

WYROK

z dnia 31 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 lipca 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 17 lipca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **INEA S.A. z siedzibą w Poznaniu**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa infrastruktury teleinformatycznej wraz z dostawą zestawów komputerowych w ramach projektu „Interaktywna Września – cyfrowy świat w każdym domu”* (nr postępowania ZP-271/20/WIK-RI/2015)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Września**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Gminie Września unieważnienie wykluczenia z postępowania INEA S.A. z siedzibą w Poznaniu, unieważnienie unieważnienia postępowania, a także powtórzenie czynności w postępowaniu z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Gminę Września i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – INEA S.A. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od zamawiającego – Gminy Września na rzecz odwołującego – INEA S.A. z siedzibą w Poznaniu kwotę 10000 zł 00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonych wpisu od odwołania.**

Sygn. akt KIO 1523/15

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Września prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”}, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Budowa infrastruktury teleinformatycznej wraz z dostawą zestawów komputerowych w ramach projektu „Interaktywna Września – cyfrowy świat w każdym domu”* (nr postępowania ZP-271/20/WIK-RI/2015).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 27 kwietnia 2015 r. pod nr 96724-2015, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {<http://www.wrzesnia.pl>}, na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

13 lipca 2015 r. Zamawiający przesłał faksem oraz drogą elektroniczną Odwołującemu – INEA S.A. z siedzibą w Poznaniu {dalej również: „Inea”} zawiadomienie o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp, z uwagi na niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, a także o odrzuceniu wszystkich trzech złożonych ofert, w tym oferty Odwołującego w związku z wykluczeniem go z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

17 lipca 2015 r. Odwołujący wniósł – w formie pisemnej – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, polegające na wadliwym wykluczeniu Odwołującego z postępowania (i w konsekwencji uznaniu oferty Odwołującego za odrzuconą – art. 24 ust. 4 ustawy pzp), gdyż Zamawiający nie wykazał, aby zaistniały kumulatywnie wszystkie przesłanki zastosowania tego przepisu, które faktycznie nie zaistniały, ani nawet nie wykazał, aby zaistniała którakolwiek z nich:

- 1) Zamawiający nie wykazał, aby kosztorys inwestorski w zakresie stanowisk sieci WiFi i masztów przesyłowych w tym postępowaniu sporządził pan L. B., współpracujący z podwykonawcą Odwołującego – PBT Zachód S.A.;
- 2) z dokumentów i okoliczności tego postępowania nie wynika, aby INEA S.A. posługiwała

się w celu sporządzenia oferty tą osobą rzekomo przygotowującą kosztorys inwestorski w zakresie stanowisk sieci WiFi i masztów przesyłowych;

- 3) brak jest jakiegokolwiek, w tym bezpośredniego, związku pomiędzy wykonywaniem czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania przez określone osoby a czynnością sporządzenia oferty INEA S.A.;
- 4) udział INEA S.A. w tym postępowaniu nie utrudnia uczciwej konkurencji.

Odwołujący dodał, że bezpośrednim następstwem powyższej czynności było unieważnienie postępowania niezgodnie z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, zarzucając w związku z tym Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 pzp – przez prowadzenie postępowania w sposób utrudniający konkurencję i nierówne traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.
2. Unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty (uznania jego oferty za odrzuconą).
3. Ponowienia czynności badania i oceny ofert, w tym poprawnej oceny oferty Odwołującego.

Z odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne w zakresie przebiegu postępowania prowadzonego przez Zamawiającego.

Według obowiązujących w postępowaniu kryteriów oceny ofert (cena – 90%, gwarancja – 10%; pkt XIV.2 SIWZ) wszystkie trzy złożone oferty zawierają taki sam okres gwarancji, natomiast cena oferty odwołującego jest drugą najkorzystniejszą spośród nich;

Pismem z 9 lipca 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 pzp do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy udział pana L. B., pracownika PBT Zachód S.A. w przygotowaniu postępowania tj. opracowanie kosztorysu ofertowego miał wpływ na zachowanie uczciwej konkurencji. Zamawiający uzasadnił wezwanie tym, że stwierdził na podstawie dostarczonego przez projektanta kosztorysu ofertowego dotyczącego stanowisk sieci WiFi i masztów przemysłowych, że osoba ta jest jego autorem, a arkusz kalkulacyjny zarejestrowany jest na PBT Zachód S.A. PBT Zachód SA., który uczestniczy w postępowaniu jako podwykonawca Odwołującego.

Pismem z 10 lipca 2015 r. Odwołujący wyjaśnił, że nie posługiwał się panem L. B. w celu sporządzenia oferty

Dopiero w zawiadomieniu z 13 lipca 2015 r. Zamawiający stwierdził, że powyższe wezwanie dotyczyło ustalenia, czy osoba przygotowująca kosztorys inwestorski w zakresie stanowisk sieci WiFi i masztów przesyłowych uczestniczyła w przygotowaniu oferty oraz czy jest ona pracownikiem firmy PBT Zachód S.A., która została wskazana w ofercie

Odwołującego jako podwykonawca. Ponadto uzasadniając wykluczenie Odwołującego, Zamawiający wskazał przede wszystkim, że w jego ocenie Odwołujący nie wykazał, że osoba, która przygotowała kosztorys inwestorski (w tym kosztorys ofertowy) w zakresie stanowisk sieci WiFi i masztów przesyłowych nie brała udziału w przygotowaniu oferty oraz, że udział PBT Zachód S.A. jako jego podwykonawcy nie utrudnia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a nie wszyscy wykonawcy mieli dostęp do wspomnianego kosztorysu inwestorskiego.

Odwołujący podniósł, że ciężar udowodnienia zaistnienia podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp spoczywał na Zamawiającym (na zasadzie art. 6 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 15 pzp), który w uzasadnieniu powinien wykazać łączne spełnienie następujących przesłanek:

- 1) wykonawca wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności;
- 2) zachodzi bezpośredni związek pomiędzy wykonywaniem przez wykonawcę bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania a czynnością sporządzenia samej oferty (istnieje związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy czynnościami związanymi z przygotowaniem postępowania o zamówienie publiczne a czynnością sporządzenia oferty);
- 3) udział wykonawcy w postępowaniu utrudnia uczciwa konkurencja.

Zdaniem Odwołującego treść uzasadnienia wykluczenia nie pozwala na uznanie, że Zamawiający wykazał zaistnienie tych przesłanek.

{ad 1}}

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z jego wiedzą Pan L. B. w ogóle nie wykonywał, w tym bezpośrednio, czynności związanych z przygotowaniem tego postępowania, w tym – co zdaje się sugerować Zamawiający – nie sporządzał kosztorysu inwestorskiego w zakresie stanowisk sieci WiFi i masztów przesyłowych.

Według Odwołującego Zamawiający nie wykazał powyższej okoliczności, a jej zaistnieniu dodatkowo przeczy treść protokołu postępowania (którego kopię Odwołujący pozyskał od Zamawiającego 15 lipca 2015 r.), w którym osoba taka nie została wskazana w części 3B pkt od 1 do 5 (str. 3 protokołu), a gdzie musiałaby zostać wskazana, gdyby wykonywała czynności związane z przygotowaniem postępowania.

Odwołujący zastrzegł, że Pan L. B. nie jest jego pracownikiem, ani nawet współpracownikiem, a współpracuje z podmiotem wskazanym w ofercie jako podwykonawca Odwołującego, tj. PBT Zachód S.A., jednak nie uczestniczył ani pośrednio, ani bezpośrednio w wykonywaniu jakichkolwiek czynności związanych ze sporządzeniem oferty Odwołującego.

W tym zakresie Odwołujący powołał się na powyżej opisane wyjaśnienia złożone Zamawiającemu, a także na załączone do odwołania oświadczenie pana L. B. z 10 lipca 2014 r.

Odwołujący zaznaczył, że Pan L. B. nie jest wystawcą jakiegokolwiek dokumentu wchodzącego w skład oferty Odwołującego, co według Odwołującego również potwierdza powyższą okoliczność.

Zdaniem Odwołującego brak jest jednocześnie podstaw, aby żądać od niego prowadzenia dalszego dowodu negatywnego na okoliczność, że Pan L. B. czynności, o których mowa nie wykonywał, gdyż jest to w rzeczywistości procesowo niewykonalne.

Niezależnie od powyższego zdaniem Odwołującego nawet skorzystanie z referencji i doświadczenia osoby, która uczestniczyłaby w przygotowywaniu dokumentacji postępowania, nie potwierdza jeszcze „posługiwania się taką osobą w celu sporządzenia oferty”. Sformułowania „w celu sporządzenia oferty” nie można interpretować tak szeroko, aby obejmowało również przypadki, gdy dana osoba została wskazana na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy jako podwykonawca na etapie realizacji zamówienia, niezależnie od tego, czy miała ona jakikolwiek rzeczywisty wpływ na treść oferty wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego przesłanka posługiwania się daną osobą w celu sporządzenia oferty wymaga, aby osoba taka brała udział w przygotowywaniu oferty, np. wykonawca powierzył jej przygotowanie oferty, gdyż tylko w takim przypadku istnieje ryzyko uzyskania informacji zapewniających przewagę konkurencyjną. Jednakże wskazanie danej osoby w ofercie jako uczestniczącej w realizacji zamówienia i skorzystanie z jej referencji i doświadczenia nie tworzy domniemania, że osoba ta uczestniczyła w sporządzaniu oferty.

{ad 2}}

Odwołujący podniósł, że jeśliby nawet przyjąć teoretycznie, że Pan L. B. przygotowywał kosztorys inwestorski, nie można zakładać, aby przesądzało to o istnieniu bezpośredniego związku ze sporządzeniem oferty Odwołującego. Według Odwołującego Zamawiający niezasadnie wywiódł, że skoro osoba ta przygotowywała kosztorys inwestorski i współpracuje z podwykonawcą wskazanym w ofercie Odwołującego, okoliczności te dają wystarczającą podstawę do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Zdaniem Odwołującego z taką tezą nie sposób się zgodzić na gruncie obowiązujących przepisów ustawy pzp oraz ugruntowanych poglądów doktryny i orzecznictwa odnoszących się do wykładni tych przepisów.

{ad. 3}}

Odwołujący podniósł, że nie wykonywał żadnych czynności związanych z przygotowaniem przedmiotowego postępowania wymienionych w art. 29-38 ustawy pzp, w szczególności nie brał bezpośredniego udziału w opracowaniu przedmiotu zamówienia, opracowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy kosztorysów inwestorskich, a także nie posługiwał się również przy sporządzeniu oferty osobami, które takie czynności by przedsiębrały.

Odwołujący wywiódł, że z utrudnieniem konkurencyjności mamy do czynienia w sytuacji, gdy zdobyta przez wykonawcę w toku czynności przygotowawczych wiedza daje mu przewagę nad pozostałymi uczestnikami postępowania, gdyż wykonawca ma możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiada informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że nie złożył w tym postępowaniu oferty najkorzystniejszej cenowo. Według Odwołującego zachodzi w tym przypadku domniemanie faktyczne, że jego udział w postępowaniu nie utrudniał uczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł, że według doktryny po nowelizacji z 7 kwietnia 2006 r. art. 24 ust. 2 pkt 1 pzp nabrał bardziej precyzyjnego brzmienia, a jednocześnie stał się bardziej liberalny dla wykonawców. Przede wszystkim w przepisie zaakcentowano konieczność bezpośredniego udziału w czynnościach z przygotowaniem postępowania. Ponadto, zrezygnowano z bezwzględnego obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy na rzecz względnego, mającego cechy raczej fakultatywne. Zamawiający, zanim podejmie decyzję w sprawie wykluczenia, musi przeanalizować, czy udział takiego wykonawcy w dalszym postępowaniu utrudni uczciwą konkurencję. Jeżeli nie, to nawet sam fakt nawet bezpośredniego wykonywania czynności związanych z przygotowaniem postępowania nie może być powodem wykluczenia.

Ponadto według Odwołującego kierunek wykładni art. 24 ust. 2 pkt 1 podaje orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 3 marca 2005 r. (w sprawach połączonych sygn. akt: C-21/03 C-34/03., Fabricom S.A. przeciwko Belgii), gdzie Trybunał stwierdził, że jednostka zamawiająca nie może odmówić uczestnictwa w postępowaniu wykonawcy realizującemu określone prace badawcze, dające informacje na temat zamówienia, chyba że wykaże, iż przedsiębiorca odniósł z tego tytułu nieuzasadnione korzyści mogące zniekształcić normalne warunki konkurencji. Zdaniem Odwołującego to na zamawiającym ciąży ciężar udowodnienia, że udział określonej osoby w przygotowaniu oferty (który również musi zostać udowodniony przez zamawiającego) może utrudnić uczciwą konkurencję.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie, w tym nie uwzględnił zarzutów

odwołania.

Pismem z 21 lipca 2015 r. Zamawiający poinformował, że 20 lipca 2015 r. przesłał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

23 lipca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez Teleoptics sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Instytut Technologii Szerokopasmowych sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia {dalej: „Konsorcjum Teleoptics”} przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zgłaszający przystąpienie wskazał, że uwzględnienie odwołania powodowałoby naruszenie jego interesu w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Izba uwzględniła opozycję zgłoszoną przez Odwołującego przeciwko temu przystąpieniu, gdyż wobec wycofania odwołania złożonego przez Teleoptics sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie od odrzucenia oferty Konsorcjum Teleoptics i umorzenia postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1533/15 postanowieniem z 30 lipca 2015 r., nie sposób stwierdzić, aby istniał podnoszony w zgłoszeniu przystąpienia interes w oddaleniu odwołania w tej sprawie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Izba nie miała podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego, gdyż zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy pzp jest możliwe wyłącznie w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy:

Zamawiający 24 kwietnia 2015 r. ustalił wartość szacunkową zamówienia na 4.413.751,65 zł, w tym dla poszczególnych elementów inwestycji:

- budowa części pasywnej infrastruktury światłowodowej – 2.550.601,38 zł;
- dostawa urządzeń aktywnych (zestawienie urządzeń) – 1.499.550,27 zł;
- budowa stanowiska sieci WiFi i masztów – 263.600,00 zł;
- promocja projektu – 10.000,00 zł;
- szkolenia – 90.000,00 zł.

{dokument pn. Zbiorcze zestawienie kosztów z 24 kwietnia 2015 r.}

Dokument w analogicznym układzie do wypełnienia przez wykonawców pn. Tabela elementów scalonych był załącznikiem nr 1a do s.i.w.z.

Według tabeli elementów scalonych oferty złożonej przez Konsorcjum Teleoptics (po uwzględnieniu poprawienia omyłek dokonanego przez Zamawiającego) w wartości netto oferty w wysokości 3.572.661,38 zł element dotyczący stanowisk sieci WiFi i masztów został wyceniony na kwotę 37.285,81 zł.

Według tabeli elementów scalonych oferty złożonej przez Inea w wartości netto oferty w wysokości 3.898.413,54 zł element dotyczący stanowisk sieci WiFi i masztów został wyceniony na kwotę 178.861,78 zł.

W formularzu oferty Inea oświadczyła, że PBT Zachód S.A. z siedzibą w Kostrzynie jako podwykonawcy powierzy wykonanie części pasywnej zamówienia.

W dokumentacji prowadzonej przez Zamawiającego znajdują się trzy kosztorysy inwestorskie:

- 1) kosztorys dotyczący budowy infrastruktury światłowodowej na kwotę 2.550.601,38 zł, na którego stronie tytułowej jako jednostkę opracowującą kosztorys wskazano American Systems sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 5, 99-300 Kutno, a jako projektanta, który opracował kosztorys – pana M. B.;
- 2) kosztorys dotyczący tzw. części aktywnej na kwotę 1.499.550,27 zł, bez strony tytułowej;
- 3) kosztorys dotyczący stanowisk sieci WiFi i masztów przesyłowych, na którego stronie tytułowej jako jednostkę opracowującą kosztorys wskazano American Systems sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 5, 99-300 Kutno, bez wskazania danych projektanta, który opracował kosztorys.

W dokumentacji postępowania znajduje się również przedmiar robót dla

stanowisk sieci WiFi i masztów przesyłowych, na którego stronie tytułowej jako jednostkę opracowującą kosztorys wskazano American Systems, ul. Grunwaldzka 5, 99-300 Kutno.

Kosztorysy z pkt 1 i 3 oraz przedmiar zostały sporządzone w programie do kosztorysowania Zuzia (producenta DataComp), przy czym dwa pierwsze dokumenty wskazują na licencję nr 23456.

Wyłącznie na stronie internetowej dotyczącego prowadzonego postępowania Zamawiający udostępniał wykonawcom plik pod nazwą *KO_stanowiska sieci WiFi i maszty przesyłowe* w formacie.xls, który zawierał arkusz kosztorysu ofertowego – wzbogaconego w stosunku do przedmiaru o trzy dodatkowe kolumny opisane kolejno jako *Wartość jedn.*, *Wartość netto* i *Wartość*, które były niewypełnione.

{okoliczność bezsporna}

We właściwościach tego pliku jako autor widnieje *Banaszak L*, a jako firma – PBT Zachód. Ponadto we właściwościach można wyczytać, że plik został utworzony 30 kwietnia 2015 r., zmodyfikowany 1 lipca 2015 r., a ostatnio został zapisany przez *Tom Kor*.

{plik zapisany na płycie CD-R złożonej na rozprawie przez Zamawiającego}

W protokole postępowania jako jedną z osób wykonujących czynności w postępowaniu (oszacowanie wartości zamówienia, przygotowanie SIWZ, wyjaśnienia SIWZ, ocena ofert), a także jako jedną z osób faktycznie wykonujących czynności związane z przygotowaniem postępowania (przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia, ustalenie wartości zamówienia, opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, określenie kryteriów oceny ofert) wskazano T. K.

{pkt 4 protokołu postępowania ZP-271/20/WIK-RI/2015 prowadzonego na na druku ZP-PN}

W piśmie z 1 lipca 2015 r. Instytut Technologii Szerokopasmowych sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, zaadresowanym do T. K. jako kierownika referatu zamówień publicznych Gminy Września, wskazał na okoliczności, które jego zdaniem powinny stanowić o wykluczeniu Inea S.A. z siedzibą w Poznaniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, z uwagi na okoliczność faktyczną jaką jest uczestnictwo w *Postępowaniu przedstawiciela podmiotu przygotowującego przedmiot zamówienia charakterze wykonawczym*.

Pismo to zawiera w szczególności następujące tezy:

- ... osoba (podmiot) zobowiązująca się do współwykonywania przedmiotu zamówienia sama ten przedmiot przygotowywała i opisywała...
- ... udział spółki która składa ofertę w *Postępowaniu (Inea S.A.) w pracach mających*

na celu przygotowanie przedmiotowego postępowania (OPZ)

– Zakładając, że Zamawiający wie, kto personalnie odpowiadał za przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia pragniemy podkreślić, że Pan L. B. jest pracownikiem spółki PBT Zachód S.A. z siedzibą w Kostrzynie, która to spółka współtworzy ofertę złożoną przez Inea S.A.

Zamawiający pismem z 9 lipca 2015 r., działając na podstawie art. 87 ust. 1 pzp, wezwał Odwołującego do złożenia pisemnych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w następujący sposób precyzując przyczynę wezwania: *Z dostarczonego przez projektanta kosztorysu ofertowego dotyczącego stanowisk sieci WiFi i masztów przemysłowych, stanowiącego element dokumentacji projektowej wynika; że p. L. B. jest jego autorem, a arkusz kalkulacyjny zarejestrowany jest na PBT Zachód S.A. PBT Zachód SA. uczestniczy w niniejszym postępowaniu jako Państwa podwykonawca. (...) W związku z tym, Zamawiający zwraca się o złożenie pisemnych wyjaśnień w celu ustalenia czy udział p. L. B. – pracownika PBT Zachód S.A. w przygotowaniu postępowania tj. opracowanie kosztorysu ofertowego miał wpływ na zachowanie uczciwej konkurencji.*

W odpowiedzi pismem z 10 lipca 2015 r. Wykonawca oświadczył, że Inea S.A. oraz PBT Zachód S.A. nie posługiwały się panem L. B. w celu przygotowania oferty złożonej w ramach niniejszego postępowania.

Ponadto Wykonawca zwrócił uwagę, że załączone do SIWZ projekty oraz kosztorysy ofertowe były dokumentami jawnymi, znanymi i dostępnymi publicznie dla wszystkich potencjalnych oferentów i wszyscy wykonawcy mogli się z nimi zapoznać w równym stopniu.

W związku z powyższym zdaniem Wykonawcy ewentualny udział tej osoby w przygotowaniu postępowania tj. w opracowaniu kosztorysu ofertowego nie miał wpływu na zachowanie uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu faktycznym wykluczenia zawartym w piśmie z 13 lipca 2015 r. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący posługiwał się przy sporządzeniu oferty osobą uczestniczącą w przygotowaniu postępowania, która to osoba jest pracownikiem podwykonawcy wskazanego w ofercie – PBT Zachód S.A.

W ocenie Zamawiającego w złożonych wyjaśnieniach Wykonawca nie wykazał, że osoba, która przygotowała kosztorys inwestorski (w tym kosztorys ofertowy) w zakresie stanowisk sieci WiFi i masztów przesyłowych nie brała udziału w przygotowaniu oferty, a udział PBT Zachód S.A. jako jego podwykonawcy nie utrudnia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający wskazał, że nie wszyscy wykonawcy mieli

dostęp do kosztorysu inwestorskiego zawierającego dane oraz kalkulacje, które nie wynikają z SIWZ i nie były publikowane na stronie Zamawiającego, ani udostępniane w żaden inny sposób przed dniem otwarcie ofert. Zamawiający zwrócił uwagę, że w prowadzonym postępowaniu cena była kryterium dominującym, gdyż przypisano jej wagę na poziomie 90%. W związku z tym według Zamawiającego informacje, jakie posiadała osoba sporządzająca kosztorys inwestorski, stawiają Inea w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych wykonawców, co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę. Wykluczenie z postępowania, od którego się odwołał, uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby liczyć, gdyż pozostałe dwie oferty, w tym oferta z niższą ceną (a więc potencjalnie oferta najkorzystniejsza), zostały odrzucone przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp 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 posługiwał 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 przywołanego przepisu wynika, że wykonawcę należy wykluczyć, jeżeli jego udział w postępowaniu utrudnia uczciwą konkurencję, gdyż wykonywał on bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania lub posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności. Innymi słowy podstawą wykluczenia jest uzyskanie przez wykonawcę uprzywilejowanej pozycji na skutek bezpośredniego uczestnictwa w przygotowaniu postępowania albo posługiwania się (w celu sporządzenia oferty) osobami uczestniczącymi w jego przygotowaniu.

Ponieważ Zamawiający wykluczył Odwołującego za posługiwanie się w celu sporządzenia oferty osobą uczestniczącą w przygotowaniu prowadzonego postępowania, w tej sprawie bezprzedmiotowe są rozważania związane z przesłanką bezpośredniego uczestnictwa wykonawcy w przygotowaniu postępowania, w szczególności aspektu bezpośredniego związku pomiędzy takim uczestnictwem a sporządzeniem oferty {z tego względu pominięto je również przy prezentowaniu powyżej stanowiska Odwołującego}. Przesłanka, na którą powołał się Zamawiający, literalnie wskazuje na związek pomiędzy uczestnictwem tej samej osoby zarówno w przygotowaniu postępowania przez zamawiającego, jak i w czynnościach zmierzających do złożenia oferty przez wykonawcę.

Odwołujący zdaje się utożsamiać posługiwanie się daną osobą w celu sporządzenia oferty ze sporządzaniem przez tę osobę dokumentów oferty, co jest błędnym stanowiskiem, gdyż taka osoba nie musi być „wystawcą” dokumentu. Określenie „w celu sporządzenia oferty” ma znacznie szerszy zakres znaczeniowy i obejmuje wszelkie czynności, które zmierzają do złożenia oferty w postępowaniu. W konsekwencji posługiwanie się osobą w celu sporządzenia oferty nie musi dotyczyć wyłącznie technicznej strony jej złożenia i znaleźć odzwierciedlenie w samej treści oferty, ale może dotyczyć również czynności poprzedzających, koniecznych do jej przygotowania. Takie stanowisko zostało wyrażone przez Izbę w uzasadnieniu wyroku z 6 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 841/11), a następnie zaakceptowane przez Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 18 sierpnia 2011 r. (sygn. akt XXIII Ga 380/11).

Jednakże trafnie w odwołaniu podniesiono, że wskazanie w ofercie jako podwykonawcy spółki, której współpracownikiem jest dana osoba, samo przez się nie świadczy o korzystaniu przez Odwołującego z tej osoby w celu sporządzenia oferty. Upřednio Odwołujący w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach wprost zaprzeczył temu, a w toku postępowania odwoławczego przedstawił dodatkowo oświadczenie pana L. B. – pełniącego stanowisko specjalisty ds. przygotowania produkcji w PBT Zachód S.A. z siedzibą w Kostrzynie – że nie brał udziału w przygotowaniu przez Odwołującego oferty. Zamawiający nie podważył w toku postępowania odwoławczego wiarygodności tych oświadczeń, a także w żaden sposób się do nich nie odniósł.

Przede wszystkim wiarygodność tych oświadczeń nie ma większego znaczenia, skoro nie wiadomo, czy pan L. B. w ogóle uczestniczył w przygotowaniu przedmiotowego postępowania. Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia stwierdził, że osoba ta sporządzała kosztorys inwestorski w zakresie stanowisk sieci WiFi i masztów przesyłowych, zawierający dane i kalkulacje. Jednakże z dokumentacji prowadzonej przez samego Zamawiającego nie wynika udział tej osoby w przygotowaniu tego postępowania. W protokole postępowania nie wskazano na jej udział w czynności oszacowania wartości zamówienia, której dokonano na

podstawie kosztorysów inwestorskich. Z kolei dwa z trzech tych kosztorysów, w tym wspomniany kosztorys, zostały opracowane przez spółkę z o.o. American Systems z Kutna. Stanowisko Zamawiającego w toku dalszych czynności postępowania ewoluowało. Jeszcze na etapie wezwania Odwołującego do wyjaśnień Zamawiający wskazywał wyłącznie na autorstwo kosztorysu ofertowego w zakresie stanowisk sieci WiFi i masztów przesyłowych. Dopiero w uzasadnieniu wykluczenia, nie wiadomo skąd, pojawiła się kwestia autorstwa kosztorysu inwestorskiego, który zawiera dane oraz kalkulacje.

Zamawiający przyznał na rozprawie, że impulsem do skierowania wezwania do wyjaśnień Odwołującego było pismo Instytutu Technologii Szerokopasmowych, w którym sugerowano wręcz, że pan L. B. odpowiadał wręcz za opis przedmiotu zamówienia. Z dokumentacji postępowania nie wynika, aby Zamawiający zwracał się do tego wykonawcy o złożenie wyjaśnień na jakiej podstawie opiera swoje twierdzenia. Nic nie świadczy o tym, aby Zamawiający dokonywał jakichś sprawdzeń wewnętrznych odnośnie przebiegu czynności ustalania wartości szacunkowej i przygotowania opisu przedmiotu zamówienia.

Na rozprawie okazało się, że jedyną i wyłączną podstawą przypisania panu Leszkowi Banaszakowi udziału w przygotowaniu jednego z kosztorysów inwestorskich jest pojawianie się pierwszej litery imienia i nazwiska jako autora oraz nazwy „PBT Zachód” we właściwościach pliku programu Excel zawierającego tzw. ślepy kosztorys inwestorski i kosztorys ofertowy. W ocenie składu orzekającego nie jest to wystarczający dowód dla przypisania tej osobie autorstwa tego dokumentu. Dane podane we właściwościach pliku nie są pewnym dowodem, że osoba uwidoczniona jako autor opracowała ostateczną wersję pliku, z drugiej strony dane te można swobodnie edytować.

Kluczowe znaczenie ma jednak okoliczność, że plik ten nie zawiera właściwego kosztorysu inwestorskiego, czyli dokumentu, który został wytworzony w odrębnym, specjalistycznym programie do kosztorysowania przez zupełnie inny podmiot. Tymczasem wyłącznie ten ostatni dokument zawiera informacje, które nie były udostępniane wszystkim wykonawcom, czyli wycenę poszczególnych pozycji, w tym materiałów, które było podstawą do ustalenia wartości szacunkowej. Zatem wyłącznie dostęp do tego dokumentu przez jednego spośród wykonawców przed otwarciem ofert mógłby być rozpatrywany w kategoriach naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Warto jednak zauważyć, że nie powinno być tu żadnego automatyzmu, a w tej sprawie wymagałoby rozważenia, czy nawet dostęp do kosztorysu inwestorskiego w zakresie budowy stanowisk sieci WiFi i masztów przesyłowych, którego wartość według oszacowania stanowiła niespełna 6% wartości zamówienia, a zakres rzeczowy jest powtarzalny i nieskomplikowany, rzeczywiście w tym postępowaniu utrudniałby uczciwą konkurencję.

Treść oferty Odwołującego nie potwierdza, aby dysponował on przewagą

konkurencyjną z racji rzekomej znajomości tego kosztorysu, skoro wycenił ten zakres co prawda nieco taniej niż oszacował to Zamawiający, ale kilkakrotnie drożej niż Konsorcjum Teleoptics.

Ponieważ przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 1 pzp, na którą powołał się Zamawiający, odnosi się do posługiwania się w celu sporządzenia oferty osobą uczestniczącą w przygotowaniu prowadzonego postępowania, czego Zamawiający rzetelnie nie ustalił ani nie udowodnił, bezprzedmiotowe w tej sprawie jest rozstrzygnięcie wpływu na konkurencję rzekomego dostępu Odwołującego do kosztorysu inwestorskiego dotyczącego budowy stanowisk sieci WiFi i masztów przesyłowych. Podkreślić przy tym należy, że to na Zamawiającym ciążył obowiązek ustalenia i wykazania, że Odwołujący posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w przygotowaniu prowadzonego postępowania, a w dalszej kolejności – w jaki sposób powyższe narusza konkurencję w postępowaniu. Tymczasem Zamawiający nie wykazał przed Izłą żadnych konkretnych okoliczności, które wskazywałyby na zaistnienie pierwszej z tych przesłanek.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w związku z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego. Izba nie uwzględniła zawartego w odwołaniu wniosku o zasądzenie od Zamawiającego uzasadnionych kosztów Odwołującego, wobec niesprecyzowania wniosku w tym zakresie, a także nieprzedstawienia jakichkolwiek rachunków, co jest wymagane na mocy § 3 pkt 2 przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: