

WYROK

z dnia 14 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: przewodniczący Anna Packo
protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania
wniesionego przez

**Mariusza Popendę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą
Mariusz Krzysztof Popenda ZBAR PHU, ul. Krakowska 60, 94-214 Łódź**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

**Instytut Techniczny Wojsk Lotniczych (jednostka badawczo –
– rozwojowa) ul. Księcia Bolesława 6, 01-494 Warszawa**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnić czynność wykluczenia
Odwołującego z postępowania,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Instytut Techniczny Wojsk
Lotniczych (jednostka badawczo – rozwojowa) ul. Księcia Bolesława 6,
01-494 Warszawa i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości
10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty
wpisu uiszczzonego przez **Mariusza Popendę prowadzącego**

działalność gospodarczą pod nazwą Mariusz Krzysztof Popenda ZBAR PHU, ul. Krakowska 60, 94-214 Łódź,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Instytut Techniczny Wojsk Lotniczych (jednostka badawczo – rozwojowa) ul. Księcia Bolesława 6, 01-494 Warszawa** na rzecz **Mariusza Popendy prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Mariusz Krzysztof Popenda ZBAR PHU, ul. Krakowska 60, 94-214 Łódź** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu.

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 Warszawie.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

do wyroku KIO 1385/10 z 14 lipca 2010 r.

Zamawiający – Instytut Techniczny Wojsk Lotniczych prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonanie, konserwację i serwisowanie sygnalizacji przeciwpożarowej, włamania i napadu, kontroli dostępu oraz monitoringu telewizji przemysłowej w budynku administracyjno-biurowo-laboratoryjnym na terenie Instytutu Technicznego Wojsk Lotniczych, przy ul. Księcia Bolesława 6 w Warszawie” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), w trybie przetargu ograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 24 maja 2010 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 141372. Do postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) i ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778). Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

29 czerwca 2010 r. Odwołujący otrzymał informację o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wykonywał on na rzecz Zamawiającego czynności bezpośrednio przygotowujące postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego opracowując dokumentację projektową, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót, informację dotyczącą planu BIOZ, kosztorys nakładczy, kosztorys inwestorski, doprowadzając poprzez te czynności do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, a wartość wskazana w kosztorysie inwestorskim stała się wartością przedmiotu zamówienia – która to znajomość szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia oraz

wartości robót budowlanych świadczy o przewadze konkurencyjnej nad innymi wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu.

2 lipca 2010 r. Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 i art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędną jego interpretację oraz niewłaściwe zastosowanie do zaistniałego stanu faktycznego oraz nieuzasadnione wykluczenie, mimo że jego pozycja nie wpływała na realizację zasady uczciwej konkurencji, a złożony wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu spełniał wszystkie wymogi formalne i wniósł o unieważnienie decyzji Zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania przetargowego oraz nakazanie powtórzenia wszystkich czynności zaistniałych po wykluczeniu oraz zasądzenie od Zamawiającego poniesionych kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów uiszczanego wpisu od odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu motywując ją jego rzekomą uprzywilejowaną pozycją z uwagi na wykonywaną wcześniej dokumentację projektową i uczestniczenie w czynności sporządzania opisu przedmiotu zamówienia. Jednak argumentacja ta stanowi nadinterpretację art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i mija się z obiektywną wykładnią podstaw wykluczenia. Odwołujący bowiem wykonywał dla Zamawiającego dokumentację projektową, ale fakt ten nie wpływa w żaden sposób zarówno na przyjęcie, iż przez to jego pozycja była uprzywilejowana w stosunku do pozostałych oferentów, jak i na ocenę realizacji zasady z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Analiza art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem treści art. 29-35 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i oszacowania jego wartości prowadzi do wniosku, że okoliczność, iż ze względu na znajomość przedmiotu zamówienia, wybrany wykonawca nie musiał się zapoznawać z dokumentacją i mógł w krótszym czasie przygotować ofertę, nie stanowi utrudnienia uczciwej konkurencji. Z samego udziału wykonawcy w przygotowywaniu przedmiotowego

postępowania i to w sposób bezpośredni przez opracowanie dokumentacji projektowej i kosztorysu inwestorskiego, nie wynika domniemanie prawne, że wykonawca taki ma przewagę konkurencyjną nad innymi uczestnikami postępowania, a Zamawiający nie wykazał, że łącznie zachodzą wszystkie przesłanki powodujące konieczność wykluczenia go z postępowania. Wykonawcy mają możliwość zwrócenia się do Zamawiającego o udostępnienie protokołu, w którym może on podać wartość szacunkową zamówienia, dodatkowo częstą praktyką wśród zamawiających jest podawanie do publicznej wiadomości już na etapie wszczęcia postępowania o zamówienie publiczne wartości zamówienia. Wykonawcy jako profesjonaliści uczestniczący w obrocie gospodarczym mają taką samą możliwość zapoznania się z dokumentacją projektową i właściwego przygotowania oferty – w tym celu Zamawiający powinien wyznaczyć odpowiedni termin składania ofert gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odbiór przedmiotowej dokumentacji przez Zamawiającego nastąpił znacznie wcześniej i od tego momentu Odwołujący nie ingerował w treść dokumentacji projektowej ani nie uczestniczył w przygotowaniu postępowania przetargowego polegającego między innymi na przygotowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 35 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający ustala wartość zamówienia na roboty budowlane nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o zamówienie publiczne, zatem wartość zamówienia uległa zmianie w stosunku do pierwotnie ustalonej wartości z kosztorysu inwestorskiego.

Poza tym zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego Zamawiający, wyciągając skutki prawne z danego faktu, zobowiązany jest przedstawić stosowne dowody naruszenia warunków uczciwej konkurencji mające faktyczny lub potencjalny wpływ na wynik postępowania. Oznacza to, że wykluczenie wykonawcy uczestniczącego w przygotowaniu postępowania jest możliwe tylko wtedy, kiedy zostanie przeprowadzone postępowanie wyjaśniające z udziałem zainteresowanego wykonawcy, z którego w sposób bezsporny będzie wynikać zbieg okoliczności świadczących o istotnym utrudnieniu uczciwej konkurencji. Zasadę tę potwierdza między innymi wyrok

Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach C-21/03 i C-34/03 – Fabricom S.A. przeciwko Belgii, z którego wynika, że zamawiający nie może odmówić uczestnictwa w postępowaniu wykonawcy realizującemu określone prace dające informacje na temat zamówienia, chyba że wykaże, iż przedsiębiorca odniósł z tego tytułu nieuzasadnione korzyści mogące zniekształcić normalne warunki konkurencji. Jednoznacznie należy stwierdzić, iż Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu w sposób całkowicie autorytarny nie badając całokształtu sprawy oraz z pominięciem głosu Odwołującego. Co więcej – żaden wykonawca nie może być karany przez zamawiającego za to, że realizował wcześniejsze zamówienie, którego rezultaty zostaną wykorzystane w następnych postępowaniach, gdy istnieją realne możliwości zrównoważenia ewentualnego uprzywilejowania. Przyjmuje się przy tym, iż udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania przetargowego, w tym w sporządzaniu dokumentacji przetargowej, jest możliwy. Wszystkie z powołanych powyżej okoliczności potwierdzają, iż samo uczestniczenie wykonawcy lub posługiwanie się przez niego osobami uczestniczącymi w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania, (przez co należy rozumieć czynności podejmowane przez zamawiającego wymienione w art. 29-38 ustawy Prawo zamówień publicznych), nie stanowi wystarczającej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zamawiający w niósł odpowiedź na odwołanie, w której podniósł, iż z opinii prawnych zamieszczonych na stronach internetowych UZP wynika, że powinny być spełnione trzy przesłanki pozytywne, których łączne wystąpienie powoduje obowiązek Zamawiającego wykluczenia wykonawcy z postępowania, są to: przygotowanie postępowania, udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania, bezpośredni związek pomiędzy rezultatem pracy tegoż wykonawcy, a jej wykorzystaniem przez Zamawiającego. Przygotowanie postępowania oznacza czynności podejmowane przez Zamawiającego, wymienione w art. 29 – 38 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zaliczyć do nich należy: 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. W przypadku zaistnienia powyższej sytuacji zamawiający jest zobowiązany do ustalenia okoliczności, czy udział takiego wykonawcy w postępowaniu stanowi utrudnienie uczciwej konkurencji i w zależności od dokonanych ustaleń wyklucza wykonawcę, bądź odstępuje od wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zamawiający dokonał następujących ustaleń: Odwołujący wykonywał na rzecz Zamawiającego bezpośrednio czynności przygotowujące postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez opracowanie dokumentacji, w skład której wchodzi: projekt wykonawczy „Instalacja systemu sygnalizacji włamania i napadu CCTV, KD, videodomofonów”, projekt wykonawczy „System Wykrywania i Sygnalizacji Pożaru (SAP)”, kosztorys nakładczy „Instalacja systemu SAP”, kosztorys nakładczy „Instalacja systemu SSWiN, KD, CCTV”, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, informacja dotycząca planu BIOZ, kosztorys inwestorski „Instalacja systemu SAP”, kosztorys Inwestorski „Instalacja systemu SSWiN, KD, CCTV”, która stanowiła podstawę opisu przedmiotu zamówienia i oszacowania wartości przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego zachodzą okoliczności uzasadniające wykluczenie Odwołującego z niniejszego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż miał on istotny wpływ na opis przedmiotu zamówienia, a tym samym przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, określenie wartości szacunkowej zamówienia i doprowadzenie do określenia przez Zamawiającego jednego z warunków udziału w postępowaniu. Uczestnictwo Odwołującego w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania miało charakter bezpośredni, a rezultaty jego prac zostały wykorzystane przez Zamawiającego bez istotnej ingerencji. Dzięki udziałowi w przygotowaniu postępowania Odwołujący może mieć realny wpływ na wynik postępowania, a tym samym jego pozycja jest uprzywilejowana w stosunku do pozostałych wykonawców.

Odwołujący opracowując powyższą dokumentację użył do opisu przedmiotu zamówienia oznaczeń i parametrów wskazujących konkretnego producenta lub konkretny produkt.

Odwołujący zobowiązany był, zgodnie z umową nr 1D80/09 z 25 lutego 2009 r., do sporządzenia dokumentacji projektowej tak, aby w swojej treści nie określała technologii robót, materiałów i urządzeń w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, chyba że nie będzie to możliwe. Zamawiający jako podmiot, który nie jest specjalistą w dziedzinie będącej przedmiotem dokumentacji projektowej, wykorzystał bezpośrednio i bez żadnej ingerencji przygotowane przez Odwołującego opracowania, ponieważ uznał, że sporządzając dokumentację projektową w sposób wyżej opisany Odwołujący kierował się uzasadnionymi przesłankami np. specyfiką przedmiotu zamówienia. Odwołujący wiedział, iż przygotowana przez niego dokumentacja będzie użyta do opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu przetargowym i nie ulega wątpliwości, że już na etapie przygotowywania dokumentacji projektowej zamierzał wziąć udział w tym przetargu, gdyż wykonywanie zamówień takich jak instalacja systemu sygnalizacji włamania i napadu, CCTV, KD, videodomofonów, systemu wykrywania i sygnalizacji pożaru (SAP) stanowi jeden z przedmiotów działalności Odwołującego. Nie można uznać, że Odwołujący przy przygotowywaniu dokumentacji projektowej nie miał na celu swoich własnych korzyści oraz w sposób zupełnie obiektywny i całkiem przypadkowo zastosował rozwiązania, w których przywołał urządzenia konkretnych producentów, tym bardziej, że złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z zamiarem ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Poza tym Odwołujący opisując przedmiot zamówienia miał bezpośredni wpływ na skonstruowanie jednego z warunków udziału w postępowaniu. Ponieważ przedmiotem postępowania jest również konserwacja i serwisowanie zamawianego systemu, a Odwołujący w projekcie wykonawczym i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót wskazał, że system wykrywania i sygnalizacji pożaru oparty na urządzeniach wskazanej firmy powinien być konserwowany przez autoryzowanego integratora systemów tej firmy, przez pracowników posiadających

odpowiednie uprawnienia, autoryzacje lub zaświadczenia o szkoleniu, wymogi te wymusiły na Zamawiającym określenie następującego warunku udziału w postępowaniu: „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje: osobami posiadającymi świadectwo autoryzacji w zakresie obsługi sprzętu przeciwpożarowego central typu POLON i SCHRACK, osobami posiadającymi świadectwo autoryzacji w zakresie obsługi centrali alarmowej typu GALAXY.” Warunek ten był konieczny w odniesieniu do wymagań autora dokumentacji projektowej, jednak nie ulega wątpliwości, iż jednocześnie mógł ograniczyć liczbę wykonawców, którzy mogą wziąć udział w postępowaniu, a jedynym wykonawcą, który samodzielnie spełnił przytoczony warunek, jest Odwołujący. Pozostali dwaj wykonawcy w celu wykazania spełniania warunku posłużyli się innymi podmiotami, a więc samodzielnie nie mogliby zrealizować zamówienia.

Wydaje się więc dalece prawdopodobne, że Odwołujący, konstruując opis przedmiotu zamówienia i mając zasadniczy wpływ na określenie jednego z warunków udziału w postępowaniu, kierował się głównie własnymi możliwościami oraz posiadanymi uprawnieniami upatrując realnej szansy na zdobycie zamówienia. Taka postawa Odwołującego jest niewątpliwie uprzywilejowana w stosunku do innych wykonawców, którzy nie mieli żadnego wpływu na jakiegokolwiek czynności czy postanowienia zawarte w ogłoszeniu o zamówienie. Zamawiający do postępowania o udzielenie zamówienia zaprosił jednego wykonawcę tj. ATOS Sp. z o.o., jednak fakt ten nie może przemawiać za tym, że oprócz Odwołującego zamówienie zrealizować mogą inni wykonawcy. Nie można bowiem uznać, że wykonawca zaproszony do złożenia oferty w ogóle ją złoży.

Nieprawdą jest, że odbiór dokumentacji przez Zamawiającego nastąpił 17 miesięcy temu, a od tego momentu Odwołujący nie ingerował w treść dokumentacji przetargowej. Odwołujący dokumentację projektową przysłał do Zamawiającego 29 maja 2009 r., 25 czerwca 2009 r. Zamawiający odesłał

dokumentację z uwagami do dokumentacji technicznej, a 20 lipca 2009 r. otrzymał poprawioną dokumentację. Zamawiający dokonał odbioru powyższej pracy 3 sierpnia 2009 r., jednak 14 stycznia 2010 r. ponownie zwrócił się do Odwołującego o naniesienie poprawek przekazując Odwołującemu całą dokumentację projektową. Ostateczną wersję powyższej dokumentacji, która została w sposób bezpośredni wykorzystana w postępowaniu przetargowym, Zamawiający otrzymał 8 lutego 2010 r.

Nieprawda jest też, że wartość zamówienia uległa zmianie w stosunku do pierwotnie ustalonej wartości na podstawie opracowanego przez Odwołującego kosztorysu inwestorskiego. Ostateczną wersję dokumentacji projektowej wraz z kosztorysami inwestorskimi Zamawiający otrzymał 8 lutego 2010 r., a więc mniej niż cztery miesiące przed dniem wszczęcia postępowania. Odwołujący wielokrotnie otrzymywał pełną dokumentację do poprawy, jednak nie dokonał aktualizacji kosztorysów inwestorskich, nie można więc uznać, iż jako autor przedmiotowej dokumentacji nie posiadał wiedzy na temat zmiany wartości kosztorysów inwestorskich. Zamawiający wywiódł z tego faktu wniosek, iż zmiana wartości kosztorysów nie nastąpiła, jeżeli nie została poprawiona przez autora dokumentacji projektowej do 8 lutego 2010 r.

Do odpowiedzi tej Zamawiający załączył m.in. tekst umowy nr 1D80/09 z 25 lutego 2009 r.

Podczas rozprawy Odwołujący wyjaśnił m.in., że zaproponował przedmiotowe, konkretne systemy w uzgodnieniu z Zamawiającym i przy uwzględnieniu systemów już przez niego posiadanych i możliwości ich rozbudowy.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń Stron złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, iż nie są sporne pomiędzy Stronami, zatem nie wymagają rozważań w uzasadnieniu: stan faktyczny i teoretyczne podstawy zastosowania przesłanek wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazujący Zamawiającemu wykluczyć z postępowania 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. Sporne jest jedynie zastosowanie tych przesłanek w konkretnej sytuacji zaistniałej w niniejszym postępowaniu w zakresie utrudnienia uczciwej konkurencji ze względu na udział projektanta w postępowaniu dotyczącym wykonania zaprojektowanych przez niego robót budowlanych.

W odniesieniu do argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego Izba stwierdziła, że nie uzasadnia ona wykluczenia Odwołującego z postępowania. Bezsporne jest, iż Odwołujący wykonał dokumentację zamawianych systemów, jednak nie udowodniono, że daje mu to wiedzę większą niż każdemu wykonawcy, który by się z tą dokumentacją z należytą starannością zapoznał, tym bardziej, że nie jest ona dokumentacją obszerną.

Pewnym ułatwieniem w przygotowaniu oferty niewątpliwie mogłoby być posiadanie tabel kosztorysu nakładczego (przedmiarów), czy też inwestorskiego, gdyż wykonawca nie musi ich przepisywać, jednak nie ma ono znaczenia, ponieważ Zamawiający może przekazać je wszystkim wykonawcom w wersji elektronicznej. Poza tym w niniejszym postępowaniu także one nie są zbyt rozbudowane, a Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe i nie wymaga ich złożenia w ofercie, przy tym

zastrzegł, że są one dokumentami pomocniczymi i informacyjnymi, a podstawą wyceny jest dokumentacja projektowa, zaś wybrany wykonawca podpisując umowę będzie musiał przedstawić kosztorys sporządzony metodą kalkulacji szczegółowej (pkt 9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu obliczenia ceny”).

Także wykonanie kosztorysu inwestorskiego trudno uznać za przesądzające dla sporządzenia oferty. Po pierwsze to decyzją Zamawiającego jest, czy ujawni wartość zamówienia przed złożeniem ofert przez wykonawców i brak powodu, by decyzją o nieujawnieniu obciążać projektanta powodując jego wykluczenie. Po drugie zaś, sporządzenie kosztorysu inwestorskiego, zwłaszcza w mniej lub bardziej odległej przeszłości, nie jest tym samym, co sporządzenie własnej oferty, do tego konkurując z innym wykonawcą lub wykonawcami. Zatem brak konkretnych korzyści z wykonania takiego kosztorysu dla oferty projektanta.

Co zaś do zastosowania w dokumentacji konkretnych systemów sygnalizacji przeciwpożarowej, włamania i napadu, kontroli dostępu oraz monitoringu telewizji przemysłowej Odwołujący wskazał, że zastosował je uwzględniając systemy już przez Zamawiającego posiadane oraz możliwości ich rozbudowy, czemu Zamawiający nie zaprzeczył, a wręcz potwierdził, że takie systemy posiada. Odwołujący wskazał też, że zaproponowane systemy są powszechnie dostępne na rynku i wiele firm posiada wymaganą autoryzację. Tym samym nie zostało udowodnione twierdzenie, że Odwołujący zaproponował urządzenia uwzględniając swoje preferencje co do wykonania systemu pod kątem swojego przyszłego udziału w postępowaniu.

Poza tym, zgodnie z § 3 ust. 1 i 2 umowy nr 1D80/09 z 25 lutego 2009 r., Odwołujący zobowiązał się wykonać przedmiot umowy zgodnie z zasadami wiedzy technicznej, obowiązującymi przepisami, normami i normatywami. Zobowiązał się też do sporządzenia dokumentacji projektowej tak, aby w swojej treści nie określała technologii robót, materiałów i urządzeń w sposób utrudniający uczciwą konkurencję tzn. bez podawania ich nazw, a w braku takiej możliwości, gdy jedyną możliwością będzie podanie nazwy materiału lub urządzenia, wykonawca był zobowiązany podać co najmniej dwóch producentów tych materiałów lub urządzeń. Zatem Zamawiający

powinien dopilnować, aby dokumentacja została wykonana w sposób określony w tej umowie.

Jedynym punktem, w którym można w niniejszej sytuacji wskazać na niewątpliwie uprzywilejowaną i mogącą naruszać uczciwą konkurencję pozycję Odwołującego, jest § 4 ust. 1 pkt a) umowy nr 1D80/09 z 25 lutego 2009 r., 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 ustawy Prawo zamówień publicznych, specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie jest przedmiotem oceny Izby).

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 i § 3, § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący

.....