

Sygn. akt: KIO 1835/10

**WYROK**

**z dnia 9 września 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Agnieszka Bartczak – Żuraw

**Członkowie:** Aneta Mlącka

Katarzyna Brzeska

**Protokolant:** Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 25 sierpnia 2010 r. przez **EIFFAGE Budownictwo Mitex S.A., 02 – 676 Warszawa, ul. Postępu 5A** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Jagielloński, 31-007 Kraków, ul. Gołębia 24.**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: HOCHTIEF Polska S.A. (lider konsorcjum), HOCHTIEF Construction AG, z siedzibą dla lidera konsorcjum 01 – 737 Warszawa, ul. Elbląska 14** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **EIFFAGE Budownictwo Mitex S.A., 02 – 676 Warszawa, ul. Postępu 5A** i nakazuje:
  - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **EIFFAGE Budownictwo Mitex S.A., 02 – 676 Warszawa, ul. Postępu 5A** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2) dokonać wpłaty kwoty **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **EIFFAGE Budownictwo Mitex S.A., 02 – 676 Warszawa, ul. Postępu 5A** na rzecz **Uniwersytet Jagielloński, 31-007 Kraków, ul. Gołębia 24** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Uniwersytet Jagielloński w Krakowie, Ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759) (dalej „ustawa Pzp”), którego przedmiotem jest wyłonienie Generalnego Realizatora Inwestycji dla zaprojektowania i wykonania robót budowlano-montażowych, związanych z realizacją obiektu Wydziału Fizyki, Astronomii i Informatyki Stosowanej Uniwersytetu Jagiellońskiego, zlokalizowanego na terenie Kampusu 600-lecia Odnowienia UJ w Krakowie. Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane oszacowano na kwotę przekraczającą wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2010/S 113-171292 dnia 12 czerwca 2010 r.

W dniu 25 sierpnia 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez EIFFAGE Budownictwo Mitex S.A. ul. Postępu 5a, 02-676 Warszawa.

Odwołujący wskazywał następujące naruszenia ustawy Pzp dokonane w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum firm: Hochtief Polska Spółka Akcyjna - Lider i Hochtief Construction AG - Członek, ul. Elbląska 14, 01-737 Warszawa (zwanego dalej „Konsorcjum Hochtief”), pomimo, iż Konsorcjum Hochtief posługiwało się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania i udział wymienionego wykonawcy w postępowaniu utrudnia uczciwą konkurencję;
- 2) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum firm: RE-Bau Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Lider i PORR (POLSKA) Spółka Akcyjna - Członek, ul. Mogilska 71, 31-545 Kraków (zwanego dalej „Konsorcjum RE-Bau i PORR”), pomimo faktu, iż Konsorcjum RE-Bau i PORR posługiwało się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania i udział wymienionego wykonawcy w postępowaniu utrudnia uczciwą konkurencję;

- 3) w konsekwencji naruszeń, o których mowa w pkt 1 i 2 powyżej - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wymaganej przepisami ustawy Pzp czynności odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu, skutkujące nieuprawnionym wyborem oferty Konsorcjum Hochtief w postępowaniu oraz uwzględnieniem wśród ofert nie podlegających odrzuceniu oferty Konsorcjum RE-Bau i PORR.

Odwołujący argumentował, iż dopuszczalność wniesienia niniejszego środka ochrony prawnej przez Odwołującego uzasadnia naruszenie interesu Odwołującego w pozyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, skutkujące szkodą - względnie możliwością jej poniesienia, wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, wyrażającą się w pozbawieniu możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, gdyż oferta złożona przez Odwołującego w przypadku wykluczenia Konsorcjum Hochtief oraz Konsorcjum RE-Bau i PORR jako najtańsza podlegałaby wyborowi przez Zamawiającego. Wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący został w konsekwencji pozbawiony możliwości wygrania przetargu.

Odwołujący zwracał jednocześnie uwagę na istnienie identycznej podstawy do wykluczenia i odrzucenia oferty wykonawcy - konsorcjum firm: Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna - Lider i Budostal-2 Spółka Akcyjna - Członek, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa, posługującego się przy sporządzeniu oferty tą samą osobą uczestniczącą w dokonywaniu czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania, jakkolwiek oferta wymienionego wykonawcy otrzymała w wyniku oceny ofert niższą punktację niż oferta Odwołującego, skutkiem czego brak możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp w zakresie i w odniesieniu do oferty złożonej przez konsorcjum firm: Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna - Lider i Budostal-2 Spółka Akcyjna - Członek.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty Konsorcjum Hochtief;
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem wyników postępowania odwoławczego, w tym wykluczenia Wykonawców - Konsorcjum Hochtief oraz Konsorcjum RE-Bau i PORR, z uwagi na fakt, iż Wykonawcy ci posługiwali się w celu sporządzenia swoich ofert osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania i utrudnili tym samym uczciwą konkurencję, w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 1

ustawy Pzp, i odrzucenie ofert wymienionych Wykonawców, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Informację o okolicznościach stanowiących podstawę do złożenia niniejszego odwołania Odwołujący powziął w dniu 16 sierpnia 2010 r., zatem przedmiotowe odwołanie złożone zostało w zakreślonym ustawą Pzp terminie.

Odwołujący wskazywał, że w dniu 16 sierpnia 2010r. Odwołujący został poinformowany przez Zamawiającego o dokonaniu czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Hochtief, a także uwzględnieniu wśród ofert nie podlegających odrzuceniu oferty złożonej przez Konsorcjum RE-Bau i PORR.

Po zapoznaniu się z treścią ofert złożonych przez obu wymienionych wyżej wykonawców, Odwołujący powziął wiedzę o wspólnej dla ofert obu wykonawców okoliczności skutkującej obligatoryjnym wykluczeniem tych wykonawców z udziału w postępowaniu z uwagi na posługiwanie się przez obu wykonawców w celu sporządzenia ofert osobą uczestniczącą w czynnościach związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania

Odnosząc się do oferty złożonej przez Konsorcjum Hochtief podnosił, iż Konsorcjum to na str. 57 i 58 oferty wskazało w wykazie osób, które będą wykonywać zamówienie Pana Krzysztofa K. na stanowisko głównego projektanta, wskazując jako podstawę dysponowania wymienioną osobą oświadczenie Agencji Projektowej Architektury EKSPo s.c. Dokumenty i oświadczenia Agencji Projektowej Architektury EKSPo s.c. przedłożone w niniejszym postępowaniu przez Konsorcjum Hochtief (str. 42-54 oferty) podpisane zostały przez Pana Krzysztofa K. ze wskazaniem, iż jest on Dyrektorem w Spółce. Treść Umowy Spółki zawartej na str. 46 oferty wskazuje, iż tworzą ją Krzysztof K. - będący pełnomocnikiem spółki oraz Jadwiga K. Należy mieć na uwadze, iż istotą spółki cywilnej jest fakt, iż nie stanowi ona osobnego bytu prawnego a wyłącznie stosunek obligacyjny pomiędzy osobami wspólników takiej spółki, w związku z czym wszelka działalność wykonywana przez Agencję Projektową Architektury EKSPo s.c. jest tożsama z wykonywaniem jej przez samego Krzysztofa K. Fakt osobistego wykonania przez Pana Krzysztofa K. czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania potwierdza wykaz wymieniony na str. 58-59 oferty Konsorcjum Hochtief, gdzie odnośnie Pana Krzysztofa K. w opisie doświadczenia wskazano, iż osoba ta pełniła funkcję koordynatora programu w okresie od 2009 r. do 2010 r. odnośnie Programu Funkcjonalno-Użytkowego wraz ze STWiOR oraz kosztorysem dla Wydziału Fizyki, Astronomii i Informatyki Stosowanej UJ w Krakowie (Obiekt na terenie Kampusu 600lecia UJ zawierający laboratoria badawcze i dydaktyczno - naukowe).

Tę samą osobę wykazało na str. 282-283 swojej oferty Konsorcjum RE-Bau i PORR na stanowisko głównego projektanta i powołując w opisie doświadczenia i wykształcenia m.in. realizację Projektu Funkcjonalno-Użytkowego wraz ze STWOiR oraz kosztorysem dla Wydziału Fizyki, Astronomii i Informatyki Stosowanej UJ w Krakowie. Dodatkowo uszczegółowiono okres doświadczenia zawodowego Pana Krzysztofa K. w tym zakresie od grudnia 2009 r. do maja 2010 r. Pan Krzysztof K. podpisał w imieniu Agencji Projektowej Architektury EKSPo s.c. również jako Dyrektor, dokumenty zawarte na str. 20, 43, 44, 48, 49 oferty Konsorcjum RE-Bau i PORR. Ta sama Umowa spółki cywilnej co powołana w uwagach odnośnie oferty Konsorcjum Hochtief została załączona na str. 47 i 140 oferty. Uwagi co do odnoszenia osoby Pana Krzysztofa K. do Agencji Projektowej Architektury EKSPo s.c, wymienione odnośnie oferty Konsorcjum Hochtief, znajdują tu pełne zastosowanie.

Odwołujący wskazywał, że obaj wykonawcy jednoznacznie tym samym skorzystali z referencji i doświadczenia Pana Krzysztofa K. jako współnika Agencji Projektowej Architektury EKSPo s.c. i posługiwali się przy sporządzeniu swych ofert osobą Pana Krzysztofa K.

Okoliczność, iż Pan Krzysztof K. uczestniczył w dokonywaniu czynności związanych z przygotowaniem niniejszego postępowania, czym wypełnia pozytywną przesłankę zastosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, a co więcej - wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania, jednoznacznie potwierdzają tym samym oświadczenia powołanych wykonawców zawarte w złożonych przez nich ofertach, wskazujące wykonanie przez Pana Krzysztofa K. Programu Funkcjonalno-Użytkowego wraz ze STWiOR oraz kosztorysem, jak i treść Programu Funkcjonalno-Użytkowego i założeń technologicznych, która wymienia opracowanie wymienionych dokumentów przez Agencję Projektową Architektury EKSPo s.c, a więc - jak wyżej wykazano, w istocie Krzysztofa K. prowadzącego działalność gospodarczą w ramach spółki cywilnej z Jadwigą K.

Dokumenty te, zdaniem Odwołującego, bezsprzecznie stanowią podstawę do oszacowania przedmiotu zamówienia. Odwołujący zwracał uwagę na fakt, iż przedmiot zamówienia obejmuje zaprojektowanie i wykonawstwo specjalistycznych, skomplikowanych robót budowlanych, zaś ujęcie go w formule „zaprojektuj i wybuduj” skutkuje po stronie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia szczególnymi trudnościami związanymi z opracowaniem oferty na wykonanie zamówienia. Oferta ta bowiem nie jest sporządzana na podstawie kompletnej dokumentacji projektowej dostarczonej przez Zamawiającego, ale wyłącznie na podstawie ogólnej koncepcji zawartej w Programie

Funkcjonalno-Użytkowym, na podstawie której wykonawca zobowiązany jest oszacować cenę ryczałtową na kompleksowe wykonanie zarówno prac projektowych, jak i wykonania robót budowlanych, nie podlegającą podwyższeniu w następstwie błędów w jej oszacowaniu (por. postanowienia Rozdziału 12 SIWZ). W tej sytuacji ryzyko, jakie wynika ze skąpych podstaw do oszacowania ceny oferty, wykonawcy uwzględniają w cenie ryczałtowej, która w konsekwencji musi zawierać niezbędną rezerwę finansową na wykonanie dodatkowych robót, których nie oszacowano na etapie procedury przetargowej, charakteryzującej się krótkim czasem na sporządzenie wyceny i koniecznością uwzględniania zmian wynikających z odpowiedzi Zamawiającego w trybie art. 38 ustawy Pzp.

W tej sytuacji każda dodatkowa wiedza po stronie wykonawcy odnośnie przedmiotu zamówienia jest wiedzą dla tego wykonawcy szczególnie istotną i w konsekwencji stawia go w uprzywilejowanej pozycji względem pozostałych wykonawców. Wiedza zaś odnosząca się do już sporządzonego kosztorysu jest dla wykonawcy szczególnie korzystna i z całą pewnością w sytuacji, gdy Zamawiający nie udostępnił kosztorysu w postępowaniu innym wykonawcom, utrudnia i to w znacznym stopniu uczciwą konkurencję w tym postępowaniu.

Jak jednoznacznie wynika z wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 marca 2005 r. w postępowaniach Fabricom S.A. przeciwko Belgii (zgodnie z którym dyrektywy Rady odnoszące się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, dostawy, roboty budowlane, w szczególności przepisy zobowiązujące zamawiających do zagwarantowania, że nie będzie dyskryminacji pomiędzy wykonawcami stoją na przeszkodzie zasadzie, 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 spoczywa 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 doświadczenie nie mogło zniekształcić konkurencji), w przypadku spełnienia przez wykonawcę pozytywnych przesłanek wykluczenia z postępowania zaistnienie przesłanki negatywnej - wykazania, iż udział wykonawcy w postępowaniu nie utrudnia uczciwej konkurencji, leży po stronie wykonawcy podlegającego wykluczeniu. Zamawiający w konsekwencji zobowiązany był bądź to do wykluczenia obu wykonawców - w sytuacji takiej miałoby oni możliwość wykazania istnienia przesłanki negatywnej w złożonych środkach ochrony prawnej, bądź chociażby do wezwania ich do złożenia wyjaśnień odnośnie wykazania, iż ich udział nie stanowi utrudnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu. W ocenie Odwołującego prawidłowym zachowaniem Zamawiającego byłoby wykluczenie obu wykonawców, tym niemniej Zamawiający nie

dokonał żadnej z tych czynności, czym ewidentnie naruszył obowiązek wynikający z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący sam z ostrożności wskazywał przy tym, iż przesłanka negatywna wykluczenia - a więc stan nieutrudniania uczciwej konkurencji w postępowaniu przez udział w nim wykonawców spełniających pozytywne przesłanki wykluczenia zawarte w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, w niniejszej sprawie nie zachodzi z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie udostępnił wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wszystkich dokumentów, w których wytworzeniu brała udział osoba, którą wykonawcy - Konsorcjum Hochtief oraz Konsorcjum RE-Bau i PORR posługiwali się przy sporządzeniu swoich ofert. Znajomość kosztorysu jest niewątpliwie posiadaniem dodatkowej informacji, która jest w swej istocie bezpośrednio związana z realizacją przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji wykonawcy ci ponad wszelką wątpliwość mieli ułatwione zadanie przy konstruowaniu swoich ofert, w szczególności w zakresie kalkulacji ceny ofertowej (która stanowi jedyne kryterium oceny ofert), gdyż z wyłączeniem Odwołującego na etapie sporządzania oferty znali wartość kosztorysową robót objętych postępowaniem. Wykonawcy ci w konsekwencji posiadali zdecydowanie korzystniejszą sytuację w stosunku do Odwołującego kalkulującego cenę ofertową, z jednej bowiem strony mieli wiedzę co do szczegółów kosztorysu, nie udostępnionego Odwołującemu przez Zamawiającego, z drugiej zaś - posiadali wszystkie informacje dodatkowe udostępnione przez Zamawiającego wykonawcom w postępowaniu. Sytuacja ta, zdaniem Odwołującego, wypełnia przesłankę utrudniania uczciwej konkurencji wobec uprzywilejowania Konsorcjum Hochtief i Konsorcjum RE-Bau i PORR wobec Odwołującego. Słuszność tego stanowiska potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 31 lipca 2009 r. w sprawie sygn. akt KIO/UZP 920/09 jak i Sąd Okręgowy w Słupsku w wyroku z dnia 30 września 2008 r. sygn. akt VII Ga 36/08 zwracający ponadto uwagę na dodatkowy wpływ większego przedziału czasowego na zapoznanie się z warunkami realizacji zamówienia na utrudnienie konkurencji. Z dorobku orzecznictwa powoływał także wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 17 listopada 2006 r. w sprawie sygn. akt UZP/ZO/0-2789/06, który w wykładni przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp jest jeszcze bardziej rygorystyczny - wykluczając wykonawcę będącego autorem koncepcji programowo-przestrzennej udostępnionej wszystkim wykonawcom w postępowaniu. Fakt, iż wskutek naruszenia ustawy Pzp uprzywilejowanym był więcej niż jeden wykonawca, nie ma znaczenia dla sprawy, gdyż utrudnienie konkurencji zaszło wobec podmiotów wiedzą tą nie dysponujących.

Dodatkowo ponosił, iż sporządzenie Programu Funkcjonalno-Użytkowego wraz z pozostałymi dokumentami, które Zamawiający udostępnił wykonawcom w prowadzonym postępowaniu, przez Pana Krzysztofa K., skutkowało wcześniejszą od pozostałych wykonawców wiedzą o przedmiocie zamówienia, co stawiało Konsorcjum Hochtief oraz



Konsorcjum RE-Bau i PORR postępujące się osobą Pana Krzysztofa K. przy sporządzaniu swych ofert w uprzywilejowanej sytuacji względem Odwołującego z uwagi na fakt, iż Odwołujący zmuszony był do żmudnego i czasochłonnego zapoznawania się z tym samym przedmiotem zamówienia.

Niezależnie od powyższych uwag oczywistym dla Odwołującego było, iż dysponując Panem Krzysztofem K. przy sporządzaniu ofert wykonawcy ci mieli przewagę nad Odwołującym biorącym udział w postępowaniu wyrażającą się w możliwości wykazania w doświadczeniu oraz osobach przewidzianych do realizacji zamówienia, Pana Krzysztofa K., choć spełnia on wszystkie pozytywne przesłanki wykluczenia przewidziane w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Również w tej sytuacji wykonawcy ci byli uprzywilejowani względem Odwołującego ubiegającego się o udzielenie zamówienia, który nie wykazał dysponowania Panem Krzysztofem K. dla potrzeb postępowania. W konsekwencji również z uwagi na powyższą okoliczność, wobec niestwierdzenia przesłanki negatywnej przewidzianej w przepisie, Zamawiający winien był wykluczyć obu wykonawców.

Oferta wykonawcy wykluczonego z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp uznawana jest za odrzuconą, niezależnie od powyższego zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek odrzucenia ofert wykonawców złożonych przez wykonawców wykluczonych. Następstwem niewykluczenia Konsorcjum Hochtief oraz Konsorcjum RE-Bau i PORR było tym samym naruszenie również obu powołanych przepisów ustawy Pzp.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 25 sierpnia 2010 r.

W dniu 28 sierpnia 2010 r. Zamawiający w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 31 sierpnia 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez Konsorcjum Hochtief.

W dniu 7 września 2010 r. wpłynęły do Prezesa Krajowe Izby Odwoławczej faxem odpowiedź na odwołanie Zamawiającego, w którym wnosił o oddalenie odwołania i przedstawiał argumentację na poparcie swojego stanowiska oraz pismo zgłaszającego przystąpienie Konsorcjum Hochtief zawierające stanowisko tego wykonawcy. Na rozprawie pisma te zostały przedstawione przez Zamawiającego i Konsorcjum Hochtief w oryginale i doręczone przez Izbę.

**Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając materiał dowodowy zawarty w aktach sprawy, w tym dokumentację postępowania, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, przystąpienie do postępowania odwoławczego, jak również wyjaśnienia i dokumenty złożone przez strony i uczestnika na rozprawie, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych, uiszczono od niego wpis, jak również nie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania określone ustawą Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący spełnił również wymogi warunkujące wniesienie odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, która w rankingu ofert znajduje się na miejscu trzecim. W przypadku potwierdzenia się zarzutów dotyczących kwestionowanych wykonawców zajmujących pierwsze i drugie miejsce jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą, a Odwołujący uzyskać zamówienie. Jego szkoda polega zatem na pozbawieniu go możliwości pozyskania zamówienia z uwagi na zaniechanie wykluczenia wykonawców, którzy w jego opinii podlegali obowiązkowi wykluczenia.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, uwzględniając stanowiska stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Izba uznała bowiem, że nie potwierdziły się zarzuty podnoszone przez Odwołującego.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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. Powyższego przepisu nie stosuje się do wykonawców, którym udziela się zamówienia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (w trybie negocjacji bez ogłoszenia po przeprowadzeniu konkursu, o którym mowa w art. 110, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych) lub art. 67 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp (w trybie zamówienia z wolnej ręki, gdy zamówienie może być świadczone tylko przez jednego wykonawcę albo po przeprowadzeniu konkursu, o którym mowa w art. 110, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej).

Zgodnie z opinią zawartą na stronie [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl) interpretacja tego przepisu pozwala sformułować trzy przesłanki pozytywne, których łączne wystąpienie powoduje

konieczność wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, którego one dotyczą oraz jedną negatywną niweczącą podstawę wykluczenia. Po pierwsze, wykluczeniu z postępowania podlegają wykonawcy, którzy bezpośrednio wykonywali czynności związane z prowadzonym postępowaniem albo posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności związanych z prowadzonym postępowaniem. Po drugie, obowiązek wykluczenia dotyczy wskazanych powyżej wykonawców, którzy (lub osoby, którymi posługiwali się w celu sporządzenia oferty) brali udział w przygotowaniu tego postępowania, przy czym ustawa Pzp przez „przygotowanie postępowania” rozumie czynności podejmowane przez zamawiającego wymienione w Rozdziale II „Przygotowanie postępowania”, art. 29 – 38 ustawy Pzp (tj. opis przedmiotu zamówienia, w przypadku robót budowlanych - sporządzenie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, programu funkcjonalno-użytkowego, oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, w przypadku robót budowlanych poprzez sporządzenie kosztorysu inwestorskiego, przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Po trzecie, musi zachodzić bezpośredni związek pomiędzy rezultatem pracy podmiotu uczestniczącego w postępowaniu przygotowawczym a jego wykorzystaniem przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przesłanka negatywna stanowi natomiast, iż wystąpienie powyższych okoliczności nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli udział tego wykonawcy nie utrudni uczciwej konkurencji. Zgodnie z linią orzecniczą wyznaczoną przez wykładnię Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w wyroku z dnia 3 marca 2005 r. (w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 w postępowaniach Fabricom S.A. przeciwko Państwu belgijskiemu), dyrektywy Rady odnoszące się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, dostawy, roboty budowlane, w szczególności przepisy zobowiązujące zamawiających do zagwarantowania, że nie będzie dyskryminacji pomiędzy wykonawcami stoją na przeszkodzie zasadzie, 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 spoczywa 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 doświadczenie nie mogło zniekształcić konkurencji.

Tym samym dla zaistnienia podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp konieczne jest przede wszystkim wykazanie, że zaszły przesłanki pozytywne. Dopiero w przypadku zaistnienia tych przesłanek wykonawca musiałby udowodnić, iż pomimo powyższych okoliczności jego udział w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.

Odwołujący zarówno w treści odwołania, jak i na rozprawie podkreślał, iż podnoszony przez niego zarzut dotyczy nie bezpośredniego udziału wykonawcy w przygotowaniu postępowania, lecz posługiwania się w celu sporządzenia oferty przez Konsorcjum Hochtief i Konsorcjum RE-Bau i PORR osobą uczestniczącą w dokonywaniu czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania. Na uzasadnienie swojego stanowiska Odwołujący wskazał, że obaj Wykonawcy skorzystali z referencji i doświadczenia Pana Krzysztofa K. – współnika Agencji Projektowej Architektury EKSP0 s.c. pełniącego funkcję koordynatora w okresie od 2009 r. do 2010 r. odnośnie Programu Funkcjonalno-Użytkowego wraz ze STWOiR oraz kosztorysem dla Wydziału Fizyki, Astronomii i Informatyki Stosowanej UJ Krakowie. Wykonawcy wskazali Pana Krzysztofa K. na stanowisko głównego projektanta (a zatem osoby uczestniczącej w realizacji zamówienia) oraz odwoływali się w swoich ofertach do posiadanej przez niego wiedzy i doświadczenia. Zdaniem Izby samo skorzystanie z referencji i doświadczenia osoby, która uczestniczyła w przygotowywaniu dokumentacji wykorzystanej następnie w postępowaniu (tu: Programu Funkcjonalno-Użytkowego) nie wypełnia jeszcze dyspozycji przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, tj. nie potwierdza „posługiwania się taką osobą w celu sporządzenia oferty”. Sformułowania „w celu sporządzenia oferty” nie można bowiem, zdaniem Izby, 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 jakiegokolwiek 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 jakiegokolwiek sposób mają wpływ na jej treść. Powyższe znajduje potwierdzenie także w orzecznictwie, gdzie 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 umożliwiającą 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 referencji i doświadczenia potwierdza uczestnictwo tej osoby w sporządzaniu oferty. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnego dowodu, choć zgodnie z ogólną regułą dowodową wynikającą z art. 6 Kc to na nim spoczywał ciężar udowodnienia tej okoliczności. Izba stwierdza bowiem, że utrwalone orzecznictwo zarówno KIO, jak i Sądów Okręgowych uznaje, iż na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu okoliczności potwierdzających podnoszone

zarzuty (tu: przesłanki skutkujące wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp) spoczywa na Odwołującym. Równocześnie Izba podkreśla, iż zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem oraz w oparciu o art. 190 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a zatem strony są zobowiązane do przedstawiania dowodów na poparcie twierdzeń, z których wywodzą skutki prawne, a brak takich dowodów przesądzać może o nieskuteczności zarzutu (wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2007 r. sygn. akt KIO/UZP 1427/07, wyrok KIO z dnia 12 lutego 2009 r. sygn. KIO/UZP 37/10, 38/10). Dodatkowo w niniejszej sprawie należy stwierdzić, iż Konsorcjum Hochtief stanowczo zaprzeczyło jakoby Pan Krzysztof K. uczestniczył czynnie w jakikolwiek sposób w tworzeniu oferty tego wykonawcy, w szczególności udostępniając informacje i dane przydatne w sporządzeniu oferty, a nieudostępnione innym wykonawcom (kosztorys inwestorski). Należy zatem uznać, iż Odwołujący nie wykazał zaistnienia przesłanki pozytywnej (posłużenie się daną osobą w celu sporządzenia oferty), co warunkuje dalszą analizę, czy pomimo tej okoliczności udział wykonawcy w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.

Niezależnie jednak od powyższego wniosku, Izba zbadała kwestię wpływu udziału kwestionowanych wykonawców na utrudnienie uczciwej konkurencji, uznając, iż również w tym zakresie zarzut nie znalazł potwierdzenia. W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podnosił, że Zamawiający nie udostępnił wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wszystkich dokumentów, w wytworzeniu których brał udział Pan Krzysztof K., tj. kosztorysu. Zdaniem Odwołującego znajomość kosztorysu jest niewątpliwie posiadaniem dodatkowych informacji bezpośrednio związanej z realizacją przedmiotowego zamówienia, która zapewniała im ułatwione zadanie w zakresie kalkulacji ceny ofertowej, ponieważ z wyłączeniem Odwołującego, na etapie sporządzania oferty znali oni wartość kosztorysową robót objętych postępowaniem. W konsekwencji wykonawcy ci posiadali zdecydowanie korzystniejszą sytuację w stosunku do Odwołującego, ponieważ z jednej strony mieli wiedzę co do szczegółów kosztorysu nie udostępnionego przez Zamawiającego Odwołującemu, z drugiej zaś strony posiadali wszystkie informacje dodatkowe udostępnione wykonawcom w postępowaniu. Ponadto podnosił, iż sporządzenie Programu Funkcjonalno-Użytkowego wraz z pozostałymi dokumentami, które Zamawiający udostępnił wykonawcom przez Pana Krzysztofa K. skutkowało wcześniejszą od pozostałych wykonawców wiedzą o przedmiocie zamówienia, co stawiało Konsorcjum Hochtief i Konsorcjum RE-Bau i PORR w uprzywilejowanej pozycji względem Odwołującego, gdyż Odwołujący zmuszony był do żmudnego i czasochłonnego zapoznawania się z tym samym przedmiotem zamówienia. Odwołujący zwracał także uwagę na fakt, iż przedmiot zamówienia obejmuje zaprojektowanie i wykonawstwo specjalistycznych, skomplikowanych robót budowlanych, zaś ujęcie go w formule „zaprojektuj i wybuduj” skutkuje po stronie wykonawców

ubiegających się o udzielenie zamówienia szczególnymi trudnościami związanymi z opracowaniem oferty na wykonanie zamówienia. Oferta ta bowiem nie jest sporządzana na podstawie kompletnej dokumentacji projektowej dostarczonej przez Zamawiającego, ale wyłącznie na podstawie ogólnej koncepcji zawartej w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, na podstawie której wykonawca zobowiązany jest oszacować cenę ryczałtową na kompleksowe wykonanie zarówno prac projektowych, jak i wykonania robót budowlanych, nie podlegającą podwyższeniu w następstwie błędów w jej oszacowaniu (por. postanowienia Rozdziału 12 SIWZ). W tej sytuacji ryzyko, jakie wynika ze skąpych podstaw do oszacowania ceny oferty, wykonawcy uwzględniają w cenie ryczałtowej, która w konsekwencji musi zawierać niezbędną rezerwę finansową na wykonanie dodatkowych robót, których nie oszacowano na etapie procedury przetargowej, charakteryzującej się krótkim czasem na sporządzenie wyceny i koniecznością uwzględniania zmian wynikających z odpowiedzi Zamawiającego w trybie art. 38 ustawy Pzp. Odwołujący odwoływał się też do wyroku SO w Słupsku z dnia 30 września 2008 r. sygn. akt VII Ga 36/08, w którym Sąd ten wskazywał na istnienie przewagi konkurencyjnej podmiotu, który sporządzał kosztorys inwestorski, który następnie nie został udostępniony innym wykonawcom.

Z powyższego wynika zatem, iż Odwołujący uprzywilejowania ww wykonawców z uwagi na wskazanie Pana Krzysztofa K. jako głównego projektanta, potwierdzającego naruszenie uczciwej konkurencji, upatruje w możliwości szybszego sporządzenia oferty oraz posiadaniu przez Odwołującego mniejszego zakresu informacji stanowiących podstawę do oszacowania oferty. Izba wskazuje, że termin na sporządzenie oferty został przez Zamawiającego wyznaczony zgodnie z przepisami ustawy Pzp i nie był przez Odwołującego kwestionowany jako niezapewniający możliwości należytego zapoznania się z dokumentacją postępowania i rzetelnego skalkulowania oferty. Termin ten był ponadto dwukrotnie przesuwany, co dało wykonawcom dodatkowe 10 dni na sporządzenie ofert. W tym terminie wszyscy wykonawcy otrzymali dostęp do tych samych dokumentów, zaś konieczność wprowadzenia zmian w ofercie wynikających z modyfikacji SIWZ dotyczyła w tej samej mierze wszystkich wykonawców. Ponadto należy podkreślić, iż sama możliwość przygotowania oferty w krótszym terminie nie potwierdza jeszcze utrudnienia uczciwej konkurencji, o ile nie ma wpływu na możliwość sporządzenia oferty z tego powodu bardziej konkurencyjnej (tu: tańszej). Odwołujący nie wykazał, iż w przedmiotowym postępowaniu sytuacja taka miała miejsce. Nie odniósł się do żadnych elementów oferty, dla których wyceny istotne znaczenie miał czas sporządzenia oferty. Z kolei co do „skąpych podstaw do oszacowania oferty” wynikających z faktu, iż jest ona sporządzana nie na podstawie kompletnej dokumentacji projektowej, lecz wyłącznie ogólnej koncepcji zawartej w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, w świetle czego każda dodatkowa wiedza stawia wykonawcę w

sytuacji uprzywilejowanej, w szczególności gdy wiedza ta dotyczy nie udostępnionego innym wykonawcom kosztorysu inwestorskiego, należy zauważyć, iż zakres dokumentacji udostępnionej wykonawcom przez Zamawiającego był taki sam i nie obejmował kosztorysu inwestorskiego. Ponadto między stronami sporny był charakter samego kosztorysu, do którego odnosił się Odwołujący. Niezależnie jednak od powyższych kontrowersji Izba stwierdza, iż Odwołujący nie tylko nie wykazał, iż kwestionowani przez niego wykonawcy rzeczywiście posiadali dostęp do jakichkolwiek dodatkowych dokumentów (taki wniosek wyprowadza on bowiem jedynie z faktu wskazania Pana Krzysztofa K. w treści oferty Konsorcjum Hochtief oraz Konsorcjum RE-Bau i PORR), jak również, że ewentualna ich znajomość (tj. kosztorysu) miała jakikolwiek wpływ na cenę oferty. Po pierwsze sporządzenie kosztorysu inwestorskiego nie jest tym samym co sporządzenie własnej oferty, do tego w konkurencji z innymi wykonawcami. Po drugie, kosztorysu tego nie sporządził bezpośrednio wykonawca, lecz osoba dla wykonawcy trzecia, która wykonywać będzie jedynie określone czynności w ramach realizacji zamówienia. Jej wycena nie musi być zatem zgodna ze stawkami czy wyceną wykonawcy składającego ofertę. Po trzecie, Zamawiający sporządził odpowiednie tabele pomocnicze do wyceny przedmiotu zamówienia, które stanowiły załącznik do SIWZ dostępny wszystkim wykonawcom. Po czwarte, Zamawiający udostępnił wszystkim wykonawcom na etapie ogłoszenia informację o szacunkowej wartości zamówienia, toteż w tym zakresie brak było uprzywilejowania któregokolwiek z wykonawców, a cena za wykonanie zamówienia była ceną ryczałtową. Tym samym trudno jest wskazać konkretne korzyści z wykonania czy ewentualnej znajomości kosztorysu. Odwołujący nie wykazał żadnym dowodem, w jaki sposób taka wiedza, gdyby była w posiadaniu Konsorcjum Hochtief czy Konsorcjum RE-Bau i PORR, przełożyłaby się na wartość ich ofert, w szczególności nie odniósł się do poszczególnych elementów ofert, dla których miałyby ona istotne znaczenie. Izba wskazuje, że z uwagi na doniosłe skutki, kwestii utrudnienia konkurencji nie można ujmować w sposób abstrakcyjny. W przedmiotowym stanie faktycznym o utrudnieniu uczciwej konkurencji można by mówić wówczas, gdyby ewentualne posługiwanie się osobą Pana Krzysztofa K. skutkowało możliwością przygotowania tańszej oferty. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż powyższe miało miejsce. Przeciwno takiemu wnioskowi przemawia także okoliczność, iż w przedmiotowym postępowaniu złożone zostały 4 oferty o zróżnicowanych cenach, 3 wykonawców wskazało Pana Krzysztofa K. jako osobę uczestniczącą w realizacji zamówienia, przy czym byli to wykonawcy, których oferty zajęły odpowiednio 1,2 i ostatnie miejsce w rankingu ofert (ceny tych ofert wynosiły odpowiednio: 154939 501,31 zł, 164 505 253,29 zł, 181 627 500 zł). Powyższe potwierdza zatem, iż samo posłużenie się osobą Pana Krzysztofa K. nie gwarantowało sporządzenia najbardziej konkurencyjnej oferty, ponieważ oferty znacząco różniły się od siebie cenowo, jak i nie pokrywały się z szacunkową wartością zamówienia.

Izba podkreśla, iż zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp oraz utrwalonym w orzecznictwie ETS i KIO stanowiskiem, sam fakt udziału w przygotowaniu postępowania, w tym w odniesieniu do opracowywania dokumentacji projektowej, nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy, niezbędną przesłanką wykluczenia jest wpływ na konkurencyjność postępowania (cytowane orzeczenie Fabricom, wyrok KIO z dnia 1 października 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 986/08). Z kolei oceniając kwestię wpływu na konkurencyjność postępowania należy analizować okoliczności faktyczne konkretnego przypadku. Odwołujący w uzasadnieniu swojego stanowiska powoływał się np. na wyrok SO w Słupsku z dnia 30 września 2008 r. sygn. akt VII Ga 36/08. Izba podkreśla jednak, iż w stanie faktycznym tegoż wyroku przewaga konkurencyjna podmiotu, który przygotował m.in. kosztorys inwestorski, przy czym wartość wskazana w kosztorysie została następnie przez zamawiającego bezpośrednio przyjęta jako wartość zamówienia na roboty budowlane oraz jako podstawa do zmiany budżetu w zakresie zwiększenia kwoty na realizację zamówienia polegała zdaniem Sądu na tym, iż kwota ta nie była znana innym wykonawcom. Wykonawca na długo przed pozostałymi uczestnikami postępowania znał wartość zamówienia, ponieważ kosztorys inwestorski stanowi podstawę wyliczenia tej wartości. Przedmiotowe postępowanie ma znacznie bardziej kompleksowy i skomplikowany charakter (tu: „zaprojektuj i wybuduj”), a szacunkowa wartość zamówienia była znana wszystkim wykonawcom na etapie ogłoszenia.

W świetle powyższego bez istotnego znaczenia pozostaje okoliczność, czy spełniona została przesłanka bezpośredniego wykorzystania przez Zamawiającego w danym postępowaniu rezultatu pracy podmiotu uczestniczącego w postępowaniu przygotowawczym, co było okolicznością sporną pomiędzy stronami. Zamawiający wskazywał bowiem, że dokonał istotnych zmian w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, którego Pan Krzysztof K. był współtwórcą, w szczególności z uwagi na wynikającą z niego wycenę przekraczającą możliwości finansowe Zamawiającego. Zamawiający argumentował, iż otrzymana dokumentacja została poddana korekcie dokonanej przez członków komisji przetargowej i innych pracowników Zamawiającego, zarówno w zakresie technicznym, jak i prognozowanych kosztów planowanej inwestycji. Pan Krzysztof K. nie był czynnym uczestnikiem przygotowywania i formułowania zapisów SIWZ, jak i nie znał ustalonej przez Zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia, która odbiegała od tej wynikającej z wyceny dokonanej przez Pana Krzysztofa K. Tym samym nie można mówić, iż uczestniczył w przygotowaniu przedmiotowego postępowania. Należy zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego wyrażonym na rozprawie, iż ewentualna weryfikacja tych twierdzeń na obecnym etapie jest znacznie utrudniona. Bez wątplenia Pan Krzysztof K. jako wspólnik Agencji Projektowej Architektury EKSPo s.c. wyłonionej w trybie ustawy Pzp jako wykonawca mający za zadanie przygotowanie Programu Funkcjonalno-Użytkowego



niezbędnego na potrzeby przedmiotowego postępowania uczestniczył w jego sporządzeniu. Niewątpliwie rezultat jego prac został następnie w tym postępowaniu wykorzystany. Z treści SIWZ jednoznacznie wynika, iż to Program Funkcjonalno-Użytkowy stanowił zasadniczą podstawę do sporządzenia oferty, natomiast Zamawiający nie wykazał w jakim zakresie dokonał modyfikacji tegoż Programu i na ile modyfikacje te były istotne. Tym samym nie można jednoznacznie przyjąć, iż w niniejszej sprawie nie został spełniony także wymóg bezpośredniego wykorzystania rezultatu pracy podmiotu uczestniczącego w postępowaniu przygotowawczym, przy czym Izba podkreśla, iż w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy pozostaje to bez wpływu na jej rozstrzygnięcie.

W związku z powyższym nie można uznać, iż potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, a co za tym idzie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Z uwagi na brak stwierdzenia zarzucanych naruszeń na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1) i 2) oraz § 5 ust. 4 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), uwzględniając koszt wynagrodzenia pełnomocnika w maksymalnej przewidzianej przepisami wysokości.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....