

Sygn. akt: KIO 2772/13

WYROK
z dnia 12 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 grudnia 2013 r.** w Warszawie odwołania z dnia **2 grudnia 2013 r.** wniesionego przez wykonawcę **Kapsch Telematic Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Kapsch Telematic Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Kapsch Telematic Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **Kapsch Telematic Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 2772/13

Zamawiający **Skarb Państwa reprezentowany przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa wraz z instalacją i utrzymanie pilotażowego modułu informacji meteorologicznej z funkcją oddziaływania na ruch drogowy«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **14.06.2013 r.** pod nrem **2013/S 114-194369**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 **oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **22.11.2013 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **Electronic Control System Sp. z o.o. z siedzibą w Balicach, ul. Krakowska 84, 32-083 Balice;**
- 2) wykluczeniu wykonawcy **Kapsch Telematic Services sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 35 02-822 Warszawa**, gdyż wykonawca ten wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania – art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Wykonawca **Kapsch Telematic Services sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 35 02-822 Warszawa**, zgodnie z **art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp**, wniósł **02.12.2013 r.** do Prezesa KIO odwołanie od czynności wykluczenia odwołującego:

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) **art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp** – przez wykluczenie odwołującego w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki wymienione w przytoczonym artykule i wykorzystanie w ten sposób przez zamawiającego swojej uprzywilejowanej pozycji i tym samym nadużycie prawa;
- 2) **art. 87 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp** przez brak rozważenia i ustosunkowania się do wyjaśnień przedstawionych przez odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;

- 2) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przewidzianych.

Argumentacja odwołującego

1. Brak bezpośredniego wykonywania przez odwołującego czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania

22 listopada 2013 r. zamawiający zawiadomił o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu uznając, że odwołujący wykonywał czynności bezpośrednio związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, co spowodowało utrudnienie uczciwej konkurencji.

Zamawiający wykluczając odwołującego powołał się na art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp. Jednak w sprawie nie zostały spełnione przesłanki pozwalające na wykluczenie wykonawcy. Brak bezpośredniego wykonywania przez odwołującego czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania.

Nie można uznać, że odwołujący bezpośrednio wykonywał czynności związane z przygotowaniem postępowania. Jak podaje zamawiający, udział odwołującego w postępowaniu sprowadził się do przedstawienia zamawiającemu, w pismach z 18.04.2013 r. (Kapsch-GDDKiA.03640), 16.05.2013 r. (Kapsch-GDDKiA.03757) i 12.07.2013 r. (Kapsch-GDDKiA.03961) wytycznych, które dotyczyły:

- 1) warunków montażu urządzeń na bramownicach;
- 2) zasilania [urządzeń] energią;
- 3) wymagań w zakresie utrzymania i sterowania.

Wytyczne te zostały następnie przez zamawiającego inkorporowane do treści opisu przedmiotu zamówienia – dalej w skrócie „opz”.

Podjęcie czynności przez odwołującego było konsekwencją decyzji zamawiającego, zgodnie z którą niektóre z urządzeń wchodzących w skład systemu informacji meteorologicznej zamontowane miały być na bramownicach. Bramownice wchodziły w skład systemu elektronicznego poboru opłat viaTOLL. System viaTOLL operowany jest przez konsorcjum trzech spółek, w którego skład wchodzi odwołujący. Zamawiający zwrócił się do obsługującego ten system konsorcjum z prośbą o podanie technicznej specyfikacji bramownic systemu viaTOLL. Odwołujący udzielił zamawiającemu informacji, jako jeden z podmiotów wchodzący w skład konsorcjum.

Działania wykonawcy nie można utożsamić z bezpośrednim wykonywaniem czynności mających na celu przygotowanie postępowania.

W rozpoznawanej sprawie odwołujący udzielił jedynie – działając jako członek konsorcjum – odpowiedzi na techniczne pytania zadane przez zamawiającego. Udzielone informacje sprowadzały się do wskazania, jakie dodatkowe elementy i pod jakimi warunkami mogą być na bramownicach zamieszczane. Dodatkowo, udzielając odpowiedzi odwołujący działał jako członek konsorcjum będącego operatorem systemu elektronicznego poboru opłat viaTOLL.

Fakt, że przygotowane przez odwołującego wytyczne zostały inkorporowane do opz nie może być utożsamiany z bezpośrednim uczestnictwem odwołującego w przygotowywaniu zamówienia. **Odwołujący nie kształtował bowiem w sposób aktywny i świadomy przedmiotu zamówienia i nie miał wpływu na to, co ostatecznie znajdzie się w zakresie opz.** O tym decydował zamawiający. Decyzja o wykorzystaniu elementów systemu viaTOLL w postępowaniu była również decyzją zamawiającego.

W związku z tym nie można uznać, że spełniona została podstawowa przesłanka, opisana w art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp.

2. Brak utrudnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu

Brak bezpośredniego uczestniczenia odwołującego w przygotowaniu postępowania wyklucza w ogóle badanie drugiej przesłanki prowadzącej do wykluczenia wykonawcy, tj. utrudnienia w postępowaniu uczciwej konkurencji.

Odwołujący przedstawił argumenty świadczące o tym, że udzielone przez odwołującego wyjaśnienia, włączone później do opz, nie miały wpływu na powstanie ewentualnego utrudnienia uczciwej konkurencji.

2.1. Poboczny charakter udzielonych przez odwołującego informacji; brak wpływu działań odwołującego na różnicowanie pozycji poszczególnych uczestników postępowania

Udzielone przez odwołującego informacje, które zamawiający włączył do opz, miały charakter marginalny dla zamówienia. Dotyczyły one kwestii czysto technicznych, związanych z instalacją niektórych urządzeń na bramownicach operowanych przez konsorcjum, w którego skład wchodzi odwołujący.

Z samej już istoty wytycznych przekazanych przez odwołującego wynika, że nie różnicowały one pozycji żadnego z potencjalnych wykonawców zainteresowanych wykonaniem zamówienia.

Sedno przekazanych informacji sprowadzało się do odpowiedzi na pytanie, jakie urządzenia i pod jakimi warunkami można zamontować na istniejących bramownicach, jak rozmieścić takie urządzenia, w jaki sposób mają być one zasilane itp. Powyższe kwestie przedstawiają się jednakowo dla wszystkich wykonawców i są obiektywnie

weryfikowalne. Nie dotyczą dodatkowo istotnych parametrów technicznych systemu objętego zamówieniem.

Odwołujący udzielając informacji nie dokonywał ocenego wyboru, mogącego prowadzić do mniejszej konkurencyjności innych wykonawców, a jedynie wskazywał informacje będące konsekwencją konstrukcji technicznej bramownic. Same bramownice zostały zaś wykonane na długo przed rozpoczęciem prac przygotowawczych do udzielenia przedmiotowego zamówienia, co tym bardziej świadczy o braku ze strony wykonawcy możliwości oddziaływania na kształt nowego systemu.

2.2. Brak uzyskania przez odwołującego szczegółowej wiedzy o przedmiocie zamówienia

W związku z udzielaniem zamawiającemu wyjaśnień, odwołujący nie uzyskał również żadnych istotnych informacji, które zapewniłyby mu uprzywilejowaną w stosunku do pozostałych podmiotów biorących udział w postępowaniu pozycję. W szczególności odwołujący nie uzyskał żadnych szczególnych danych o kształcie systemu, przyszłych wymagań zamawiającego o parametrach technicznych urządzeń itp.

Wiedza, którą dysponował zaś sam odwołujący o specyfikacji technicznej bramownic również nie dawała mu przewagi nad pozostałymi wykonawcami. Informacje dotyczące bramownic miały czysto techniczny i uzupełniający charakter i jako takie nie dotyczyły istoty zamówienia publicznego i nie wpływały na konkurencyjność wykonawców.

Argument ten wymagał podkreślenia, ponieważ to właśnie uzyskanie przez odwołującego specjalistycznej wiedzy co do przedmiotu zamówienia świadczyć ma o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji.

Zamawiający uznał, że odwołujący miał „jeszcze przed wszczęciem postępowania szczegółową wiedzę dotyczącą przedmiotu i specyfiki zamówienia, jak również kształtując specyfikację już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia (np. zmiana nr 4 treści specyfikacji), niewątpliwie uzyskał pozycję uprzywilejowaną w stosunku do innych wykonawców ubiegających się o zamówienie” (Informacja, str. 4).

Zamawiający nie wskazał jednak, jakiego rodzaju informacje miał jego zdaniem uzyskać odwołujący i dlaczego różnicują one jego pozycję względem innych podmiotów. Przywołany powyżej fragment uzasadnienia jest na tyle ogólnikowy, że uniemożliwia ustosunkowanie się do jednej z dwóch przyczyn wykluczenia, podanej przez zamawiającego.

Jako pozbawione podstaw należy za to uznać twierdzenia zamawiającego w zacytowanym powyżej fragmencie. Zgodnie z nimi również działania podejmowane przez odwołującego umożliwiły mu uzyskanie uprzywilejowanej pozycji względem innych podmiotów. Wszelkie działania podejmowane przez jakikolwiek podmiot w ramach toczącego się postępowania są podejmowane na podstawie i w granicach regulowanych przez ustawę

z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Korzystanie przez poszczególnych wykonawców z narzędzi, jakie udostępnił im ustawodawca, nie może świadczyć o uzyskiwaniu przez nie uprzywilejowanej pozycji w stosunku do innych podmiotów.

2.3. Brak różnicowania pozycji odwołującego ze względu na warunki przeprowadzania późniejszych prac serwisowych

Odwołujący odniósł się do twierdzeń zamawiającego, z którymi zgodnie o uprzywilejowanej pozycji odwołującego świadczy fakt, że nie będzie musiał on ponosić kosztów prac serwisowych w zakresie, w jakim nie są one zwracane przez zamawiającego.

Na etapie wykonywania zamówienia publicznego konieczne będzie przeprowadzanie doraźnych i planowych prac serwisowych. Niektóre z tych prac przeprowadzane będą przy udziale podmiotu operującego systemem elektronicznego poboru opłat viaTOLL (dalej: „Operator Systemu viaTOLL”).

Za uczestnictwo i nadzór przy pracach serwisowych Operator Systemu viaTOLL otrzymać ma wynagrodzenie od podmiotu, który wygra przetarg i będzie realizować zamówienie. Jeśli chodzi o planowe prace serwisowe, wysokość wynagrodzenia Operatora Systemu viaTOLL do kwoty 150.000 złotych ponosić będzie zamawiający, a powyżej kwoty 150.000 zł – wykonawca, który wygra przetarg. Dodatkowo, podmiot realizujący zamówienie będzie samodzielnie zwracać Operatorowi Systemu viaTOLL koszty nieplanowanych, „doraźnych” prac serwisowych.

Z tego zamawiający wywodzi uprzywilejowaną pozycję odwołującego i utrudnienie uczciwej konkurencji w postępowaniu. Zamawiający twierdzi, że dodatkowych kosztów (tj. kosztów niezwracanych przez zamawiającego) cyt. „nie ponosiłby Kapsch Telematic Services sp. z o.o. – czyli wykonawca viaTOLL”. Zdaniem zamawiającego uprawnia to do wykluczenia odwołującego z postępowania.

Stanowisko zamawiającego opiera się jednak na błędnych założeniach, z następujących przyczyn:

A. Zamawiający błędnie utożsamia spółkę Kapsch z Operatorem Systemu viaTOLL. Operatorem Systemu viaTOLL jest bowiem konsorcjum trzech spółek, a spółka Kapsch jest jedynie jednym z uczestników tego konsorcjum. Konsorcjum wspólnie odpowiedzialne jest za eksploatację krajowego systemu poboru opłat, które to zadanie wykonuje na podstawie umowy zawartej w ramach udzielenia zamówienia publicznego z GDDKiA. Realizacja umowy kontrolowana jest przez GDDKiA.

B. Mając to na uwadze błędnym jest założenie, że odwołujący nie poniesie kosztów związanych z czynnościami dodatkowymi i uczestnictwem w pracach serwisowych powyżej kwoty 150.000 zł.

Odwołujący – podobnie jak każdy inny podmiot – będzie musiał rozliczyć się względem Operatora Systemu viaTOLL z uczestnictwa przedstawicieli tego ostatniego przy przeprowadzanych pracach i opłacić koszty tego uczestnictwa. Będzie to musiało znaleźć odzwierciedlenie w zapisach księgowych zarówno spółki Kapsch jak również Operatora Systemu viaTOLL. Wykonawca poniesie opisywane koszty tak, jak każdy inny podmiot.

C. Dodatkowo, nie jest możliwe różnicowanie przez Operatora Systemu viaTOLL stawek za uczestnictwo w pracach serwisowych – a co za tym idzie, niemożliwym jest „preferencyjne” traktowanie spółki Kapsch przez Operatora Systemu viaTOLL na etapie wykonywania umowy.

Podkreślenia wymaga, że stawki za udział w pracach określone są w SIWZ. Powyższe wyklucza – z perspektywy Operatora Systemu viaTOLL – możliwość arbitralnego różnicowania ich wysokości w zależności od podmiotu, który wygra przetarg. Również w tym zakresie zatem, Wykonawca nie ma uprzywilejowanej pozycji względem innych konkurentów.

D. Co najważniejsze, brak jest związku między czynnościami podejmowanymi przez odwołującego w związku z przygotowaniem postępowania, a ewentualną „uprzywilejowaną” pozycją odwołującego na etapie wykonywania umowy.

Jak wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie KIO, samo uczestniczenie wykonawcy w przygotowywaniu postępowania nie stanowi wystarczającej podstawy do wypełnienia dyspozycji normy wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp. Koniecznym warunkiem jest, aby udział wykonawcy prowadził do zachwiania konkurencji. W konsekwencji naruszenie konkurencji musi być konsekwencją udziału odwołującego w pracach przygotowawczych.

Nawet przyjmując, na potrzeby niniejszego argumentu, spełnienie w sprawie pozostałych przesłanek przywoływanego przepisu, brak jest związku pomiędzy udziałem odwołującego w czynnościach opisanych w punkcie 1, a teoretycznym uprzywilejowaniem odwołującego w postępowaniu.

Jak wskazuje bowiem sam zamawiający, rzekoma uprzywilejowana pozycja spółki Kapsch ujawnia się w postępowaniu wyłącznie w zakresie prac, których koszty nie są zwracane przez zamawiającego. Dotyczy to w szczególności prac serwisowych powyżej kwoty 150.000 PLN. Abstrahując od twierdzeń zamawiającego, jakoby odwołujący miał tych kosztów w ogóle „nie ponosić”, konsekwencją przytoczonego argumentu zamawiającego jest uznanie, że gdyby wszystkie koszty prac z udziałem Operatora Systemu viaTOLL były refundowane przez zamawiającego, „uprzywilejowanie” odwołującego, a co za tym idzie naruszenie konkurencji, nie miałyby miejsca.

Decyzja, co do tego, jaki wymiar kosztów prac serwisowych będzie zwracany przez zamawiającego, została podjęta samodzielnie przez zamawiającego.

To zamawiający zdecydował o wykorzystaniu elementów systemu viaTOLL przy funkcjonowaniu systemu informacji meteorologicznej, którego wykonanie jest przedmiotem postępowania. Konsekwencją tej decyzji była konieczność zapewnienia udziału operatora tego systemu przy prowadzeniu prac przy elementach wchodzących w jego skład. W odpowiedzi na zapytanie, operator zaproponował stałe, zryczałtowane stawki za poszczególne rodzaje czynności przy jego uczestnictwie. Zamawiający zdecydował się natomiast na ograniczenie własnej odpowiedzialności przez wskazanie maksymalnej kwoty, do której będzie zwracał wykonawcy systemu informacji meteorologicznej koszty takiej asysty.

Przytaczane przez zamawiającego, ewentualne faktyczne zróżnicowanie pozycji poszczególnych podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia (któremu odwołujący ponownie zaprzecza) jest wyłącznie konsekwencją kolejnych decyzji podejmowanych samodzielnie przez zamawiającego: tj. decyzji o wykorzystaniu bramownic w nowym systemie oraz decyzji o ograniczeniu refundacji kosztów związanych z udziałem Operatora viaTOLL.

Nie ma związku pomiędzy czynnościami podejmowanymi przez odwołującego „w związku z przygotowaniem postępowania”, a ewentualnym zakłóceniem konkurencji, będącym skutkiem okoliczności podawanych przez zamawiającego. Powyższe wyklucza zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp.

3. Wykluczenie odwołującego jako nadużycie prawa i posiadanej pozycji przez zamawiającego

Czynność wykluczenia odwołującego należy postrzegać jako nadużycie przez zamawiającego swojej pozycji jako podmiotu organizującego postępowanie w przedmiocie zamówienia publicznego oraz nadużycie instytucji opisanej w art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Postępowanie zamawiającego prowadzi do uznania, że w każdym postępowaniu, w którym zamawiający będzie zamierzał wykorzystać elementy systemu viaTOLL (a ze względu na zasięg tego systemu należy przyjąć, że może on być wykorzystywany również przy przyszłych zamówieniach), istnieć będzie automatyczna podstawa do wykluczenia spółki Kapsch z udziału w takich postępowaniach, niezależnie od wpływu takiego udziału na uczciwą konkurencję.

Odwołujący był zobowiązany do udzielenia zamawiającemu określonych informacji dotyczących systemu viaTOLL na podstawie łączącej ich umowy. Jeśli jednak zamawiający miał świadomość, że zażądanie informacji od odwołującego prowadzić może do wykluczenia odwołującego z późniejszego przetargu, powinien był poinformować o tym odwołującego.

Niedopuszczalne jest traktowanie przez zamawiającego udzielenia informacji, do czego odwołujący był zobowiązany, jako udziału w przygotowaniu postępowania, a tym bardziej

jako udziału bezpośredniego. Gdyby przyjąć inaczej, to wykonawca musiałby odmawiać zamawiającemu różnych informacji o działaniu systemu viaTOLL, z uwagi na fakt, że zamawiający może ich użyć do przygotowania przetargu.

Działanie zamawiającego jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym celem art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp. *Ratio legis* tego przepisu jest bowiem ochrona konkurencji na rynku zamówień publicznych wyeliminowanie wykonawców nadużywających swojej pozycji w związku z udziałem w przygotowaniu przetargu. Warunkiem *sine qua non* wykluczenia wykonawcy jest w konsekwencji świadome działanie takiego wykonawcy, skierowane na polepszenie pozycji w postępowaniu przetargowym przez udział w jego przygotowaniu. Dodatkowym argumentem przemawiającym za taką interpretacją jest zmiana przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp przez ustawodawcę. Wcześniejszy przepis z 2004 r. mówił jedynie o wykonywaniu czynności.

Włączenie przez zamawiającego wyjaśnień udzielonych przez odwołującego bez istotnego ingerowania w ich treść do opz można uznać za świadome kreowanie istotnych warunków zamówienia w taki sposób, którego konsekwencją będzie późniejsze niedopuszczenie (wykluczenie) konkretnego wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Wszystkie kluczowe dotyczące argumentów przywoływanych przez zamawiającego jako uzasadniające wykluczenie spółki Kapsch, były autonomicznymi decyzjami zamawiającego. W szczególności dotyczy to decyzji, aby w przedmiotowym postępowaniu wykorzystać fragmenty systemu viaTOLL oraz decyzji, aby ograniczyć wymiar kosztów zwracanych przez zamawiającego podmiotowi, który wygra przetarg. Działanie zamawiającego, polegające na żądaniu od odwołującego informacji, a następnie „karaniu” go za udzielenie tych informacji przez wykluczenie z postępowania jest nie tylko sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa, ale także narusza zasady współzycia społecznego. Jest to nadużycie prawa i pozycji zamawiającego i jako takie nie korzysta z ochrony prawnej.

4. Brak ustosunkowania się przez zamawiającego do argumentów przytoczonych w piśmie odwołującego

Odwołujący w piśmie z **19.11.2013 r.** przedstawił zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące braku utrudnienia uczciwej konkurencji przez udział odwołującego w postępowaniu.

W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu zamawiający nie ustosunkował się jednak w żadnym stopniu do wyjaśnień odwołującego, na stronie 5 zawiadomienia, zamawiający stwierdził jedynie lakonicznie, że wyjaśnienia „nie pozwoliły zamawiającemu na stwierdzenie, że nie została w przedmiotowym postępowaniu zaburzona uczciwa konkurencja”. Zamawiający uchylił się tym samym od ustosunkowania do poszczególnych argumentów przytoczonych przez odwołującego, co uniemożliwia ustalenie, na jakich okolicznościach faktycznych i argumentach prawnych zamawiający oparł decyzję o wykluczeniu.

Zgodnie z wyrokiem ETS z 3 marca 2005 r. nie można wykluczyć wykonawcy bez umożliwienia mu wykazania, że w danym przypadku zdobyte doświadczenie nie mogło zniekształcić konkurencji w postępowaniu. Podobne stanowisko zajęła KIO m.in. w wyroku z 6 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1108/11), stwierdzając, że wykonawca nie może być wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 bez możliwości wykazania, że jego udział w przygotowaniu postępowania, o ile wystąpił, nie naruszał utrudnienia nieuczciwej konkurencji. Sam udział w przygotowaniu postępowania np. opracowanie dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej nie stanowi wystarczającej przyczyny wykluczenia (wyrok KIO z 12 czerwca 2011 r., KIO 691/11).

W przedmiotowej sprawie zamawiający zwrócił się do odwołującego o udzielenie takich wyjaśnień, co odwołujący uczynił w piśmie z **19.11.2013 r.** Należy jednak uznać, że wystąpienie do odwołującego z prośbą o udzielenie wyjaśnień miało w postępowaniu czysto fikcyjny charakter. Zamawiający nie rozważył argumentów przedstawionych przez odwołującego i nie odniósł się do nich w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania. Przykładowo zamawiający pominął argumenty odwołującego o braku bezpośredniego wykonywania przez odwołującego czynności związanych z przygotowaniem postępowania i zamawiający nie ustosunkował się do tej przesłanki w uzasadnieniu decyzji.

Umożliwienie wykonawcy złożenia wyjaśnień przed podjęciem decyzji o jego wykluczeniu jest normą o charakterze gwarancyjnym, mającym zapewnić wykonawcom możliwość obrony swoich praw w postępowaniu.

Cel powyższego przepisu nie jest spełniony w sytuacji, gdy zamawiający co prawda zwraca się do wykonawcy z prośbą o udzielenie takich wyjaśnień, lecz następnie zbywa je ogólnym twierdzeniem, jakoby udzielone wyjaśnienia „nie pozwoliły ona zamawiającemu na stwierdzenie, że konkurencja nie została zaburzona”.

Zgodnie ze stanowiskiem zaprezentowanym w wyroku wyrok Krajowej Izby Odwoławczej ciężar udowodnienia przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp spoczywa na zamawiającym, gdyż on ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny polegający na wykluczeniu wykonawcy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 9 września 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1858/10).

Brak rzetelnego ustosunkowania się przez zamawiającego do złożonego przez odwołującego wyjaśnień podważa zaufanie do prawidłowości przeprowadzenia postępowania oraz narusza prawa odwołującego w postępowaniu.

5. Podsumowanie

Jak wskazuje doktryna i orzecznictwo KIO, z uwagi na szczególnie sankcyjny charakter przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp i dotkliwe dla wykonawcy konsekwencje jego zastosowania wykładnia tego przepisu powinna mieć charakter ścisły.

Mając na uwadze całość przytoczonych okoliczności i argumentów nie można uznać, że w przedmiotowej sprawie zostały spełnione przesłanki art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Zamawiający nie był zatem uprawniony do wykluczenia odwołującego z postępowania.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 02.12.2013 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 03.12.2013 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 10.12.2013 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez zamawiającego – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 Pzp.

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby nie zostały wypełnione przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp., to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał posiadania interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia. Nawet w przypadku uznania zasadności podniesionych w

odwołaniu zarzutów, odwołujący nie może uzyskać zamówienia, bo jego oferta nie jest ofertą najtańszą, a cena była jedynym kryterium oceny ofert. Odwołujący nie kwestionował zasadności wyboru oferty innego wykonawcy, oferty z bezwzględnie najniższą ceną. Izba wskazuje, że w art. 179 ust. 1 Pzp, który brzmi „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, chodzi o interes wyrażający się w konkretnej możliwości uzyskania zamówienia. Interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia musi być pewny. Nie można interesu opierać na samych teoretycznych możliwościach. Odwołujący musi wykazać, że jego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, jeżeli zamawiający wykona wszystkie czynności zgodnie z przepisami prawa lub gdy zamawiający nie wykona czynności niezgodnych z przepisami.

W rozpoznawanej sprawie odwołujący nawet w przypadku uwzględnienia odwołania nie uzyskałby zamówienia, gdyż zaoferowana cena nie pozwalałaby uznać oferty odwołującego za najkorzystniejszą. Nie było to sporne podczas rozprawy.

Za stwierdzeniem przez Izbę braku interesu we wniesieniu odwołania przemawia również fakt, że odwołujący nie zmierza do bezpośredniego uzyskania zamówienia, a dopiero interes odwołującego konkretyzowałby się, gdyby zaszły kolejne zdarzenia, które są wymienione w art. 94 ust. 3 Pzp. Przepis ten brzmi „Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1 [Pzp]”.

Zdaniem Izby podkreślenia wymaga fakt, że odwołujący nie próbował nawet wykazać braku podstaw do wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy ani prawdopodobieństwa ziszczenia się przesłanek do wyboru oferty odwołującego.

Zdaniem Izby naruszenie interesu musi zostać wykazane w konkretnym postępowaniu na moment wniesienia odwołania, a w tej dacie najkorzystniejszą ofertą była wybrana oferta innego wykonawcy, gdyż była to oferta opiewająca na najniższą cenę (niższą również od ceny oferty odwołującego). Istotne w tym postępowaniu jest również, że cena była jedynym kryterium wyboru ofert.

Ponadto Izba wskazuje, że dla skuteczności złożenia środka ochrony prawnej konieczne jest wykazanie szkody. Wykazanie to musi zaistnieć ze względu na treść cytowanego przepisu art. 179 ust. 1 Pzp. W treści tego przepisu została zawarta koniunkcja przez użycie spójnika „oraz” (ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia **oraz** poniósł lub może

ponieść szkodę). W związku z tym muszą zaistnieć jednocześnie obie przesłanki: (1) interes i (2) szkoda.

Szkoda musi wynikać z naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa. W rozpoznawanym stanie faktycznym nie sposób uznać, że odwołujący poniósł lub może ponieść szkodę, gdyż nawet w przypadku potwierdzenia się zasadności zgłoszonych zarzutów, odwołujący nie uzyskałby zamówienia.

Szkoda dotyczy sytuacji, gdy wskutek naruszenia przepisów ustawy, odwołujący utracił możliwość wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. W rozpoznawanej sprawie nie może to mieć miejsca, gdyż oferta odwołującego nie jest ofertą z najniższą ceną, a cena była jedynym kryterium oceny ofert.

Izba, rozpoznając odwołanie, ma obowiązek z urzędu zweryfikować wypełnienie przez podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej przesłanki materialnoprawnej wynikającej z **art. 179 ust. 1 Pzp**. Wobec braku możliwości stwierdzenia wystąpienia tej przesłanki rozpatrzenie zarzutów stało się bezprzedmiotowe.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....