

Sygn. akt: KIO 520/11

WYROK
z dnia 25 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Socotec Polska sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Krakowski Holding Komunalny S.A. w Krakowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Halcrow Group Limited, w Londynie, Wlk. Brytania** oraz **Biuro Projektów Architektonicznych i Budowlanych AiB sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale **Grontmij Polska sp. z o.o. w Poznaniu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Savona Project sp. z o.o. w Tarnowie** oraz **Polinvest sp. z o.o. w Krakowie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Ekocentrum sp. z o.o. we Wrocławiu**, **Sogreah Polska sp. z o.o. w Warszawie**, **Sogreah Consultants SAS w Echirolles, Francja**, **International Management Services sp. z o.o. w Krakowie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia do składania ofert, unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, z uwzględnieniem konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu

2. Kosztami postępowania obciąża **Krakowski Holding Komunalny S.A. w Krakowie**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Socotec Polska sp. z o.o. w Warszawie**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset złotych zero groszy) przez **Krakowski Holding Komunalny S.A. w Krakowie** na rzecz **Socotec Polska sp. z o.o. w Warszawie** stanowiącej uzasadnione koszty strony 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. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Krakowski Holding Komunalny S.A. w Krakowie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Kontrakt nr 5: Pomoc techniczna dla jednostki realizującej projekt dla projektu pn. „Program gospodarki odpadami komunalnymi w Krakowie”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 grudnia 2010 r., nr 2011/S 233-356902.

W dniu 3 marca 2011 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu Socotec Polska sp. z o.o. w Warszawie zwanego dalej „odwołującym” o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, a także o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków, a także o wykonawcach, którzy zostali zaproszeni do składania ofert.

Dnia 11 marca 2011 r. odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

- a) czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu,
- b) zaniechania czynności zaproszenia odwołującego do złożenia oferty,
- c) zaniechania czynności przekazania odwołującemu specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- d) czynności sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia,
- e) zaniechania czynności wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Halcrow Group Limited, w Londynie, Wlk. Brytania oraz Biuro Projektów Architektonicznych i Budowlanych AiB sp. z o.o. w Warszawie,
- f) czynności dokonania badania i oceny wniosku złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Halcrow Group Limited, w Londynie, Wlk. Brytania oraz Biuro Projektów Architektonicznych i Budowlanych AiB sp. z o.o. w Warszawie,
- g) czynności zaproszenia do złożenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Halcrow Group Limited, w Londynie, Wlk. Brytania oraz Biuro Projektów Architektonicznych i Budowlanych AiB sp. z o.o. w Warszawie,

- h) zaniechania czynności wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału przez wykonawcę EKO-KONSULTING-PROJEKT „CONSEKO-BBM-DESIGN” S.A. w Krakowie,
- i) zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy EKO-KONSULTING-PROJEKT „CONSEKO-BBM-DESIGN” S.A. w Krakowie,
- j) czynności zaproszenia do złożenia oferty wykonawcy EKO-KONSULTING-PROJEKT „CONSEKO-BBM-DESIGN” S.A. w Krakowie,
- k) zaniechania czynności wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Savona Project sp. z o.o. w Tarnowie oraz Polinvest sp. z o.o. w Krakowie,
- l) czynności zaproszenia do złożenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Savona Project sp. z o.o. w Tarnowie oraz Polinvest sp. z o.o. w Krakowie.

Wyżej wymienionym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 1, art. 51 ust. 1, 2 i 4 oraz w art. 9 ust. 1, art. 24 ust. 1 i 2 pkt 4, art. 26 ust. 1, 2a, 2b, 3, oraz 29 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, iż zamawiający niezasadnie wykluczył go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Wskazywał, że wprawdzie opracowywał na zlecenie zamawiającego dokumenty (ogłoszenie oraz siwz) dotyczące zamówienia usługi pomocy technicznej dla projektu „Program gospodarki odpadami komunalnymi w Krakowie”, jednakże opracowania te nie są tymi dokumentami na podstawie, których Zamawiający przygotował, wszczął i prowadzi przedmiotowe postępowanie. Wskazywał na różnice występujące pomiędzy treścią ogłoszenia o zamówieniu i opisu przedmiotu zamówienia, które przygotowywał, a postanowieniami ww. dokumentów, które upublicznił zamawiający. Podnosił, że nawet jeżeli rezultat prac Odwołującego został wykorzystany, to nastąpiło to po istotnej ingerencji Zamawiającego, zaś charakter prac Odwołującego nie był bezpośrednio związany z tym konkretnym przetargiem. Teoretyczny konflikt interesów, zniekształcenie konkurencji, posiadanie możliwości, brak zamiaru utrudniania, nie może być uzasadnieniem zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który nakazuje wykluczenie jedynie w sytuacji realnego i udowodnionego utrudnienia uczciwej konkurencji.

Podnosił, że nie znał wcześniej treści opublikowanego ogłoszenia, ani treści opisu przedmiotu zamówienia i poznał je równocześnie z innymi wykonawcami. Zamawiający samodzielnie wyznaczył termin składania wniosków o dopuszczenie w postępowaniu. Co

więcej, to na wezwanie Odwołującego, Zamawiający po istotnej modyfikacji ogłoszenia dodatkowo przesunął powyższy termin, tak aby był zgodny z art. 12a ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp.

Ustawowy minimalny termin składania ofert to 40 dni. Zamawiający opublikował opis przedmiotu zamówienia na swojej stronie internetowej równocześnie z publikacją ogłoszenia o przetargu ograniczonym. Tym samym dał wszystkim wykonawcom dodatkowy czas na zapoznanie się z przedmiotem zamówienia. Zakres wcześniej znanych mu informacji nie daje żadnych podstaw do wcześniejszego przygotowania oferty.

Posiadanie informacji dotyczących organizacji pracy Zamawiającego, posiadanej przez pracowników wiedzy i kompetencji, wykorzystywanych dokumentów, kanałów komunikacji, relacji interpersonalnych, zaangażowania pracowników, przebiegu współpracy Zamawiający-wykonawca, stopnia przygotowania projektu do realizacji, tempa planowanych prac nie jest bezpośrednim wykonywaniem czynności związanych z prowadzonym postępowaniem dotyczącym pomocy technicznej. Zwracał uwagę, że zakończył świadczenie usług przygotowawczych do Projektu budowy spalarni odpadów 7 miesięcy temu. Podnosił, że od tamtej pory wymienione przez zamawiającego informacje uległy zmianom. Zamawiający w 2010 r. udzielił wielu zamówień aktualizujących przygotowanie Projektu, np. zamówienie pn.: „Opracowanie struktury Jednostki Realizującej Projekt (dalej JRP) oraz podręcznika procedur JRP ze szczególnym uwzględnieniem nadzoru, monitorowania i rozliczania przedsięwzięcia, szkoleniem personelu JRP oraz wdrożenia procedur w zakresie zarządzania finansowo-technicznego Projektu”. Efekt wykonania tejże usługi jest odwołującemu nieznany.

Zwracał uwagę, że w ramach działania nr 1 - przygotowanie zamawiającego do wdrażania i realizacji Projektu zadaniem wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana, będzie opracowanie organizacji pracy zamawiającego, wykorzystywanych dokumentów, kanałów komunikacji, etc. Ewentualne posiadanie informacji nt. zamawiającego nie ma także wpływu na przygotowanie korzystniejszej oferty w zakresie działania nr 1, gdyż pozyskanie aktualnych informacji do wykonania tegoż działania jest proste i nie zajmuje dużo czasu – gdyż zamawiający wyznaczył na wykonanie całego działania 1 miesiąc. Jeżeli nawet przyjąć, iż posiadanie ww. informacji ma znaczenie, to zamawiający wiedząc o tym, zgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp winien je zamieścić w opisie przedmiotu zamówienia.

Podnosił, iż inni wykonawcy, którzy złożyli wnioski w przedmiotowym postępowaniu, nie zostali wykluczeni, a świadczyli także usługi w ramach Projektu budowy spalarni odpadów, na rzecz zamawiającego:

- Grontmij Polska Sp. z o.o. - „Opracowanie struktury Jednostki Realizującej Projekt (dalej JRP) oraz podręcznika procedur JRP ze szczególnym uwzględnieniem nadzoru,

monitorowania i rozliczania przedsięwzięcia szkoleniem personelu JRP oraz wdrożenia procedur w zakresie zarządzania finansowo-technicznego Projektu;

- Savona Project Sp. z o.o. - „Opracowanie części technicznej Studium Wykonalności przedsięwzięcia „Budowa Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów przy ul. Giedroycia w Krakowie" o wydajności 220 000 T/r", „Weryfikacja prawidłowości sporządzenia PFU, Koncepcji Programowo Przestrzennej oraz Wniosku o ustalenie lokalizacji celu publicznego dla przedsięwzięcia pod nazwą „Budowa Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów Komunalnych przy ul. Giedroycia w Krakowie".

Wywodził, że kompetencje personelu zamawiającego czy sposób organizacji pracy mogą zmienić się zanim dojdzie do udzielenia przedmiotowego zamówienia. Ponadto nikt nie może zaręczyć, że osoby zatrudnione u zamawiającego pozostaną przez cały okres realizacji kontraktu jego pracownikami. Wreszcie to sam zamawiający może dla potrzeb realizacji umowy dokonać określonych personalnych ustaleń odmiennych od dotychczasowych.

Odwołujący podnosił również w treści odwołania, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Halcrow Group Limited, w Londynie, Wlk. Brytania oraz Biuro Projektów Architektonicznych i Budowlanych AiB sp. z o.o. w Warszawie nie złożyli wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w formie pisemnej. Wskazywał, że wymóg zachowania takiej formy wynikał z pkt.VI.3)3.a) ogłoszenia o zamówieniu. Wywodził, że znaku graficznego z dolnego rogu strony nie można uznać za podpis.

Ponadto zarzucał, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Halcrow Group Limited, w Londynie, Wlk. Brytania oraz Biuro Projektów Architektonicznych i Budowlanych AiB sp. z o.o. w Warszawie w wykazie osób nie wykazali spełnienia warunków udziału w zakresie specjalisty ds. zamówień publicznych, a dot. posiadania 5 lat doświadczenia zgodnie z ustawą Pzp. Wskazywał, że wykonawcy wykazali posiadanie doświadczenia osoby proponowanej na stanowisko specjalisty ds. zamówień publicznych sprzed roku 2004, a więc dotyczące ustawy o zamówieniach publicznych.

Na podstawie całości dokumentacji postępowania, w tym treści protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, odwołania, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeń przystąpienia, dokumentów i oświadczeń złożonych podczas rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono również, że odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący podnosił, że niezasadnie został wykluczony z udziału w postępowaniu w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Przywoływany przepis stanowi, że wykluczeniu z postępowania podlegają wykonawcy, „którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania (...), chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji”.

W piśmiennictwie i orzecznictwie podnosi się, że celem ww. przepisu jest wyeliminowanie z postępowania podmiotów, które nabyły w trakcie uczestnictwa w przygotowaniu postępowania wiedzę, która może je stawiać lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Izba ustaliła, że w dniu 15 lutego 2010 roku odwołujący zawarł umowę z Narodowym Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Warszawie, reprezentowanym na podstawie pełnomocnictwa przez Prezesa Zarządu Krakowskiego Holdingu Komunalnego S.A. w Krakowie. W oparciu o ww. umowę w okresie od 15 lutego 2010 roku do 30 czerwca 2010 roku odwołujący przygotowywał dla zamawiającego dokumentację dotyczącą projektu „Program gospodarki odpadami komunalnymi w Krakowie”. Zakres obowiązków odwołującego obejmował sporządzenie programu funkcjonalno-użytkowego, opracowanie koncepcji programowo-przestrzennej, opracowanie wniosku o ustalenie lokalizacji inwestycji celu publicznego, opracowanie dokumentacji przetargowej dla kontraktów realizowanych w ramach przedsięwzięcia.

W ramach czynności wykonania projektów dokumentacji przetargowej odwołujący sporządził projekt ogłoszenia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opisu przedmiotu zamówienia, projekt umowy, również dotyczących przedmiotowego postępowania, tj. pomocy technicznej dla jednostki realizującej projekt dla projektu pn. „Program gospodarki odpadami komunalnymi w Krakowie”.

W celu ustalenia, czy przygotowanie ww. dokumentów stanowiło podstawę wykluczenia wykonawcy, ocenie należało poddać, czy udział odwołującego w czynnościach mających na celu przygotowanie postępowania miał charakter bezpośredni oraz czy utrudnił uczciwą konkurencję. Przeprowadzenie czynności takich jak sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, kryteriów oceny ofert niewątpliwie stanowi o bezpośrednim wykonaniu czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania. Ustawa Pzp w Dziale II Rozdziale 2 wymienia wprost czynności, jakie wykonuje się w ramach przygotowania postępowania. Należy do nich m.in. opisanie przedmiotu zamówienia, przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Do czynności takich należy zaliczyć również przygotowanie ogłoszenia o zamówieniu. Analogiczny pogląd wyraziła Izba w wyroku z dnia 30 lipca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 730/08.

Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 2 grudnia 2008 r. (KIO/UZP 1303/08), rezultat prac przygotowawczych musi zostać wykorzystany przez zamawiającego bez istotnej ingerencji. Wobec powyższego należało ustalić, czy przygotowane przez odwołującego dokumenty nie zostały znacząco zmienione przez zamawiającego. Izba w tym celu porównała treść ogłoszenia o zamówieniu, opisu przedmiotu zamówienia w wersji przygotowanej przez odwołującego z ostateczną wersją tych dokumentów jaka została wykorzystana przez zamawiającego w postępowaniu.

Izba ustaliła, że zamawiający zmienił tryb postępowania o udzielenie zamówienia. W wersji proponowanej przez odwołującego był to tryb przetargu nieograniczonego, zaś zamawiający ostatecznie wszczął postępowanie w trybie przetargu ograniczonego. Pewnej modyfikacji uległy również proponowane przez odwołującego warunki udziału w postępowaniu, choć w tym przypadku zmiany nie były daleko idące. Zmiany w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganej od wykonawcy, a także w zakresie wymogu dysponowania osobą technologa, osobą doradcy ds. techniczno – budowlanych, osobą doradcy ds. prawnych miały głównie charakter doprecyzowujący. Zmiany w zakresie wymogu dysponowania osobą proponowaną na stanowisko lidera zespołu i doradcy ds. finansowo - księgowych polegały generalnie na zaostrzeniu warunku doświadczenia wymaganego od tych osób. Ponadto zamawiający zmodyfikował wymóg dotyczący dysponowania specjalistą ds. gospodarki odpadami, oraz dodał wymóg dysponowania specjalistą ds. zamówień publicznych.

Izba ustaliła również, że nie uległ zasadniczym zmianom przygotowany przez odwołującego opis przedmiotu zamówienia. Porównując obie wersje dokumentów stwierdzono, że zamawiający usunął załączniki w postaci opisu istniejącego stanu odpadami i listę materiałów i dokumentów do udostępnienia wykonawcy przez zamawiającego. W zasadniczej części dokumentu niezmienione pozostały te elementy opisu przedmiotu

zamówienia, które dotyczyły zadań związanych z procesem przygotowania zamawiającego do wdrażania i realizacji projektu, doradztwa czy szkoleń. Biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotowego postępowania, a mianowicie że przedmiot postępowania dotyczy usługi pomocy technicznej dla zamawiającego należało stwierdzić, że kluczowa część przedmiotu zamówienia, polegająca na przygotowaniu zamawiającego do wdrażania i realizacji projektu inwestycyjnego, opiniowaniu dokumentacji technicznych, doradztwie prawnym, finansowo księgowym, prowadzeniu szkoleń nie uległa istotnej zmianie, miała charakter doprecyzowujący lub formalny, czasami wręcz stylistyczny. Spełniona została więc pierwsza z wymienionych w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp przesłanek.

Drugą przesłanką wykluczenia, którą należało poddać ocenie, był ewentualny wpływ opracowania przez odwołującego projektów opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu na utrudnienie uczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z brzmieniem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp oraz utrwalonym w orzecznictwie ETS i KIO stanowiskiem, sam fakt bezpośredniego wykonania czynności związanych z przygotowaniem postępowania nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy. Koniecznym jest stwierdzenie utrudnienia uczciwej konkurencji. (por. orzeczenie ETS C-21/03 C-34/03, Fabricom S.A. przeciwko Belgii, orzeczenie KIO/UZP/986/08). Jako przykład okoliczności, utrudniających uczciwą konkurencję można wskazać wiedzę pozyskaną w trakcie przygotowania postępowania, czy też pozyskanie dodatkowych informacji o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia. Okoliczności te mogą zapewniać przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania. Przewaga ta może się wyrażać w możliwości szybszego i precyzyjniejszego przygotowania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu czy oferty. Zakłócenie uczciwej konkurencji polegać może również na możliwości dokonania głębszej analizy inwestycji, zminimalizowania ryzyk i zaoferowania niższej ceny. Istotny jest zatem zakres informacji pozyskanych przez wykonawcę w toku przygotowywania postępowania i niedostępnych dla innych uczestników postępowania.

Okoliczność zmiany trybu postępowania świadczy o tym, że odwołujący, który przygotował projekt ogłoszenia o zamówieniu nie mógł się spodziewać, że zamawiający zapraszał będzie do składania ofert wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, albowiem czynności tej nie wykonuje się w przypadku trybu przetargu nieograniczonego. Natomiast zasadniczo wcześniej niż inni wykonawcy odwołujący poznał treść warunków udziału w postępowaniu. W oparciu o wiedzę pozyskaną w trakcie przygotowania postępowania mógł jeszcze przed ogłoszeniem postępowania gromadzić dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w

postępowaniu dotyczące własnego doświadczenia, a także ewentualnego doświadczenia podmiotów, na których doświadczeniu i wiedzy mógł polegać na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Odwołujący mógł również wcześniej, aniżeli inni wykonawcy, poszukiwać kandydatów na stanowiska technologa, doradcy ds. techniczno – budowlanych, doradcy ds. prawnych, posiadających odpowiednie uprawnienia i doświadczenie, a wymogi co do których znane były mu wcześniej aniżeli innym wykonawcom. O tym, iż okoliczności te mogły utrudnić uczciwą konkurencję w niniejszym postępowaniu świadczy fakt, że niektórzy wykonawcy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu w terminie wymaganym przez zamawiającego. Zrównoważenie przewagi konkurencyjnej odwołującego nastąpiło w pewnym zakresie poprzez wydłużenie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Nie sposób nie zauważyć jednak, że wymogi w zakresie doświadczenia wykonawcy, a także doświadczenia i uprawnień osób wymaganych na poszczególne stanowiska, choć proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, to jednak określone zostały na wysokim poziomie, co mogło mimo wszystko utrudnić innym wykonawcom wykazanie ich spełnienia w wyznaczonym przez zamawiającego terminie i w konsekwencji wpłynąć na ich wykluczenie z udziału w postępowaniu.

Jednakże zasadniczym obszarem, na którym może dojść do zaburzenia uczciwej konkurencji jest wycena usługi. Izba wzięła pod uwagę, że przedmiotem postępowania jest świadczenie pomocy technicznej dla zamawiającego w zakresie realizacji projektu „Program gospodarki odpadami komunalnymi w Krakowie”. Wsparcie zarządzania realizacją projektu polegać będzie w szczególności na przygotowaniu zamawiającego do realizacji projektu, doradztwie dla zamawiającego w zakresie technicznym, prawnym i ekonomicznym, prowadzeniu szkoleń dla zamawiającego oraz przygotowywaniu projektów wymaganych raportów. Izba podziela zatem stanowisko zamawiającego, że realizacja ww. elementów wiąże się ze ścisłą współpracą z pracownikami zamawiającego. Oczywistym jest, że sposób tej współpracy w dużej mierze wpłynie na zakres czynności wykonywanych przez wykonawcę i będzie miał wpływ na ilość pracy, jaką wykonawca będzie musiał włożyć w wykonanie niniejszego zamówienia. Istotnym jest, że zgodnie z opisem przedmiotem zamówienia wykonawca wykonywał będzie w miarę pojawiających się potrzeb zamawiającego opinie, oceny, analizy w zakresie prawnym, finansowo – księgowym i technicznym. Ilość ww. opracowań nie jest możliwa do oszacowania na etapie opisu przedmiotu zamówienia, a więc zamawiający nie może przewagi konkurencyjnej odwołującego zniwelować poprzez określenie nakładu pracy. Nakład pracy jaki poniesie wykonawca stanowi jego ryzyko, które musi w kalkulować w cenę oferty. Ryzyko to jest tym większe, im mniejsza wiedza, kompetencje, rzeczywiste zaangażowanie pracowników zamawiającego, albo niewłaściwe działanie kanałów informacyjnych i procedur

funkcjonujących u zamawiającego. A zatem powzięte na etapie przygotowania postępowania informacje na temat posiadanej przez pracowników zamawiającego faktycznej wiedzy i kompetencji, faktycznego zaangażowania tych osób w wykonywanie poszczególnych zadań, wykorzystywanych dokumentów, kanałów komunikacji itp. odnoszą się w analizowanym postępowaniu bezpośrednio do przedmiotu zamówienia. Jak słusznie zauważył zamawiający informacje te pozwalają na bardziej realne oszacowanie pracochłonności, a w konsekwencji właściwą wycenę niezbędnych do wykonania usług. Informacje te nie są i nie będą dostępne innym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia.

Podnieść należy, że zamawiający nie ma możliwości zrównoważenia uprzywilejowania odwołującego. Niemożliwym jest bowiem, pomimo zachowania należytej staranności i wypełniając dyspozycję art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, opisanie faktycznych kompetencji i wiedzy pracowników zamawiającego, ich skrupulatności i zaangażowania. Pozycja konkurencyjna odwołującego w postępowaniu - z uwagi na opracowanie dokumentacji - jest i będzie korzystniejsza od innych wykonawców w nim uczestniczących, którzy informacje o nim czerpać będą jedynie z SIWZ, a nie z informacji powziętych na etapie przygotowania postępowania. Argument odwołującego, że inni wykonawca będą mieli możliwość pozyskać niezbędne informacje na temat procedur i struktur, kompetencji pracowników zamawiającego w trakcie pierwszego miesiąca realizacji umowy nie jest przekonujący. Istotnym jest bowiem to, że kalkulacja ryzyka odbywa się w momencie szacowania ceny oferty. Uwzględnienie w cenie oferty informacji, które pozyskane zostaną dopiero w trakcie realizacji usługi, nie będzie więc możliwe. Trudno też przypuszczać, iż aby w trakcie świadczenia usługi nastąpiła wymiana wszystkich merytorycznych pracowników Zamawiającego zaangażowanych w realizację projektu.

Argument, iż inni wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia tj. Grontmij Polska Sp. z o.o. oraz Savona Project Sp. z o.o. współpracowali z Zamawiającym przy realizacji projektu, a nie zostali wykluczeni z udziału w postępowaniu nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że wykonawca Grontmij Polska Sp. z o.o. wykonał usługę o nazwie *Opracowanie struktury Jednostki Realizującej Projekt (dalej JRP) oraz podręcznika procedur JRP ze szczególnym uwzględnieniem nadzoru, monitorowania i rozliczania przedsięwzięcia szkoleniem personelu JRP oraz wdrożenia procedur w zakresie zarządzania finansowo-technicznego Projektu*. Natomiast wykonawca Savona Project Sp. z o.o. świadczył na rzecz zamawiającego usługę pn. *„Opracowanie części technicznej Studium Wykonalności przedsięwzięcia „Budowa Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów przy ul. Giedroycia w Krakowie” o wydajności 220 000 T/r”, „Weryfikacja prawidłowości sporządzenia PFU, Koncepcji Programowo Przestrzennej oraz Wniosku o ustalenie lokalizacji celu*

publicznego dla przedsięwzięcia pod nazwą „Budowa Zakładu Termicznego Przekształcania Odpadów Komunalnych przy ul. Giedroycia w Krakowie”.

Izba wzięła pod uwagę, że wykonawcy ci nie wykonywali bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem niniejszego postępowania dotyczącego pomocy technicznej. Nie wykonywali oni bowiem czynności sporządzenia projektu opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ogłoszenia o zamówienia w niniejszym postępowaniu, a więc nie podlegają wykluczeniu. Przedmiot wykonywanych przez nich usług dotyczył innych elementów przygotowania projektu, a nie przygotowania zamówienia na pomoc techniczną. Nawet jeśli przyjąć, że w ramach współpracy z zamawiającym powzięli informacje, które świadczą o przewadze konkurencyjnej odwołującego w niniejszym postępowaniu, to i tak informacji tych nie posiadają pozostali wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Przechodząc do zarzutów odwołującego związanych z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Halcrow Group Limited, w Londynie, Wlk. Brytania oraz Biuro Projektów Architektonicznych i Budowlanych AiB sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej „konsorcjum Halcrow” Izba stwierdziła, że zarzuty te potwierdziły się.

Izba zważyła, że wymóg zachowania formy pisemnej wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wynikał z przepisu art. 27 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z pkt VI.3.3 ogłoszenia. Zgodnie z przywoływanym przepisem *W postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. W oparciu o ww. przepis, zamawiający w pkt VI. 3.3. ogłoszenia o zamówieniu zastrzegł wymóg zachowania formy pisemnej wniosku.*

Ponieważ ustawa Pzp nie określa żadnych szczególnych wymagań dotyczących formy pisemnej, zatem zasadnym jest odwołanie się do zasad wynikających z przepisów prawa cywilnego (art. 14 ustawy Pzp). W myśl przepisu art. 78 § 1 Kodeksu Cywilnego *„do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli”.*

Wobec braku ustawowej definicji podpisu, w celu ustalenia cech, jakim powinien odpowiadać podpis, zasadnym jest odwołanie się do orzecznictwa i doktryny prawa cywilnego, które wielokrotnie zajmowały się tym zagadnieniem. Pojęcie podpisu najpełniej wyjaśnił Sąd Najwyższy w uchwale składu 7 sędziów z 30 grudnia 1993 roku III CZP 146/93 OSNC 1994/5/94. Wprawdzie uchwała ta dotyczyła podpisu wystawcy weksla to jednak ma ona znaczenie ogólniejsze. W uchwale tej SN stwierdził, że *„Nie można zatem formułować*

ogólnych wskazań co do długości lub kształtu podpisu, poza tym, że ma on stanowić napisane nazwisko, niekoniecznie czytelnie, ale w sposób charakterystyczny dla osoby podpisanej. Istotne jest bowiem to, by napisany znak ręczny - przy całej tolerancji co do kształtu własnoręcznego podpisu - stwarzał w stosunku do osób trzecich pewność, że podpisujący chciał podpisać się pełnym swoim nazwiskiem oraz że uczynił to w formie, jakiej przy podpisywaniu dokumentów stale używa. Takiej pewności nie stwarzają same inicjały, czyli parafa, toteż nie mogą być one uznane za podpis wystawcy weksła.

W uchwale tej SN stwierdził również, że od podpisu odróżnia się parafę. *Parafę odróżnia od podpisu przede wszystkim funkcja. Parafa stanowi bowiem sposób sygnowania dokumentu, mający świadczyć o tym, że jest on przygotowany do złożenia podpisu* Parafowanie dokumentu świadczy jedynie o tym, że został on sygnowany, czyli przygotowany do złożenia podpisu. Złożenia na dokumencie tzw. parafy nie należy zatem traktować jako podpisania tego dokumentu. Parafa pełni bowiem w obrocie prawnym odmienną funkcję niż podpis.

Izba ustaliła, że podpis osoby umocowanej do podpisania wniosku znalazł się w piśmie przewodnim z 14 stycznia 2010 r. Jednakże pisma tego, pomimo iż zostało złożone równocześnie z pozostałą częścią dokumentów oznaczonych jako wniosek, nie można uznać za sam wniosek. Przesądza o tym sama treść ww. pisma, w którym podpisujący oświadczył, że składa „w załączeniu” wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. A zatem, pismo to, zgodnie z intencją samego podpisującego, nie stanowiło wniosku. Również w dokumentach oznaczonych jako wniosek brak było pisemnego oświadczenia o złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W szczególności o zachowaniu formy pisemnej nie świadczy treść stron tytułowych dokumentów oznaczonych jako wniosek (s. 1 i 2). Izba zważyła, że strony te zawierały informacje dotyczące nazwy zamawiającego, przedmiotu postępowania, wskazania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz określenie „wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”, co czyniło zadość elementom jakie powinien zawierać wniosek, jednakże oświadczenie to nie zostało opatrzone podpisem. Izba zważyła, że znaki graficzne znajdujące się na stronie 1 i 2 wniosku nie stanowiły podpisu, lecz parafę. Za decydujące w tym zakresie należało uznać oświadczenie pełnomocnika konsorcjum Halcrow. W trakcie rozprawy w dniu 22 marca 2011r. oświadczył on bowiem, że znaki graficzne złożone przez niego na stronie 1 i 2 wniosku są parafami. Ponieważ, jak wyjaśniono wcześniej, parafowanie dokumentu świadczy jedynie o tym, że został on sygnowany, czyli przygotowany do złożenia podpisu, to złożenia na stronie tytułowej tzw. parafy nie można było potraktować jako podpisania tego dokumentu.

Na uwzględnienie zasługiwał również zarzut odwołującego dotyczący nie wykazania przez konsorcjum Halcrow spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą przeznaczoną na stanowisko specjalisty ds. zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu *o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w szczególności odpowiedzialnymi za świadczenie usług i kontrolę jakości, posiadającymi następujące kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie, w tym: specjalista ds. zamówień publicznych posiadający:*

- *wykształcenie wyższe,*
- *co najmniej 5 – letnie doświadczenie zawodowe przy prowadzeniu postępowań o udzielenie zamówień publicznych, prowadzonych zgodnie z u.p.z.p.,*
- *doświadczenie w samodzielnym opracowaniu co najmniej 20 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnych z u.p.z.p., z czego co najmniej 5 specyfikacji dotyczyło zamówień o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00 PLN.*

W pkt III.2.1. ogłoszenia o zamówieniu zamawiający sprecyzował, że przez skrót „u.p.z.p.” należy rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zmianami). Wobec powyższego, wymóg minimum 5 – letniego doświadczenia zawodowego przy prowadzeniu postępowań o udzielenie zamówień publicznych, prowadzonych „zgodnie z u.p.z.p.”, opisany w pkt III.2.3 ogłoszenia, należało rozumieć jako wymóg doświadczenia przy prowadzeniu postępowań zgodnych z przepisami ww. ustawy, a nie ustawy z 1994 r. o zamówieniach publicznych.

Konsorcjum Halcrow złożyło wykaz osób, w którym na stanowisko specjalisty ds. zamówień publicznych zaproponowało osobę Pani Teresy G. Wykazał następujące doświadczenie ww. osoby: w okresie 15.05.2009 – 20.05.2010 (12 miesięcy), w okresie 16.01.1997-31.10.1997 (9,5 miesiąca), 15.01.1998-31.03.1998 (2,5 miesiąca), 1.12.1999-31.07.2001 (20 miesięcy), 01.09.1995-31.07.1996 (23 miesiące).

Izba wzięła pod uwagę, że ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zmianami) weszła w życie dnia 2 marca 2004 r., uchylając poprzednio obowiązującą ustawę o zamówieniach publicznych z 1994 r. Wobec powyższego doświadczenia zawodowego uzyskanego przy prowadzeniu postępowań o udzielenie zamówień publicznych, prowadzonych w okresie 16.01.1997-31.10.1997, 15.01.1998-31.03.1998, 1.12.1999-31.07.2001, 01.09.1995-31.07.1996, tj. przed dniem wejścia w życie ustawy Prawo zamówień publicznych, nie można było uznać za doświadczenia wymaganego przez zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub

może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie. Zamawiający, pomimo iż konsorcjum Halcrow nie złożyło wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w formie pisemnej i pomimo iż wykaz osób złożony przez to konsorcjum nie potwierdzał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą przewidzianą na stanowisko specjalisty ds. zamówień publicznych, ocenił wniosek i zaprosił konsorcjum do składania ofert.

W wykonaniu wyroku Izby zamawiający powinien unieważnić czynności zaproszenia do składania ofert, unieważnić czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz powtórzyć czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, z pominięciem wniosku konsorcjum Halcrow.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....