

Sygn. akt: KIO 1075/18

WYROK
z dnia 26 czerwca 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 21 czerwca 2018 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2018 roku wykonawcę Przedsiębiorstwo Organizacji Inwestycji „Allplan” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Polskie Koleje Państwowe spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Organizacji Inwestycji „Allplan” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Organizacji Inwestycji „Allplan” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcę Przedsiębiorstwa Organizacji Inwestycji „Allplan” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy na rzecz Zamawiającego Polskie Koleje Państwowe spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Polskie Koleje Państwowe spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego *Na zawarcie umów ramowych, na wykonanie dokumentacji przedprojektowej, projektowej i okołoprojektowej dla wybranych zadań inwestycyjnych objętych Programem Inwestycji Dworcowych na lata 2016-2023.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 października 2017 roku pod numerem 217/S 193-396305.

28 maja 2018 roku działając na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy przez wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz art. 24 ust. 4 ustawy przez odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy Odwołujący rzetelnie wykazał Zamawiającemu brak podstaw ku tej czynności,
- 2) art. 7 ust. 1 oraz 2 ustawy przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w związku z bezpodstawnym wykluczeniem wykonawcy z postępowania oraz zasady obiektywizmu i bezstronności,
- 3) art. 24 ust. 10 ustawy przez brak wskazania w protokole sposobu zapewnienia konkurencji, podczas gdy Zamawiający — PKP S.A. - na etapie ogłaszania postępowania posiadał wiedzę, że jego pracownik przed ogłoszeniem niniejszego postępowania zakończył z nim współpracę, a z pewnością od dnia 1 grudnia 2017 r. posiadał wiedzę, iż jest on zatrudniony u Odwołującego,
- 4) art. 92 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez brak odniesienia do wyjaśnień i dowodów złożonych Zamawiającemu przez Odwołującego, a w konsekwencji nieoparte żadnymi dowodami stwierdzenia wskazane w uzasadnieniu faktycznym informacji o wykluczeniu Odwołującego, wskutek czego Odwołujący został pozbawiony prawa do pełnej obrony a tym samym naruszona została zasada równego traktowania Wykonawców,
- 5) art. 96 ust. 1 pkt 14 ustawy przez niezamieszczenie w protokole postępowania informacji dotyczących osób wykonujących czynności związane z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia

Odwołujący wnosi o:

1. Uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz w konsekwencji unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania,
- 2) zawarcia umowy ramowej z Odwołującym,

lub ewentualnie:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz w konsekwencji unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania,
 - 2) nakazanie Zamawiającemu ponownego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień z art. 24 ust. 10 ustawy z doprecyzowaniem zagrożenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji, przez precyzyjne wskazanie w szczególności okoliczności, które w/w zasadę mogłyby nieodwracalnie naruszać, powodując konieczność wykluczenia Odwołującego.
2. Przeprowadzenie dowodu z dokumentów powołanych w Odwołaniu.
 3. Przeprowadzenie dowodu z przesłuchania B. S., na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu, w szczególności związane nieuczestniczeniem w przygotowaniu niniejszego postępowania i zakresem obowiązków w POI Allplan Sp. z o.o.
 4. Przeprowadzenie dowodu z przesłuchania M. D., na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu, w szczególności związane z nieuczestniczeniem w przygotowaniu niniejszego postępowania i zakresem obowiązków w POI Allplan Sp. z o.o.
 5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w wysokości 15 000 zł. oraz kosztów zastępstwa procesowego,

Odwołujący wskazał, że posiada interes w kwestionowaniu czynności Zamawiającego ponieważ w sytuacji niewykluczenia oferty, Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówień w ramach zawartej umowy ramowej. W konsekwencji wykluczenia Odwołującego, może on ponieść szkodę, przez brak możliwości ofertowania poszczególnych zamówień w ramach umowy ramowej, wobec niezgodnego z ustawą wykluczenia.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty.

Stan faktyczny:

Odwołujący podał, że Zamawiający prowadzi postępowanie na wykonanie usługi

związanej z wykonaniem dokumentacji projektowej, w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych pod nazwą *Zawarcie umów ramowych na wykonanie dokumentacji przedprojektowej, projektowej i okołoprojektowej dla wybranych zadań inwestycyjnych objętych Programem Inwestycji Dworcowych na lata 2016-2023*".

Zamawiający w dniu 8 marca br. poinformował Odwołującego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz o odrzuceniu jego oferty, na podstawie art. 24 ust 1 pkt 19 ustawy.

W konsekwencji Odwołujący wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2018 r., które zostało przez Zamawiającego uwzględnione i zobowiązał się on do dokonania następujących czynności:

- unieważnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- wezwania go w najbliższym czasie do złożenia stosownych wyjaśnień.

W dniu 26 kwietnia 2018 r. w wykonaniu własnego zobowiązania związanego z uwzględnieniem odwołania Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz udowodnienia, że podjęte przez Wykonawcę środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności zawodowej i profesjonalizmu, w szczególności, że udział jego pracownika, który brał udział w przygotowaniu postępowania, nie spowoduje naruszenia zasad, o których mowa w art, 7 ust. 1 ustawy (zasady konkurencyjności i zasady równego traktowania Wykonawców), w związku z zaistnieniem podstaw wykluczenia Wykonawcy z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 26 kwietnia 2018 r, KIZ02.21.92.2017.G.B./123.

W dniu 4 maja br. - tj. w terminie oznaczonym przez Zamawiającego – Odwołujący przedstawił dowody i wyjaśnienia, wymagane przez Zamawiającego.

W dniu 16 maja 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu wykonawcy z postępowania argumentując powyższe koniecznością zachowania zasady uczciwej konkurencji.

W konsekwencji Odwołujący w terminie przesłał wymagane wyjaśnienia wraz z dowodami, wskazujące, iż nie nastąpiło naruszenie konkurencji. Odwołujący nie zgodził się z czynnościami Zamawiającego

Uzasadnienie zarzutów:

Odwołujący na wezwanie Zamawiającego z dnia 26 kwietnia 2018 r. przedłożył wyjaśnienia w dniu 4 maja 2018 r. wraz z dowodami, które bezsprzecznie dowodzą, że nie naruszył on zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w niniejszym

postępowaniu i że zastosowane przez niego środki, w tym podział kompetencji i wyłączenie Pana S. i Pani D. z opracowania i formułowania złożonej w niniejszym postępowaniu oferty.

Dowód: wezwanie Zamawiającego oraz odpowiedź Odwołującego wraz z załącznikami (dowodami)

Ponad powyższe, w kwestii dowodowej, Odwołujący pragnie się powołać na analogiczne, *de facto* oświadczenie Pana B. S., złożone w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej dla inwestycji pn. Budowa dworca Olsztyn Główny wraz z modernizacją układu torowo-peronowego i infrastruktury kolejowej, nr KIZ/2017/WNP- 006893.*

Następnie, w dniu 16 maja 2018 r. Zamawiający przesłał do Odwołującego informację o wykluczeniu Odwołującego z postępowania a w konsekwencji o odrzuceniu jego oferty.

Dowód: informacja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Zamawiający wykluczył wykonawcę powołując się na podstawę wskazaną w art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy - zachowanie uczciwej konkurencji, wskazując, że mogło nastąpić zakłócenie konkurencji w związku z zatrudnieniem przez wykonawcę Pana B. S. i Pani M. D.. Zdaniem Zamawiającego przed zatrudnieniem u Odwołującego wykonywali oni na rzecz PKP S.A. szereg czynności dotyczących przygotowania przedmiotowego postępowania, takie jak w szczególności:

1. Pan B. S.:

- uczestnictwo w przygotowaniu Opisu przedmiotu zamówienia (wraz z załącznikami), w tym branie udziału w uzgodnieniu opracowania projektów umów,
- branie udziału w szacowaniu wartości dla obiektów objętych umową ramową oraz szacowanie łącznej wartości przedmiotowego zamówienia.

2. Pani M. D.:

- brała udział w przygotowaniu koncepcji zagospodarowania terenu i schematów funkcjonalno-przestrzennych, które stanowiły podstawę sporządzenia szacunkowych wartości prac projektowych dla części obiektów.

Odwołujący podał, że w zakresie wyżej wymienionej czynności Zamawiającego, przede wszystkim należy zwrócić uwagę na poniższe, naruszające w ocenie Odwołującego zasady ustawy okoliczności:

- brak wskazania przez Zamawiającego, w jakim zakresie zamówienia naruszona będzie konkurencja biorąc pod uwagę charakter umowy ramowej,
- założenia przez Zamawiającego „wszechwiedzy” byłych pracowników, bez wskazania zakresu ich wiedzy i konkretnego wpływu na zakres zamówienia,

- brak wskazania i udowodnienia, że osoby zatrudnione przez POI Allplan sp. z o. o, (wcześniej zatrudnione przez Zamawiającego) brały udział w przygotowaniu kluczowych elementów niniejszego postępowania,
- dopisanie w protokole zamówienia udostępnionym Odwołującemu w dniu 18 maja 2018 r, osób w postaci B. S. i M. D. w sekcji „osoby przygotowujące OPZ” i nast, co nie znajduje odzwierciedlenia w protokole udostępnionym wcześniej (tj. w dniu 8 lutego 2018 r. - brak wcześniejszego wskazania w/w osób),
- bezpodstawne założenie, że byli pracownicy Zamawiającego, Pan B. S. i M. D., brali udział w przygotowywaniu ofert Wykonawcy, podczas gdy za przygotowywanie ofert odpowiedzialni są Zarząd i prokurenci Wykonawcy,
- brak rzeczowego odniesienia się do wyjaśnień i oświadczeń przedstawionych przez POI Allplan sp. z o.o. w decyzji o wykluczeniu,
- brak rzeczowego wyjaśnienia w jaki sposób bardzo ogólna wiedza pracowników przełożyła się na zachwianie konkurencyjności w tym postępowaniu dotyczącym umowy ramowej, które to zamówienie ma zupełnie inny charakter niż postępowanie w odniesieniu już do skonkretyzowanego obiektu,
- brak uwzględnienia przez Zamawiającego okoliczności zmian dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę faktyczne zorganizowanie postępowania po dłuższym czasie od rozwiązania umów o pracę byłych pracowników Zamawiającego i że podlegało ono szeregom dodatkowych zmian od dnia jego ogłoszenia;
- brak odniesienia do oświadczeń pracowników Odwołującego, w szczególności w kontekście oświadczeń dotyczących podpisanych klauzul poufności,
- braku udowodnienia naruszenia zobowiązań do zachowania w poufności informacji dotyczących Zamawiającego, do których *de facto* postawione zarzuty się sprowadzają.

Powyższe nastręcza wątpliwości w zakresie obiektywizmu Zamawiającego, zwłaszcza biorąc pod uwagę szczegółowe wyjaśnienia Odwołującego oraz załączone do nich dowody. Zamawiający w informacji o wykluczeniu z dnia 16 maja 2018 r. całkowicie ignoruje złożone przez Odwołującego i jego pracowników wyjaśnienia i oświadczenia, wskazując w tym zakresie jedynie, iż; *„Z wyjaśnień tych wynika, że zarówno Pan B. S. jak i Pani M. D. brali udział w postępowaniu na etapie jego przygotowania, co bezspornie potwierdzają: Pan B. S. w tekście oświadczenia, złożonego w dniu 27.04.2018 r. i Pani M. D. w tekście oświadczenia, złożonego w dniu 30.04.2018 r, które to oświadczenia stanowią załącznik do pisma Wykonawcy z dnia 04 maja 2018 r. Jednocześnie, zarówno Wykonawca jak i Pan B. S. oraz Pani M. D. zgodnie oświadczają, że ani Pan B. S. ani Pani M. D. nie brali udziału w przygotowaniu oferty wykonawcy i że zachowali w tajemnicy wszelkie informacje związane z*

czynnościami wykonywanymi dla byłego pracodawcy". Odwołujący wskazał, że Zamawiający, w żadnym miejscu, nie wyjaśnia z jakich powodów odmówił wiary złożonym oświadczeniom, w szczególności biorąc pod uwagę podpisane przez pracowników na rzecz Zamawiającego klauzule.

Dowód: zanonimizowane oświadczenia o zachowaniu poufności D. S. i M. D.

Odwołujący odnosząc się do dalszych wywodów Zamawiającego, wskazał, że Zamawiający nie rozumie specyfiki tzw. „umowy ramowej”. Umowa ramowa nie jest *de facto* udzieleniem zamówienia publicznego, a wyłącznie ustaleniem warunków brzegowych na jakich udzielane będą późniejsze poszczególne zamówienia. Zgodnie z Opiszem Przedmiotu Zamówienia, przedmiotem zamówienia ma być projektowanie 74 dworców, przy czym zaznaczono jednocześnie, że są to wyłącznie dworce przykładowe. Nie wskazano więc nawet maksymalnego i minimalnego zakresu zamówienia, jak również terminu realizacji, a zgodnie z umową ramową może to być rok 2023, czyli ewentualna „wiedza” byłych pracowników PKP nie będzie miała żadnej wartości przy składaniu oferty na usługę projektowania konkretnego dworca. Wobec tego nawet sam Zamawiający nie może stwierdzić naruszenia zasady uczciwej konkurencji, gdyż na etapie zawierania umowy ramowej określa jedynie warunki, na jakich zlecał będzie wykonanie szczegółowych zamówień. W tej sytuacji, posiadając wiedzę na temat zatrudnienia przez Odwołującego swoich byłych pracowników Zamawiający winien każdorazowo badać, czy konkretne zamówienie wykonawcze będzie mogło być przez Odwołującego realizowane, gdyż dopiero na tym etapie wskazane będą parametry, których ewentualna znajomość mogłaby potencjalnie naruszyć zasady ustawy. Należy w tym miejscu wskazać, że sam Zamawiający w informacji o wykluczeniu z dnia 16 maja 2018 r. zawarł stwierdzenia, które wzajemnie się wykluczają. Na stronie 2 informacji o wykluczeniu Zamawiający stwierdza najpierw, iż: „Należy jednak wziąć pod uwagę, że zachowanie uczciwej konkurencji oraz zapewnienie równego traktowania wykonawców w prowadzonym postępowaniu musi być rozpatrywane w odniesieniu do całego procesu przygotowania postępowania, a nie tylko czynności związanych z przygotowaniem oferty Wykonawcy” po czym argumentuje następująco: „Tym bardziej, że oferta ta dotyczyła jedynie postępowania w celu zawarcia umowy ramowej na wykonanie dokumentacji prze projektowej, projektowej i około projektowej dla wybranych zadań inwestycyjnych objętych Programem Inwestycji Dworcowych na lata 2016-2023. (...) Zawarcie umowy ramowej stanowi jedynie jeden z etapów złożonego strukturalnie i stopniowo rozwijającego się procesu zmierzającego do udzielenia zamówienia publicznego i nie jest jednoznaczne z udzieleniem zamówienia publicznego. W przedmiotowym postępowaniu mającym na celu zawarcie Umowy ramowej mamy do czynienia z "porozumieniem o gotowości zlecenia usług i ich wykonywania. Zamawiający zgodnie z postanowieniami § 5 wzoru Umowy ramowej (stanowiącej Załącznik nr 3 do SIWZ), będzie zapraszał każdorazowo do składania ofert na realizację zamówień

szczegółowych wszystkich Wykonawców, z którymi zawrze Umowę ramową”. Następnie Zamawiający przyznaje, że: „Zatrudnienie Pana B. S. i Pani M. D. przez Wykonawcę powoduje, że szczegółowa wiedza na temat przedmiotu zamówienia może być wykorzystywana przez niego w celu osiągnięcia przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi Wykonawcami na etapie przygotowywania ofert na poszczególne przyszłe zamówienia wykonawcze, w tym na określeniu przez Wykonawcę warunków uczestnictwa w postępowaniu wykorzystujących szczegółową wiedzę tych osób na temat przedmiotu zamówienia, niezależnie od tego, czy, będą osobiście koordynować projekty objęte tym zamówieniem szczegółowym ponieważ trudno zakładać, że pracodawca zatrudniając pracownika nie ma zamiaru korzystać z jego wiedzy i doświadczenia, a Wykonawca w piśmie z dnia 04 maja 2018 r nie przedstawił żadnych wyjaśnień i dowodów świadczących o tym, że powyższe naruszenie konkurencji może zostać wyeliminowane na tym etapie postępowania”.

Wykluczenie Odwołującego z postępowania nastąpiło *ex ante* tj. na mocy okoliczności, które mogą nastąpić w przyszłości przy czym Zamawiający całkowicie pominął okoliczność wskazaną w oświadczeniach swoich byłych pracowników dotyczących przestrzegania klauzuli poufności. W ocenie Odwołującego takie działanie Zamawiającego jest niedopuszczalne w świetle ustawy. Przede wszystkim nie można w tym zakresie wykluczyć, iż na etapie składania ofert na umowy wykonawcze, obecni pracownicy Odwołującego (Pan B. S. i Pani M. D.) nie będą już jego pracownikami, co oczywiście wykluczy konieczność badania przez Zamawiającego przesłanek dotyczących wykluczenia Odwołującego z konkretnych postępowań.

Jednocześnie biorąc pod uwagę treść zobowiązań Pana B. S. i Pani M. D. podpisanych z Zamawiającym, treść zarzutów i uzasadnienia o Wykluczeniu przedłożonych przez Zamawiającego jest o tyle nietrafna, że przy (jak to ma miejsce w tym przypadku) zachowaniu poufności przez te osoby w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiającego *de facto* nie może dojść do zachwiania konkurencyjności w przedmiotowym, czy dalszych postępowaniach. Zamawiający już niejako z góry wprowadził narzędzie zapewniające sposób zapewnienia konkurencji w niniejszym postępowaniu, bowiem z góry zabezpieczył bezpieczeństwo swoich informacji poufnych w tym takich, których użycie miałyby wpływ na konkurencyjność w niniejszym postępowaniu. Stawiając zarzut zachwiania konkurencyjności, pośrednio stawia zarzut naruszenia zasad i zakresu poufności wynikających ze zobowiązań swoich byłych pracowników, jednocześnie nie będąc w stanie udowodnić jego istnienia bowiem, *de facto* do niego nie doszło. Takie działanie godzi w zasadę obiektywizmu postępowania.

Ponadto należy podkreślić, iż okoliczność mogąca skutkować naruszeniem zasady uczciwej konkurencji winna być przez Zamawiającego badana *ad casum*, a nie autorytatywnie, jak to

ma miejsce w niniejszym postępowaniu. Nie bez znaczenia pozostaje w tej mierze fakt, iż przedmiotowe postępowanie dotyczy aż 74 lokalizacji dworców, natomiast zapisy SIWZ (i załączników) wskazują, iż wymogi Zamawiającego w stosunku do tych obiektów są jedynie potencjalne. Ponadto trudno zarzucić Odwołującemu, aby zatrudnienie byłych pracowników Zamawiającego - w szczególności biorąc pod uwagę ilość kontraktów realizowanych na rzecz tego samego Zamawiającego (obecnie Odwołujący realizuje kontrakty w Suszu, Prabutach, Tczewie, Pszczółkach, Mogilnie, Trzemesznie, Złotnikach Kujawskich, Kuźnicy Białostockiej, Jabłoni Kościelnej, Szepietowie oraz Pałędziu) - miało wpływ dla potencjalnego naruszenia konkurencji w sytuacji, gdzie nawet zakres przedmiotu zamówienia nie został jednoznacznie oznaczony. Przywołać tu należy zapisy OPZ (str. 5 i n.) zgodnie z którymi: „Zamawiający w ramach realizacji Umowy ramowej ma prawo do zamówienia usługi projektowania dla większej lub mniejszej ilości obiektów/dworców niż określona w ust. 5 powyżej z zastrzeżeniem, że wartość Umowy Ramowej nie przekroczy kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć m sfinansowanie zamówienia.

Wartości oraz lokalizacje dworcowe określone w ust. 5 powyżej są wartościami oraz lokalizacjami orientacyjnymi wskazanymi w celu uzyskania w postępowaniu porównywalnych ofert i ich klasyfikacji i nie stanowią one zobowiązania Zamawiającego do udzielenia zamówienia wykonawczego.

Zamawiający zastrzega możliwość zlecenia w zamówieniach wykonawczych mniejszego zakresu opracowań niż wskazane w Części II ust. 3 niniejszego dokumentu”,

Zgodnie z powyższym zapisem Zamawiający wskazuje, że w ramach umowy ramowej mogą być realizowane projekty na dworce w niej nie wykazane, ani że ilość dworców jest z góry ustalona. I dlatego tym etapie umowy ramowej Wykonawca musi opierać się wyłącznie na swoim doświadczeniu w kalkulacjach kosztów realizacji obiektów kolejowych, wynikającym z dotychczasowej realizacji kilkunastu projektów przebudowy rozbudowy i remontu dworców kolejowych dla PKP.

Argumentując dalej Odwołujący wskazuje, co było wielokrotnie podkreślane w komunikacji z Zamawiającym, że byli pracownicy Zamawiającego, Pan B. S. i M. D., nie brali udziału w przygotowywaniu oferty Odwołującego. Role tych pracowników u Odwołującego są zgoła odmienne od zakładanych przez Zamawiającego. Za sporządzanie ofert odpowiedzialny jest bowiem Zarząd odwołującej spółki, a nie byli pracownicy Zamawiającego. Ci z kolei pełnią funkcję projektantów - Pan B. S. koordynator kontraktów, natomiast Pani M. D. — koordynatora pojedynczego projektu.

Nie zwracając uwagi na zapisy OPZ, Zamawiający zakłada, że sam fakt zatrudnienia byłego pracownika Zamawiającego jest wystarczający do naruszenia konkurencji z tego tylko względu, że pan B. S. rzekomo dysponował nieograniczoną wiedzą z zakresu przedmiotowego zamówienia, co stoi w absolutnej sprzeczności ze złożonym przez niego

oświadczeniem oraz wyjaśnieniami Odwołującego. W ten sposób Zamawiający *de facto* odwraca ciężar dowodu każąc Odwołującemu przedstawiać kolejne dowody na okoliczność negatywną - nienaruszenia konkurencji. Podkreślić należy, iż taktyka ta została zauważona przez Krajową Izbę Odwoławczą w analogicznej sprawie pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym dotyczącej zamówienia na dworzec PKP w Olsztynie i nie znalazła uznania w rozstrzygnięciu. W uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 28 marca 2018 r. sygnatura KIO 473/18, wyraźnie stwierdzono: „W ocenie Izby fakt, że dany wykonawca brał udział w przygotowaniu postępowania nie stanowi wystarczającej przyczyny wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia. Oczywistym jest, że wykonawca taki, przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia nabywa informacje o przedmiocie zamówienia, jeśli jednak te informacje wchodziły również w zakres dokumentacji postępowania i były do wykorzystania na równych zasadach dla wszystkich zainteresowanych uczestnictwem w przetargu, to uznać należy, iż przewaga wykonawcy, który przygotowywał dokumentację takiego postępowania, w którym następnie złożył ofertę, będzie polegać jedynie na wcześniejszej znajomości przedmiotu zamówienia i ewentualnie krótszym czasie przygotowania oferty. Jednakże okoliczność ta nie stanowi wystarczającego dowodu utrudnienia uczciwej konkurencji ”,

Ponadto, w tym samym wyroku Izba słusznie zauważyła, iż: „ Odnosząc się natomiast do stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy, zgodnie z którym nie można wyrównać szans wykonawców w żaden sposób ponieważ pan S. jako osoba odpowiedzialna za przygotowanie całego postępowania posiadał bardzo rozległą wiedzę, nie zasługuje na aprobatę. Ze stanowiska Zamawiającego można bowiem odnieść wrażenie, że pan S. posiadał niemal wiedzę absolutną na temat przedmiotowego postępowania, a sam Zamawiający nie jest w stanie ustalić jak bardzo ta wiedza była rozległa. Powyższe jednak nie znajduje odzwierciedlenia w następujących okolicznościach sprawy. Jak bowiem słusznie wskazał Odwołujący, do momentu upływu terminu składania ofert treść SIWZ uległa zmianom”.

Powyższa argumentacja KIO została oparta również na orzecznictwie europejskim, tj. sprawie ETS gdzie w wyroku z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach C-21/03 i C-34/-3 *Fabricom SA v. Państwo Belgijskie*, gdzie zwrócono uwagę na brak automatyzmu przy wykluczeniu wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu danego postępowania. Oczywiście nie bez znaczenia jest fakt, że pan S. zakończył współpracę z Zamawiającym w dniu 31 sierpnia 2017 r. natomiast pani D. w dniu 30 listopada 2017 r., natomiast z dokumentacji postępowania dostępnej na stronie internetowej Zamawiającego wskazano, iż zmiany dokumentacji następowały jeszcze w dniu 17 listopada 2017 r. na co w/w osoby na pewno wpływu nie miały.

Ponadto należy wskazać na niespójności w dokumentach prowadzonych przez Zamawiającego i wynikające z tego niekonsekwencje. W protokole przekazanym Odwołującemu w lutym 2018 r. w żadnym miejscu nie wskazano pracowników Odwołującego. Natomiast w aktualnym na dzień 18 maja 2018r. protokole osoby te widnieją jako wykonawcy wcześniejszych czynności. W tym miejscu Odwołujący pragnie podkreślić, że zgodnie z treścią pierwszego wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 30 stycznia 2018 r. Zamawiający przyznał, że Odwołujący „posiadał wcześniej wiedzę na temat opisu przedmiotu zamówienia, (...) który w niezmienionej formie (albo z małymi modyfikacjami) został udostępniony w momencie ogłoszenia postępowania (...)”. Takiego stwierdzenia brak w wezwaniu z dnia 26 kwietnia 2018r. Niemniej - poprzez uwzględnienie wcześniejszych zarzutów Odwołującego w sprawie o sygn. KIO 520/18 z dnia 9 kwietnia 2018r. - sam Zamawiający przyznał, że cały materiał dotyczący przedmiotowego zamówienia został udostępniony wszystkim potencjalnym wykonawcom na etapie ogłoszenia niniejszego postępowania.

W konsekwencji trudno zgodzić się z Zamawiającym, iż doszło do naruszenia zasady zapewnienia uczciwej konkurencji oraz że Zamawiający nie miał możliwości wskazania w protokole postępowania sposobu zachowania uczciwej konkurencji skoro zamieścił wszystkie materiały dotyczące przedmiotowego postępowania do wiadomości potencjalnych wykonawców, a jedyną możliwością zachowania zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców była czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania. Warto również wskazać, że Zamawiający miał świadomość zatrudnienia byłego pracownika przez Odwołującego przynajmniej od dnia 1 grudnia 2017 r., kiedy to Odwołujący powiadomił go o tym fakcie.

Dowód: odpis pisma z dnia 1 grudnia 2017 r. - zmiana osób wykonujących zamówienie.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe argumenty nie sposób przyjąć, że fakt zatrudnienia przez niego byłych pracowników Zamawiającego mógł mieć jakikolwiek wpływ na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz konkurencyjności.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 92 ust 1 pkt 2 ustawy Odwołujący wskazał, orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2017r. sygn. akt KIO 87/17. Odwołujący podniósł, że analizując treść informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, nie sposób stwierdzić na jakiej podstawie Zamawiający odmawia wiary wyjaśnieniom i dowodach przedłożonych przez Odwołującego i czym argumentuje konieczność wykluczenia Odwołującego z postępowania. Odwołujący wskazał również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2017r. sygn. akt KIO 144/17 i 147/17.

Odwołujący podniósł, że o ile Zamawiający dysponuje dowodami, dającymi podstawę do wykluczenia Odwołującego z postępowania, winien on je szczegółowo opisać i wskazać, na poparcie prawidłowości dokonanej czynności. Odwołujący bowiem, poprzez brak

udostępnienia w/w dowodów, o ile w ogóle takowe istnieją, zostaje pozbawiony możliwości własnej obrony.

Odwołujący, na marginesie pragnie wskazać, iż argument Zamawiającego, dotyczący potencjalnej możliwości złożenia skutecznych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny przez Wykonawców, których oferty zostały odrzucone w niniejszym postępowaniu w sytuacji zatrudnienia byłych pracowników Zamawiającego zwraca uwagę, iż teza ta w jego ocenie jest absurdalna. Wystarczy bowiem wskazać, iż Odwołujący - w innych postępowaniach, które obecnie realizuje na rzecz Zamawiającego - wielokrotnie na jego wezwanie formułował wyjaśnienia dotyczące ceny, natomiast z uwagi na posiadane doświadczenia oraz profesjonalny charakter prowadzonej działalności, za każdym razem był w stanie obalić tezę Zamawiającego dotyczącą oferowanej ceny. Tym bardziej na etapie niniejszego postępowania, zarzut dotyczący „zbyt wysokiej ceny” wydaje się pozbawiony podstaw. Należy podkreślić, iż strategia cenowa dotycząca złożenia oferty na wyłącznie jeden przedmiot zamówienia będzie zawsze inna niż w sytuacji konieczności wyceny kompleksowo aż 74 lokalizacji i to w III wariantach. Strategia cenowa jest tajemnicą przedsiębiorstwa, niemniej oczywistym dla każdego profesjonalnego podmiotu jest to, że w niniejszym postępowaniu należało cenę odnieść do najtrudniejszej lokalizacji w każdej z III kategorii i to właśnie z powodu posiadania szerokiego doświadczenia we współpracy z Zamawiającym, Odwołujący zastosował własną kalkulację, uwzględniającą praktyczne jej aspekty. Ponadto Odwołujący podkreśla, iż jego cena kompleksowa nie była nawet zbliżona do oszacowanej przez Zamawiającego. Tym bardziej trudno wykazać, że wycena oferty Odwołującego została oparta na tych samych założeniach jakie posiadał Zamawiający,

Treść oferty złożonej przez Odwołującego jest efektem szerokiej i pogłębionej analizy rynku wykonanej przez prokurenta spółki – A. T. oraz jej Prezesa Zarządu – L. D. i wynikają bogatego doświadczenia w przystępowaniu do postępowań przetargowych na usługi projektowania obiektów dworcowych. Zarząd Odwołującego sporządził zestawienie 40 postępowań na udzielenie zamówień na wykonanie dokumentacji projektowych dla obiektów dworcowych, ogłoszonych przez Zamawiającego w 2017 roku (stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa). Odwołujący śledził losy tych postępowań i składał oferty w zdecydowanej większości z nich. W 11 z tych postępowań oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą. Natomiast śledząc wszystkie te postępowania i posiadając wiedzę o wartości ofert w nich składanych przez różnych przedsiębiorców oraz znając dane przekazane przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, w tym powierzchnię, dla których miały być tworzone opracowania projektowe, Zarząd Odwołujący mógł wyliczyć jak kształtowała się „cena usługi za m²” na przestrzeni tych zamówień. Był to z kolei kluczowy parametr oferty w niniejszym postępowaniu. Z analizy rynkowej przeprowadzonej przez prokurenta Odwołującego w 2017 roku wynika, że parametr ten

wykazuje znaczne różnice w jego wysokości w stosunku do poszczególnych obiektów. Nie jest to więc parametr, który pozwala uśrednić wartości poszczególnych kontraktów przy zachowaniu stałej rentowności. Cena za m² jest bowiem diametralnie odmienna w przypadku dworców niewielkich, a obiektów dużych powierzchniowo. Według analizy sporządzonej przez prokurenta Odwołującego, cena ofertowa za m² usługi projektowania dworca w Rudzie Wielkiej była 14,43 razy wyższa od ceny ofertowej za m² usługi projektowania dworca w Zbąszyniu, (na marginesie warto odnotować, że w obu powyższych przypadkach analizowano ceny wskazane przez innych oferentów niż Odwołujący). Wpływ na średnią cenę za m² opracowania dokumentacji projektowej mają bowiem w znacznej mierze koszty stałe, jak koszt uzgodnień czy koszt podkładów architektonicznych. Strategia cenowa Odwołującego miała więc podstawy w wykonanej dogłębnej analizie rynkowej oraz własnym bogatym doświadczeniu, jako oferenta ubiegającego się o udzielanie zamówień przez Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 maja 2018 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 16 maja 2018 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie

do protokołu. Izba uwzględniła również stanowisko Zamawiającego zawarte w złożonym piśmie datowanym na 19 czerwca 2018 roku „Odpowiedź na odwołanie”.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Zamawiającego w trakcie rozprawy:

- dowód nr 2 – dokumenty i korespondencja dotycząca szacowania wartości zamówienia dla prowadzonego postępowania,
- dowód nr 3 – dokumenty i korespondencja dotycząca projektu umowy dla prowadzonego postępowania,
- dowód nr 4 - dokumenty i korespondencja dotycząca projektów umowy ramowej i umów wykonawczych dla prowadzonego postępowania ,
- dowód nr 5 - wydruk informacji ze strony Centralnego Biura Antykorupcyjnego, oraz pismo z dnia 21 czerwca 2018 roku do Centralnego Biura Antykorupcyjnego Delegatura w Gdańsku,
- dowód nr 6 – dokumentacja dotycząca obliczenia szacunkowej wartości zamówienia i dokumentacja przygotowania postępowania Modernizacji Dworca Kolejowego – Olsztyn Główny.

Izba dopuściła dowód (dowód nr 1) zawnioskowany i złożony przez Odwołującego w trakcie rozprawy – opracowanie własne - zestawienie informacji dotyczących usług projektowych poszczególnych dworców kolejowych. Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie odwołanie oddaliła.

Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania*. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych*

*twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izłą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*

Izba ustaliła, że:

Zamawiający uwzględnił w dniu 4 kwietnia 2018 roku odwołanie pod sygn. akt KIO 520/18 w części i oświadczył, że unieważni czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania, przeprowadzi czynność ponownego wezwania Odwołującego w trybie art. 24 ust. 10 ustawy, przeprowadzi czynność ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Pismem z dnia 13 kwietnia 2018 roku Zamawiający poinformował Odwołującego, że dokonał unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Pismem z dnia 26 kwietnia 2018 roku Zamawiający, działając na podstawie art. 24 ust. 10 ustawy w związku z art. 24 ust. 8 i 9 ustawy wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień oraz udowodnienia, że podjęte przez wykonawcę środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności zawodowej i profesjonalizmu, w szczególności, że udział jego pracownika, który brał udział w przygotowaniu postępowania, nie spowoduje naruszenia zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy – konkurencyjności i równego traktowania wykonawców – w związku z zaistnieniem podstaw wykluczenia wykonawcy z przedmiotowego postępowania

na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy. Zamawiający w piśmie szczegółowo wskazał informacje jakie posiada, a jakie dotyczą Pana B. S. i Pani M. D. związane z ich zatrudnieniem u Zamawiającego i wykonywanymi przez nich czynnościami.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2018 roku Odwołujący złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień i udowodnienia, że podjęte przez wykonawcę środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności zawodowej i profesjonalizmu, w szczególności, że udział jego pracowników, którzy brali udział w przygotowywaniu postępowania, nie spowoduje naruszenia zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy w związku z zaistnieniem sytuacji mogących stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy.

Za pismem z dnia 16 czerwca 2018 roku Zamawiający powiadomił Odwołującego o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy podając uzasadnienie faktyczne decyzji.

Izba zważyła:

W zakresie zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 oraz 24 ust. 4 ustawy, a także art. 7 ust 1 i 2 ustawy Izba uznała, że nie doszło do naruszenia wyżej wymienionych przepisów przez Zamawiającego, tym samym podniesione zarzuty Izba uznała za niezasadne.

Podkreślenia wymaga, że treść przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy uległa istotnym zmianą wprowadzonym ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r. Zgodnie z znowelizowanym przepisem art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brała udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Wprowadzenie tego przepisu miało na celu wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podmiotów, które uczestnicząc w przygotowaniu postępowania

nabyły wiedzę, która może je stawiać w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że wprowadzony ww. nowelizacją przepis zmienia w sposób bardzo istotnych dotychczasowo obowiązującą przesłankę wykluczenia z postępowania – znamionem jest, że ustawodawca wskazując w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy „*chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji*” przesądził, że w takich przypadkach zawsze dochodzi do zakłócenia konkurencji w postępowaniu. Tym samym wykonawca składający ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w przypadku, gdy brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brała udział w przygotowaniu takiego postępowania, zawsze będzie musiał obalić domniemanie zakłócenia konkurencji.

W orzecznictwie Izby ugruntowany jest pogląd, że art. 24 ust. 1 pkt 19 oparty jest na domniemaniu, które może być obalone w trybie art. 24 ust. 10 ustawy (tak: wyrok sygn. akt KIO 216/18; wyrok sygn. akt KIO 2397/17; wyrok sygn. akt KIO 1363/17).

Należy mieć również na uwadze, że wykluczenie wykonawcy za udział w przygotowaniu postępowania należy do obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z postępowania, co oznacza, że Zamawiający w przypadku zaistnienia przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 ustawy - w tym również przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy - zobowiązany jest do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Jednocześnie w zakresie oceny przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Zamawiający musi zastosować procedurę określoną w art. 24 ust. 10 ustawy, zgodnie z którym to przepisem w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 19 tego przepisu, przed wykluczeniem wykonawcy, Zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Zamawiający wskazuje w protokole sposób zapewnienia konkurencji. Tym samym czynności jakie musi podjąć Zamawiający na podstawie tego przepisu również są dla Zamawiającego obligatoryjne. Obligatoryjność czynności Zamawiającego polegających na umożliwieniu wykonawcy udowodnienia, że udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji, stanowi kolejny argument uzasadniający, że przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 19 oparta jest na domniemaniu zakłócenia konkurencji. Gdyby tak nie było ustawodawca nie nakładałby na Zamawiającego obowiązku umożliwienia wykazania przez wykonawcę, że jego udział w przygotowywaniu postępowania nie zakłóci konkurencji.

Ustawodawca zapewnia również wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, kolejny obligatoryjny dla Zamawiającego mechanizm umożliwiający mu wykazanie, przez przedstawienie dowodów, że podejmowane przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności – art. 24 ust. 8 ustawy. Tak więc wykonawca, który podlega wykluczeniu m. in. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy, po wezwaniu Zamawiającego winien przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności wyczerpująco wyjaśnić, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia (wykonawcy), jego pracownika lub osoby zatrudnionej przez niego na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, nie spowoduje naruszenia ustawowych zasad.

Z powyższego w sposób jednoznaczny wynika, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy nie jest możliwe bez uprzedniego umożliwienia wykonawcy przedstawienia dowodów na to, że jego udział w postępowaniu nie zakłóci konkurencji (art. 24 ust. 10 ustawy) oraz zastosowania instytucji self cleaning (art. 24 ust. 8 ustawy). Podkreślenia wymaga również, że ciężar dowodu leży po stronie wykonawcy składającego w postępowaniu ofertę, a który to wykonawca brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania.

Izba wskazuje również na obowiązek istniejący po stronie wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. złożenia oświadczenia w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (dalej: JEDZ). Wykonawca składając oświadczenie w JEDZ musi wyjaśnić i odpowiedzieć na pytanie: *„Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał(-o) instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był(-o) w inny sposób zaangażowany(-e) w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat:”* To uwypukla, że już na etapie ofertowania wykonawca musi wskazać te informacje. Po stronie wykonawcy prawodawca kształtuje obowiązek podania danych informacji w pierwszym możliwym momencie, w którym wykonawca składa wiążące go oświadczenia.

Jednoznacznie również wynika zarówno z ustawowych przesłanek wykluczenia wykonawcy jak i treści JEDZ, że to po stronie wykonawcy istnieje obowiązek wskazania takich osób (podmiotów). Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia ale to wykonawca składając ofertę w postępowaniu został zobowiązany do złożenia określonych

oświadczeń i bierze za nie odpowiedzialność. Taka konstrukcja pozwala na stwierdzenie, że to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania i podania szczegółowych informacji o przypadkach udziału wykonawcy lub pracownika wykonawcy, a także osób wykonujących pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym już na etapie składania oferty wykonawca podając szczegółowe informacje w tym zakresie informuje Zamawiającego, że okoliczność taka miała miejsce. To nie Zamawiający ma obowiązek informowania wykonawców, że któryś z pracowników już nie pracuje dla Zamawiającego, lecz zgodnie z regulacjami wynikającymi z ustawy i rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE nr L 3 z 6.1.2016, str. 16) to na wykonawcy ciąży obowiązek informowania Zamawiającego o udziale wykonawcy bądź osób działających na rzecz wykonawcy w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższą argumentację prawną Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał w ramach złożonych wyjaśnień, że jego udział w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, jak również nie wykazał, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności nie wyjaśniając, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy lub jego pracownika lub osoby zatrudnionej przez niego na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, nie spowoduje naruszenia ustawowych zasad.

Na wstępie Izba wskazuje, że w oświadczeniu JEDZ złożonym wraz z ofertą brak było podania przez Odwołującego informacji na temat zatrudnionych u niego osób, które brały udział przy przygotowywaniu postępowania. Termin składania ofert upłynął 30 listopada 2017 roku. Natomiast pismem z dnia 1 grudnia 2017 roku Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o wyrażenie zgody na dokonanie zmiany projektanta branży architektonicznej w umowie na usługę projektową, dokumentacji projektowej, przedprojektowej i okołoprojektowej dla zadań inwestycyjnych pn. Przebudowa dworca kolejowego Mogilno, Złotniki Kujawskie, Trzemeszno. W tym stanie rzeczy Zamawiający wezwał Odwołującego 30 stycznia 2018 roku do złożenia JEDZ uwzględniającego informacje o zatrudnieniu osób biorących udział w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania; JEDZ uzupełniony w części III litera C został przedstawiony przez Odwołującego.

Uwzględniając przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Zamawiający, w pierwszej kolejności musi stwierdzić istnienie udziału w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynności związane z przygotowaniem postępowania opisane są w rozdziale 2 działu II ustawy, a najważniejsze z nich to opisanie przedmiotu zamówienia, ustalenie wartości zamówienia i sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba zaznacza, że udział w przygotowywaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co jest już ugruntowane w orzecznictwie Izby, jak również znajduje odzwierciedlenie w doktrynie, może być bezpośredni albo pośredni. Nie ma zatem żadnego ograniczenia co do sposobu udziału w przygotowaniu postępowania albo jego selekcyonowania. Ustawodawca nie wymaga również wskazania szczególnego udziału w określonym zakresie w przygotowaniu postępowaniu i wpływu na zakres – z przepisu wynika jedynie, że udział ten miał być.

Dlatego też wymaganie wykazywania przez Zamawiającego, co podnosił w odwołaniu Odwołujący, zakresu wiedzy osób i wpływu na zakres zamówienia jest w zupełności niezasadne i nie znajduje umocowania w obowiązujących przepisach prawa. Odwołujący podnosił, że Zamawiający nie wykazał i nie udowodnił, że Pan B. S. i Pani M. D. brali udział w przygotowaniu kluczowych elementów postępowania. W ocenie Izby jest to wniosek Odwołującego zupełnie niezrozumiały i niezasadny. Zgodnie z treści informacji zawartych w wezwaniu do złożenia wyjaśnień jak również w piśmie z dnia 16 czerwca 2018 roku wskazane zostały przez Zamawiającego informacje o czynnościach jakie osoby te podejmowały na etapie przygotowania przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z prezentowanym stanowiskiem przez Zamawiającego Pan B. S. brał udział w przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia wraz z załącznikami, udział w uzgodnieniach projektów umów, udział w szacowaniu wartości zamówienia dla obiektów objętych umową ramową oraz szacowanie łącznej wartości przedmiotu zamówienia. Natomiast Pani M. D. brała udział w przygotowaniu koncepcji zagospodarowania terenu i schematów funkcjonalna – przestrzennych, które stanowiły podstawę sporządzenia szacunkowych wartości prac projektowych dla części obiektów. Izba zaznacza, że wbrew stanowisku Odwołującego wyrażonego w odwołaniu ustawodawca udziału w przygotowaniu postępowania nie sprowadza do udziału w przygotowaniu kluczowych elementów postępowania.

Udział w przygotowaniu postępowania nie został ograniczony przez prawodawcę ani zakresem, ani bezpośredniością, ani czasem.

Odwołujący przyznał udział wymienionych osób w przygotowaniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia odnosząc się do dokonywanych przez Zamawiającego modyfikacji, zmian i uszczegółowień dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie po odejściu tych osób z pracy.

Dokonywanie zmian w treści dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, modyfikacji i poprawek jest nieodzownym elementem każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a wynika zarówno z dynamiki prowadzonego postępowania jak i uprawnień wykonawców do składania wniosków o wyjaśnienia SWIZ. Tok rozumowania jaki prezentuje w tym obszarze Odwołujący nakazywałby przyjąć twierdzenie, że zmiany dokumentacji stanowią o braku podstaw przyjęcia, że dana osoba brała udział w przygotowywaniu postępowania. Takie teza nie może zostać uznana przez Izbę za prawidłową, bowiem prowadziłyby do wypaczenia instytucji prawa zawartej w art. 24 ust. 1 pkt 19.

Żadna ze stron postępowania nie wskazała, aby doszło w wyniku dokonywanych modyfikacji dokumentacji postępowania do takiej zmiany tego postępowania, która nie pozwoliłaby na jednoznaczną identyfikację postępowania.

Analiza wzorów umów tj. umowy ramowej oraz umów wykonawczych zawartych w dokumentacji postępowania (załączniki do SWIZ) oraz przedstawionych na rozprawie przez Zamawiającego (dowód nr 3 i 4) tych umów uzgadnianych w ramach wewnętrznych uzgodnień pozwalają na stwierdzenie, że Pan B. S. brał udział w przygotowaniu tych dokumentów. Co więcej uwagi zgłoszone przez niego „SB5” (dowód nr 3) zostały wprowadzone do obowiązującego w postępowaniu wzoru umowy ramowej. Również opis przedmiotu zamówienia w zakresie konkretnych wskazanych dworców kolejowych objętych zamówieniem zawarty w dokumentacji postępowania (załącznik do SWIZ) oraz w Uchwale Nr 180 Zarząd PKP S.A. z dnia 16 maja 2017 roku (dowód nr 2) nie uległ zmianie. W ocenie Izby nie sposób zatem uznać argumentacji Odwołującego za zasadną, a wręcz jest ona wewnętrznie sprzeczna, bowiem odnosząc się Odwołujący w odwołaniu do braku wskazania „kluczowych elementów postępowania” – co jak Izba już wyżej wskazała nie znajduje uzasadnienia w przepisach prawa – pomija fakt, że opis przedmiotu zamówienia oraz projekty umów stanowią kwintesencję całego zamówienia, w zasadzie jedne z najważniejszych elementów.

Również w zakresie szacowania wartości zamówienia Zamawiający przedstawił dokumenty (dowód nr 2) z których wynika, że Pan B. S. przedstawił wyliczoną przez siebie szacunkową wartość zamówienia, a co najmniej wyliczenia stanowiące podstawę obliczenia wartości szacunkowej zamówienia – w emailu z dnia 25 kwietnia 2018 roku – „Po analizie opracowałem następujące wartości inwestycji na mkw” z uwzględnieniem wzrostu cen

spowodowanych wzrostem wymagań Zamawiającego, a opracowanie to oparte zostało o analizę wcześniej realizowanych projektów. Szacowanie wartości zamówienia to kolejny z podstawowych elementów przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które ma znaczenie nie tylko dla samej procedury zamówieniowej (sposób ogłoszenia, wymagania podmiotowe, wadium itd.) ale również wymaga od Zamawiającego podejmowania decyzji w zakresie zabezpieczenia wymaganych środków finansowych na realizację zamówienia. W tym zakresie również nie nastąpiły zmiany po stronie Zamawiającego po odejściu z pracy Pana B. S. (zakończył pracę u Zamawiającego 31 sierpnia 2018 roku), bowiem w dniu 29 września 2018 roku szacunkowa wartość w ustalonej wcześniej kwocie została utrzymana i potwierdzona przez Panią E. R. (dowód nr 2).

Należy mieć również na uwadze, że Pan B. S. w złożonym oświadczeniu z dnia 27 kwietnia 2018 roku oświadczył, że współuczestniczył w przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia oraz mógł opracowywać projekty umów, co znajduje potwierdzenie w wymienionych wcześniej dowodach przedstawionych przez Zamawiającego. Pan B. S. zajmował u Zamawiającego stanowiska Dyrektora Departamentu Inwestycji (później Dyrektora Biura Inwestycji) oraz Dyrektora Biura Projektowania w Centrali PKP S.A. i nadzorował pracę podległych pracowników merytorycznych, jednocześnie z racji pełnionych funkcji również brał udział w przygotowaniu, zatwierdzeniu oraz jak wskazał „prawdopodobnie referował” (oświadczenie z dnia 27 kwietnia 2018 roku) przed Zarządem PKP S.A. dokumenty przygotowane przez podległych pracowników niezbędne do wyrażenia przez ww. zarząd zgody na zaciągnięcie przez spółkę zobowiązania finansowego do określonej wysokości z przeznaczeniem na realizację prac projektowych stanowiących przedmiot postępowania. Z powyższego oświadczenia wynika, że pośrednio brał udział w przygotowywaniu postępowania i znane były mu np. szacunkowe wartości zamówienia. Natomiast z dowodów (dowód nr 2) przedstawionych przez Zamawiającego wynika bezpośredni udział Pana S. przy szacowaniu wartości zamówienia. Oświadczenie z dnia 27 kwietnia 2018 roku odnosi się również do wszczęcia i przeprowadzenia postępowania, a więc w zasadzie do całości dokumentacji jaka jest niezbędna do prawidłowego prowadzenia postępowania, w tym specyfikacja istotnych warunków zamówienia wraz z opisem przedmiotu zamówienia i wzorami umów: ramowej i wykonawczych.

W ocenie Izby niezasadne są twierdzenia Odwołującego odnoszące się do bardzo ogólnej wiedzy pracowników, ponieważ w przypadku Pana S. – jak została wykazane wyżej – należy stwierdzić, że niewątpliwie był osobą o największej, bo całościowej z racji wykonywanych funkcji, wiedzy na temat zamówienia i bezpośrednio uczestniczył w przygotowywaniu postępowania co zostało wykazane dowodami. Tak szczegółowe przedstawienie materiału dowodowego powoduje, że nie sposób odnosić analogicznie do tego postępowania

odwoławczego powołanej przez Odwołującego sprawy sygn. akt KIO 473/18. Należy bowiem pamiętać, że postępowanie przed Izłą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a więc spornym – w którym to postępowaniu spór toczą strony i po ich stronie pozostaje inicjatywa dowodowa, która może być różna w różnych (choć może wydawać się) podobnych sprawach.

Dowód z przesłuchania świadka również wskazuje na to, że choć świadek ma prawo nie pamiętać wszystkich okoliczności, nie zaprzecza on wykonywaniu czynności w przygotowywaniu przedmiotowego postępowania. Świadek wskazał, że znał umowę ramową, a do umów wykonawczych miał wgląd, takie stanowisko świadka spójne jest z dowodami przedstawionymi przez Zamawiającego na rozprawie.

Pani M. D. w złożonym oświadczeniu z dnia 30 kwietnia 2018 roku również potwierdziła, że brała udział w przygotowaniu koncepcji zagospodarowania terenu oraz schematów funkcjonalno – przestrzennych dworców: Gdańsk Główny, Czarna Tarnowska, Pruszków, Miechów, Racibórz. Potwierdziła zatem w ocenie Izby bezpośredni udział w przygotowywaniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby udział tej Pani w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – w zasadzie bezpośredni – nie spowodował naruszenia konkurencji, bądź zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Odwołujący odnosił się do obowiązków zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa przez Pana S. i Panią D. i na okoliczność tego załączył dowody. W ocenie Izby mając na uwadze treść Zobowiązania z dnia 3 lutego 2014 roku nie sposób uznać tej argumentacji za przydatną na okoliczność rozpoznania tej sprawy, a z całą pewnością nie jest ona pełna tym samym nie sposób opierać na niej rozstrzygnięcie postępowania. Podkreślenia bowiem wymaga, że ww. Zobowiązaniu wskazano dokumenty zgodnie z którymi pracownik zobowiązany jest do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym wykaz rodzajów informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa PKP S.A., które taką tajemnicą należy oznaczyć – dokument „Regulamin ochrony tajemnicy Przedsiębiorstwa Spółki „Polskie Koleje Państwowe Spółka Akcyjna” i Ramowego wykazu rodzaju informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa PKP S.A, które należy oznaczyć klauzulą „Tajemnica przedsiębiorstwa PKP S.A.”. W ocenie Izby, skoro Odwołujący przedstawia jako dowód ww. Zobowiązanie to dla wykazania informacji jakie stanowią *Tajemnicę przedsiębiorstwa PKP S.A.*, do której ochrony zobowiązała się osoba podpisująca zobowiązanie, to Odwołujący winien wykazać czego chronić ta osoba się zobowiązała na podstawie tych dokumentów. Podkreślenia wymaga, że już sama nazwa dokumentu wskazuje, że Zamawiający określił w nim rodzaje informacji stanowiących tajemnicę PKP S.A., czyli określił jednoznacznie czego osoby podpisujące

zobowiązanie zobowiązały się nie przekazywać, nie ujawniać i nie wykorzystywać jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odniesienie w ostatnim punkcie tego zobowiązania do ewentualnie ponoszonej odpowiedzialności i wskazania w zasadzie otwartego katalogu przepisów prawa, na podstawie którego dana osoba może ponosić odpowiedzialność nie uprawnia do konstruowania wykazu rodzaju informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wskazanych w dokumentach wewnętrznych spółki, a objętych tym zobowiązaniem. Próba samodzielnego przedstawienia, skonstruowania katalogu takich dokumentów, informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa musiałaby zostać uznana za niezasadną i obalona w tym stanie rzeczy, bowiem zobowiązanie danej osoby, której grozi odpowiedzialność za jego naruszenie nie może być wyinterpretowana, a musi zostać wykazana jeżeli ma być uwzględniona jako dowód w sprawie.

Nie sposób ocenić jako zasadnej również argumentacji Odwołującego odnoszącej się do ww. Zobowiązań, a wskazującej na to, że Zamawiający „*niejako z góry wprowadził narzędzie zapewniające sposób zapewnienia konkurencji w niniejszym postępowaniu*”. Każdy z dokumentów, czyli to Zobowiązanie – oraz pozostałe dokumenty osobowe załączone do Odwołania przez Odwołującego – jak również wyjaśnienia składane w trybie art. 24 ust. 10 ustawy bądź art. 24 ust. 8 ustawy mają inne przeznaczenie oraz dotyczą zupełnie innych obszarów oceny prawnej i składane są na inne okoliczności.

Nie znajduje również w przepisach ustawy uzasadnienia ograniczenia w stosowaniu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy, a tym samym przesłanki udziału w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, odnośnie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zawarcie umowy ramowej. Ustawodawca nie wyłączył takiego postępowania z pod reżimu przesłanek wykluczenie z postępowania, jak również nie ograniczył czy też nie zmodyfikował w jakikolwiek sposób zasad stosowania poszczególnych podstaw wykluczenia z postępowania w oparciu o zdefiniowane przepisami przesłanki. Tym samym argumentacja Odwołującego w tym zakresie nie znajduje żadnego uzasadnienia. To warunki i gwarancje zawarte w umowie ramowej, jak również możliwość jej podpisania uprawniają w dalszej kolejności, na kolejnych etapach postępowania, do ubiegania się wykonawcy o skonkretyzowane zamówienie objęte umową ramową. Choć nie zostaje zawarta umowa o realizację zamówienia publicznego na skonkretyzowany, a wskazany wcześniej przedmiot, to bez zawarcia umowy ramowej nie ma możliwości ubiegania się o zamówienia wykonawcze.

Mając powyższe na uwadze tj. zarówno argumentację prawną Izby jak i zważenia odnoszące się do udziału poszczególnych, wskazanych osób w przygotowywaniu przedmiotowego

postępowania Izba wskazuje, że zasadnie Zamawiający uznał, że Pana B. S. i Pani M. D. brali udział w przygotowywaniu postępowania.

Jednocześnie Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, że zakłócenie konkurencji, które wynika z bezpośredniego udziału Pana B. S. i Pani M. D. w przygotowywaniu przedmiotowego postępowania zostało wyeliminowane przez Odwołującego i to w taki sposób, że zapewnienie konkurencyjności w postępowaniu nie wymaga wykluczenia Odwołującego z postępowania. To nie sam fakt udziału pracowników Odwołującego w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia jest podstawą wykluczenia wykonawcy, lecz fakt niewykazania, że nie miało to wpływu na konkurencyjność w ramach tej procedury zamówieniowej. Izba zaznacza w tym miejscu, że Odwołujący, mimo ciężącego na nim obowiązku (co wykazano wyżej) nie zawarł w JEDZ informacji o ww. osobach na etapie składania ofert, mimo że jedna z osób była zatrudniona u Odwołującego przed terminem składania ofert.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo dokonał oceny złożonych wyjaśnień przez wykonawcę, jak również zawarł w ocenie Izby faktyczne uzasadnienie swojej decyzji w uzasadnieniu wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy, oraz w ocenie Izby nie doszło do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych określonych w art. 7 ustawy. W tym miejscu Izba wskazuje, że przy ocenie postawionego zarzutu pominęła, jako bezprzedmiotowe, dowody złożone przez Zamawiającego tj. dowód nr 5 i 6 z uwagi na to, że nie są one powiązane z przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby dowód zawnioskowany przez Odwołującego (dowód nr 1), który stanowi uzasadnienie dla szacunku ceny oferty Odwołującego wskazuje na znajomość rynku tego typu usług, ale jednocześnie nie dowodzi, że w ten sposób wyeliminował Odwołujący zakłócenie konkurencji wynikające z zatrudniania osób, które bezpośrednio uczestniczyły w przygotowywaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co potwierdza cała powyżej zawarta argumentacja Izby. Podkreślić należy również z całą stanowczością, że ocena przesłanek za art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy zależna jest od udziału w przygotowywaniu postępowania o udzielenie zamówienia, a nie od udziału w przygotowywaniu oferty – tak więc ciężar argumentacji i dowodzenia dotyczy zupełnie innych okoliczności.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Izba uznała, że nie doszło do naruszenia wskazanego przepisu przez Zamawiającego, tym samym podniesiony zarzut Izba uznała za niezasadny.

Informacja o wykluczeniu wykonawcy z postępowania w piśmie z dnia 16 maja 2018 roku, w ocenie Izby, zawiera uzasadnienia prawne i faktyczne podjętej przez Zamawiającego czynności. Odnosi się w sposób szeroki do podjętej decyzji, wskazuje elementy faktyczne jakie legły u jej podstawy, jak również odnosi się do pism, zarówno wezwania z dnia 26 kwietnia 2018 roku, które skierował Zamawiający do Odwołującego oraz złożonych przez Odwołującego wyjaśnień.

W ocenie Izby Zamawiający odniósł się do składanych dokumentów, natomiast jeżeli Odwołujący nie zgadzał się z ich oceną to powinien to kwestionować w odwołaniu. Ocena wyjaśnień i dowodów dokonana przez Zamawiającego w sposób odmienny niżli widzi to w swojej argumentacji Odwołujący stanowi podstawę do kwestionowania samej decyzji o wykluczeniu. Zamawiający podał w uzasadnieniu swojej decyzji wiele różnych argumentów, w których upatruje podstawy wykluczenia wykonawcy, wskazał również na samo oświadczenie osób zatrudnionych przez Odwołującego o zachowaniu w tajemnicy wszelkich informacji. Tym samym wskazał jednoznacznie, że znana jest mu argumentacja Odwołującego w tym zakresie.

W ocenie Izby Odwołujący niezasadnie podniósł, że Zamawiający uzasadniając czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania ma przedstawiać dowody. Podnoszony przez Odwołującego przepis ustawy nie wymaga takiego działania Zamawiającego, a samo wyjaśnienie okoliczności, przedstawienie uzasadnienia i podanie przez Zamawiającego, że dysponuje dowodami stanowi wypełnienie ustawowego obowiązku przedstawienia uzasadnienia faktycznego podjętej przez Zamawiającego decyzji.

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy nie znajduje uzasadnienia, tym bardziej, że przy bardzo szerokiej, wielowątkowej argumentacji, czasami wykraczającej poza zakres naruszenia, które legło u podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, Odwołujący odczytał podstawę faktyczną wykluczenia z postępowania i w tym zakresie zawarł w złożonym Odwołaniu obszerną argumentację prawną.

W zakresie wskazanego naruszenia art. 24 ust. 10 ustawy przez brak wskazania w protokole sposobu zapewnienia konkurencji, podczas gdy Zamawiający na etapie ogłaszania postępowania posiadał wiedzę, że jego pracownik przed ogłoszeniem postępowania zakończył z nim współpracę, a z pewnością od dnia 1 grudnia 2017 r. posiadał wiedzę, że jest on zatrudniony u Odwołującego oraz w zakresie naruszenia art. 96 ust. 1 pkt 14 ustawy przez niezamieszczenie w protokole postępowania informacji dotyczących osób

wykonujących czynności związane z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia.

Izby stwierdziła, że wyspecyfikowane przez Odwołującego na wstępie odwołania naruszenie przepisów ustawy art. 24 ust. 10 nie znajduje uzasadnienia w treści odwołania.

Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zakres rozstrzygnięcia – zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum) polegającej na podaniu podstawy prawnej (zwięzłego zarzutu), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład

orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Wskazać należy, że na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. sygn. akt I Ca 117/12: „Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.” W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że dla oceny zrzutu kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. Takie ugruntowane stanowisko Izby znajduje również uzasadnienie w orzecznictwie Sądu Najwyższego gdzie wskazuje się, że „powód nie jest obowiązany do wskazania w pozwie podstawy prawnej swego roszczenia. „Zgodnie z zasadą *da mihi factum, dabo tibi ius* – wynikającą w polskim prawie procesowym z nałożenia na powoda jedynie obowiązku przytoczenia okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie – konstrukcja prawna podstawy rozstrzygnięcia należy do sądu.” (wyrok Sądu najwyższego z dnia 26 czerwca 1997 roku sygn. akt I CKN 130/97). Sąd Najwyższy podkreśla w swoim orzecznictwie, że obligatoryjnym elementem pozwu jest przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie pozwu (art. 187 par. 1 ust. 2 KPC), okoliczności te stanowią podstawę faktyczną powództwa (*causa petendi*) – tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 maja 1957 roku sygn. akt II CR 305/57. To nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędnym do skutecznego złożenia środka zaskarżenia, w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14 czytamy: Oznacza to, że nawet wskazanie jej przez powoda nie jest wiążące dla sądu, który w ramach dokonywanej subsumcji jest zobowiązany do oceny roszczenia w aspekcie wszystkich przepisów prawnych, które powinny być zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1947 r., C III 137/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 20, z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57, OSNC 1958, nr 3, poz. 72; wyrok z dnia 15 września 2004 r., III CK 352/03, niepubl.). Podanie błędnej podstawy prawnej nie może wywołać negatywnych skutków dla powoda. Zwrócono również uwagę w orzecznictwie na to, że wskazanie w pozwie przez profesjonalnego pełnomocnika powoda podstawy prawnej żądania, mimo braku takiego obowiązku, może spowodować ukierunkowanie postępowania, przez pośrednie określenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN

252/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 152). Ukierunkowanie to nie może jednak oznaczać formalnego związania sądu podaną podstawą prawną zwłaszcza, gdy okoliczności faktyczne mogą stanowić oparcie dla innej, adekwatnej podstawy prawnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2002 r., III CKN 182/01, niepubl.). (...) Niedopuszczalne byłoby zasądzenie przez sąd czegokolwiek na podstawie innego stanu faktycznego niż ten, który jest podstawą powództwa.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący.

Przenosząc powyższe twierdzenia na realia rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że w części odwołania zawierającej uzasadnienie faktyczne, argumentację Odwołującego - brak jest jakiegokolwiek argumentacji, stanowiska faktycznego uzasadniającego podnoszone przez Odwołującego naruszenia art. 24 ust. 10 ustawy. Odwołujący jedynie we wnioskach odwołania podniósł, aby Izba nakazała Zamawiającemu ponowne wezwanie w trybie art. 24 ust. 10 ustawy z doprecyzowaniem zagrożenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji, przez precyzyjne wskazanie w szczególności okoliczności, które ww. zasadę mogłyby nieodwracalnie naruszać, powodując konieczność wykluczenia Odwołującego.

Brak uzasadnienia faktycznego poczynionego przez Odwołującego nie pozwala się odnieść do kwestionowane przez Odwołującego przepisu prawa. Zaznaczenia wymaga jedynie w tym miejscu, że sposób zapewnienia konkurencji podany w protokole wynika z każdorazowo z zaistniałej sytuacji. To nie uprzednie działania Zamawiającego polegające na przewidywaniu sposobów zapewnienia konkurencji są wypełnieniem tego obowiązku, lecz działanie Zamawiającego, które materializuje się w sytuacji, w której doszło do zakłócenia konkurencji, a w wyniku podjęcia działań w trybie art. 24 ust. 10 wykonawca udowodnił bądź nie, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zakłócił konkurencji. To Zamawiający dokonując oceny złożonych wyjaśnień – pokreślić należy, że w trybie art. 24 ust. 10 oraz art. 24 ust. 8 ustawy – umieszcza w protokole informację o tym w jaki sposób zapewnił konkurencję w postępowaniu. Zamawiający, ani żaden inny podmiot na etapie przed składaniem ofert nie jest w stanie nawet przewidzieć katalogu działań jakie miałyby określić Zamawiający celem zapewnienia konkurencyjności, mając na uwadze zmieniony w sposób bardzo istotny przepis prawa w stosunku do obowiązującego

uprzednio oraz fakt, że konkurencyjność oceniana jest w pryzmacie udziału wykonawcy bądź osób pracujących dla niego w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba zaznacza, że Zamawiający nie wskazuje w protokole – nie materializuje się wtedy ten obowiązek – sposobu zapewnienia konkurencji, gdy żaden wykonawca, który złożył ofertę nie brał udziału w przygotowaniu postępowania.

Ta regulacja prawna typowa jest tylko dla jednej sytuacji faktycznej, która musi zaistnieć, aby w wyniku dokonanej oceny wyjaśnień z art. 24 ust. 10 należało wskazać w protokole sposób zachowania konkurencji. Nie ma również znaczenia w ocenie Izby, jak wskazał w petitum odwołania Odwołujący – oczywiście w kontekście tego przepisu – czy Zamawiający wiedział, czy nie, o zatrudnianiu u danego wykonawcy danej osoby, byłego pracownika Zamawiającego, bowiem fakty te muszą wynikać z dokumentacji JEDZ i wtedy skutkują obowiązkowym wezwaniem wykonawcy w trybie art. 24 ust. 10, art. 24 ust. 8 ustawy do złożenia określonych tymi przepisami wyjaśnień.

W zakresie wskazanego naruszenia art. 96 ust. 1 pkt 14 ustawy – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odwołujący jedynie zaznaczył, że dopisano w Protokole udostępnionym Zamawiającemu w dniu 18 maja 2018 roku w sekcji „osoby przygotowujące OPZ” Pana S. i Panią D., co nie znajduje odzwierciedlenia w Protokole udostępnionym w dniu 8 lutego 2018 roku, co jak wskazał stanowi niespójność w dokumentach. Wskazując tą okoliczności Odwołujący nie wyjaśnia jakie ma to znaczenie dla Odwołującego, jaki ma wpływ na ocenę czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania – nie przedstawia Odwołujący w zasadzie żadnej argumentacji w tym zakresie.

W Protokole postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, przedstawionym w dokumentacji postępowania złożonej do akt sprawy w przedmiotowej sprawie odwoławczej, w pkt 4 lit. B zostały wskazane osoby, które wykonywały czynności związane z przygotowaniem przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Słusznie wskazał Zamawiający, choć uzasadniając swoje stanowisko w odniesieniu do innego zarzutu, że uchybienia w prowadzeniu protokołu nie stanowią naruszeń przepisów mających wpływ na wynik postępowania – Odwołujący w przedmiotowej sprawie nie wykazał, aby wskazane przez niego uchybienie miało wpływ na wynik postępowania. Odwołujący nie wykazał również jaka była treść Protokołu udostępniona mu w dniu 8 lutego 2018 roku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust.

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 ze zm.).

Przewodniczący:.....