnieniem) w dalszym ciągu posiada realne szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Niezgodne z ustawą Pzp działanie Zamawiającego może spowodować szkodę po stronie Odwołującego w postaci uniemożliwienia mu uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Wreszcie Odwołujący ma prawo oczekiwać przeprowadzenia Postępowania w sposób zgodny z przepisami i domagać się przeprowadzenia kontroli teźże prawidłowości w odniesieniu do wszystkich uczestników Postępowania.

Termin:

Odwołujący otrzymał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 26 września 2023 r. Zatem wniesienie odwołania do dnia 6 października 2023 r. czyni zadość wymaganiom określonym w art. 515 ust. 1 pkt a) ustawy Pzp.

UZASADNIENIE

I. Stan faktyczny:

1. Zamawiający prowadzi Postępowanie pn. *"Usługa aktualizacji dokumentacji projektowo-kosztorysowej przy realizacji Inwestycji pn.: "Rozbudowa i przebudowa istniejącego budynku szpitala przy ul. Barskiej 16/20 w Warszawie"*. Postępowanie zostało wszczęte w dniu 14 sierpnia 2023 r.
2. Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako: **"SWZ"**) – Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej jako: **"OPZ"**) w zakres prac objętych zamówieniem wchodzi dokonanie aktualizacji posiadanej przez Zamawiającego dokumentacji dla robót budowlanych budynku Szpitala przy ul. Barskiej oraz stworzenie na podstawie tych dokumentów modelu BIM dla obiektu Szpitala (pkt 4 *"Założeń BIM"*: *"Oprócz dokumentacji płaskiej, Projektant przekaże Zamawiającemu skoordynowany model BIM w formacie IFC. Skoordynowanie projektu potwierdzone zostanie raportem kolizji przedstawionym w formie tabelarycznej o tolerancji uzgodnionej w BEP"*).
3. Do OPZ nie została dołączona dokumentacja, która ma stanowić przedmiot aktualizacji i przeniesienia do modelu BIM.

Dowód: OPZ – w aktach Postępowania

4. Zgodnie z § 1 ust 2) Załącznika nr 3 do SWZ – Projektowane postanowienia umowy (dalej jako: **"wzór umowy"**): *"Przedmiot Umowy obejmuje aktualizację projektu wykonawczego oraz wykonanie modeli BIM, zgodnie z załącznikiem nr 1 do Umowy stanowiącym Opis przedmiotu zamówienia."*
5. Z kolei w § 2 pkt 3) wzoru umowy określone zostało, że: *"przedmiotem aktualizacji będzie dokumentacja projektowa wykonana na zamówienie Zamawiającego przez Spółkę INDUSTRIA"*

PROJECT Sp. z o.o. w oparciu o którą Prezydent m.st. Warszawy wydał w dniu 24.11.2020 decyzję o pozwoleniu na budowę nr 106/2020 Decyzja o pozwoleniu na budowę jest ostateczna w administracyjnym toku postępowania."

6. W § 4 ust. 4 pkt 1) wzoru umowy zostało wskazane, że dokumentacja, która jest w posiadaniu Zamawiającego zostanie przekazana wykonawcy **dopiero po podpisaniu umowy** w sprawie zamówienia publicznego: "*Do obowiązków Zamawiającego należy, w szczególności: dostarczenie w terminach i zakresie określonych w Umowie, danych i materiałów technicznych niezbędnych do rozpoczęcia realizacji przedmiotu Umowy, będących w posiadaniu Zamawiającego, to jest kompletnej wielobranżowej dokumentacji projektowo – kosztorysowej wykonanej na zamówienie Zleceniodawcy przez Spółkę INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o., stanowiącej podstawę do uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę.*"

Dowód: wzór umowy – w aktach Postępowania

7. W toku Postępowania Zamawiający nie dokonywał zmian w SWZ, jak również nie udzielał odpowiedzi na pytania wykonawców.
8. Zgodnie z Rozdziałem V SWZ jedynym kryterium oceny ofert w Postępowaniu jest cena (waga 100%).
9. Termin składania ofert został wyznaczony na 15 września 2023 r. (30 dni od dnia terminu wszczęcia Postępowania).

Dowód: SWZ – w aktach Postępowania

10. W Postępowaniu oferty złożyło trzech (3) wykonawców:

Lp.	Nazwa wykonawcy	Zaoferowana cena
1.	Industria	netto 1.190.000,00 zł, brutto 1.463.700,00,00 zł
2.	BBC	netto 1.217,800,00 zł, brutto 1.497.894,00 zł.
3.	Odwołujący	netto 2.500.000 000,00 zł, brutto 3.075.000,00 zł

Dowód: informacja z otwarcia ofert – w aktach Postępowania

11. Zamawiający poinformował, że kwota jaką przeznacza na realizację zamówienia wynosi 1.329.630,93 zł brutto.
12. Zamawiający w dniu 26 września 2023 r. (11 dni od dnia terminu składania ofert) poinformował o wyborze oferty Industria jako oferty najkorzystniejszej.
13. Odwołujący nie zgadza się z tą decyzją wskazując, że została ona podjęta z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp, co zostanie szczegółowo wykazane w dalszej części odwołania.

II. Uzasadnienie zarzutów odwołania

14. Zgodnie z art. 85 ustawy Pzp:

"1. Jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 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. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

2. Wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji."

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

16. Z powyższego wynika, że dla zaistnienia wobec wykonawcy podstawy wykluczenia, o której mowa w powyższym przepisie, niezbędne jest zmaterializowanie się dwóch (2) przesłanek:

- a. Wykonawca biorący udział w postępowaniu był zaangażowany w jego przygotowanie;
- b. Udział wykonawcy w postępowaniu zakłóca konkurencję.

17. W przypadku Industria w niniejszym Postępowaniu doszło do spełnienia obu wyżej wskazanych warunków, co powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z Postępowania w oparciu o cytowaną powyżej regulację.

Zaangażowanie w przygotowanie postępowania

18. Zaangażowanie, doradzanie lub branie udziału w przygotowanie postępowania należy rozumieć szeroko, mając na względzie każdorazowo przedmiot postępowania. Jak wskazuje KIO mowa

tutaj nie tylko o czynnościach wykonywanych przez samego wykonawcę, ale również jego pracowników (w przypadku Industria – projektantów): *"W przypadku gdy wykonawca brał udział w przygotowaniu postępowania, dla uniknięcia wykluczenia z postępowania powinien wykazać, że wykonane przez niego czynności w ramach przygotowania postępowania, nie spowodują naruszenia uczciwej konkurencji, przy czym nie chodzi w tym przypadku jedynie o czynności osobiście podejmowane przez przedsiębiorcę, lecz także o czynności wykonane przez jego pracownika, a także osobę wykonującą pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług." (KIO 3535/20)*

19. Podobnie także:

"Zamawiający, w pierwszej kolejności musi stwierdzić istnienie udziału w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawa (...) określa czynności związane z przygotowaniem postępowania (...), a najważniejsze z nich to opisanie przedmiotu zamówienia, ustalenie wartości zamówienia i sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności w zakresie opisu warunków udziału w postępowaniu czy też opisu kryteriów oceny ofert. Udział w przygotowywaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, może być bezpośredni albo pośredni. Nie ma zatem żadnego ograniczenia co do sposobu udziału w przygotowaniu postępowaniu. Podkreślić należy, że ustawodawca nie wymaga również wskazania szczególnego udziału w określonym zakresie w przygotowaniu postępowaniu i wpływu na nie - z przepisu wynika jedynie, że udział ten miał być." (KIO 3434/20)

20. Jak również: *"Dodać należy, że choć pojęcie "przygotowania postępowania" jest pojemne znaczeniowo, to z pewnością kryje się pod nim przygotowanie dokumentów składających się na opis przedmiotu zamówienia w danym postępowaniu. Zasadniczo w każdych okolicznościach, w których zamawiający dysponuje wiedzą o wspomnianej okoliczności powinien dokonać sprawdzenia, czy nie zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy (żądania zmiany podmiotu trzeciego, bądź zobowiązania się przez wykonawcę do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia) według poniższych wskazań." (KIO 765/19)*

21. Przenosząc powyższe na grunt analizowanej sprawy niewątpliwie Industria była zaangażowana w przygotowanie Postępowania. Dokumentacja, która została przez nią opracowana a w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego ustanawia kierunek prac i zakres, do jakich będzie zobowiązany "nowy" wykonawca. To na podstawie tej dokumentacji i jej analizy Zamawiający określił opis przedmiotu zamówienia.

22. O tym, że okoliczność przygotowania przez Industria dokumentacji powinno być klasyfikowane jako zaangażowanie w przygotowanie Postępowania świadczą również odwołania w umowie do nazwy tego wykonawcy i efektów / produktów jego pracy.

Zakłócenie konkurencji

23. W niniejszym stanie faktycznym niewątpliwie doszło do naruszenia konkurencji. *Po pierwsze*, Industria jako jedyny podmiot biorący udział w Postępowaniu na etapie przygotowania oferty dysponował dokumentacją projektową, która ma być aktualizowana, i dla której ma zostać stworzony model BIM.
24. W przypadku wyboru oferty innego wykonawcy otrzymałby on tę dokumentację – zgodnie z § 4 ust. 4 pkt 1) wzoru umowy – dopiero po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.
25. Powyższe pozwoliło Industria na dokonanie optymalizacji kosztowych, jak również dokonanie rewizji posiadanej już dokumentacji, jej oceny pod kątem czasochłonności pracy, określenie zakresu podwykonawstwa etc. Industria jako jedyny podmiot nie była zobowiązana do w kalkulowania w cenę oferty ryzyk związanych z istnieniem w dokumentacji wad, błędów i braków (pozostali oferenci byli zobowiązani przyjąć w ofertach rezerwę cenową na poczet tego rodzaju sytuacji). Pozostali oferenci mogli jedynie "domniemywać", jaka będzie jakość tej dokumentacji i na podstawie swojej wiedzy oraz doświadczenia oszacować koszty wykonania zamówienia.
26. *Po drugie*, Zamawiający określił jako jedyne kryterium oceny ofert – kryterium "Cena". Zatem, to możliwość maksymalnego obniżenia kosztów wykonania zamówienia przez wykonawcę będzie decydować, która oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. To kryterium ekonomiczne, a nie jakościowe, stanowi decydent wyboru wykonawcy. W konsekwencji Industria już w momencie wszczęcia Postępowania znajdowała się w uprzywilejowanej sytuacji względem pozostałych wykonawców, gdyż jako jedyny podmiot miała możliwość wyliczenia realnych i dokładnych kosztów wykonania zamówienia oraz podjęcia już na tym etapie działań celem ich obniżenia (np. podjęcia negocjacji cenowych z projektantami, podwykonawcami czy przedłużenia lub zakupu licencji oprogramowania BIM na lepszych warunkach etc.).
27. *Po trzecie*, Zamawiający określił minimalny wynikający z umowy termin składania ofert w Postępowaniu (30 dni). Powyższe spowodowało, że wykonawcy inni niż Industria nie posiadali możliwości i szans przygotowania ekonomicznie atrakcyjnej oferty. Jedynie Industria, która dysponowała pełnym zakresem dokumentów oraz informacji miała możliwość przygotowania się do złożenia oferty oraz wdrożenia działań optymalizujących koszty wykonania zamówienia. Należy zauważyć, że finalnie to oferta Industria jest najniższą z ofert złożonych w Postępowaniu, najbardziej zbliżoną do budżetu Zamawiającego.
28. KIO niejednokrotnie w wydawanych przez siebie wyrokach **w analogicznych stanach faktycznych** stawiała na stanowisku, że udział w postępowaniu wykonawcy, który opracował wcześniej dokumentację projektową, która nie została udostępniona innym wykonawcom na etapie przetargu, **zakłóca konkurencję**.
29. Jako reprezentatywny należy wskazać wyrok Izby z dnia 12 sierpnia 2022 r.:

"Wykonawca Transprojekt Gdański sp. z o.o. nie wykazał, że nie doszło do zakłócenia konkurencji w postępowaniu. Wykonawca oświadczył w złożonych wyjaśnieniach, że

opracowanie "Koncepcji Programowej" nie stawia go w uprzywilejowanej pozycji, gdyż wszyscy wykonawcy mieli tyle samo czasu na przejrzanie dokumentacji i przygotowanie oferty. Wskazana okoliczność może odnosić się do samej czynności technicznego przygotowania oferty. Nie można jednak tej okoliczności odnieść do samej realizacji umowy. Możliwość zakłócenia konkurencji w postępowaniu wynika z prawdopodobieństwa, że autor opisu przedmiotu zamówienia może mieć informacje dające mu przewagę nad innymi uczestnikami rynku, konkurującymi o zamówienie w postępowaniu opartym o opis przedmiotu zamówienia jego autorstwa. Jak trafnie zauważył Odwołujący Voessing Polska sp. z o.o., Wykonawca Transprojekt Gdański sp. z o.o., tworząc "Koncepcję Programową" nabył wiedzę i informacje dotyczące przedmiotu zamówienia, które daleko wykraczają poza treść "Koncepcji Programowej", co daje mu istotną przewagę nad pozostałymi wykonawcami starającymi się o zamówienie. (...)

Wykonawca Transprojekt Gdański sp. z o.o. (...) pozostawał w uprzywilejowanej pozycji, wskazał na ułatwienia w terenie oraz na skrócenie czasu realizacji poszczególnych zadań do 5%, co stanowi przyznanie, że znajduje się w lepszej sytuacji od innych wykonawców.

(...) Jak wskazał Odwołujący Voessing Polska sp. z o.o., Wykonawca Transprojekt Gdański sp. z o.o. posiadł nie tylko rozeznanie w zakresie potrzebnych do wykonania badań geologicznych, ale także możliwości optymalizacji kosztów tych badań, które są bardzo istotnym składnikiem kosztów projektu. (...) Z oczywistych względów, czasowych i finansowych, pozostali wykonawcy nie mają możliwości jej pozyskania.

Dzięki dostępowi do dokumentacji w postaci plików wsadowych do oprogramowania specjalistycznego, uzyskanych przy realizacji "Koncepcji Programowej" Wykonawca Transprojekt Gdański sp. z o.o. ma możliwość szybkiej analizy możliwości zmiany rozwiązań projektowych i dzięki temu optymalizacji kosztów, np. prac geologicznych.

Natomiast pozostali wykonawcy otrzymali tylko pliki wynikowe z dokumentacją projektową.

Niewątpliwa jest tu przewaga konkurencyjna Wykonawcy Transprojekt Gdański sp. z o.o. w zakresie wiedzy o możliwości optymalizacji rozwiązań kolizji z sieciami, wiedzy o możliwości zastosowania rozwiązań zamiennych w stosunku do wskazanych w warunkach technicznych. **Wobec powyższego, konkurencyjność w przedmiotowym postępowaniu została zakłócona.** (...) Wobec powyższego - Wykonawca Transprojekt Gdański sp. z o.o. powinien zostać wykluczony także na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych." (KIO 1680/22)

30. Na podobnym stanowisku KIO stanęła w wyroku z dnia 18 marca 2022 r.:

"Izba uznała, że potwierdził się również zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Technitel na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak już była o tym mowa powyżej, okolicznością bezsporną było to, że wykonawca Technitel sporządził dokumentację projektową, która została wykorzystana w przedmiotowym postępowaniu. (...)

W treści SWZ zamawiający wskazał cenę jako jedyne kryterium oceny ofert.

Okolicznością bezsporną jest, że kosztorysy inwestorskie nie zostały udostępnione wykonawcom w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie składu orzekającego Izby należy zgodzić się z odwołującym, że zaangażowanie wykonawcy Technitel w przygotowanie przedmiotowego postępowania spowodowało zakłócenie konkurencji w postępowaniu, co nie zostało wyeliminowane przez środki podjęte przez zamawiającego.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zostały wykonawcom udostępnione kosztorysy inwestorskie. Wykonawcy konkurowali w postępowaniu wyłącznie ceną, albowiem stanowiła ona jedyne kryterium oceny ofert. Zamówienie miało zostać udzielone temu wykonawcy, który przedstawi najniższą cenę za jego realizację.

Wiedza zawarta w kosztorysach inwestorskich dawała wykonawcy Technitel istotną przewagę konkurencyjną, umożliwiając mu ustalenie ceny z jednej strony dla niego korzystnej (opłacalnej, zapewniającej odpowiedni poziom zysku), a z drugiej dającej większe szanse na zdobycie zamówienia (niższej od innych wykonawców).

(...) Cena oferty wykonawcy Technitel mieści się zarówno w kwocie wynikającej ze zaktualizowanych kosztorysów inwestorskich, jak i w tzw. budżecie zamawiającego. Z kolei cena oferty odwołującego przekracza te kwoty.

(...) Odnosząc się do argumentacji wykonawcy Technitel, że nie miał on wiedzy w zakresie dokonanych aktualizacji kosztorysów inwestorskich, należy wskazać, że przeczy temu okoliczność sporządzenia ich przez te same osoby, które sporządziły kosztorysy inwestorskie, jak również przedmiary robót.

(...) Odnosząc się do argumentacji wykonawcy Technitel, że kosztorysy inwestorskie mogły zostać pozyskane przez innych wykonawców na podstawie przepisów o dostępie do informacji publicznej, należy wskazać, że nie jest to procedura w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego." (KIO 560/22)

31. Przywołania wymaga również wyrok KIO z dnia 10 lutego 2022 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 241/22. Izba w przedmiotowym orzeczeniu wskazała, że okoliczność związana z faktem, że pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu zaoferowali ceny zbliżone do wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu postępowania nie zdejmuje klasyfikacji jego udziału w postępowaniu jako zakłócającego konkurencję. Innymi słowy okoliczność, iż ceny oferty Industria i oferty BBC jest do siebie zbliżone pozostaje bez wpływu na ocenę analizowanego stanu faktycznego:

„Ponadto zamawiający, co też jest faktem niespornym, nie udostępnił wykonawcom kosztorysu inwestorskiego. Izba nie podzieliła przy tym stanowiska zamawiającego, jakoby z uwagi na wzrost cen, dokument ten był nieprzydatny. Nawet jeśli częściowo jego treść się zdezaktualizowała ze względu na zmiany rynkowe, to z pewnością ułatwiłby on wykonawcom ustalenie, jaki poziom cen jest przewidywany w postępowaniu, a w konsekwencji – ustalenie, jakie działania mogą podjąć w celu zoptymalizowania własnej wyceny z uwzględnieniem realiów rynkowych. W przeciwieństwie do innych wykonawców, spółka (...), wchodząca w skład grupy kapitałowej przystępującego, dysponowała kosztorysem inwestorskim, co świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców.

Na powyższe nie ma wpływu fakt, że wszyscy wykonawcy złożyli ostatecznie oferty z cenami przekraczającymi zarówno wartość szacunkową zamówienia, jak i kwotę przewidzianą na jego sfinansowanie. Należy bowiem zauważyć, że cena oferty przystępującego była jednak najniższa, co mogło być wynikiem m.in. tego, że miał on dostęp do kosztorysu inwestorskiego”.

Reasumując, Izba stwierdziła, że opóźnione udostępnienie wykonawcom projektu wykonawczego i wyznaczenie w związku z tym zbyt krótkiego czasu na uwzględnienie jego treści w ramach przygotowania ofert oraz całkowity brak udostępnienia kosztorysu inwestorskiego, spowodowały, że w badanym postępowaniu doszło do zakłócenia konkurencji, którego na obecnym etapie postępowania nie można usunąć w sposób inny niż przez wykluczenie przystępującego z postępowania. Przystępujący był bowiem jedynym wykonawcą w postępowaniu, który z uwagi na udział spółki wchodzącej w skład jego grupy kapitałowej – biura projektów – które te dokumenty opracowało w przygotowaniu postępowania, miał dostęp do ww. dokumentów, w tym także w znacznie dłuższym niż inni czasie. Dlatego Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu m.in. wykluczenie przystępującego na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 p.z.p. oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a p.z.p.” (KIO 241/22)

32. Przywołania wymaga również wyrok w identycznym stanie faktycznym, gdzie Izba oceniała czy w postępowaniu na wykonanie modelu BIM wobec Industria zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp z 2004 r. (stanowiącego odpowiednik art. 108 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp) właśnie w związku z tym, że wykonała dokumentację projektową. Postępowanie było prowadzone przez "Szpitale Wielkopolski" Sp. z o.o. i dotyczyło przetargu pn. „Wykonanie modelu BIM oraz weryfikacji dokumentacji wykonawczej i przedmiaru robót w pełnym zakresie, przy użyciu modelu BIM w związku z realizacją przedsięwzięcia „Budowa Wielkopolskiego Centrum Zdrowia Dziecka (szpitala pediatrycznego) wraz z jego wyposażeniem”.
33. Izba uznała, że powyższa sytuacja zakłóca konkurencję i nakazała wykluczenie Industria z postępowania:

"Skład orzekający w wyniku przeprowadzenia postępowania dowodowego uznał, że wobec odwołującego I. P. sp. z o.o. z siedzibą w G. ziściła się przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia przewidziana w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy pzp. Niesporne jest, że zamawiający zawarł dnia 29 sierpnia 2016 r. z wykonawcą - obecnym odwołującym - umowę w przedmiocie wykonania wielobranżowej dokumentacji projektowej dla przedsięwzięcia "Budowa Wielkopolskiego Centrum Zdrowia Dziecka (szpital pediatryczny) wraz z jego wyposażeniem". Powyższe jednoznacznie wskazuje, że wykonawca już na etapie przygotowania i składania oferty posiada całość dokumentacji, na której podstawie ma zostać wykonany przedmiot zamówienia. Niekwestionowana jest okoliczność, że wykonawca brał udział w przygotowaniu postępowania, co stanowi przesłankę wykluczenia z postępowania, jeżeli spowodowanego tym zakłócenia konkurencji nie można wyeliminować inaczej niż przez wykluczenie z udziału w postępowaniu. (...) W tym miejscu należy przypomnieć, że przedmiotem zamówienia jest "Wykonanie modelu BIM oraz weryfikacji dokumentacji wykonawczej i przedmiaru robót w pełnym zakresie, przy użyciu modelu BIM w związku z realizacją przedsięwzięcia "Budowa Wielkopolskiego Centrum Zdrowia Dziecka (szpitala pediatrycznego) wraz z jego wyposażeniem". Oznacza to, że wykonawca ma wykonać określony model w zdefiniowanej technologii i użyć go do weryfikacji otrzymanej od zamawiającego dokumentacji sporządzonej uprzednio na zlecenie zamawiającego. Zamawiający oczekuje realizacji usługi polegającej, w ujęciu skrótowym, na sprawdzaniu poprawności istniejącej dokumentacji, z użyciem żądanego narzędzia, w związku z budową obiektu. Istotą zamówienia jest zatem także weryfikacja (kontrola, sprawdzanie) istniejącego opracowania.

W ocenie składu orzekającego zasygnalizowana specyfika przedmiotu zamówienia opartego źródłowo na dokumentacji sporządzonej przez odwołującego wskazuje na oczywiste zakłócenie konkurencji w przypadku złożenia oferty przez wykonawcę dokumentacji i brak możliwości innego wyeliminowania tego zakłócenia niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Odwołujący bez wątpienia ma przewagę konkurencyjną w stosunku do innych wykonawców. W ocenie Izby argumenty przeciwne wskazujące na odmiennosć metodyki i technologii przy opracowaniu dokumentacji projektowej w stosunku do wymaganego modelu w technologii BIM i niemożność wykorzystania opracowania istniejącego wcześniej niż pozostali potencjalni wykonawcy, nie zasługują na uwzględnienie. Oczywiste jest, że wykonawca dysponował ze znacznym wyprzedzeniem informacjami niezbędnymi do przygotowania oferty pozwalającymi na optymalne zaoferowanie ocenianych kryteriów.

Jedynie on posiadał bowiem dokumentację przewidzianą do przekazania wybranemu wykonawcy w dniu zawarcia umowy.

Jak wyżej wskazano, przewaga konkurencyjna odwołującego nie może być wyeliminowana w inny sposób niż dokonany przez zamawiającego w decyzji o wykluczeniu wykonawcy z

postępowania. Tym samym decyzja ta jest uzasadniona pod względem faktycznym i prawnym."

34. Podsumowując powyższe, w ocenie Odwołującego wobec Industria ziściły się wszystkie przesłanki określone w art. 108 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp. W sytuacji, w której Zamawiający (i) nie przekazał wykonawcom zainteresowanym udziałem w Postępowaniu dokumentacji projektowej, która ma zostać zaktualizowana i przeniesiona na model BIM oraz (ii) określił maksymalnie najkrótszy termin składania ofert brak jest podstaw do przyjęcia, że istnieją ramy prawne pozwalające uznać, że udział Industria w Postępowaniu nie zakłóca konkurencji. Stanowisko Odwołującego w tym zakresie potwierdza jednolite i ugruntowane orzecznictwo Izby.

Przesłanki unieważnienia Postępowania

35. Zgodnie z art. 255 pkt 6) ustawy Pzp: *"Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego."*
36. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO: *"Pod pojęciem niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego kryje się każde uchybienie przepisom p.z.p., którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z nich wynikających. Musi to być przy tym uchybienie na tyle poważne, że zawarta w następstwie dotkniętej nim procedury."* (KIO 314/16)
37. W niniejszym stanie faktycznym w ocenie Odwołującego zaistniały podstawy do unieważnienia Postępowania w oparciu o dyspozycję powyższej regulacji. Wskazać bowiem należy, że Zamawiający pomimo ciężącego na nim obowiązku zapewnienia konkurencyjnych ram udziału w Postępowaniu nie podjął żadnych działań, które doprowadziłyby do wyrównania szans pomiędzy Industria i pozostałymi wykonawcami, którzy biorą udział w Postępowaniu.
38. Powyższe wynika wprost z protokołu z postępowania:

<p>4 Wstępne konsultacje rynkowe/wcześniejsze zaangażowanie wykonawcy</p> <p>Przeprowadzono wstępne konsultacje rynkowe, o których mowa w art. 84 ustawy:</p> <p>1) <u>nie</u> tak (wypełnić poniżej w przypadku zaznaczenia odpowiedzi „tak”)</p> <p>Wskazać podmioty, które uczestniczyły we wstępnych konsultacjach rynkowych:</p> <p>1)</p> <p>2)</p> <p>Wskazać środki mające na celu zapobieżeniu zakłócenia uczciwej konkurencji w przypadku, o którym mowa w art. 85 ust. 1 ustawy:</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p>

Dowód: protokół z Postępowania – w *aktach Postępowania*

39. Zgodnie z protokołem z Postępowania, Zamawiający nie podjął jakichkolwiek kroków wobec wybranego wykonawcy – Industria – także w momencie gdy otrzymał od tego wykonawcy ofertę podczas gdy oczywistym jest, że wykonawca ten co najmniej dysponuje większą od pozostałych wykonawców wiedzą na temat przedmiotu Postępowania, miał dostęp do większej ilości informacji. Industria jako jedyny wykonawca zna dokumentację, którą należy w przedmiotowym zamówieniu zaktualizować. Stanowi to o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i działaniem jakie mógł podjąć Zamawiający było obligatoryjne wykluczenie tego wykonawcy z Postępowania. W konsekwencji doszło w Postępowaniu do złożenia nieporównywalnych ofert, gdyż Industria przygotowała i skalkulowała ofertę w oparciu o dokumenty i dane nieznanne pozostałym uczestnikom Postępowania.
40. Oferty złożone w Postępowaniu muszą być porównywalne, w przeciwnym wypadku postępowanie podlega unieważnieniu. Nie jest możliwy wybór oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy złożone oferty nie dają się obiektywnie porównać. Naruszałoby to zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W sytuacji nieporównywalności ofert Zamawiający jest zobowiązany do unieważnienia Postępowania (**KIO 497/23**).
41. Mając na względzie powyższe nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Załączniki:

1. Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej;
2. Pełnomocnictwo od Odwołującego do wniesienia odwołania;
3. Odpis z KRS dla Odwołującego;
4. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
5. Dowód przekazania kopii Odwołania Zamawiającemu.