

WYROK
z dnia 7 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **LTT Sp. z o.o. (lider), P.W. Promont Sp. z o.o., Chemtrol Polska Sp. z o.o.** z siedzibą dla lidera konsorcjum: **ul. Łopuszańska 20, 02-220 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Kulturalno-Kongresowe Jordanki Sp. z o.o. w Toruniu, ul. Wały gen. Sikorskiego 8, 87-100 Toruń**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **L..... K....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BSC System – K..... L..... (lider) oraz M..... G....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Teatr M..... G.....** z siedzibą dla lidera konsorcjum: **ul. Zielone Zacisze 1/214, 03-294 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **LTT Sp. z o.o. (lider), P.W. Promont Sp. z o.o., Chemtrol Polska Sp. z o.o.** z siedzibą dla lidera konsorcjum: **ul. Łopuszańska 20, 02-220 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **LTT Sp. z o.o. (lider), P.W. Promont Sp. z o.o., Chemtrol Polska Sp. z o.o.** z siedzibą dla lidera konsorcjum: **ul. Łopuszańska 20, 02-220 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **LTT Sp. z o.o. (lider), P.W. Promont Sp. z o.o., Chemtrol Polska Sp. z o.o.** z siedzibą dla lidera konsorcjum: **ul. Łopuszańska 20, 02-220 Warszawa** rzecz **Centrum Kulturalno-Kongresowego Jordanki Sp. z o.o. w Toruniu, ul. Wały gen. Sikorskiego 8, 87-100 Toruń** kwotę **5 010 zł 07 gr** (słownie: pięć tysięcy dziesięć złotych siedem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu i noclegu.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę wyposażenia scenotechnicznego wielofunkcyjnej sali koncertowej w Toruniu”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Centrum Kulturalno-Kongresowe Jordanki Sp. z o.o. w Toruniu (dalej „zamawiający”) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm w składzie: LTT Sp. z o.o., P.W, Promont Sp. z o.o., Chemtrol Polska Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec zaniechania wykluczenia konsorcjum firm: BSC System – K..... L....., Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Teatr M..... G..... (dalej „Konsorcjum”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt. 1 ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”], poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum pomimo, że zachodzą okoliczności znane zamawiającemu, a stanowiące podstawę do podjęcie takiej decyzji,
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. wykluczenia z udziału w przetargu Konsorcjum,
2. dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W ocenie odwołującego Konsorcjum powinno zostać wykluczone z udziału w przetargu, ponieważ jednym z podmiotów wchodzących w jego skład jest Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Teatr z siedzibą w Grabowie (dalej „PS Teatr”) – udział w Konsorcjum jako jednego z jego członków – firmy PS Teatr, ze względu na skomplikowany zakres udzielanego zamówienia, stanowi o ziszczeniu się przesłanki określonej w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że istotne – w praktyce stanowiące ponad 90% wartości Części 1 zamówienia – elementy opisu przedmiotu zamówienia zostały sporządzone przez PS Teatr.

Podniósł, że wiedza uzyskana przez PS Teatr na etapie:

- przygotowywania dokumentacji projektowej,
- sporządzania projektu budowlanego i wykonawczego, który następnie po nieistotnym, zdaniem odwołującego, uaktualnieniu przez zamawiającego stanowił podstawę opisu przedmiotu zamówienia w zakresie Części 1 przetargu,

skutkuje zachwianiem zasady uczciwej konkurencji wobec pozostałych podmiotów ubiegających się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Podniósł także, że wiedza zdobyta w związku z dużym zaangażowaniem w przygotowanie

postępowania firmy PS Teatr daje przewagę temu wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, w tym odwołującym, co skutkuje przygotowaniem oferty na lepszych warunkach cenowych.

Wskazał, że PS Teatr, w ramach prac przy przygotowaniu postępowania, pozyskał informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia, przez co miał możliwość dokonania głębszej analizy inwestycji, co – w ocenie odwołującego – uzasadnia tezę, że udział PS Teatr w postępowaniu jako wykonawcy ubiegającego się o uzyskanie zamówienia prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Podniósł nadto, że PS Teatr, będąc podmiotem odpowiedzialnym za sporządzenie dokumentacji projektowej w zakresie Części 1 przedmiotowego przetargu odniósł z tego tytułu korzyści wpływające na zniekształcenie standardowych warunków uczciwej konkurencji.

Na potwierdzenie wskazał następujące okoliczności, które wpłynęły na zachwianie zasady uczciwej konkurencji i niezgodnie z obowiązującymi przepisami preferowały firmę PS Teatr:

1. co do okoliczności korzystnej dla PS Teatr, polegającej na tym, że dysponował niedostępną pozostałym uczestnikom przetargu wiedzą o całości projektu (Sali), w której jest realizowany przedmiot zamówienia wskazał, że jej znaczenie dla naruszenia zasady uczciwej konkurencji polega na tym, że PS Teatr, odpowiadając za projekt dotyczący Części 1 przetargu, pozyskał pełną wiedzę na temat kompletnego projektu architektonicznego, instalacji sanitarnych, budowlanego (konstrukcje - dopuszczalne obciążenia stropu), instalacji elektrycznych, kurtyn przeciwpożarowych, która umożliwia rozplanowanie sposobu realizacji zamówienia w pełny sposób, niedostępny dla pozostałych uczestników przetargu,
2. co do okoliczności korzystnej dla PS Teatr, polegającej na dopasowaniu projektu do oferowanych przez autora dokumentacji urządzeń i technologii (wygenerowanie przewagi konkurencyjnej, poprzez zaprojektowanie rozwiązań wg specyfikacji urządzeń oferowanych przez firmę sporządzającą projekt, tj. PS Teatr) wskazał, że jej znaczenie dla naruszenia zasady uczciwej konkurencji polega na tym, że projektant miał pełną swobodę w doborze urządzeń w większości niemożliwych do zamiany na urządzenia równoważne, poprzez które realizuje założenia projektowe, zaś dobór urządzeń został przeprowadzony z ewidentną korzyścią dla firmy sporządzającej projekt, będącej wyłącznym dystrybutorem na rynek polski większości proponowanych urządzeń, a tym samym mającej możliwość dowolnego kształtowania polityki cenowej na tymże rynku, co oznacza, że projektant, składając ofertę przetargową nie był zmuszony do angażowania pracy, czasu, środków finansowych, zespołu konsultantów technicznych w celu dokonania dopasowania i wyceny sprzętu możliwego do zaoferowania w przetargu,
3. co do okoliczności korzystnej dla PS Teatr, polegającej na tym, że udział w pracach związanych z opracowaniem dokumentacji projektowej daje preferencje czasowe wykonawcy na etapie przetargu wskazał, że jej znaczenie dla naruszenia zasady uczciwej konkurencji

polega na tym, że PS Teatr jako autor projektu dysponował większą ilością czasu na przygotowanie oferty, miał pełną wiedzę na temat rozwiązań projektowych, co umożliwia odpowiednio wcześniejsze podjęcie działań tzw. rezerwacji ceny u producentów sprzętu, co jest istotne ponieważ jedynym kryterium oceny ofert była cena realizacji zamówienia,

4. co do okoliczności korzystnej dla PS Teatr, polegającej na dysponowaniu wiedzą o wszystkich ewentualnych kolizjach projektowych wskazał, że jej znaczenie dla naruszenia zasady uczciwej konkurencji polega na tym, że autor projektu posiada pełną wiedzę o wszystkich elementach związanych z trudnościami, jakie mogą wystąpić na etapie realizacji zamówienia – również tymi, które nie są wskazane w projekcie; alternatywnie, sporządzając projekt jego autor ma pełną wiedzę o elementach projektu, które być może nie zaistnieją ze względów technicznych,
5. co do okoliczności korzystnej dla PS Teatr, polegającej na projektowaniu mechaniki jako istotnego elementu zakresu zamówienia wskazał, że jej znaczenie dla naruszenia zasady uczciwej konkurencji polega na tym, że PS Teatr jako projektant mechaniki, tj. najbardziej kosztochłonnego elementu Części 1 przetargu, zaprojektował systemy i technologie dostosowane do produktów, które sprzedaje, a nadto zaprojektował sposoby montażu i produkcji podzespołów zgodnie z własną techniką, co – w ocenie odwołującego – w oczywisty sposób stawia firmę PS Teatr w uprzywilejowanej pozycji w momencie, gdy konkuruje się wyłącznie ceną realizacji zamówienia; dodatkowo PS Teatr posiadał na etapie ogłaszania przetargu wykonane elementy dokumentacji mechaniki, które może bezpośrednio wykorzystać do dokumentacji warsztatowej (obliczenia, rysunki), a takich elementów projektu nie posiadają inni wykonawcy na etapie przetargu, urządzenia zastosowane w projekcie mechaniki nie stanowią w większości sprzętu standardowego, ale są projektowane pod konkretne zlecenie,
6. co do okoliczności korzystnej dla PS Teatr, polegającej na złożoności oferty i kosztach jej sporządzenia wskazał, że jej znaczenie dla naruszenia zasady uczciwej konkurencji polega na tym, że PS Teatr oparło szereg rozwiązań (np. oświetlenia) na produktach firm, których jest wyłącznym dystrybutorem, a ponieważ zamawiający wymagał dokonania wyceny kilkuset pozycji podmioty konkurujące z PS Teatr musiały:
 - przeznaczyć znacznie więcej czasu na czynności związane z poszukiwaniem zamienników do urządzeń wskazanych w projekcie i dystrybuowanych wyłącznie przez PS Teatr,
 - ponieść większe koszty sporządzenia oferty gdy jednocześnie PS Teatr uzyskał oszczędności związane z przygotowaniem oferty gdyż nie ponosił kosztów pracy inżynierów projektantów, którzy projekt urządzeń mieli opłacony wcześniej przez architekta (zleceniodawcy przy projektowaniu), toteż mógł ten koszt pracy inżynieryjnej pominąć w ofercie i umieścić w projekcie urządzenia mechaniki scenicznej, które posiada w ofercie, co utrudnia uczciwą konkurencję w połączeniu z argumentem nieseryjności produktów,

7. co do okoliczności korzystnej dla PS Teatr, polegającej na rygorystycznych wymogach w zakresie udokumentowania równoważności wskazał, że jej znaczenie dla naruszenia zasady uczciwej konkurencji polega na tym, że biorąc pod uwagę argumenty wskazujące na sporządzenie projektu w oparciu o technologię, rozwiązania i urządzenia oferowane do sprzedaży przez PS Teatr wykonawca ten nie musi ponosić kosztów związanych z odpowiednim sporządzeniem oferty, a przede wszystkim nie musi dokonywać doboru niejednokrotnie znacznie droższych urządzeń niż założone w projekcie, które są w dystrybucji projektanta.

Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę na treść odpowiedzi udzielanych przez zamawiającego na pytania w trakcie trwania przetargu (pytania nr 16-18 i 23), które wobec udziału w przetargu firmy sporządzającej opis przedmiotu zamówienia wpłynęły na możliwość złożenia korzystnej oferty przez firmę PS Teatr.

Odwołujący podniósł, że zaangażowanie PS Teatr w przygotowanie dokumentacji stanowiącej podstawę opisu przedmiotu zamówienia miało nie tylko miejsce w zakresie sporządzenia projektu, ale również przy jego weryfikacji i odbiorze przez zamawiającego. Wskazał, że po stronie zamawiającego osobą pełniącą funkcję konsultanta był J..... G....., będący jednocześnie konsultantem ds. technologii w firmie PS Teatr oraz jej założycielem, co wedle odwołującego oznacza, że osoby zatrudnione w PS Teatr pracowały nad opracowaniem projektu i odrębnie dla zamawiającego nad weryfikacją jego poprawności. Oceniał, że przy tak kompleksowym zaangażowaniu firmy PS Teatr nad sporządzeniem projektu, oczywistym jest, że pozyskana wiedza i „znajomość tematu” naruszają zasady uczciwej konkurencji.

W ocenie odwołującego zawarta przez zamawiającego umowa z firmą Manufaktura Technologiczna sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie ma jedynie pozorne znaczenie i czynności wykonane na jej podstawie nie wnoszą istotnych zmian do opracowanej przez PS Teatr dokumentacji projektowej. Uznał, że w analizie i optymalizacji dokonano jedynie ilościowych zmian poszczególnych urządzeń i zaznaczono, że wszystkie „muszą w pełni spełniać wymagania zawarte w Projekcie Wykonawczym opracowanym przez PS TEATR”. Podał, że Jednocześnie dodano dwa sztankiety sceny głównej i dwa sceny kameralnej z uwagą: „Dodatkowe sztankiety należy zaprojektować i uzgodnić z Inwestorem i Wykonawcą Elektroakustyki”.

Stanął na stanowisku, że analizy i optymalizacji nie można traktować jako dokumentacji, ponieważ zgodnie z tytułem tego dokumentu jest to tylko dopasowanie ilościowe elementów Projektu Wykonawczego do możliwości finansowych zamawiającego, co oznacza że nie miały wpływu na zmianę uprzywilejowanej pozycji PS Teatr i zniwelowanie naruszenia zasady uczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego argumentacja podniesiona w treści uzasadnienia odwołania jest zgodna z kierunkiem wykładni art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i potwierdza zasadność żądania o wykluczenie PS Teatr z udziału w przetargu.

Podsumował, że wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania dała przewagę wykonawcy PS Teatr nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co miał on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach. Stwierdził, że rezultat prac wykonanych przez PS Teatr na etapie poprzedzającym wszczęcie przetargu miał charakter bezpośredni – opracowania PS Teatr stanowią podstawę opisu przedmiotu zamówienia.

Na podstawie wskazanych poniżej dowodów w tym z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, stanowiska zamawiającego zaprezentowanego w *Odpowiedzi na odwołanie* – pismo z dnia 4 sierpnia 2014 r., stanowiska przystępującego zawartego w *Piśmie przygotowawczym* – pismo z dnia 5 sierpnia 2014 r., a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia w części I zamówienia, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”), pkt 9 i 11 *Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego* skład orzekający Izby ustalił, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej była cena (Rozdział XVII SIWZ), w części I niepodlegające odrzuceniu oferty złożyło dwóch wykonawców: odwołujący i przystępujący. Ofertę z najniższą ceną złożył przystępujący (cena oferty przystępującego – 24 968 877,00 zł , cena oferty odwołującego – 25 368 764,76 zł). Zarzuty odwołania zmierzają do unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego i nakazania zamawiającemu wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu, co oznacza – wobec eliminacji przystępującego i w konsekwencji jego oferty – że uwzględnienie odwołania dałoby odwołującemu szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Izba dopuściła dowody z:

1. *Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego* – str. 4 i 5.
2. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w wersji po zmianie ogłoszenia z dnia 6 czerwca 2014 r. wraz z załącznikami [w tym Załącznikiem 10 – „Projekt wykonawczy autorstwa Menis Arquitectos S.L.P (w zakresie dotyczącym niniejszego postępowania)” oraz Załącznikiem 11 – „Analiza i optymalizacja projektu wykonawczego scenotechniki wielofunkcyjnej Sali koncertowej Toruń – Jordanki wykonana przez Manufakturę Technologiczną sp. z o.o.” (dowód B załączony do odwołania stanowił w części fragment

SIWZ, dowód E załączony do odwołania to strona tytułowa Załącznika 10, dowód L to fragment Załącznika 11 w części dot. Mechaniki Górnej i Dolnej Sceny).

3. Pytań i odpowiedzi udzielonych przez zamawiającego odnośnie do treści SIWZ (16-18 i 23) – dowód B załączony do odwołania.
4. Wydruku ze strony internetowej Przedsiębiorstwa Specjalistycznego Teatr (wskazanie osób i ich stanowisk) – dowód C załączony do odwołania.
5. Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 14 lipca 2014 r.
6. Korespondencji e-mail (Alan, Luxford – Jose Manzano) – dowód A załączony do odwołania.
7. Oświadczenia F..... M..... M..... z dnia 24 lipca 2014 r.
8. Odpowiedzi z dnia 20 kwietnia 2010 r. na zapytanie ofertowe adresowana do Menis Arquitectos, Santa Cruz de Tenerife złożonego przez odwołującego na rozprawie.
9. Pisma M..... G..... z dnia 28 marca 2012 r. adresowanego do Menis Arquitectos S.L.P, Santa Cruz de Tenerife (Pismo to stanowi także dowód F załączony do odwołania).
10. Pisma F..... M..... M..... do Departamentu Kultury i Dziedzictwa Narodowego oraz Departamentu Wdrażania Regionalnego Programu Operacyjnego z dnia 9 stycznia 2012 r. (dowód G załączony do odwołania).
11. Zestawienia złożonego przez odwołującego na rozprawie (Wartość ofert, Oferta LTT w rozbiu na części zgodnie z optymalizacją projektu).
12. Kosztorysu szczegółowego oświetlenia technologicznego złożonego przez odwołującego na rozprawie.
13. Wydruku ze strony internetowej Przedsiębiorstwa Specjalistycznego Teatr dot. produktów Philips złożony przez odwołującego na rozprawie.
14. Pisma pozwanej (Menis Arquitectos SLP p-ko M. G.....) z dnia 25 kwietnia 2015 r. złożonego na rozprawie przez przystępującego.

Skład orzekający Izby nie dopuścił dowodu z dokumentu prywatnego – pisma z dnia 11 lutego 2011 r. adresowanego do Menis Arquitectos s.l.p. – do inż. F..... M..... (dowód H załączony do odwołania), ponieważ nie zostało podpisane przez wskazanego jako jego autor J..... G..... (brak czyjegokolwiek podpisu), wobec czego nie może stanowić dowodu tego, że wskazana osoba złożyła oświadczenie zawarte w tym dokumencie.

Skład orzekający Izby nie dopuścił także dowodu z dokumentu prywatnego – Notatki ze spotkania z dnia 21 października 2010 r. (dowód I załączony do odwołania), ponieważ nie została podpisana przez żadnego ze wskazanych jako uczestnicy projektanta (brak czyjegokolwiek podpisu) wobec czego nie może stanowić dowodu tego, że wskazane osoby złożyły oświadczenia zawarte w tym dokumencie.

Zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

W pierwszej kolejności przypomnienia wymaga, że zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp to strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W poddanej ocenie składu orzekającego Izby sprawie o sygn. akt KIO 1505/14 ciężar wykazania, że Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Teatr (dalej także PS Teatr) wykonywało bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania na *dostawę wyposażenia scenotechnicznego wielofunkcyjnej Sali konferencyjnej w Toruniu* lub, że przystępujący posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności spoczywał na odwołującym.

Skład orzekający Izby za konieczne uznaje także podkreślenia rozróżnienia przesłanek będących podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, tj. rozróżnienia wykonywania bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania przez wykonawcę jako takiego (1) od posługiwania się przez wykonawcę osobami uczestniczącymi w dokonywaniu bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania w celu sporządzenia oferty (2).

Dopiero wykazanie istnienia co najmniej jednej z tych przesłanek aktualnym czyni badanie, czy udział wykonawcy w postępowaniu (złożenie przez niego oferty) miał wpływ na uczciwą konkurencję w tymże postępowaniu.

W ocenie składu orzekającego Izby odwołujący, domagając się nakazania zamawiającemu wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaprezentowaną argumentację i złożone dowody (z których nie wszystkie zostały dopuszczone, nie wszystkie też okazały się przydatne) nie wykazał ani tego, że Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Teatr wykonywało bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem przedmiotowego postępowania przetargowego, ani tego, że przystępujący posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności.

W tym miejscu skład orzekający Izby podkreśla, na co wielokrotnie wskazywała już Krajowa Izba Odwoławcza w orzecznictwie, że z uwagi na szczególnie sankcyjny charakter przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i dotkliwie dla wykonawcy konsekwencje, jego zastosowanie wymaga szczególnej ostrożności i nie może budzić wątpliwości.

Skład orzekający Izby, odnosząc się w pierwszej kolejności do drugiej z przesłanek (posługiwania się osobami w celu przygotowania oferty) wskazuje, że odwołujący, przedkładając dowody, które świadczyć miały o pozyskiwaniu przez osoby ze strony PS Teatr w ramach spotkań projektantów (dowód: J, K) rzekomo niedostępnej innym uczestnikom przetargu wiedzy oraz dowodów, które świadczyć miały o tym, że osoba ze strony PS Teatr była zaangażowana w weryfikację i odbiór projektu (dowód C) nie zaprezentował jednocześnie argumentacji, ani dowodów, które pozwoliłyby przyjąć, że wykonawcy wspólnie ubiegających się o to zamówienie – konsorcjum firm w składzie: L..... K....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BSC System – K..... L..... (lider) oraz M..... G....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Teatr M..... G..... posługiwali się, w celu sporządzenia złożonej przez siebie oferty, osobami:

- Pana J..... G....., któremu odwołujący przypisał pełnienie po stronie zamawiającego funkcji konsultanta (w tej roli zaangażowanego w weryfikację i odbiór dokumentacji przez zamawiającego), co niecelowym czyni badanie jego ewentualnego zaangażowania w tej roli [na podstawie dowodu ze strony tytułowej dokumentacji projektowej (załączony do odwołania dowód E), czy pisma z dnia 9 stycznia 2012 r. skierowanego przez Menis Arquitectos s.l.p. do Departamentów: Kultury i Dziedzictwa Narodowego oraz Wdrażania Regionalnego Programu Operacyjnego Urzędu Miasta Toruń (załączony do odwołania Dowód G)],
- Panów T..... Z..... i P..... Z..... – projektantów uczestniczących w spotkaniu, z którego notatkę sporządzono w dniu 12 kwietnia 2012 r. (załączony do odwołania dowód J), co niecelowym czyni badanie co do ustaleń z tego spotkania.

Argumentem tym nie może być jedynie to, że Pan J..... G..... jest konsultantem Przedsiębiorstwa Specjalistycznego Teatr i jednocześnie jego założycielem (tego ostatniego zresztą odwołujący nie wykazał – załączony do odwołania dowód (C) potwierdza co najwyżej, że Pan J..... G..... zajmuje w tym Przedsiębiorstwie stanowisko konsultanta ds. technologii), zaś Panowie T..... Z..... i P..... Zi..... zajmują w PS Teatr odpowiednio stanowiska: Dyrektora technicznego i Koordynatora ds. projektowych (dowód C), ponieważ przyjęcie a priori udziału w przygotowywaniu oferty wykonawców składających ofertę wspólną wszystkich pracowników/współpracowników tych wykonawców jest tyleż nieodpowiadające praktyce, co i nieracjonalne.

Nadto skład orzekający Izby wskazuje, że „Opinia o projekcie kurtyn przeciwpożarowych w Wielofunkcyjnej Sali Koncertowej w Toruniu” (załączony do odwołania dowód D) nie została podpisana przez wskazanego jako autor opinii J..... G..... (brak czyjegokolwiek podpisu), wobec czego nie może stanowić dowodu tego, że wskazana osoba złożyła oświadczenie zawarte w tym dokumencie.

Odnosząc się w dalszej kolejności do pierwszej z ww. przesłanek, skład orzekający Izby wskazuje, co następuje.

Dowód w postaci wydruku strony tytułowej dokumentacji projektowej (dowód E) został złożony (załączony do odwołania) w celu, jak wskazał sam odwołujący, wykazania współpracy PS Teatr przy sporządzeniu dokumentacji projektowej.

Uwzględniając powyższy dowód (E), dowody F, G, a także z odpowiedzi na zapytanie z dnia 20 kwietnia 2010 r. oraz pisma pozwanej z dnia 25 kwietnia 2014 r. skład orzekający Izby nie miał wątpliwości co do tego, że PS Teatr współpracował, w ramach zawartej z Menis Arquitectos S.L.P umowy, przy sporządzeniu dokumentacji projektowej.

O podpisaniu z F..... M..... – Menis Arquitectos S.L.P umowy na opracowanie projektu i jego wykonaniu świadczy treść pisma M..... G..... z dnia 28 marca 2012 r. adresowanego do F..... M..... – Menis Arquitectos S.L.P („po podpisaniu z Panem umowy na opracowanie projektu „technologii i urządzeń technologicznych sceny” zainicjowaliśmy spotkanie koordynacyjne projektantów”; „opracowane przez nas projekty zostały opracowane i skoordynowane z innymi branżami które chciały w odpowiednim czasie przeprowadzić takie koordynacje”; „podtrzymuję moje stanowisko (...) w sprawie zapłaty przez Pana za opracowane przez nas projekty wykonawcze”; „wysłałam fakturę końcową za opracowanie projektów wykonawczych „technologii i urządzeń technologicznych scen” z żądaniem bezdyskusyjnej jej realizacji w umownym terminie), czego potwierdzeniem (co do zawarcia umowy) jest Pismo pozwanej z dnia 25 kwietnia 2014 r.

Uznając powyższe skład orzekający Izby nie miał jednak wystarczających podstaw, aby przyjąć, że współpraca ta była jednocześnie współpracą z zamawiającym (co zresztą mniej istotne), a przede wszystkim, że była to współpraca tego rodzaju, iż rezultat prac, które w jej ramach wykonywało Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Teatr faktycznie został wykorzystany przez zamawiającego przy opracowaniu opisu przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu przetargowym w sposób, który zdecydował o kształcie tego opisu, a tylko wówczas możliwym byłoby stwierdzenie, że jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o to zamówienie, tj. PS Teatr wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, jak stanowi przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby za niewiarygodne uznał oświadczenie F..... M..... M..... z dnia 24 lipca 2014 r., ponieważ pozostawało ono w sprzeczności z oświadczeniami pełnomocnika Menis Arquitectos SLP zawartymi w piśmie z dnia 25 kwietnia 2014 r. (Pismo pozwanej – dowód złożony przez przystępującego na rozprawie).

Z jednej bowiem strony z oświadczenia z dnia 24 lipca 2014 r. wynika, że na zlecenie F..... M..... M..... (wskazanego jako Główny Projektant) dokumentacja projektowa w zakresie

projektu budowlanego technologii sceny Sali Koncertowej została wykonana przez PS Teatr, dokumentacja ta stanowi istotny element całego zleconego przez Inwestora zakresu prac projektowych, przyjęte w niej rozwiązania wpływają na szereg rozwiązań projektowych w innych branżach i obszarach, a nadto, że przyjęte rozwiązania projektowe nie były modyfikowane przed ich przekazaniem Inwestorowi, z drugiej jednak strony z pisma z dnia 25 kwietnia 2014 r. wynika, że „projekt wykonawczy wykonany przez powoda (PS Teatr) nie odpowiadał wymaganiom pozwanej i nigdy nie uzyskał jej akceptacji”, „powód nigdy takiej dokumentacji wykonawczej nie przedstawił”, „powód miał wykonać określone projekty dla pozwanej, natomiast to, co pozwana dalej by z takim projektem zrobiła, w szczególności czy przedstawiłaby go w Urzędzie Miasta Toruń, czy też całkowicie zmieniła, lub po prostu odłożyła na półkę było decyzją pozwanej”, „z żadnego pisma Urzędu Miasta Toruń, przedłożonego przez powoda nie wynika aby obecnie był realizowany jego projekt wykonawczy”.

Wbrew twierdzeniom odwołującego pismo z dnia 28 marca 2012 r. (dowód F) nie stanowi dowodu potwierdzającego tezę o znajomości innych branż objętych zakresem zamówienia w stopniu niedostępnym dla innych wykonawców ubiegających się o to zamówienia, ponieważ odwołujący nie wskazał nawet, jakich informacji pozyskiwanych w ramach tego typu spotkań koordynacyjnych może nie ujmować dokumentacja projektowa dostępna wszystkim wykonawcom uczestniczącym w tym postępowaniu. Wskazać także należy, że przydatność tych „dodatkowych” informacji dla sporządzenia oferty w przedmiotowym postępowaniu jest wątpliwa biorąc pod uwagę fakt, że żaden z wykonawców w przedmiotowym postępowaniu przetargowym nie postawił zamawiającemu zarzutu niejednoznacznego, czy niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę wskazane powyżej, dopuszczone dowody skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że odwołujący nie udowodnił zaistnienia żadnej z przesłanej, które mogłyby stanowić podstawę wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu tym bardziej, że poważne wątpliwości budzi także zakres ingerencji w opis przedmiotu zamówienia dokonany w drodze Analizy i optymalizacji projektu wykonawczego scenotechniki wielofunkcyjnej Sali koncertowej Toruń – Jordanki wykonanej przez Manufakturę Technologiczną sp. z o.o.”.

Bez wątplenia to Menis Arquitectos S.L.P. był Architektem Prowadzącym projektu wykonawczego „Technologia i urządzenia technologiczne scen – technologia scen” (strona tytułowa), – i jak wynika z Pisma pozwanej z dnia 25 kwietnia 2014 r. domagał się od PS Teatr jako podwykonawcy w ramach wiążącej PS Teatr i Menis Arquitectos S.L.P. umowy z dnia 3 września 2010 r., wykonywania projektu zgodnego z ideą i zamysłem Menis Arquitectos S.L.P., a nadto – zgodnie z ust. 3 pkt 3 ww. umowy prace wykonywane przez powoda miały być nadzorowane, kontrolowane i sprawdzane przez Menis i/lub osoby przez niego wskazane przed

ostatecznym wydaniem Miastu Toruń.

W konsekwencji wniosku, iż PS Teatr nie wykonywało bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem przedmiotowego postępowania przetargowego za bezprzedmiotowe należy uznać argumenty odwołującego co do uzyskanej w wyniku tych czynności przewagi konkurencyjnej (nieostępna dla innych wiedza, swoboda w doborze urządzeń) i ich konsekwencji (o czym miały świadczyć Zestawienia złożone przez odwołującego na rozprawie).

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że udział w pracach związanych z opracowaniem dokumentacji projektowej nie czynił pozycji przystępującego uprzywilejowaną ani w aspekcie dostępności do wiedzy, ani w aspekcie czasowym, ponieważ nie można uznać, że to przystępujący miał wpływ na ostateczny kształt opisu przedmiotu zamówienia, a nadto żaden z wykonawców, w tym odwołujący nie kwestionował ani jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, ani że opis ten utrudnia uczciwą konkurencję, ani wyznaczonego przez zamawiającego terminu składania ofert (uznać należy, że opis był kompletny, a czas wystarczający do sporządzenia oferty).

W odniesieniu do argumentu o wiedzy przystępującego o wszystkich ewentualnych kolizjach projektowych, skład orzekający Izby wskazuje – co podnosił w swoim piśmie z dnia 5 sierpnia 2014 r. przystępujący – że argument opiera się na fałszywym założeniu o możliwości przewidzenia przez najlepszego nawet autora projektu wszelkich kolizji, trudności, czy elementów projektu, które nie zaistnieją, a nadto na przypisaniu autorowi projektu zatajenia pewnych istotnych informacji, które nie znalazły swojego odzwierciedlenia w dokumentacji projektowej.

Reasumując, pomimo spoczywającym na odwołującym ciężarze dowodu, odwołującemu nie udało się wykazać zaistnienia którejkolwiek z przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a oraz § 3 pkt 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: