

WYROK

z dnia 3 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2011 r. przez **Przedsiębiorstwo OPA-LABOR Sp. z o.o., ul. Wyzwolenia 22, 41-103 Siemianowice Śląskie** w postępowaniu prowadzonym przez **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez Przedsiębiorstwo OPA-LABOR Sp. z o.o., ul. Wyzwolenia 22, 41-103 Siemianowice Śląskie tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza od Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom na rzecz Przedsiębiorstwo OPA-LABOR Sp. z o.o., ul. Wyzwolenia 22, 41-103 Siemianowice Śląskie kwotę 11 100 zł 00 gr. (słownie:**

jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz 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 119, 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 we **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Remont części elektrycznej maszyny wyciągowej szybu „Kolejowy I”*”.

Wykonawca Przedsiębiorstwo OPA-LABOR Sp. z o.o., ul. Wyzwolenia 22, 41-103 Siemianowice Śląskie w dniu 19 lipca 2011 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wykluczenia go z postępowania oraz w konsekwencji unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie przepisu art. 24 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp polegające na wykluczeniu na jego podstawie Odwołującego z postępowania, mimo iż nie została spełniona przesłanka określona w tym przepisie ustawy Pzp,

W konsekwencji Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp, podczas gdy - jeśli oferta Odwołującego poddana byłaby ocenie - zamówienie mogłoby mu zostać udzielone.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert, w tym czynności wykluczenia Odwołującego;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 3) nakazanie Zamawiającemu prowadzenia dalszego postępowania z udziałem oferty Odwołującego;
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający, pismem z dnia 14 lipca 2011 r. poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania ze względu na wystąpienie przesłanki, o której mowa w art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz wykluczeniu Odwołującego się z postępowania. Jako podstawę wykluczenia Zamawiający wskazał art. 24 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp., zgodnie z którym zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub

posługiwali się w celu sporządzenia ofert osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. W opinii Odwołującego w powyższym piśmie Zamawiający lakonicznie podał, że Odwołujący został wykluczony z postępowania, albowiem wykonywał on bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania w zakresie dotyczącym opisanego przedmiotu zamówienia poprzez sporządzenie dokumentacji projektowej pt. „Projekt techniczny remontu części elektrycznej maszyny wyciągowej K600/1620 produkcji CKD, zainstalowanej w górniczym wyciągu szybowym szybu „Kolejowy I”, jak również oszacował wartość przedmiotu zamówienia przez sporządzenie kosztorysu inwestorskiego oraz posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności. W ocenie Odwołującego ratio legis wprowadzenia powołanego powyżej art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp., podyktowane zostało koniecznością wprowadzenia odpowiedniego instrumentarium do funkcjonowania zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący przyznał, że w 2010 r. wykonał na zlecenie Zamawiającego zadanie pt. „Wykonanie dokumentacji modernizacji układu sterowania maszyną wyciągową szybu „Kolejowy I”. W ramach powyższego zadania, została opracowana dokumentacja techniczna, projektowa modernizacji układu sterowania maszyną wyciągową szybu „Kolejowy I”.

Według Odwołującego opisana powyżej okoliczność, jak również ogólnikowe i niczym niepotwierdzone stwierdzenie, że Odwołujący posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności związanych z przygotowaniem postępowania, nie mogą stanowić podstawy do skutecznego wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie z orzecznictwem KIO, zaistnienie w postępowaniu przesłanki bezpośrednio wykonywania czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania, nie wywołuje automatycznie skutku w postaci możliwości wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Konieczne jest spełnienie pozostałych dwóch przesłanek, czyli bezpośredniego wykorzystania rezultatu wykonywanych prac przez wykonawcę na etapie przygotowania oferty oraz utrudnienie uczciwej konkurencji, skutkiem udziału wykonawcy uczestniczącego wcześniej w przygotowaniu postępowania. W tym miejscu Odwołujący podniósł, że w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu nie wpłynęły od wykonawców jakiegokolwiek pytania do SIWZ oraz żaden z nich nie zawnioskował o przedłużenie terminu do składania ofert. Wywieść zatem należy, że wszyscy wykonawcy mieli równy dostęp do dokumentacji przetargowej postępowania, stopień trudności przygotowania ofert był dla wszystkich jednakowy, a w konsekwencji Odwołujący nie znalazł się w sytuacji uprzywilejowanej w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu. Należy zauważyć, że sam fakt udziału w postępowaniu Odwołującego, będącego autorem części dokumentacji przetargowej, nie może go dyskwalifikować i świadczyć a priori o istnieniu jego

przewagi konkurencyjnej nad innymi wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu, a Zgodnie z orzecznictwem ETS, to na zamawiającym wywodzącym skutki z komentowanej przesłanki wykluczenia, spoczywa obowiązek każdorazowego udowodnienia i niezbitego ustalenia, że udział wykonawcy, który opracował dokumentację projektową, nabył w trakcie jej przygotowania wiedzę, która stawi go w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Z powyższego zatem jednoznacznie wynika, że prawu zamówień publicznych obca jest zasada nakazująca obligatoryjne wykluczenie wykonawcy, który wykonał uprzednio dokumentację, wykorzystaną przez Zamawiającego do przygotowania SIWZ dla postępowania. Istotne jest jedynie ustalenie, czy wykonane uprzednio czynności nie utrudniły uczciwej konkurencji.

Odwołujący dodał również, że Zamawiający oparł się jedynie na swoich subiektywnych przypuszczeniach oraz domysłach nie wskazując chociażby nazwisk osób, którymi rzekomo Odwołujący miał się posługiwać w celu sporządzenia oferty i które uczestniczyły w przygotowaniu postępowania, co de facto uniemożliwia Odwołującemu merytoryczną polemikę w tym zakresie.

W dniu 14 lipca 2011 r. Zamawiający zawiadomił wykonawcę o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy oraz w konsekwencji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę Przedsiębiorstwo OPA-LABOR Sp. z o.o., ul. Wyzwolenia 22, 41-103 Siemianowice Śląskie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo OPA-LABOR Sp. z o.o., ul. Wyzwolenia 22, 41-103 Siemianowice Śląskie jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 20 lipca 2011 r.

W terminie przewidzianym ustawą Pzp do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego zarówno po stronie Zamawiającego jak i Odwołującego.

W przedmiotowym postępowaniu złożono dwie oferty przez następujących wykonawców: Przedsiębiorstwo „OPA-LABOR” Sp. z o.o., ul. Wyzwolenia 22, 41-103 Siemianowice Śląskie oraz ELPRO-7 Sp. z o.o., ul. Ziemska nr 1, 41-800 Zabrze.

Ponadto Izba ustaliła, że pismem z dnia 14 lipca 2011 r. Zamawiający zawiadomił o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy oraz w konsekwencji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (z uwagi, że cena najkorzystniejszej oferty – oferty niepodlegającej odrzuceniu – przewyższa kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Istotą sporu pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym jest prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa OPA-LABOR Sp. z o.o., ul. Wyzwolenia 22, 41-103 Siemianowice Śląskie.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron Izba stwierdziła, że odwołanie należało uwzględnić.

Przechodząc do szczegółowego omówienia zarzutu, Izba rozpatrzyła zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp - 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.

Izba uznała, że w niniejszym stanie faktycznym powyższy zarzut potwierdził się.

Izba przywołuje w tym zakresie treść art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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. Z przepisu tego wynika zatem, iż 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.

Jednocześnie przypomnienia wymaga, iż 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.

W okolicznościach niniejszej sprawy Izba ustaliła, że w dniu 5 sierpnia 2010 roku Odwołujący zawarł umowę z Zamawiającym, w oparciu o którą Odwołujący przygotowywał dla Zamawiającego dokumentację dotyczącą zadania „Wykonanie dokumentacji modernizacji układu sterowania maszyną wyciągową szybu Kolejowy I”.

Izba ustaliła, iż w ramach czynności wykonania projektu dokumentacji przetargowej Odwołujący sporządził m. in. projekt techniczny remontu części elektrycznej maszyny wyciągowej K6000/1620 produkcji firmy CKD zainstalowanej w górniczym wyciągu szybowym szybu Kolejowy I, przedmiar robót, kosztorys inwestorski.

Zamawiający uzasadniając podstawę wykluczenia wskazał, że osoby wskazane od strony wykonawcy (Pan Andrzej B. i Piotr M.) sporządziły dokumentację oraz dokonały szacunku według projektu, powyższe mieści w kategorii utrudniania uczciwej konkurencji zawartej w dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba zauważa, że 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).

Zatem niewystarczające jest wskazanie, że podstawą wykluczenia jest fakt sporządzenia dokumentacji postępowania, koniecznym jest stwierdzenie utrudniania uczciwej konkurencji. Jako przykład okoliczności, utrudniających uczciwą konkurencję można wskazać wiedzę pozyskaną w trakcie przygotowania postępowania, czy też pozyskanie dodatkowych informacji 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.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, że skoro osoby: Pan Andrzej B. i Piotr M. dokonały szacunku według projektu, Izba zauważa, że Zamawiający w maju 2011 r. zwracał się do trzech wykonawców celem dokonania aktualizacji szacunku niniejszego zamówienia, następnie zaś Zamawiający szacunek wartości przedmiotowego zamówienia oparł o średnią arytmetyczną wartości podanych przez wykonawców w maju 2011 r. Zatem trudno jednoznacznie stwierdzić, że udział Odwołującego w wykonaniu określonych czynności utrudnił uczciwą konkurencję.

Ponadto odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, że osoby sporządzające projekt techniczny jednocześnie zostały wskazane przez Odwołującego w wykazie personelu (załącznik nr 3) Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku Krajowej izby Odwoławczej z dnia 9 września 2010 r., sygn. akt KIO 1835/10.

Zgodnie z przywołanym orzeczeniem samo skorzystanie z doświadczenia osoby, która uczestniczyła w przygotowywaniu dokumentacji wykorzystanej następnie w postępowaniu nie potwierdza „posługiwania się taką osobą w celu sporządzenia 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 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 jakikolwiek sposób mają wpływ na jej treść. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, według którego przyjmuje się, iż przesłanka postępowania 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 doświadczenia potwierdza uczestnictwo tej osoby w sporządzaniu oferty.

Równocześnie Izba podkreśla, iż zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem 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, w tym również Zamawiający wykluczający wykonawcę z postępowaniu w oparciu o przesłanki zawarte w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Nadmienić również należy, że Zamawiający zobowiązany jest do prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady jawności i przejrzystości postępowania, co oznacza że zobowiązany jest do przesłania wykonawcom wyczerpującego uzasadnienia zawierającego podstawę prawną i faktyczną wykluczenia wykonawcy z postępowania. Nie ulega również wątpliwości, że z zasady jawności postępowania (art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych) wywieść można obowiązek Zamawiającego polegający na upublicznieniu, który z wykonawców i w jakim zakresie został przez Zamawiającego wykluczony z postępowania, w celu umożliwienia uczestnikom postępowania ustalenia, czy faktycznie prawidłowo doszło do wykluczenia z postępowania i na jakiej podstawie. Zasada jawności oraz zasada przejrzystości postępowania mają służyć wprowadzeniu jasnych, klarownych reguł, dzięki którym wykonawcy będą mieli możliwość zweryfikowania oraz skontrolowania czynności Zamawiającego podejmowanych przez niego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę, iż Zamawiający w konsekwencji wykluczenia Odwołującego unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Izba uznała, że Zamawiający powinien unieważnić czynność unieważnienia, unieważnić czynność

wykluczenia Odwołującego z postępowania, i powtórzyć czynność badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Konkludując, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp ma istotny wpływ na wynik postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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), w tym także co do uzasadnionych kosztów Odwołującego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika, jednakże ograniczając ich wysokość do kwoty określonej w § 3 pkt 2 b) niniejszego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....