

WYROK
z dnia 4 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2014 r. przez Odwołującego – **SKB sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Łodzi (92-228), przy ul. Wedmanowej 12**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Komendę Wojewódzką Policji w Łodzi, ul. Lutomierska 108/112, 91-048 Łódź**,

przy udziale Wykonawcy – **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie (01-518), przy ul. Gen. Zajączka 9**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego – **SKB sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Łodzi (92-228), przy ul. Wedmanowej 12** z udziału w postępowaniu i uznania oferty Odwołującego za odrzuconą;
- 1.2. unieważnienie czynności badania i oceny oferty Odwołującego – **SKB sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Łodzi (92-228), przy ul. Wedmanowej 12**;
- 1.3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego – **SKB sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Łodzi (92-228), przy ul. Wedmanowej 12**.

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Komendę Wojewódzką Policji w Łodzi, ul. Lutomierska 108/112, 91-048 Łódź, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – **SKB sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Łodzi (92-228), przy ul. Wedmanowej 12**, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego – **Komendy Wojewódzkiej Policji w Łodzi, ul. Lutomska 108/112, 91-048 Łódź** na rzecz Odwołującego – **SKB sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Łodzi (92-228), przy ul. Wedmanowej 12** kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych 00/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w Łodzi, ul. Lutomiarska 108/112, 91-048 Łódź prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z budową nowego obiektu dla potrzeb I Komisariatu Policji KMP w Łodzi, adres lokalizacji: Łódź, ul. Sienkiewicza 28/30” (znak sprawy: FZ- 2380/4/14/EK), zwane dalej „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 lutego 2014 r. pod nr 2014/S 042-069161.

Pismem z dnia 9 maja 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawcę – SKB sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Łodzi (92-228), przy ul. Wedmanowej 12 (dalej: „Odwołujący”) o wykluczeniu go z udziału w Postępowaniu z uwagi na ziszczenie się przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp. Na uzasadnienie podał m.in. że ww. wpisał w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia B..... C....., który to będzie pełnił funkcję projektanta przy realizacji przedmiotu zamówienia. Tymczasem B..... C..... opracował i przygotował dla Zamawiającego program inwestycji pn.: „Komisariat Komendy Miejskiej Policji w Łodzi, budowa nowej siedziby przy ul. Sienkiewicza 28/30, dz. Nr 163/6”, który jest składowym i wiodącym elementem opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 3 do umowy. Powyższa okoliczność doprowadziła Zamawiającego do wniosku, że Odwołujący posiada przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami, co spowodować musiało jego wykluczenie w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Odwołujący zaskarżył powyższą czynność i związane z nią uznanie jego oferty za odrzuconą, formułując w treści odwołania wniesionego w dniu 19 maja 2014 r. następujące zarzuty:

1. naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez uznanie, iż wskazanie jako projektanta B..... C..... stanowi utrudnienie konkurencji wobec faktu, iż osoba ta przygotowywała dla Zamawiającego program inwestycji pn.: „Komisariat Komendy Miejskiej Policji w Łodzi, budowa nowej siedziby przy ul. Sienkiewicza 28/30, dz. Nr 163/6”, który stanowił część składową opisu przedmiotu zamówienia w Postępowaniu;
2. naruszenie przepisu art. 92 ust. 1 pkt. 3 Pzp przez brak prawidłowego

uzasadnienia faktycznego i prawnego, z którego wynikałoby z jakich okoliczności Zamawiający wywodzi fakt, iż wskazanie przez Odwołującego B..... C..... jako projektanta na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu spowodował uczestniczenie tej osoby w sporządzeniu oferty odwołującego i utrudnienie konkurencji.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w Postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą,
2. unieważnienie czynności oceny i badania oferty Odwołującego,
3. powtórzenie czynności oceny i badania ofert,
4. uznania Odwołującego za wykonawcę spełniającego warunki udziału w Postępowaniu i zaproszenie go do udziału w aukcji elektronicznej.

Na uzasadnienie przesłanek legitymujących Odwołującego do wniesienia odwołania wskazano, że jest on potencjalnym wykonawcą zainteresowanym w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego dotyczy Postępowanie. Podkreślono, że Zamawiający w sposób niezgodny z prawem wykluczył Odwołującego z udziału w Postępowaniu. Tymczasem, gdyby Odwołujący nie został wykluczony miałby możliwość udziału w Postępowaniu, a tym samym – uzyskania zamówienia. Na skutek niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia publicznego i związanego z tym zarobku, co uzasadnia możliwość poniesienia szkody.

Przechodząc do postawionych Zamawiającemu zarzutów Odwołujący wskazał, że w dniu 9 maja 2014 r. został poinformowany o wykluczeniu go z udziału w Postępowaniu, ponieważ w ocenie Zamawiającego posłużenie się przez niego B..... C..... stanowi utrudnienie konkurencji. Osoba ta przygotowywała dla Zamawiającego program inwestycji pn: „Komisariat Komendy Miejskiej Policji w Łodzi, budowa nowej siedziby przy ul. Sienkiewicza 28/30, dz. Nr 163/6”, który stanowił część składową opisu przedmiotu zamówienia w Postępowaniu. Odwołujący stwierdził, że istota sporu opiera się na ocenie prawnej i faktycznej przesłanek, czy fakt posłużenia się osobą projektanta, który opracował program inwestycji, który jest składowym i wiodącym elementem opisu przedmiotu zamówienia w Postępowaniu wystarczył do uznania w niniejszej sprawie, iż Odwołujący podlega wykluczeniu z udziału w nim. Wskazał, że art. 24 ust. 2 pkt. 1 Pzp przewiduje wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdy łącznie spełnione są następujące przesłanki:

1. wykonawca wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem

prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności;

2. zachodzi związek pomiędzy wykonywaniem przez wykonawcę bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania, a czynnością sporządzenia samej oferty (istnieje związek przyczynowy pomiędzy czynnościami związanymi z przygotowaniem postępowania o zamówienie publiczne, a czynnością sporządzenia oferty);
3. udział tych wykonawców w postępowaniu utrudnia uczciwą konkurencję.

Odwołujący wyjaśnił, że w treści oferty wskazał, iż osobą pełniącą funkcję projektanta przy realizacji przedmiotu zamówienia będzie B..... C..... Przyznał, że ww. uczestniczył w przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia w Postępowaniu, jednakże – zdaniem Odwołującego – nie uzasadnia to automatycznego wykluczenia go z udziału w Postępowaniu. Podkreślił że B..... C..... nie uczestniczył w sporządzaniu oferty, bowiem robili to pracownicy Odwołującego. Wyjaśnił również, że dopiero w razie ewentualnej wygranej podejmie on współpracę z B..... C....., natomiast obecnie (na etapie składania ofert) osoba ta była Odwołującemu potrzebna jedynie do wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Odwołujący zaznaczył, że w doktrynie, jak również w orzecznictwie KIO i ETS podkreśla się, iż z samego faktu posłużenia się osobami, które wykonywały czynności związane z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie można wywodzić, że wykonawca taki automatycznie ma przewagę nad innymi wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. To, czy wykonawca, posługując się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności był w uprzywilejowanej sytuacji zależy od okoliczności występujących na etapie przygotowania postępowania przetargowego. Dla ustalenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji istotne znaczenie ma więc zakres informacji uzyskanych przez wykonawcę, który zrealizował bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, a także stopień trudności przygotowania oferty. Jeśli więc udział takich osób nie utrudni uczciwej konkurencji, sam fakt uczestnictwa w fazie przygotowawczej postępowania nie stanowi przesłanki wykluczenia. Wykluczenie może mieć miejsce jedynie wtedy, gdy wykonawca lub osoba, którą posługuje się on w celu sporządzenia oferty, mogły wpłynąć na kształt opisu przedmiotu zamówienia lub innych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jest w stosunku do pozostałych wykonawców uprzywilejowany, a zamawiający nie może zrównoważyć ich pozycji w postępowaniu, np. poprzez zapewnienie wyczerpujących wyjaśnień, przedłużanie terminu składania ofert lub wniosków albo

modyfikację SIWZ. jeśli okaże się, że rozwiązania w niej nieprzewidziane mogą spełnić wszystkie oczekiwania zamawiającego.

W dalszej części uzasadnienia odwołania Odwołujący stwierdził, że 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 jakkolwiek rzeczywisty wpływ na treść oferty wykonawcy. Obecne przepisy dopuszczają w szerokim zakresie powoływanie się na zdolności innych podmiotów, co jeszcze nie oznacza, iż podmioty te – poza wskazaniem ich w ofercie w określonym kontekście – w jakikolwiek sposób mają wpływ na jej treść. Odwołujący zasygnalizował przy tym, że Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu, iż wskazanie B..... C..... jako projektanta oznaczało jego udział w przygotowaniu oferty Odwołującego, a tym samym spowodowało utrudnienie konkurencji. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanki pozytywnej (posłużenie się daną osobą w celu sporządzenia oferty), co warunkuje dalszą analizę, czy pomimo tej okoliczności udział wykonawcy w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.

Odwołujący podkreślił, że nawet, gdyby uznać, iż fakt wskazania danej osoby jako personelu wymaganego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu oznaczać miałyby – zgodnie z zapatrywaniem Zamawiającego – „posłużenie się osobą” w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt. 1 Pzp, to nie przesądza to automatycznie, że takie wskazanie stawia go w lepszej sytuacji od pozostałych wykonawców i tym samym utrudnia uczciwą konkurencję. Zasygnalizował bowiem, że w toku Postępowania Zamawiający: trzykrotnie udzielał wykonawcom wyjaśnień, które obejmowały opis przedmiotu zamówienia, dokonał przesunięcia terminu składania ofert i wreszcie otrzymał 5 ofert. Dodał również, że Postępowanie jest prowadzone w procedurze unijnej, co wiąże się z co najmniej 40-dniowym terminem składania ofert, a przedmiot zamówienia realizowany będzie w formule zaprojektuj i wybuduj, wobec czego brak jest szczegółowej dokumentacji projektowej, czy kosztorysów, które dawałby dodatkowe informacje pozwalające na zapewnienie szczegółowej wiedzy nie ujawnianej innym wykonawcom. Okoliczności te – zdaniem Odwołującego – wskazują, że nie prawdziwe jest twierdzenie Zamawiającego, jakoby wskazanie na głównego projektanta osoby B..... C..... w jego ofercie dało mu przewagę nad innymi wykonawcami.

Odwołujący stwierdził kolejno, że podejmując decyzję o wykluczeniu, Zamawiający powinien mieć na względzie również art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, wobec czego to na Zamawiającym ciążył ciężar wykazania ziszczenia się przesłanek

wykluczenia Odwołującego w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp. Okoliczności te – w ocenie Odwołującego – powinny znaleźć się w treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, na co wskazuje przepis art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp. Tymczasem w przedmiotowej sprawie uzasadnienie Zamawiającego sprowadzało się do wskazania, iż fakt przygotowania elementu opisu przedmiotu zamówienia oraz wskazanie B..... C..... jako osoby pełniącej funkcję głównego projektanta na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, przesądza o zaistnieniu przesłanek z art. 24 ust. 2 pkt. 1 Pzp i uzasadnia wykluczenie Odwołującego. Zamawiający powinien jednak wziąć pod uwagę konkretne okoliczności danej sprawy, czyli wykazać, co faktycznie dało przewagę wykonawcy wykonującemu niektóre czynności związane z przygotowaniem postępowania (np. jaka wiedza przy tym nabyta daje mu możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach, albo jakie informacje dodatkowe, niedostępne innym wykonawcom na temat danego przedmiotu zamówienia, uzyskał i w jaki sposób będzie mógł je wykorzystać dla uzyskania danego zamówienia). Reasumując Odwołujący stwierdził, że Zamawiający – lakonicznie uzasadniając decyzję o wykluczeniu go z Postępowania i nie odnosząc podstaw tej decyzji do konkretnych okoliczności – naruszył również przepis art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Na uzasadnienie wskazał, że dla ustalenia zaistnienia przesłanki posłużenia się w celu sporządzenia oferty należy przyjąć taką interpretację tego zwrotu, że dotyczy on sytuacji, w których wykonawca „użył” danej osoby w tym celu, aby złożyć ofertę. Przepis ten nie ogranicza się zatem wyłącznie do technicznej strony przygotowania oferty (skompletowania dokumentów i oświadczeń), ale swoim zakresem obejmuje również szczegółowe ustalenia mające wpływ na cenę oferty, jej treść, a co za tym idzie – efekt końcowy w postaci prawidłowego i terminowego zrealizowania zamówienia. Zdaniem Zamawiającego odwołanie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp do czynności *stricte* technicznych spowodowałoby, że byłby to przepis martwy, bowiem żaden zamawiający nie byłby w stanie udowodnić wykonawcy udziału określonych osób w czynnościach związanych ze sporządzeniem oferty.

Następnie Zamawiający podkreślił rolę, jaką w Postępowaniu odegrał B..... C..... – był on autorem programu funkcjonalno-użytkowego (PFU) i wstępnych kosztów inwestycji (WKI), wobec czego należy uznać, że wykonywał czynności związane z przygotowaniem Postępowania. Ponadto jego rolą było również sporządzanie odpowiedzi na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, z których część odnosiła się do PFU. Stąd, zdaniem Zamawiającego, B..... C..... stał się osobą wykonującą czynności w Postępowaniu, co zostało potwierdzone zarówno w jego protokole (druk ZP-PN),

ale również złożeniem przez ww. oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2 Pzp (druk ZP-1).

W zakresie przewagi konkurencyjnej Odwołującego Zamawiający podkreślił, że częścią składową PFU był harmonogram realizacji inwestycji wraz harmonogramem jej finansowania, które to również zostały sporządzone przez B..... C..... Miały one – w ocenie Zamawiającego – decydujący wpływ na wartość inwestycji. Zaznaczył przy tym, że koszty poszczególnych etapów robót, jak i czas potrzebny na ich wykonanie znane były wyłącznie B..... C..... znacznie wcześniej niż wszczęto Postępowanie. Zamawiający skonstatował, że powyższe okoliczności miały wpływ na skalkulowanie ceny oferty Odwołującego, ponieważ posiadał on wiedzę niedostępną innym uczestnikom Postępowania. Ponadto wskazał, że B..... C..... posiada wszystkie sporządzone przez siebie dokumenty w formie elektronicznej, co w razie wygrania przetargu przez Odwołującego znacznie skróci mu czas wykonania dokumentacji oraz obniży koszt jej sporządzenia. Stwierdził również, że sporządzenie dokumentacji projektowej jest elementem cenotwórczym, bowiem jest ona podstawą realizacji zamówienia (źródłem wiedzy o sposobie jego wykonania). Co więcej, Zamawiający podkreślił, że B..... C..... ma również wiedzę o dokumentach charakteryzujących budowę komend i komisariatów Policji (Księga Standaryzacji Komend i Komisariatów Policji Polskiej z lipca 2013 r., Księga znaku i elementów identyfikacji wizualnej Komend i Komisariatów Policji z czerwca 2013 r., Wytyczne nr 3 Komendanta Głównego Policji z 30 lipca 2013 r.), co – zdaniem Zamawiającego – także stawia Odwołującego, który korzysta z pomocy B..... C....., w uprzywilejowanej pozycji, bowiem umożliwia mu wcześniejsze poznanie specyfiki związanej z przedmiotem zamówienia.

Zamawiający zaznaczył, że nie bez znaczenia jest okoliczność, że tylko Odwołujący nie składał wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ. Robili to natomiast inni wykonawcy, wnosząc dodatkowo o udostępnienie im dokumentów, które nie zostały dołączone do SIWZ, a które – ich zdaniem – były niezbędne do przygotowania oferty. Dodał, że sprawą kluczową jest termin realizacji zamówienia przypadający na 21 grudnia 2015 r., co przy tak rozległym i specyficznym przedmiocie zamówienia jest przedsięwzięciem ryzykownym.

Reasumując, Zamawiający stwierdził, że wykazanie B..... C..... jako głównego projektanta stawia Odwołującego w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do innych wykonawców ze względu na jego szczególną znajomość przedmiotu zamówienia, możliwość maksymalnego skrócenia czasu na sporządzenie dokumentacji projektowej oraz wpływ tych czynników na cenę oferty.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił

wykonawca Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie (01-518), przy ul. Gen. Zajęzka 9, zwany dalej „Przystępującym”. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z zachowaniem wymogów, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania podkreślając prawidłowość postępowania Zamawiającego.

Na rozprawie przed Izbą strony i Przystępujący podtrzymali dotychczas wyrażone stanowiska.

Odwołujący argumentował uzupełniająco, że nie otrzymał od B..... C..... żadnych dodatkowych informacji odnoszących się do przedmiotu zamówienia (w tym map oraz powołanych w odpowiedzi na odwołanie dokumentów dotyczących budowy budynków Policji), na dowód czego przedłożył pisemne oświadczenia B..... C..... i osoby upoważnionej do reprezentacji Odwołującego. Dodał, że jego oferta wcale nie jest najkorzystniejsza, zaś przyjmując zapatrywanie Zamawiającego taka właśnie powinna być, a o utrudnianiu uczciwej konkurencji nie może być mowy także dlatego, że w ramach Postępowania ma zostać przeprowadzona aukcja elektroniczna, wobec czego każdy z wykonawców będzie mógł jeszcze konkurować ceną za realizację przedmiotu zamówienia.

Zamawiający podkreślił natomiast znaczenie złożenia przez B..... C..... oświadczenia, że pozostaje on z Odwołującym w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności (druk ZP-1). Zasygnalizował również, że dowód wykazania braku naruszenia, bądź utrudniania uczciwej konkurencji spoczywa na Odwołującym.

Przystępujący poparł argumentację Zamawiającego, kwestionując jednocześnie wartość dowodową przedłożonego przez Odwołującego na rozprawie oświadczenia B..... C.....

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

Na wstępie stwierdzono, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Izba zauważyła również, że nie była sporna między stronami okoliczność, że B..... C..... opracował dokumenty składające się na opis przedmiotu zamówienia (PFU i WKI). Stąd też, mając na względzie, że – po pierwsze – dokumenty te zostały użyte w Postępowaniu, po drugie – Zamawiający powołał się na tą okoliczność w piśmie

informującym Odwołującego o jego wykluczeniu z udziału w Postępowaniu i – po trzecie – sam Odwołujący przyznał, że B..... C..... przygotowywał opis przedmiotu zamówienia należało uznać – wbrew zapatrywaniom Odwołującego – że wykazana została przesłanka bezpośredniości, o której mowa w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp. Istotą sprawy było natomiast rozstrzygnięcie, czy w takich okolicznościach wskazanie B..... C..... w wykazie osób załączonym do oferty Odwołującego stanowi wypełnienie przesłanki posłużenia się określoną osobą w celu sporządzenia oferty oraz czy jest to przejaw przewagi konkurencyjnej Odwołującego względem innych wykonawców biorących udział w Postępowaniu.

Tytułem wstępu do omówienia pierwszego ze sformułowanych zagadnień Izba zauważa, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp, z uwagi na jego sankcyjny charakter, powinien być wykładany ściśle. Wobec tego nie sposób zgodzić się z interpretacją Zamawiającego, że pojęcie posłużenia się określoną osobą w celu sporządzenia oferty „[...]obejmuje także szczegółowe ustalenia mające wpływ na cenę oferty, jej treść, a co za tym idzie efekt końcowy w postaci prawidłowego i terminowego zrealizowania przedmiotu zamówienia.[...]” (odpowiedź na odwołanie, str. 3). Należy bowiem zauważyć, że z treści omawianego przepisu nie wynika, aby zawartą w nim sankcję należało odnosić, jak chce tego Zamawiający, do etapu realizacji zamówienia publicznego. Trzeba mieć także na względzie, że użyty w komentowanej regulacji wyraz „sporządzić” należy tłumaczyć jako „wykonać”, „przygotować” (www.sjp.pl) i brak jest – w ocenie Izby – podstaw do innego niż językowe tłumaczenia tego sformułowania. W konsekwencji nieuprawnione jest twierdzenie, że wskazanie konkretnej osoby w wykazie osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia (czyli w dokumencie składanym w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 *in fine* Pzp – argument z § 1 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Dz.U.2013.231) stanowi o posłużeniu się taką osobą w celu sporządzenia oferty, z czym mielibyśmy przykładowo do czynienia, gdyby wykonawca powierzył jej przygotowanie oferty, doprowadzając do sytuacji, w której miałaby ona rzeczywisty wpływ na treść zawartego w ofercie oświadczenia woli wykonawcy w zakresie szeroko rozumianego sposobu spełnienia przez niego świadczenia w przypadku wyboru jego oferty. Gdyby jednak przyjąć zapatrywanie Zamawiającego odnośnie prawidłowej interpretacji przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp (do czego – w ocenie Izby – brak jest podstaw z przyczyn omówionych powyżej), to w jego treści znalazłoby się sformułowanie „w celu uzyskania zamówienia”, nie zaś „w celu sporządzenia oferty”.

Odnosząc się natomiast do kwestii przewagi konkurencyjnej Odwołującego Izba stwierdziła, że prawidłowe zastosowanie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp winno być poprzedzone udowodnieniem przez zamawiającego, że udział konkretnego wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stoi w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji. Dopiero ziszczenie się tego warunku aktualizowałoby po stronie tego wykonawcy obowiązek wykazania, że w realiach rozpatrywanej sprawy uczestnictwo w procedurze przetargowej nie koliduje ze wspomnianą zasadą. Trzeba mieć zawsze na uwadze, że nieprawidłową praktyką jest automatyzm w stosowaniu tej przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Może się bowiem okazać, że pomimo ziszczenia się pozostałych warunków, od których zależy zastosowanie wspomnianej sankcji względem danego wykonawcy będzie mógł on skutecznie ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na brak naruszenia konkurencyjności w procedurze przetargowej.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy Izba zauważyła, że w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z udziału w Postępowaniu Zamawiający powołał się ogólnie na okoliczność, że „[...]Wykonawca mógł wcześniej aniżeli inni uczestnicy postępowania zapoznać się z istotnym elementem SIWZ (opisem przedmiotu zamówienia – przyp. Izby), który jest podstawą do opracowania dokumentacji projektowej[...]” (pismo Zamawiającego z dnia 9 maja 2014 r.). Izba miała jednak na uwadze, że Zamawiający nie tylko w żaden sposób tej okoliczności nie udowodnił, ale również nie zaofiarował on Izbie dowodów na okoliczności przeciwne do wynikających z treści oświadczeń B..... C..... i samego Odwołującego, które to Izba wzięła pod uwagę przy rozstrzygnięciu o zarzutach odwołania.

Abstrahując od opisanej powyżej kwestii Izba zwróciła uwagę, że w treści omawianej korespondencji brak jest wskazania jakie konkretne korzyści dla Odwołującego płynąć miałyby z rzekomej wcześniejszej znajomości opisu przedmiotu zamówienia. Ich konkretyzacji Zamawiający dokonał dopiero w odpowiedzi na odwołanie przytaczając jednak chybione, bądź nieudowodnione, zdaniem składu orzekającego, okoliczności.

Nie mogło odnieść oczekiwanego przez Zamawiającego skutku odwoływanie się do argumentu, że B..... C..... posiadał wcześniej wiedzę o kwocie, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, czy też o kosztach poszczególnych etapów robót i czasie potrzebnym na ich wykonanie, co miało znaleźć przełożenie na skalkulowanie ceny oferty Odwołującego. Izba stwierdziła w tym zakresie, że cena oferty Odwołującego i jej miejsce w ogólnej klasyfikacji ofert nie wskazuje na wykorzystanie w jakikolwiek sposób rzekomo posiadanej przez niego wiedzy związanej z przedmiotem zamówienia. Odwołujący złożył bowiem ofertę droższą o ponad pięć i pół miliona od oferty

Przystępującego, wobec czego została ona sklasyfikowana na czwartym, przedostatnim miejscu. Tymczasem podzielać zapatrywanie Zamawiającego należałoby przyjąć, że Odwołujący powinien złożyć ofertę najkorzystniejszą na obecnym etapie Postępowania, co jednak nie miało miejsca. Stąd za irrelevantne dla dokonania oceny prawidłowości czynności Zamawiającego uznano odwoływanie się do charakteru wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia przewidzianego dla wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie.

Rozpatrując natomiast wpływ wcześniejszego zapoznania się B..... C..... z dokumentami w postaci Księgi Standaryzacji Komend i Komisariatów Policji Polskiej z lipca 2013 r., Księgi znaku i elementów identyfikacji wizualnej Komend i Komisariatów Policji z czerwca 2013 r., Wytocznych nr 3 Komendanta Głównego Policji z 30 lipca 2013 r., których znajomość miała – w ocenie Zamawiającego – ułatwić przygotowanie oferty Izba miała na względzie, że zgodnie z pkt 3.4 SIWZ dokumenty te stanowiły koncepcję przykładową, służącą do wstępnego określenia zakresu prac projektowych i budowlanych, natomiast zadaniem wykonawcy było zaproponowanie własnego autorskiego projektu na podstawie wskazówek zamieszczonych w załącznikach do umowy, który spełniać miał oczekiwania Zamawiającego. Nie jest zatem tak, że tylko gruntowna ich znajomość przesądzać miała o możliwości złożenia konkurencyjnej oferty i uzyskania zamówienia, bowiem każdy z wykonawców i tak miał przedstawić własną koncepcję realizacji przedmiotu zamówienia. Uwagę zwraca również okoliczność, że Zamawiający nie odrzucił żadnej oferty z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ, co ewentualnie mogłoby potwierdzać wniosek, że wcześniejsza znajomość ww. dokumentów zwiększała szanse na uchronienie oferty wykonawcy przed jej odrzuceniem z tego tytułu. Izba wzięła również pod uwagę niezaprzeczone przez Zamawiającego twierdzenia Odwołującego o wcześniejszych zamówieniach wykonywanych na rzecz Policji, podczas których mógł się on zapoznać z omawianymi dokumentami.

Nie mogło również przesądzać o zasadności stanowiska Zamawiającego odwoływanie się do okoliczności, że w Postępowaniu wpłynęło wiele wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ, którym towarzyszyło udostępnianie pierwotnie nieujawnionych do wiadomości wykonawców dokumentów, ale żaden nie pochodził od Odwołującego. Korzystanie przez wykonawcę z możliwości przewidzianej przepisem art. 38 ust. 1 Pzp nie jest obowiązkowe, zatem brak wspomnianych wniosków od konkretnego podmiotu nie może prowadzić do konkluzji, że posiada on więcej informacji o przedmiocie zamówienia od swoich potencjalnych konkurentów i że źródłem tych informacji są osoby, o których mowa w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp. Przyczyny braku aktywności Odwołującego na omawianym polu można byłoby równie dobrze upatrywać w okoliczności, że inni wykonawcy wyczerpali swoimi wnioskami

także i jego wątpliwości. Z kolei okoliczność, że Zamawiający, rozpatrując wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, udostępniał wykonawcom dodatkowe dokumenty nie przesądza o istnieniu przewagi Odwołującego nad konkurencją nie tylko z uwagi na fakt, że nie zostało udowodnione, jakoby posiadał on te dokumenty wcześniej od innych uczestników postępowania przetargowego, ale także z tej przyczyny, że nie wykazano wpływu późniejszego ujawnienia pewnych informacji na konkurencyjność. Odwołanie się do okoliczności, że B..... C..... udzielał odpowiedzi na ww. wnioski również nie przesądza o istnieniu przewagi konkurencyjnej po stronie Odwołującego, bowiem nie zostało udowodnione, że treść przygotowywanych przez niego wyjaśnień preferowała w jakikolwiek sposób Odwołującego, albo że „[...]pozwalało to w pewnym stopniu rozeznaczyć podmioty konkurencyjne, a także planowane przez tych wykonawców rozwiązania[...]” (odpowiedź na odwołanie, str. 5), a przede wszystkim w jaki sposób miałyby to wpłynąć na treść oferty Odwołującego.

W zakresie kluczowej w ocenie Zamawiającego kwestii terminu wykonania zamówienia (zarówno na przygotowane dokumentacji projektowej, jak i realizacji zadania inwestycyjnego) Izba stwierdziła natomiast, że nie były one kwestionowane przez wykonawców, wobec czego – składając oferty w Postępowaniu – zaakceptowali ustalone przez Zamawiającego terminy, jako realne (możliwe do dotrzymania).

Reasumując, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał, aby udział Odwołującego w Postępowaniu naruszał uczciwą konkurencję pomiędzy nim, a innymi wykonawcami. Wzięła również pod uwagę to, że zgodnie z pkt 18.2 SIWZ Zamawiający w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadzi aukcję elektroniczną, otrzymał on bowiem – jak to wynika z dokumentacji Postępowania – 3 oferty niepodlegające odrzuceniu (nie licząc oferty Odwołującego), co Izba uznała za okoliczność wzmacniającą mechanizmy konkurencyjności w Postępowaniu. Uwzględniono również, że wykonawcy dysponowali długim czasem na przygotowanie oferty i że Zamawiający udzielał odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ na tyle precyzyjne, że nie zaszła konieczność odrzucenia jakiegokolwiek ze złożonych ofert.

Finalnie, nie mogło stanowić argumentu przemawiającego za koniecznością wykluczenia Odwołującego z udziału w Postępowaniu odwoływanie się do faktu złożenia przez B..... C..... oświadczenia, że pozostaje on z Odwołującym w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności tych osób. Trzeba mieć bowiem na względzie, że przepis art. 17 Pzp odnosi się do udziału określonych osób w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po stronie podmiotu zamawiającego, co nie wyklucza ich działania na rzecz danego wykonawcy.

W zakresie drugiego ze sformułowanych w treści odwołania zarzutów Izba stwierdziła, że obowiązkiem Zamawiającego było – zgodnie z przepisem art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp – podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania. Powinność tą należy, zdaniem Izby, odczytywać w ten sposób, że konieczne jest podanie wszystkich okoliczności faktycznych znanych zamawiającemu na moment podejmowania konkretnej decyzji. Zestawienie treści pisma Zamawiającego z dnia 9 maja 2014 r., informującego Odwołującego o jego wykluczeniu oraz odpowiedzi na odwołanie prowadzi do wniosku, że Zamawiający uściślił okoliczności faktyczne podjętej decyzji dopiero na etapie postępowania odwoławczego, co powoduje, że także i ten zarzut Odwołującego jest uzasadniony.

Biorąc powyższe za podstawę Izba uznała, że konieczne jest unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w Postępowaniu i nakazanie dokonania ponownego badania i oceny oferty Odwołującego (przy jednoczesnym unieważnieniu wcześniejszych wyników tej czynności). Izba nie przesądza tym samym o dalszych losach Odwołującego w Postępowaniu, czy też złożonej przez niego oferty, tym niemniej wskazuje, że wykluczenie go na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp było nieuzasadnione z uwagi na nieziszczenie się przesłanek z niego wynikających.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 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.2010.41.238).

Przewodniczący: