

Sygn. akt: KIO 1677/13

**WYROK**  
**z dnia 24 lipca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 lipca 2013 r.** w Warszawie odwołania z dnia **10 lipca 2013 r.** wniesionego przez wykonawcę **Zakład Usług Technicznych Energetyki Ciepłej, ul. Żelazna 9, 26-612 Radom** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Radomskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej RADPEC S.A., ul. Żelazna 7, 26-612 Radom**

przy udziale wykonawcy **MPEC SA z siedzibą w Tarnowie, ul. Sienna 4, 33-100 Tarnów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje:**

- 1) unieważnić decyzję zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania;
- 2) powtórzyć czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Radomskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej RADPEC S.A. z siedzibą w Radomiu, ul. Żelazna 7, 26-612 Radom** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Zakład Usług Technicznych Energetyki Ciepłej ZUTEC Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu, ul. Żelazna 9, 26-612 Radom**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez zamawiającego **Radomskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej RADPEC S.A. z siedzibą w Radomiu, ul. Żelazna 7, 26-612 Radom** na rzecz wykonawcy **Zakład Usług Technicznych Energetyki Ciepłej ZUTEC Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu, ul. Żelazna 9, 26-612 Radom** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający **Radomskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej RADPEC S.A., ul. Żelazna 7, 26-612 Radom** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Przebudowa sieci ciepłej o. Plasty od sieci tradycyjnej do węzłów ciepłych w budynkach przy ul. Jastrzębiej wraz z budową 6 węzłów ciepłych w Radomiu« (tzw. „zamówienie Jastrzębie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **23.05.2013 r.** pod nrem **2013/S 098-167166**.

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

Zamawiający pisemnie zawiadomił **26.06.2013 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **MPEC SA z siedzibą w Tarnowie, ul. Sienna 4, 33-100 Tarnów**;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy **Zakład Usług Technicznych Energetyki Ciepłej ZUTEC Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu**, gdyż wykonawca ten został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp (wykonał na rzecz zamawiającego dokumentację projektową).

Wykonawca **Zakład Usług Technicznych Energetyki Ciepłej ZUTEC Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł **10.07.2013 r.** do Prezesa KIO odwołanie na rozstrzygnięcie przetargu i wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył art. 7 i art. 24 ust. 2 Pkt 1 Pzp przez błędną interpretację tego przepisu i niewłaściwe zastosowanie do zaistniałego stanu faktycznego oraz nieuzasadnione wykluczenie z postępowania.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie decyzji zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania;

- 2) nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert;
- 3) zasądzenie od zamawiającego poniesionych kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów uiszczanego wpisu od odwołania.

#### Argumentacja odwołującego

Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu, motywując ją rzekomo uprzywilejowaną pozycją wobec innych wykonawców z uwagi na wykonywaną w ramach odrębnego postępowania przetargowego dokumentację projektową dotyczącą przedmiotu obecnego postępowania. Jednak argumentacja ta stanowi nadinterpretację art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp i mija się z obiektywną wykładnią podstaw wykluczenia.

Odwołujący rzeczywiście wykonał na rzecz zamawiającego dokumentację projektową wyszczególnioną w piśmie nr TT/0615/2906/2013 fakt ten jednak w żaden sposób nie sprawia, że pozycja odwołującego w jakikolwiek sposób różniła się od pozycji innych wykonawców. Z samego faktu udziału w przygotowaniu przedmiotowego postępowania nie można domniemywać, że odwołujący uzyskał przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami.

Odbiór dokumentacji projektowej nastąpił 29 kwietnia 2013 r. i od tego momentu odwołujący nie ingerował w jej treść ani nie uczestniczył w przygotowaniu postępowania przetargowego polegającego m.in. na przygotowaniu specyfikacji czy też ustaleniu wartości zamówienia. Zgodnie z przepisami, to zamawiający dokonuje ustalenia wartości zamówienia. Może posiłkować się danymi pochodzącymi z zewnątrz, np. kosztorysem inwestorskim, jednak to zawsze na zamawiającym ciąży odpowiedzialność za dochowanie należytej staranności przy ustalaniu tej wartości.

Fakt, że odwołujący nie uczestniczył ani w tworzeniu specyfikacji, ani w ustalaniu wartości zamówienia stawia pod znakiem zapytania słuszność zarzutów zamawiającego, że odwołujący wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem oferty w rozumieniu przepisów rozdz. 2 Pzp. Odwołujący niewątpliwie brał w pewnym stopniu udział w przygotowaniu postępowania, jednak nie był to udział bezpośredni.

Stanowisko takie prezentuje również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 4 marca 2011 r., sygn. akt KIO 345/11.

23.05 2013 r. zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu na roboty budowlane i od tego momentu wszyscy potencjalni wykonawcy mieli pełny dostęp zarówno do dokumentacji technicznej jak i do informacji o szacunkowej wartości zamówienia.

Podnoszony przez zamawiającego zarzut, że odwołujący wykonując kosztorys inwestorski dysponował dodatkowymi szczegółowymi informacjami w zakresie realizacji zadania, którymi nie dysponowali wykonawcy na etapie przetargowym (chodzi o przedmiar

robót, który nie był elementem specyfikacji) wydaje się być nietrafiony. To nie odwołujący, a tylko i wyłącznie zamawiający decydował o tym, które dokumenty udostępni potencjalnym wykonawcom na etapie ofertowania, zaś nie zamieszczenie przedmiaru robót świadczy o tym, że dokument ten nie był w ocenie zamawiającego istotnym dla wykonawców elementem mogącym mieć wpływ na rzetelną wycenę przedmiotu postępowania, co potwierdza również fakt, że zamawiający nie wymagał od wykonawców złożenia w ofercie wypełnionego kosztorysu ani też nie uzależnił przewidzianego umową wynagrodzenia ryczałtowego od przedmiaru robót czy kosztorysu powykonawczego. Zachowanie zamawiającego jednoznacznie świadczy o tym, że zamawiający traktował kosztorys inwestorski tylko i wyłącznie jako podstawę do oszacowania wartości zamówienia.

Gdyby którykolwiek z wykonawców uważał, że do skalkulowania ceny ofertowej potrzebuje przedmiaru robót z całą pewnością wystąpiłby do zamawiającego o udostępnienie tego dokumentu. Jednak wykonawcy, jako profesjonaliści, za podstawę wyceny wykonywanych przez siebie robót wykorzystują dokumentację techniczną, która w tym przypadku była powszechnie znana.

Podobne stanowisko przyjęła KIO w wyroku z 14 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1385/10.

Pismo informujące o wykluczeniu odwołującego z postępowania zawiera stwierdzenie „Ponadto zgodnie z częścią II pkt 4 Rozwiązania równoważne specyfikacji, wykonawca, który zaoferuje w ofercie zastosowanie rozwiązań równoważnych jest zobowiązany po podpisaniu umowy do uzyskania akceptacji autora dokumentacji projektowej w odniesieniu do zastosowanych elementów równoważnych”.

Mimo że zdanie to nie jest opatrzone żadnym komentarzem ani nie zawiera jasno sformułowanego zarzutu, można domniemywać, że zamawiający sugeruje, że odwołujący będzie utrudniał wykonawcy realizację zadania przez np. odmowę zaakceptowania zmian w dokumentacji projektowej.

Dokumentacja projektowa opracowana została zgodnie z wytycznymi do projektowania wydanymi przez obecnego odwołującego i zawiera typowe rozwiązania oraz materiały stosowane od wielu lat przez zamawiającego i nie występują w niej żadne elementy, które mogłyby stawiać podmiot projektujący na uprzywilejowanej pozycji wobec innych wykonawców.

Gdyby zamawiający uważnie zapoznał się z cz. II ust. 4 (str. 5 i 6) specyfikacji stworzonej przez siebie musiałby uznać, że postanowienie to zostało wprowadzone po to, aby zapewnić równe warunki konkurencji dla wszystkich wykonawców. Jeżeli którykolwiek z wykonawców (w tym również odwołujący) ze względów ekonomicznych, technicznych czy też innych chciałby zmienić zaproponowane w projekcie materiały czy urządzenia na inne (zapewne tańsze) musiałby się liczyć z wykonaniem czynności wyszczególnionych w cz. II

ust. 4 specyfikacji. Gdyby zaproponowane rozwiązania były zgodne z przepisami Prawa budowlanego i sztuką budowlaną, projektant nie miałby najmniejszych podstaw do odmowy zaakceptowania zastosowanych zmian. Poza tym stawianie poważnych zarzutów, mogących skutkować ograniczeniem zakresu działalności odwołującego oraz prawdopodobnymi zwolnieniami pracowników, w oparciu o sytuację przyszłą i hipotetyczną wydaje się być nie na miejscu.

Zdaniem odwołującego ciężar udowodnienia przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp spoczywa na zamawiającym, gdyż to on ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny polegający na wykluczeniu wykonawcy (art. 6 Kc w zw. z art. 14 Pzp).

Sankcja wykluczenia jest dla wykonawcy szczególnie dotkliwa, uniemożliwia bowiem dalsze ubieganie się o udzielenie zamówienia, a z punktu widzenia samego zamawiającego prowadzi do dopuszczenia do badania i oceny mniejszej liczby ofert, a więc udzielenia zamówienia w warunkach mniej konkurencyjnych. Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów uzasadniających wykluczenie odwołującego z postępowania.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **03.07.2013 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **04.07.2013 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

**08.07.2013 r.** wykonawca **MPEC SA z siedzibą w Tarnowie, ul. Sienna 4, 33-100 Tarnów** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także okazaniu przez zamawiającego dowodu w postaci umowy z 12 lutego 2013 r. między obecnym zamawiającym i odwołującym, z której treści § 6 zamawiający wywodzi, że obecny odwołujący jest zobligowany do prowadzenia nadzoru autorskiego, co stawia odwołującego w uprzywilejowanej sytuacji – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

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

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

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

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 7 i art. 24 ust. 2 Pkt 1 Pzp przez błędną interpretację tego przepisu i niewłaściwe zastosowanie do zaistniałego stanu faktycznego oraz nieuzasadnione wykluczenie z postępowania – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający 26.06.2013 r. zawiadomił pisemnie o wyborze najkorzystniejszej oferty i o wykluczeniu wykonawcy **Zakład Usług Technicznych Energetyki Ciepłej ZUTEC Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu, ul. Żelazna 9, 26-612 Radom** na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp brzmi: »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy [...] wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31a ust. 1, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji; przepisu nie stosuje się do wykonawców, którym udziela się zamówienia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 2 lub art. 67 ust. 1 pkt 1 i 2«.

W uzasadnieniu tej czynności zamawiający napisał, że wykluczony wykonał na rzecz zamawiającego dokumentację projektową, którą zamawiający wykorzystał w obecnie prowadzonym postępowaniu jako opis przedmiotu zamówienia i jako podstawa do ustalenia wartości zamówienia. Szczególnie zamawiający zaznaczył, że wykluczony cyt. »wykonując kosztorys inwestorski dysponował szczegółowymi informacjami w zakresie realizacji zadania (przedmiar robót nie był elementem specyfikacji), którymi nie dysponowali wykonawcy na etapie przetargowym.

Ponadto zgodnie z cz. II pkt [ust.] 4 – Rozwiązania równoważne Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wykonawca, który zaoferuje w ofercie zastosowanie rozwiązań równoważnych jest zobowiązany po podpisaniu umowy do uzyskania akceptacji autora dokumentacji projektowej w odniesieniu do zastosowanych elementów równoważnych.

Udział w opisanych powyżej czynnościach przygotowawczych oraz rola twórcy dokumentacji projektowej na etapie realizacji zamówienia, stawia [...] [wykluczonego] w uprzywilejowanej sytuacji wobec innych wykonawców.

W związku z powyższym zachodzą przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp nakazujące wykluczenie wykonawcy z postępowania».

Z wykluczeniem nie zgodził się odwołujący wskazując, że zamawiający oparł czynność wykluczenia na części przepisu i nie wziął pod uwagę istotnego zastrzeżenia zawartego w art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp, który to zastrzeżenie brzmi »chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji«.

Strony zgodnie przyznają, że obecny odwołujący wykonywał na rzecz obecnego zamawiającego m.in. projekt budowlany i przedmiar robót, które zostały wykorzystane w rozpoznawanym przetargu. Zamawiający nie udostępnił innym wykonawcom przedmiaru robót, ale inni wykonawcy nie wnosili o udostępnienie tego dokumentu, gdyż ze względu na ustanowienie przez zamawiającego ryczałtowego sposobu wynagrodzenia w rozpoznawanym postępowaniu wykonawcy podczas sporządzania oferty korzystali z projektu budowlanego.

Z tego względu odmienna pozycja odwołującego wobec innych wykonawców odnosić się może tylko do wcześniejszego poznania projektu budowlanego. Ale tę odmienność niweluje czas między ukazaniem się ogłoszenia o zamówieniu a terminem składania ofert. Jest to czas potrzebny do zapoznania się z dokumentacją i wszystkimi uwarunkowaniami postępowania, aby sporządzić i złożyć ofertę bez względu na wcześniejsze interesowanie się konkretnymi zagadnieniami. Przez to przewaga podmiotów będących w pozycji podobnej do pozycji obecnego odwołującego jest minimalizowana i nie wpływa w istotny sposób na wynik postępowania. W rozpoznawanym postępowaniu zamawiający ani przystępujący nie wykazali, że udział obecnego odwołującego miał wpływ na wynik postępowania ze względu na wcześniejsze sporządzenie przez obecnego odwołującego materiałów używanych do przeprowadzenia rozpoznawanego postępowania.

W terminie przeznaczonym na sporządzenie ofert wykonawcy mieli możliwość dostatecznego zapoznania się z przedmiotem zamówienia i sporządzania oferty, której cena nie odbiegała dalece od wartości szacunkowej określonej przez zamawiającego i ceny zaoferowanej przez obecnego odwołującego. Przynajmniej zamawiający ani inni wykonawcy nie sygnalizowali, że termin na sporządzenie oferty jest zbyt krótki.

Rozpoznając sprawę należy przeanalizować wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C 21/03 i C 34/03 Fabricom S.A. przeciw państwu Belgijskiemu. Trybunał ustosunkował się do problemu naruszenia uczciwej konkurencji ze względu na branie udziału



w przygotowaniu postępowania podmiotu, który wykonywał wcześniej prace powiązane z przedmiotem zamówienia. Dodatkowo Izba wskazuje, że Trybunał rozpoznawał sprawę ze specyficznymi uwarunkowaniami, gdyż spawa odnosiła się udziału w postępowaniu, którego przedmiot dotyczył wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, a więc był stosunkowo skomplikowany, a w sprawie rozpoznawanej przez Izbę przedmiotem zamówienia są mniej skomplikowane liniowe roboty budowlane. Trybunał w wyroku w sprawie C 21/03 i C 34/03 Fabricom S.A. przeciw państwu Belgijskiemu stwierdził cyt. »**1) [...] [przepisy Dyrektyw] stoja na przeszkodzie zasadzie** przewidzianej w art. 26 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 10 stycznia 1996 r. oraz art. 32 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 8 stycznia 1996 r., **zgodnie z którą nie dopuszcza się do** złożenia wniosku o uczestnictwo lub **złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego** na roboty budowlane, dostawy lub usługi **przez osobę, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych**, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych **w zakresie tych robót** budowlanych, dostaw i usług, **bez umożliwienia tej osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenia nie mogły zniekształcić konkurencji;** **2) [...] [przepisy Dyrektyw] stoja na przeszkodzie temu, aby jednostka zamawiająca mogła** aż do zakończenia procedury rozpatrywania ofert **odmówić** uczestnictwa w postępowaniu lub **złożenia oferty przedsiębiorstwu powiązanemu z osobą, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych**, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych **w zakresie robót** publicznych, dostaw lub usług, **kiedy przesłuchane w tym względzie przez instytucję zamawiającą przedsiębiorstwo twierdzi, że z tego tytułu nie odniosło nieuzasadnionej korzyści mogącej zniekształcić normalne warunki konkurencji**« [podkreślenia i pogrubienia w cytacie są autorstwa składu orzekającego Izby].

Skład orzekający Izby wziął również pod uwagę fakt, że w tak mało skomplikowanym przedmiocie zamówienia zamawiający ani żaden z pozostałych wykonawców nie wykazał ani nawet nie zarzucił odwołującemu, że sporządzając projekt budowlany zastosował w nim rozwiązania, które by powodowały zajęcie przez obecnego odwołującego uprzywilejowanej pozycji w następnych postępowaniach na wykonanie robót budowlanych na podstawie projektu budowlanego. Takimi rozwiązaniami w projekcie budowlanym mogłyby być np. zastrzeżenie stosowania określonych technologii czy urządzeń bez umożliwienia zaoferowania rozwiązań równoważnych czy z możliwościami zastosowania takich rozwiązań równoważnych, ale po spełnieniu zbyt restrykcyjnych warunków. Również takimi, wpływającymi negatywnie na uczciwą konkurencję rozwiązaniami mogłyby być zastosowanie w projekcie budowlanym elementów, które nie mogą być spełnione przez innych wykonawców bez dysponowania szczególnymi cechami czy możliwościami, gdy nie jest to

niezbędne do wymagania. Zamawiający ani przystępujący nie wykazał, że w projekcie budowlanym sporządzonym przez obecnego odwołującego zostały zawarte lub ukryte jakieś dane, które utrudniałyby uczciwą konkurencję na etapie sporządzania oferty w postępowaniu na wykonanie tego projektu budowlanego. Tym samym nie zostało udowodnione twierdzenie, że odwołujący zaproponował urządzenia czy materiały bądź technologie uwzględniając swoje preferencje do wykonania przedmiotowej przebudowy sieci ciepłej pod kątem swojego przyszłego udziału w postępowaniu. Również z analizy przebiegu rozpoznawanego postępowania nie wynika, że obecny odwołujący zastosował jakieś propozycje, które mogłyby negatywnie wpływać na uczciwą konkurencję czy stawiać w uprzywilejowanej pozycji obecnego odwołującego. Podobne konstatacje znajdują się w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 14 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1385/10, na który powołują się zamawiający i odwołujący. Również w tym wyroku znalazło się stwierdzenie cyt. »Jedynym punktem, w którym można w tej sytuacji wskazać na niewątpliwie uprzywilejowaną i mogącą naruszać uczciwą konkurencję pozycję odwołującego, jest [...] [postanowienie] umowy [...], z którego wynika, że wykonawca zobowiązał się, na żądanie zamawiającego, podpisać umowę o pełnieniu funkcji nadzoru autorskiego m.in. w przypadku zaproponowania przez wykonawcę robót, materiałów lub urządzeń „równoważnych”, tzn. o parametrach nie gorszych niż przedstawione w dokumentacji projektowej – do wydania, na etapie analizy ofert i na wniosek zamawiającego, pisemnej opinii na temat parametrów tych materiałów lub urządzeń. Jednak obecnie jest to sytuacja przyszła i niepewna, która może zaktualizować się dopiero po złożeniu ofert lub w ogóle nie zaistnieć (zamawiający może nie zawrzeć umowy na nadzór autorski lub nie zostaną zaproponowane rozwiązania równoważne), tym bardziej, że zamawiający, jak stwierdził podczas rozprawy, nie dopuścił rozwiązań innych niż wskazane w dokumentacji (przy czym, zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie jest przedmiotem oceny Izby)«. Skład orzekający Izby stwierdza, że w rozpoznawanym postępowaniu zamawiający zawarł z obecnym odwołującym umowę na nadzór autorski, ale – zgodnie z deklaracją odwołującego – nie będzie on stwarzać zbędnych trudności w przypadku stosowania rozwiązań równoważnych, czego potwierdzeniem była akceptacja przez samego zamawiającego oferty przystępującego, który w ofercie zaproponował rozwiązanie równoważne.

Obrazuje to pozycję i pewność zamawiającego w przyszłym wykonaniu robót budowlanych, gdzie mimo nadzoru autorskiego zasadniczo powierzonego obecnemu odwołującemu i postanowieniu § 6 wyżej wspomnianej umowy z 12 lutego 2013 r. na pełnienie nadzoru autorskiego, sam zamawiający decyduje o możliwości wprowadzenia rozwiązań równoważnych. Dlatego też skład orzekający Izby stwierdza, mimo innego argumentowania zamawiającego, że nadzór autorski obecnego odwołującego nad wykonywaniem przedmiotu zamówienia nie wpływał na udział i postępowanie innych

wykonawców w trakcie sporządzania ofert i późniejsze wykonywanie zamówienia. Zamawiający ani przystępujący nie wykazali możliwości zaistnienia takiego wpływu w rozpoznawanej sprawie, a również z całości dokumentacji sprawy nie wynika możliwość zaistnienia takiej możliwości w sposób wpływający w istotny sposób na rozpoznawane postępowanie.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła w wyroku z 4 marca 2011 r., sygn. akt 345/11, cyt. »Oczywiście, podmiot przygotowujący prowadzone postępowanie ma (do pewnego stopnia) naturalną przewagę nad innymi uczestnikami postępowania, jednak przewaga ta jest niwelowana przez ujawnienie wszelkich niezbędnych dokumentów mogących mieć wpływ na postępowanie, i umożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznanie się z nimi. Dlatego uczestnictwo w przygotowaniu postępowania nie jest bezwzględną przesłanką wykluczenia, a aktualizuje się dopiero w wypadku, kiedy zostanie wykazane, że udział ten utrudnił uczciwą konkurencję«.

Na koniec skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie wykazał, aby możliwe było – bez żadnych innych argumentów – swoiste karanie wykonawców za to, że „wygrali” inny przetarg, którego wynik jest związany z następnym postępowaniem.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający niewłaściwie zastosował przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp gdyż nie wziął pod uwagę zawartego w tym przepisie zastrzeżenia o brzmieniu »chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji«. Zamawiający powinien badać czy udział wykonawcy w czynnościach związanych z przygotowaniem zamówienia miał wpływ na utrudnienie uczciwej konkurencji. Z przebiegu postępowania odwoławczego wynika, że udział odwołującego w postępowaniu przetargowym nie miał wpływu na utrudnienie uczciwej konkurencji.

Z przytoczonych wyżej powodów skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut naruszenia art. 7 Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp przez niewłaściwe zastosowanie przepisu do stanu faktycznego oraz nieuzasadnione wykluczenie z postępowania odwołującego – zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby wskazuje, że zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, kwestia czy sporządzenie projektu budowlanego, kosztorysu inwestorskiego i innych tego typu dokumentów, jako wykonanie zamówienia w innym postępowaniu jest wykonywaniem bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem innego (rozpoznawanego) postępowania, w którym zamawiający wykorzystał te dokumenty jako podstawę do

określenia wartości zamówienia i jako opis przedmiotu zamówienia nie była przedmiotem rozpoznania Izby, gdyż taki zarzut nie został zawarty w odwołaniu. Przepis art. 192 ust. 7 Pzp brzmi: »Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu«.

Zamawiający naruszył art. 7 i art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....