

WYROK
z dnia 27 grudnia 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2012 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2012 roku przez wykonawcę SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto Dębica z siedzibą w Dębicy przy ulicy Ratuszowej 2, 39-20 Dębica

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa oraz odrzucenia jego oferty.
Nakazuje Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

2. Kosztami postępowania obciążyć Gminę Miasto Dębica z siedzibą w Dębicy przy ulicy Ratuszowej 2, 39-20 Dębica i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Miasto Dębica z siedzibą w Dębicy przy ulicy Ratuszowej 2, 39-20 Dębica na rzecz SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie:

dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Gminę Miasto Dębica z siedzibą w Dębicy przy ulicy Ratuszowej 2, 39-20 Dębica prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Budowa kanału Ulgi oraz regulacja potoku Gawrzyłowskiego wraz z dopływami w ramach zabezpieczenia przeciwpowodziowego na terenie miasta Dębicy* zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 393102 z 11 października 2012 roku.

7 grudnia 2012 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie informując Odwołującego, że wykluczył go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a ofertę odrzucił na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 i art. 24 ust.4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”). Zamawiający wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy z uwagi na wykazanie przez Odwołującego w ofercie w załączniku nr 3 – wykaz osób pana R..... B..... jako projektanta uprawnionego do projektowania urządzeń meriolacyjnych. Zamawiający zlecił w roku 2010 panu Bieniaszowi opracowanie Programu Funkcjonalno Użytkowego (dalej: PFU). W załączniku do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) postępowania o udzielenie zamówienia przedstawiono PFU podpisany przez pana T..... K....., to jest on wyłącznie aktualizacją dokumentu wcześniej opracowanego przez pana B....., na którego zlecenie pracował pan K..... Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania w związku z postępowaniem się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonaniu czynności związanych z przygotowaniem postępowania.

12 grudnia 2012 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy, złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 1 ustawy przez wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz w związku z art. 24 ust. 2 pkt 1 naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy przez odrzucenie oferty Odwołującego, który został wykluczony z postępowania.

- naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców,
- naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy przez wybór Wykonawcy niewybranego zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego, a tym samym unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowną ocenę ofert oraz wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Postępowanie prowadzone jest w procedurze właściwej dla zamówień o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego poniżej wskazanych przepisów ustawy. Odwołujący wobec naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy może stracić możliwość pozyskania przedmiotowego zamówienia, a ponadto jest narażony na szkodę polegającą na pozbawieniu Odwołującego realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji niniejszego zamówienia. Oferta Odwołującego bowiem uplasowałaby się w rankingu oceny ofert na pierwszym miejscu, gdyby Zamawiający bezpodstawnie nie wykluczył Odwołującego z postępowania.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt.1 ustawy. Jednocześnie na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy oferta Odwołującego została uznana za odrzuconą. Jako uzasadnienie swojej decyzji Zamawiający podał, iż cyt: „Zamawiający wykluczył z postępowania firmę SKANSKA (...) w związku z posługiwaniem się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania.". Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji wskazał, iż w 2010 roku zlecił Panu B..... opracowanie Programu Funkcjonalno - Użytkowego (PFU). Ponadto wskazał, iż w niniejszym postępowaniu PFU jest aktualizacją dokumentu opracowywanego wcześniej przez Pana B..... Odwołujący podniósł, że obowiązujące w postępowaniu PFU jest jedynie aktualizacją PFU opracowanego w 2010 roku. Zatem w uprzednio wszczynanych przez Zamawiającego postępowaniach dokument pn. „Aktualizacja Programu Funkcjonalno-Użytkowego Zmiana trasy budowy kanału Ulgi” z dnia 28.11.2011 r. sporządzony przez Pana T..... K..... był wykorzystywany przez Zamawiającego. Tym samym

wskazać należy, iż wszyscy potencjalni Wykonawcy mieli możliwość zapoznania się z tym dokumentem już w dacie wszczęcia pierwszego prowadzonego przez Zamawiającego postępowania tj. 30.01.2012 roku (data publikacji pierwszego ogłoszenia). Ponadto Zamawiający wszczął postępowanie na wskazany powyżej przedmiot zamówienia po raz drugi w dniu 11.05.2012 roku. posługując się zaktualizowanym PFU, które zostało udostępnione Wykonawcom po raz drugi. Niniejsze postępowanie zostało wszczęte w dniu 11.10.2012 roku, a Zamawiający po raz trzeci załączył do materiałów przetargowych tylko i wyłącznie dokument pn. „Aktualizacja Programu Funkcjonalno- Użytkowego Zmiana trasy budowy kanału Ulgi” opracowany przez Pana T..... K....., który to dokument we wszystkich trzech postępowaniach był tej samej treści. Zmieniał się jedynie opis przedmiotu zamówienia w części III SIWZ i dokonywał tego sam Zamawiający. Zatem, wszyscy potencjalni Wykonawcy mieli wiedzę o zaktualizowanym PFU już w dacie publikacji PFU w pierwszym postępowaniu wszczętym przez Zamawiającego to jest od 30.01.2012 roku. Ponadto należy wskazać, iż Odwołujący w swojej ofercie w załączniku nr 3 - Wykaz osób wykazał Pana R..... B....., jako projektanta uprawnionego do projektowania urządzeń melioracyjnych. Z uzasadnienia Zamawiającego wynika, iż Zamawiający zlecił w 2010 r. Panu R..... B..... opracowanie PFU, a załączona do SIWZ niniejszego postępowania aktualizacja PFU podpisana przez Pana T..... K..... jest aktualizacją dokumentu Pana B....., na którego zlecenie pracował Pan K..... Wobec powyższego w niniejszym stanie faktycznym wskazuje Odwołujący, jak stwierdził sam Zamawiający w swoim uzasadnieniu, iż Odwołujący w swojej ofercie wskazał Pana R..... B....., a aktualizację obecnego PFU opracowywał Pan T..... K....., który nie został wskazany w ofercie Odwołującego. Analizując przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy podnosił Odwołujący, aby ziszczała się przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt. 1 ustawy tj. aby Zamawiający mógł dokonać wykluczenia z postępowania Wykonawcy w związku z faktem, iż oferta składana jest przez Wykonawcę, który wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub Wykonawca posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności musi nastąpić: udział podmiotu lub osób w przygotowaniu postępowania i naruszenie zasady uczciwej konkurencji, tj. musi nastąpić uprzywilejowanie podmiotu przez posiadanie przez niego informacji, które pozwalają mu na uzyskanie uprzywilejowanej pozycji w stosunku do innych Wykonawców uczestniczących w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 1 ustawy oraz orzecznictwa do tego przepisu wynika, iż Zamawiający zobowiązany jest do przeprowadzenia badania, czy udział Wykonawcy w przygotowaniu postępowania lub posłużenie się osobami biorącymi udział w dokonywaniu tych czynności, utrudnił uczciwą konkurencję pozwolił Wykonawcy uzyskać uprzywilejowaną pozycję w stosunku do innych Wykonawców. Co za tym idzie, samo przygotowanie dokumentacji lub

jej części - nic stanowi skutecznej przesłanki do wykluczenia z postępowania. Podobnie KIO w wyroku o sygnaturze KIO 252/12, stosownie do którego cyt: „Wykluczenie może mieć miejsce wtedy, gdy wykonawca lub osoba, którą posługuje się on w celu sporządzenia oferty, mogły wpłynąć na kształt opisu przedmiotu zamówienia lub innych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jest w stosunku do pozostałych wykonawców uprzywilejowany, zaś zamawiający nie może zrównoważyć ich pozycji w postępowaniu, np. poprzez zapewnienie wyczerpujących wyjaśnień, przedłużanie terminu składania ofert lub wniosków albo modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeśli okaże się że rozwiązania w niej nieprzewidziane mogą spełnić wszystkie oczekiwania zamawiającego.”. Powyższe rozważania Odwołujący przenosi na grunt analizowanej sprawy i wskazał, iż brak w postępowaniu ziszczenia się przesłanek z przepisu art. 24 ust.2 pkt 1 ustawy. Po pierwsze Skańska S.A., czy też wskazany w ofercie Odwołującego - Pan R..... B..... nie wykonywali bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania. Przepis ten *expressis verbis* stanowi, iż wykluczenie na podstawie powyższej przesłanki dotyczy obecnie prowadzonego postępowania tj. postępowania wszczętego opublikowaniem ogłoszenia w dniu 11.10.2012 roku. a nie poprzednio prowadzonych przez Zamawiającego postępowań. Zarówno Odwołujący, jak i Pan R..... B..... w przedmiotowym postępowaniu nie wykonywali żadnych czynności. Powyższe potwierdził także Zamawiający w swoim piśmie uzasadniającym wykluczenie Wykonawcy, stwierdzając, iż aktualizacji PFU w niniejszym postępowaniu dokonywał Pan T..... K..... Tym samym wskazana przesłanka nie występuje. Jednakże Zamawiający powołuje się, iż Pan B..... przygotowywał PFU w 2010 roku na ten sam przedmiot zamówienia. Nawet, jeśli przyjąć tok myślenia Zamawiającego należy wskazać, że aby wypełniły się przesłanki pozwalające

na wykluczenie Wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust.2 pkt 1 ustawy musi zaistnieć jeszcze okoliczność, aby owe czynności utrudniły uczciwą konkurencję. Powyższe oznacza, iż czynności które wykonywał Wykonawca w prowadzonym postępowaniu muszą dać mu przewagę i uprzywilejowaną pozycję nad innymi Wykonawcami. W tym miejscu należy wskazać, iż przygotowanie PFU w 2010 roku w żaden sposób nie wpływa na utrudnienie konkurencji, bowiem wszyscy potencjalni Wykonawcy mieli wiedzę tylko i wyłącznie o zaktualizowanym PFU dużo wcześniej przed datą wszczęcia prowadzonego obecnie postępowania, gdyż Zamawiający przedmiotowe postępowanie ogłaszał już dwa razy i publikował na swojej stronie dokumenty dotyczące postępowania w tym zaktualizowanego PFU. Zatem, można stwierdzić, iż od dnia wszczęcia pierwszego postępowania tj. 30.01.2012, a tym samym zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej (co z uwagi na postępowanie poniżej progów oraz przepis art. 42 ust.1 ustawy powinno nastąpić tego samego dnia Wykonawcy mieli udostępnione zaktualizowane PFU, które jest

wykorzystywane w obecnym postępowaniu. Wobec powyższego nie sposób uznać, że opracowywanie PFU zaburza konkurencję, potencjalni Wykonawcy mają bowiem informację o zaktualizowanym PFU od dnia 30.01.2012 roku, zatem mogli swobodnie się z nim zapoznać, a co za tym idzie Odwołujący w żaden sposób nie miał przewagi nad innymi Wykonawcami i nie spowodowało to zaburzenia konkurencji. Ponadto wykluczenie na podstawie art. 24 ust.2 pkt 1 ustawy powinno dotyczyć obecnie prowadzonego postępowania, a nie prowadzonych uprzednio przez Zamawiającego postępowań. Należy także wskazać, iż przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy stanowi, iż aby Wykonawca mógł być wykluczony z postępowania powinien posługiwać się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności związanej z przygotowaniem prowadzonego postępowania oraz udział ten ma utrudnić uczciwą konkurencję. Kwestię naruszenia uczciwej konkurencji poruszono powyżej, niemniej jednak należy odnieść się też do sformułowania posługiwania się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w tych czynnościach. W tym miejscu należy bowiem wskazać, iż Pan R..... B..... został wskazany w ofercie Odwołującego jako osoba współpracująca (załącznik nr 3 - wskazanie: oświadczenie o współpracy), a do oferty Odwołującego zostało załączone zobowiązanie o treści cyt.: „oświadczam, iż Skanska może polegać na mnie jako osobie zdolnej do wykonania zamówienia w zakresie projektanta do projektowania urządzeń melioracyjnych. Zobowiązuje się do pozostawania w dyspozycji Skanska w okresie wykonywania zamówienia.”. Tym samym, Pan R..... B..... został wskazany jako osoba udostępniająca swój potencjał, która złożyła oświadczenie w trybie przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy, iż zobowiązuje się do pozostawania w dyspozycji w okresie wykonywania zamówienia. Pan R..... B..... wskazany został i potwierdził to w oświadczeniu, jako osoba współpracująca oraz udostępniająca swój potencjał, (wskazana na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu), ale dopiero na etapie wykonywania zamówienia. Nigdy nie uczestniczył w sporządzeniu oferty Skanska S.A.. gdyż zobowiązał się do pozostawiania w dyspozycji w okresie wykonywania zamówienia, a nie w okresie przygotowania oferty. Sformułowania „w celu sporządzenia oferty” nie można interpretować tak szeroko, aby obejmowało również przypadki, gdy dana osoba została wskazana na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy jako podwykonawca na etapie realizacji zamówienia, niezależnie od tego czy miała ona jakikolwiek rzeczywisty wpływ na treść oferty wykonawcy. (vide: KIO 1536/12). Wobec powyższego w ocenie Odwołującego, uznać należy, iż żadna z przesłanek w skazanych w przepisie art. 24 ust.2 pkt 1 ustawy nie została wypełniona, dlatego też wykluczenie Wykonawcy na podstawie powyższego przepisu należy uznać za bezprawne, a tym samym skutkujące naruszeniem przywołanych powyżej przepisów. Zdaniem Odwołującego badanie Zamawiającego, czy udział Wykonawcy w przygotowaniu postępowania lub posłużenie się osobami biorącymi

udział w dokonywaniu tych czynności, utrudnił uczciwą konkurencję i pozwolił Wykonawcy uzyskać uprzywilejowaną pozycję w stosunku do innych Wykonawców, zostało przeprowadzone zbyt ogólnie i doprowadziło do wyciągnięcia przez Zamawiającego błędnych wniosków. „Z uwagi na szczególnie sanacyjny charakter przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p. wykładnia winna mieć charakter ścisły opierać się przede wszystkim na jego literalnym brzmieniu. Z kolei stan faktyczny danej sprawy winien potwierdzać w sposób jednoznaczny zaistnienie przesłanek wskazanych w tym przepisie, a nie tylko domniemanie ich zaistnienia.” (KIO 1765/12). W tym stanie rzeczy odwołujący wskazał, iż Zamawiający nieprawidłowo wykluczył Odwołującego z postępowania naruszając powyżej wskazane przepisy ustawy.

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 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 12 grudnia 2012 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja.

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 oraz ofertę Odwołującego a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu. Izba dopuściła w postępowaniu dowód złożony przez Zamawiającego – umowę o dzieło zawartą 22 grudnia 2010 roku w Dębicy pomiędzy Gminą Miasto Dębica, a R..... B..... na wykonanie dzieła w zakresie opracowania PFU, stanowiącego załącznik do wniosku o dofinansowanie projektu „Regulacja i utrzymanie cieków wodnych oraz opracowanie studium

ochrony przeciwpowodziowej na terenie miasta Dębica”, na okoliczność wykazania, że PFU w pierwotnym kształcie przygotowywał pan R..... B.....

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia 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 stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zmawiającemu nieprawidłowe zastosowanie art. 24 ust 2 pkt 1 ustawy – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji(...)* oraz art. 24 ust. 4 ustawy – *Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą i na ich podstawie niezasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo braku ustawowych przesłanek i w konsekwencji odrzucenie oferty oraz naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i art. 7 ust. 3 ustawy – *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.***

Izba rozpoznając zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy - poprzez wykluczenie wykonawcy z uwagi na wykonywanie bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania i posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności podzieliła pogląd wyrażony w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z 3 sierpnia 2011 roku (sygn. akt KIO 1536/11). Z przepisu art. 24 ust.2 pkt 1 ustawy wynika, że aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania Zamawiający musi dokonać analizy czy zostały spełnione łącznie następujące przesłanki: po pierwsze – stwierdzić zaistnienie bezpośredniego wykonywania czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwania się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonaniu tych czynności, po drugie – ustalić, czy ten udział utrudnia uczciwą konkurencję. Tym samym celem ww. przepisu jest wyeliminowanie z postępowania podmiotów, które nabyły w trakcie uczestnictwa w przygotowaniu

postępowania wiedzę, która może je stawiać w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zarówno w piśmiennictwie jak i orzecznictwie podnosi się, że sam fakt udziału w przygotowaniu postępowania nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy, niezbędną przesłanką wykluczenia jest wpływ na konkurencyjność postępowania. W takich sytuacjach Zamawiający zobowiązany jest do ustalenia okoliczności, czy udział takiego wykonawcy w postępowaniu w sprawie udzielenia wskazanego zamówienia stanowi utrudnienie uczciwej konkurencji (orzeczenie ETS C-21/03 C-34/03, w sprawie Fabricom S. A. przeciwko Belgii).

Tym samym niewystarczające jest wskazanie, że podstawą wykluczenia jest fakt sporządzenia dokumentacji postępowania w tym przypadku PFU oraz opracowanie zestawienia kosztów, koniecznym jest stwierdzenie utrudniania uczciwej konkurencji. To na Zamawiającym ciążył obowiązek wykazania utrudnienia uczciwej konkurencji to jest na przykład wykazanie, że wykonawca pozyskał dodatkowe informacje o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia. Są to okoliczności, które mogą zapewniać przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania. Przewaga ta może się wyrażać w możliwości szybszego i precyzyjniejszego przygotowania oferty. Zakłócenie uczciwej konkurencji polegać może również na możliwości dokonania głębszej analizy inwestycji, zatem istotny jest zakres informacji pozyskanych przez wykonawcę w toku przygotowywania postępowania i niedostępnych dla innych uczestników postępowania.

Wskazać należy, że argumentacja Zamawiającego przedstawiona w piśmie *Stanowisko Zamawiającego wobec wniesionego odwołania* a odnosząca się do tego, że *samo pojawienie się w ofercie głównego autora opisu przedmiotu zamówienia skutkowało koniecznością zastosowania art. 24 ust.2 pkt 1 ustawy* nie może zostać uznane za prawidłowe.

Izba ustaliła, że w ofercie Odwołującego (strona 16) widnieje zobowiązanie pana R..... B..... o treści: *Niniejszym oświadczam, że Wykonawca tj. Skanska S.A. może polegać na mnie jako osobie zdolnej do wykonania zamówienia w zakresie – Projektanta uprawnionego do projektowania urządzeń melioracyjnych. W związku z powyższym zobowiązuję się do pozostawania w dyspozycji Wykonawcy Skanska S.A. w okresie wykonywania zamówienia, stosownie do wymagań art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655 z późn. zm.)*. Na stronie 15 oferty został zamieszczony wykaz sporządzony na podstawie załącznika nr 3 do SIWZ tj. wykaz osób które będą wykonywać zamówienie; w wykazie tym w pozycji 2 został wymieniony pan R..... B....., który złożył oświadczenie o współpracy.

Wskazać należy, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem *samo skorzystanie z doświadczenia osoby, która uczestniczyła w przygotowywaniu dokumentacji wykorzystanej następnie w postępowaniu nie potwierdza „posługiwania się taką osobą w celu sporządzenia oferty”*. Izba wskazuje, że określenie „w celu sporządzenia oferty” nie można, interpretować tak szeroko, aby obejmowało również przypadki, gdy dana osoba została wskazana na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy jako podwykonawca na etapie realizacji zamówienia, niezależnie od tego czy miała ona jakikolwiek rzeczywisty wpływ na treść oferty wykonawcy. Obecne przepisy dopuszczają w szerokim zakresie powoływanie się na zdolności innych podmiotów, co jeszcze nie oznacza, iż podmioty te poza wskazaniem ich w ofercie w określonym kontekście w jakikolwiek sposób mają wpływ na jej treść. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, według którego przyjmuje się, iż przesłanka posługiwania się daną osobą w celu sporządzenia oferty wymaga, aby osoba taka brała udział w przygotowywaniu oferty np. wykonawca powierzył mu jej przygotowanie (wyrok SO w Katowicach z 31 lipca 2008 r. sygn. akt XIX Ga 280/08). Tylko bowiem w takiej sytuacji istnieje ryzyko uzyskania informacji dotyczących postępowania zapewniających przewagę konkurencyjną i umożliwiających przygotowanie oferty na lepszych warunkach, co mogłoby naruszać zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W żadnym razie nie można dopatrywać się domniemania, iż wskazanie danej osoby w ofercie jako uczestniczącej w realizacji zamówienia i skorzystanie z jej doświadczenia potwierdza uczestnictwo tej osoby w sporządzaniu oferty (porównaj: wyrok KIO sygn. akt 1536/11; wyrok KIO sygn. akt 1835/10).

Zamawiający obowiązany jest do postępować zgodnie z zasadami jakie określa ustawa, między innymi zasadą równego traktowania wykonawców, zasadą konkurencyjności, zasadą udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Sąd Okręgowy w Gliwicach, w wyroku z 23 lutego 2007 roku sygn. akt: X Ga 23/07/za wskazał, iż *„Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)”*. Zamawiający zobowiązany jest do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania a jego działanie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego nie było zgodne z obowiązującymi przepisami i naruszało zasady zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania zasadę

równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji tj. zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciężące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej (art. 2 pkt 5 ustawy). Izba uznała, że czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania nastąpiła z naruszeniem prawa, Zamawiający nie wykazał ani wykluczając Odwołującego z postępowania ani na rozprawie zaistnienia przesłanek z art. 24 ust.2 pkt 1 ustawy, tym samym nieprawidłowo została odrzucona z postępowania oferta wykonawcy na podstawie art. 24 ust.4 ustawy. 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 przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż 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 incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*. Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu, który potwierdzałby, lub choć uprawdopodobnił zasadność twierdzeń Zamawiającego. Złożona w poczet materiału dowodowego kserokopia umowy z 22 grudnia 2010 roku stanowi jedynie o zawarciu umowy pomiędzy Zamawiającym a panem R..... B....., jednocześnie należy zaznaczyć, że fakt realizacji tej umowy tj. wykonania podstawowej wersji PFU nie był sporny między Stronami postępowania. Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3,

uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zmawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

