

Sygn. akt: KIO 244/16

WYROK

z dnia 7 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Brzeska**
 Barbara Bettman
 Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 22 lutego 2016 r. przez **wykonawcę Porr Polska Construcion S. A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy ZUE S. A. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Porr Polska Construcion S. A. z siedzibą w Warszawie i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Porr Polska Construcion S. A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

- 2) zasądza od **wykonawcy Porr Polska Construcion S. A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Wykonanie robót budowlanych w zakresie wymiany nawierzchni kolejowej wraz z robotami towarzyszącymi na linii kolejowej nr 272 Kluczbork-Poznań na stacji Poznań Starołęka, szlaku Poznań Starołęka – Poznań Główny, stacji Poznań Główny w torze nr 1 i 2 od km. 194,638 do km 200,524 w ramach zadania pn.: Wymiana nawierzchni wraz z robotami towarzyszącymi na linii kolejowej nr 272 Kluczbork – Poznań, odcinek Kórnik – Poznań Główny wraz z przebudową mostu stalowego na rzece Warcie na stacji Poznań Starołęka w km 194,254”*.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca Porr Polska Construcion S. A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 22 marca 2016 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 11 lutego 2016 r., zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, t.j. oferty wykonawcy ZUE S. A. z siedzibą w Krakowie oraz zaniechanie wykluczenia ww. wykonawcy z uwagi, iż wykonawca ten posługiwał się w celu sporządzenia swojej oferty osobami uczestniczącymi w przygotowaniu postępowania co naruszało zasadę uczciwej konkurencji poprzez uzyskanie uprzywilejowanej pozycji przez tego wykonawcę. Odwołujący wniósł m. in. o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności oceny ofert, dokonanie ponownej czynności oceny ofert, a następnie nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy ZUE S. A. z siedzibą w Krakowie, względnie wezwanie wykonawcy do przedstawienia rzetelnych wyjaśnień potwierdzających, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie utrudnia uczciwej konkurencji.

Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 11 lutego 2016 r. stała się przedmiotem odwołania, wniesionego w dniu 22 lutego 2016 r. przez wykonawcę Porr Polska Construcion S. A. z siedzibą w Warszawie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy ZUE S. A. z siedzibą w Krakowie - jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 23 lutego 2016 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2016 r.) wykonawcy ZUE S. A. z siedzibą w Krakowie (zwanego dalej również: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest *„Wykonanie robót budowlanych w zakresie wymiany nawierzchni kolejowej wraz z robotami towarzyszącymi na linii kolejowej nr 272 Kluczbork-Poznań na stacji Poznań Starołęka, szlaku Poznań Starołęka – Poznań Główny, stacji Poznań Główny w torze nr 1 i 2 od km. 194,638 do km 200,524 w ramach zadania pn.: Wymiana nawierzchni wraz z robotami towarzyszącymi na linii kolejowej nr 272 Kluczbork – Poznań, odcinek Kórnik – Poznań Główny wraz z przebudową mostu stalowego na rzece Warcie na stacji Poznań Starołęka w km 194,254”*.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 29 stycznia 2016 r./

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że m. in. Odwołujący jak i Przystępujący złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu:

1. Wykonawca Porr Polska Construcion S. A. z siedzibą w Warszawie – cena: 36.621.256,17 zł, skrócenie czasu zamknięć: 10 dni;
2. Wykonawca ZUE S. A. z siedzibą w Krakowie – cena: 32.459.307,78 zł, skrócenie czasu zamknięć: 10 dni.

/dokumentacja postępowania: Informacja z otwarcia ofert z dnia 8 stycznia 2016 r./

Zamawiający w dniu 29 stycznia 2016 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Porr Polska Construcion S. A. z siedzibą w Warszawie, jednocześnie wykluczając wykonawcę ZUE S. A. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 29 stycznia 2016 r./

W dniu 4 lutego 2016 r. wykonawca ZUE S. A. z siedzibą w Krakowie wobec czynności wykluczenia go z postępowania wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy ZUE z siedzibą w Krakowie z dnia 4 lutego 2016 r./

Pismem z dnia 5 lutego 2016 r. Zamawiający uznał w całości odwołanie wykonawcy ZUE S. A. z siedzibą w Krakowie.

/dokumentacja postępowania: Pismo Zamawiającego z dnia 5 lutego 2016 r. uwzględniające zarzuty odwołania/

Postanowieniem z dnia 10 lutego 2016 r. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego.

/dokumentacja postępowania: Postanowienie KIO z dnia 10 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 153/16/

Zamawiający wobec uwzględnienia zarzutów odwołania w dniu 5 lutego 2016 r. poinformował wszystkich wykonawców unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 29 stycznia 2016 r. i przystąpił do ponownego badania i oceny ofert.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 11 lutego 2016 r./

Zamawiający w dniu 11 lutego 2016 r. dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy: ZUE S. A. z siedzibą w Krakowie.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 11 lutego 2016 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca Porr Polska Construcion S. A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie w dniu 22 lutego 2016 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy Porr Polska Construcion S. A. z siedzibą w Warszawie z dnia 22 lutego 2016 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba oceniając zarzuty Odwołującego - przedstawione w odwołaniu – uznała, że powyższe zarzuty nie znalazły potwierdzenia w niniejszym stanie faktycznym.

Izba badając postawione przez Odwołującego zarzuty - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne i prawne:

Izba przywołuje treść art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31a ust. 1, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji, przepisu nie stosuje się do wykonawców, którym udziela się zamówienia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 2 lub art. 67 ust. 1 pkt 1 i 2.

Z przepisu tego wynika zatem, iż aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania Zamawiający musi dokonać analizy czy zostały spełnione łącznie następujące przesłanki: po pierwsze – stwierdzić zaistnienie bezpośredniego wykonywania czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwania się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonaniu tych czynności, po drugie – ustalić, czy ten udział utrudnia uczciwą konkurencję. Jednocześnie przypomnienia wymaga, iż celem ww. przepisu jest wyeliminowanie z postępowania podmiotów, które nabyły w trakcie uczestnictwa w przygotowaniu postępowania wiedzę, która może je stawiać w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Nie

ulega również wątpliwości, że Zamawiający wykluczając wykonawcę na podstawie tego przepisu nie może opierać się na przypuszczeniach i niczym niepopartych twierdzeniach.

W piśmiennictwie jak i orzecznictwie podnosi się, że sam fakt udziału w przygotowaniu postępowania jest dopuszczalny i jako taki nie może stanowić podstawy do automatycznego wykluczenia wykonawcy, niezbędną przesłanką wykluczenia jest wpływ na konkurencyjność postępowania - który to musi zostać wykazany w toku postępowania. Zamawiający zobowiązany jest do ustalenia okoliczności, czy udział takiego wykonawcy w postępowaniu w sprawie udzielenia wskazanego zamówienia stanowi utrudnienie uczciwej konkurencji (orzeczenie ETS C-21/03 C-34/03, w sprawie Fabricom S. A. przeciwko Belgii).

Zatem niewystarczające jest wskazanie, że podstawą wykluczenia jest fakt sporządzenia dokumentacji postępowania lub posługiwania się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonaniu tych czynności, koniecznym jest stwierdzenie utrudniania uczciwej konkurencji. Ponadto niejednokrotnie wskazywano, iż samo istnienie ewentualnych powiązań kapitałowych i osobowych nie wystarcza, by dokonać wykluczenia i w każdym przypadku konieczne jest wykazanie, iż oferent rzeczywiście posłużył się w celu przygotowania oferty osobami, które brały udział w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania, a same związki osobowe i kapitałowe w żaden sposób nie uzasadniają dokonania wykluczenia wykonawcy. Jak słusznie wskazano w wyroku Sądu okręgowego w Katowicach z dnia 31 lipca 2008 r., sygn. akt XIX Ga 280/08, iż *to na skarżącym spoczywa ciężar dowodu w myśl art. 6 k.c. W okolicznościach niniejszej sprawy lider konsorcjum nie wykonywał bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania. Nie zostało również wykazane, aby lider konsorcjum powierzył sporządzenie oferty osobom uczestniczącym w przygotowaniu prowadzonego postępowania. Brak było zatem podstaw do uznania, że zachodziła konieczność wykluczenia konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Jedynie na marginesie należy wskazać, iż dopiero w sytuacji zaistnienia przesłanek, o których mowa wyżej, taki wykonawca musiałby udowodnić, iż mimo powyższych okoliczności jego udział w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.* (tak podobnie m.in. wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2014 r., sygn. KIO 1505/14, czy też z dnia 28 maja 2008 r., sygn. KIO UZP 456/08).

W orzecznictwie jako przykład okoliczności, utrudniających uczciwą konkurencję wskazuje się przykładowo na wiedzę pozyskaną w trakcie przygotowania postępowania, czy też pozyskanie dodatkowych informacji o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia. Są to okoliczności, które mogą zapewniać przewagę wykonawcy nad

pozostałymi uczestnikami postępowania. Przewaga ta może się wyrażać w możliwości szybszego i precyzyjniejszego przygotowania oferty. Zakłócenie uczciwej konkurencji polegać może również na możliwości dokonania głębszej analizy inwestycji, zatem istotny jest zakres informacji pozyskanych przez wykonawcę w toku przygotowywania postępowania i niedostępnych dla innych uczestników postępowania. Nie ulega również wątpliwości, że okoliczności o których mowa powyżej należy wykazać a Zamawiający wykluczając wykonawcę na podstawie tego przepisu nie może okoliczności tych domniemywać.

Po pierwsze - w ocenie Izby pierwsza z przesłanek wynikająca z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie została – w przedstawionym stanie faktycznym - przez Odwołującego wykazana. Nie udowodniono, iż w niniejszym postępowaniu posługiwano się – jak twierdził Odwołujący - w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonaniu czynności sporządzenia dokumentacji postępowania. Zauważenia wymaga, iż prace projektowe były realizowane przez Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego S.A. z siedzibą w Gdańsku Wrzeszczu (spółkę, która w żaden sposób nie jest powiązana z Przystępującym). Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego S.A. z siedzibą w Gdańsku Wrzeszczu zaangażowało natomiast jako swojego podwykonawcę BPK Poznań sp. z o.o. Zatem wskazywany przez Odwołującego związek osobowy oraz kapitałowy występował pomiędzy przedmiotowym podwykonawcą, a wykonawcą ZUE S. A. - Przystępującym (gdyż część osób z zarządu wykonawcy ZUE S. A. wchodzi w skład rady nadzorczej BPK Poznań Sp. z o.o., kapitałowy, gdyż ZUE S. A. posiada udziały w BPK Poznań Sp. z o.o.). Jak słusznie wskazał Przystępujący bycie podwykonawcą w zakresie projektowania nie oznacza posiadania wiedzy na temat całego projektu, jak twierdził Odwołujący. To firma projektowa, która w ramach przetargu pozyskała zlecenie na wykonanie dokumentacji projektowej, nawet gdy w zakresie konkretnych branż posługuje się swoimi podwykonawcami, po zakończeniu przez podwykonawców ich prac scala dokumentację w jedną całość, dokonuje jej sprawdzenia, przygotowuje kosztorysy inwestorskie (zbiorcze zestawienie kosztów), w tym celu by stworzyć specyfikację i przekazać ją zleceniodawcy. W konsekwencji zatem to Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego z siedzibą w Gdańsku decydowało o kształcie projektu na który dostało zlecenie od zleceniodawcy - czyli Zamawiającego PKP PLK S.A. – nie zaś podwykonawca BPK Poznań sp. z o.o. Wobec tego wskazywany przez Odwołującego związek był związkiem pośrednim, nie zaś bezpośrednim, co wynikało z wypowiedzi Odwołującego.

Przystępujący zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego, i wskazał, że w żaden sposób nie korzystał przy tworzeniu swojej oferty z osób, które były pracownikami BPK Poznań Sp. z o.o.. Jak wskazał Przystępujący ofertę przygotowywali pracownicy ZUE S. A.- Pan Ł.P. i

Pani J.P.. Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do tego stanowiska. Jednoznacznie zaprzeczono, aby ZUE S.A. w jakikolwiek sposób korzystało z osób zaangażowanych przez BPK Poznań Sp. z o.o. w celu skonstruowania swojej oferty w postępowaniu. Okoliczność, iż między Przystępującym, a podmiotem, który był jedynie podwykonawcą części prac projektowych (BPK Poznań Sp. z o.o.) istnieją zależności osobowe i kapitałowe w żaden sposób nie przesądza o tym, iż ZUE S.A. z takich osób korzystało. Nie ulega wątpliwości, iż to Odwołujący winien udowodnić, że w istocie dyspozycja przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p. w tym stanie faktycznym miała miejsce. Krajowa Izba Odwoławcza oceniając złożony przez strony materiał dowodowy wzięła pod uwagę załącznik nr 4 do pisma procesowego Przystępującego (wraz pismami) objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. W szczególności wzięto pod uwagę niniejszy załącznik – akapit trzeci tego załącznika oraz załączone pismo z dnia 29 lutego 2016 r. z wskazaną listą pracowników, objętą również tajemnicą przedsiębiorstwa. Ponadto twierdzenia odwołującego sprowadzałyby się do sytuacji w której Przystępujący musiałby nakazać pracownikom BPK Poznań Sp. z o.o. na wskazywaniu luk i niejasności dokumentacji projektowej, która jak zauważył Zamawiający była bardzo obszerna i przekazanie takich informacji, - o których mówi Odwołujący – w rzeczywistości jest niemożliwe.

Po drugie – nawet gdyby uznać istnienie pierwszej z przesłanek wynikającej z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp – to nie została wykazana również druga z przesłanek dotycząca „*utrudniania uczciwej konkurencji*”. Zgodzić należy się z Przystępującym, iż z faktu zaoferowania przez Przystępującego najniższej ceny w postępowaniu niewystarczające jest wyprowadzanie wniosków dotyczących uprzywilejowanej sytuacji wykonawcy oraz w tym wypadku wykluczenia wykonawcy ZUE S. A. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Ponadto jak słusznie wskazał Przystępujący porównując ceny, które w załączniku nr 9 do odwołania podważał Odwołujący - nawet gdyby przyznać, rację Odwołującemu, to i tak uzyskana różnica nie spowodowałaby, że zamówienie otrzymałby Odwołujący (różnica między ofertami wynosi 3 383 698,51 zł, podczas gdyby zrównać ceny (tych poszczególnych pozycji, które podważał Odwołujący) oferty ZUE S. A. z cenami Odwołującego, to i tak dalej oferta Przystępującego byłaby najkorzystniejsza - gdyż „*zrównanie*” cen ZUE S. A. i Odwołującego w zakresie podważanych przez Odwołującego pozycji kosztorysowych nie powoduje, iż Przystępujący utraciłoby pierwsze miejsce.

Ponadto zgodzić należy się z Przystępującym, iż cena z oferty wykonawcy wynika ostatecznie z szeregu okoliczności, na które składają się m.in. korzystanie z zasobów własnych, posiadanie własnej bazy sprzętowej, baza wyspecjalizowanych mniejszych podwykonawców i oferowane przez nich ceny, dostęp do materiałów, w tym zawieranie

umów na dystrybucję materiałów od ich producenta, unikalna wiedza i doświadczenie. Dodatkowo ceny ujęte w poszczególnych pozycjach mogą w szczególności wynikać ze sposobu konstruowania oferty przez poszczególnych wykonawców.

Ponadto odnosząc się do argumentacji Odwołującego, kwestionującego poszczególne pozycje kosztorysowe Przystępującego – na podstawie złożonych dowodów, t.j. załącznika nr 1 oraz informacji handlowej objętej tajemnicą przedsiębiorstwa - zgodzić należy się z Przystępującym, iż w zakresie zakwestionowanych niskich cen poszczególnych pozycji kosztorysów ZUE S. A. istotnym są zapisy SIWZ TOM I IDW pkt 13.4, z których wynika, że: W przypadku wstawienia przez wykonawcę w jakiegokolwiek pozycji Przedmiaru Robót cyfry „0” lub w ogóle jej niewypełnienie, pozycje takie będą uznane za włączone do innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót. Zatem sam Zamawiający dopuścił swobodę w konstruowaniu poszczególnych pozycji w kosztorysie, wbrew twierdzeniom Odwołującego.

Przystępujący odniósł się również do twierdzeń Odwołującego co do pozycji dotyczących tłucznia i dokonując porównania oferty ZUE S. A. z siedzibą w Krakowie np. z ofertą wykonawcy Strabag wynikało, iż wykonawca ten dał jeszcze niższą cenę na całość prac dotyczących torowiska niż wykonawca ZUE S.A. Zatem cena zaoferowana przez wykonawcę ZUE S. A. na prace torowe (wszystkie kosztorysy, w ramach których wyceniane były prace torowe, a w ramach których to prac miał być używany tłuczeń) nie była najniższa wśród wszystkich cen.

Ustosunkowując się do argumentacji Odwołującego powołującego się na ewentualne przyszłe (ale niepewne) zmiany do umowy, zgodzić należy się z Zamawiającym, iż zakładanie, że takowe zmiany będą miały miejsce jest nieuprawnione. Zgodzić należy się z Przystępującym, iż przesłanka wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odnosi się do konkretnych wskazanych tam okoliczności faktycznych, których powiązanie z wpływem na konkurencję w postępowaniu można ocenić jedynie w przypadku, gdy okoliczności te zaistnieją. Nie można natomiast ustalić w jaki sposób dana okoliczność wpłynęła czy nawet wpłynie na uzyskanie przez danego wykonawcę uprzywilejowanej pozycji w postępowaniu, jeżeli jest to okoliczność przyszła, hipotetyczna i niedookreślona – jak to ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym.

Odnosząc się do dostępności dokumentacji wskazać należy, że każdy z wykonawców – w tym również Odwołujący - miał równy dostęp do dokumentacji postępowania, każdy wykonawca, w tym również Odwołujący, miał możliwość zadawania pytań, jak również mógł brać udział w wizji lokalnej. Ponadto Zamawiający całą dokumentację zamieścił na stronie internetowej, wszyscy wykonawcy mogli zapoznać się z tą dokumentacją, a czas do złożenia oferty był przedłużany przez Zamawiającego. Ponadto również złożony przez Odwołującego

kosztorys wskazywał, iż niektóre pozycje zostały przez niego wycenione drożej w stosunku do pozycji wycenionych przez wykonawcę ZUE S. A. Dodatkowo wykonawcy nie wnosili odwołania na opis przedmiotu zamówienia ani w aspekcie jego jednoznaczności i kompletności (dokonania wyczerpującego opisu), ani w zakresie utrudnienia uczciwej konkurencji.

Nawiązując do twierdzeń Odwołującego dotyczących uprzywilejowanej pozycji Przystępującego w zakresie nadzoru autorskiego zauważyć należy – zgadzając się z Przystępującym – iż kluczową w tym zakresie co do ewentualnych rozwiązań zamiennych jest decyzja sprawującego ten nadzór autorski, a do zmiany takiej mogłaby być potrzebna zgoda Zamawiającego, a istotnym jest również to, że – w niniejszym stanie faktycznym - nie ma żadnej pewności, iż to Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego S.A. z siedzibą w Gdańsku Wrzeszczu realizowałaby nadzór autorski, a tym bardziej, iż miałyby to zrealizować podwykonawca BPK Poznań Sp. z o.o.

Odnosząc się do składanych wniosków dowodowych Izba ustaliła, że Odwołujący podtrzymał wniosek zawarty w piśmie z dnia 2 marca 2016 r. – wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków na wskazane poniżej okoliczności:

- 1) Pana W.N. na okoliczność tego, że ZUE S. A. z siedzibą w Krakowie posiadało korzystniejszą pozycję w porównaniu z innymi wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu z uwagi na występujące powiązania osobowo-kapitałowe z podmiotem przygotowującym dokumentację projektową na potrzeby postępowania, t.j. Biurem Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu Sp. z o.o.;
- 2) Panią I.K. na okoliczność tego, że Zamawiający w żaden sposób nie badał tego, czy udział ZUE w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji ze względu na występujące powiązania osobowo-kapitałowe tego wykonawcy z podmiotem przygotowującym dokumentację projektową na potrzeby postępowania.

Zamawiający oraz Przystępujący oponowali wnioskowi Odwołującego. Zamawiający wskazał, iż w przypadku wniosku dotyczącego osoby Pana W.N. (pełniącego funkcję prezesa ZUE S. A.), w jego ocenie bardziej zasadnym byłoby przesłuchanie tej osoby w charakterze strony, nie zaś w charakterze świadka, jak twierdził Odwołujący. Jednak niezależnie od powyższego teza dowodowa i wskazane tam okoliczności nie zostały w sposób precyzyjny zdefiniowane. Odnosząc się do wniosku dotyczącego osoby Pani I.K., Zamawiający wskazał, że okoliczność co do kwestii niewyjaśnienia przez Zamawiającego powiązań została w odwołaniu podniesiona na marginesie. W jego ocenie istotnym jest to

czy oferent posiadał informacje dodatkowe, które stawiałyby go w uprzywilejowanej sytuacji. Wobec przedstawionej przez Zamawiającego oraz Przystępującego argumentacji Odwołujący nie zmodyfikował wniosku dowodowego jak również nie złożył nowego wniosku dowodowego.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, postanowiła oddalić wniosek dowodowy Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków na okoliczności wskazywane piśmie procesowym z dnia 2 marca 2016 r., uznając że dowody te zostały powołane jedynie dla zwłoki. Przypomnienia wymaga - analogicznie jak to jest w procesie cywilnym - iż zgodnie z art. 300 § 1 k.p.c. za osobę prawną sąd przesłuchuje osoby wchodzące w skład organu uprawnionego do jej reprezentowania, przy czym sąd decyduje, czy przesłuchać wszystkie te osoby, czy też tylko niektóre z nich. Zatem w imieniu osoby prawnej będącej stroną procesu – w świetle tego przepisu - można przesłuchać w charakterze strony osoby wchodzące w chwili przesłuchania w skład organu, który jest uprawniony do jej reprezentowania (orzeczenie SN z 30 maja 1961 r., 4 CR 414/60, OSN 1962, nr IV, poz. 137, LexisNexis nr 317025, wyrok SN z 23 września 1969 r., I PR 251/69, LexisNexis nr 322651). Nie ulega wątpliwości, iż w niniejszym postępowaniu Pan W.N. na dzień rozprawy wchodził w skład zarządu spółki ZUE S. A. z siedzibą w Krakowie, zatem - jak słusznie zauważył Zamawiający i Przystępujący - jeśli Pan W.N. miałby być przesłuchany to nie w charakterze świadka a w charakterze strony, czego Odwołujący się nie domagał. Dodatkowo zgodzić należy się z Zamawiającym, że Odwołujący powinien wskazać tezę dowodową na okoliczność jaką dowód ten ma zostać przez Izbę powołany. Teza dowodowa powinna obejmować fakty istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Nie ulega również wątpliwości – co niejednokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej - iż ciężar dowodu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, zaś postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasad kontradiktoryjności, zatem to strony – w tym przypadku Odwołujący -obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08). Co do zgłoszonego wniosku dotyczącego osoby Pani I.K., na podstawie dokumentacji postępowania ustalono, że Zamawiający nie zwracał się do Przystępującego o wyjaśnienie okoliczności dotyczących powiązań kapitałowych i osobowych wykonawcy ZUE S. A. z siedzibą w Krakowie. Powyższe zostało również przyznane w toku postępowania odwoławczego. W konsekwencji – w ocenie Izby – wobec przyznania faktu nie zwracania się do wykonawcy ZUE S. A. z siedzibą w Krakowie należało uznać, że jest to fakt przyznany

oraz stwierdzony innymi dowodami, zatem należało również odmówić przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka Pani I.K. na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego wskazującego na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Izba uznała, że złożenie przez Przystępującego oferty w tym postępowaniu nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący jakie dokładnie przepisy miały zostać naruszone przez Przystępującego, opierając się jedynie na tożsamej argumentacji wskazywanej przy zarzucie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby wobec niepotwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie znaleziono również podstaw faktycznych do uznania działania Przystępującego jako czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodzić należy się z Zamawiającym i Przystępującym, że Odwołujący nie wskazał żadnych dowodów na to, iż ZUE S. A. z siedzibą w Krakowie przy składaniu swojej oferty rzeczywiście posługiwało się osobami, które ze strony BPK Poznań przygotowywały postępowanie, a złożone przez tego wykonawcę dowody były niewystarczające do stwierdzenia naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp jak również art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Co do złożonego dowodu dotyczącego Pana J.Ł. słusznie zauważył Zamawiający, że osoba ta – co zostało potwierdzone przez Odwołującego jest pracownikiem BPK Poznań Sp. z o.o., a nie ZUE S. A. z siedzibą w Krakowie, ale z tego w żaden sposób nie można wywieść, że brała ona udział w przygotowaniu oferty w tym postępowaniu. Analogicznie nie wykazano, że Pan S.S. takowe czynności wykonywał.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania.

W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....

.....