

WYROK
z dnia 23 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 lipca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lipca 2012 r. przez **Odwołującego** – Info Solutions A. Siekański, C. Czop spółka jawna, ul. Mazowiecka 25, 30-019 Kraków, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Gmina Łapanów, Łapanów 34, 32-740 Łapanów.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Gmina Łapanów, Łapanów 34, 32-740 Łapanów, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Info Solutions A. Siekański, C. Czop spółka jawna, ul. Mazowiecka 25, 30-019 Kraków tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Gmina Łapanów, Łapanów 34, 32-740 Łapanów, na rzecz **Odwołującego** – Info Solutions A. Siekański, C. Czop spółka jawna, ul. Mazowiecka 25, 30-019 Kraków, kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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. 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 Tarnowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Łapanów prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Eliminacja wykluczenia cyfrowego w Gminie Łapanów”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 6 czerwca 2012 roku po po. 192548.

Pismem z dnia 9 lipca 2012 roku odwołujący – Info Solutions Andrzej Ciekanski, Cecylia Czop Sp. j. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

Wskazując na interes we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp oraz możliwość poniesienia szkody, w wyniku niezasadnych z przepisami ustawy Pzp działań zamawiającego, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów, odwołujący podniósł, że pismem z dnia 3 lipca 2012 roku zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, odrzuceniu wszystkich ofert i unieważnieniu postępowania. Zamawiający w treści uzasadnienia podał, że z uwagi na okoliczność, iż odwołujący przygotował wniosek o dofinansowanie, harmonogram rzeczowo – finansowy i analizę finansową całego projektu unijnego, wykonywał on bezpośrednią czynność związaną z przygotowaniem prowadzonego postępowania i z uwagi na to podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający wykluczył pozostałych dwóch wykonawców z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że czynność wykluczenia go z udziału w postępowaniu została dokonana z ewidentnym naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Po pierwsze, wskazał, że w myśl jednolitej opinii doktryny oraz judykatury sądów i Krajowej Izby Odwoławczej, bezpośrednio dokonywanie czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania polegać ma na uczestnictwie w opracowaniu wyłączenie ściśle określonych czynności opisanych w Dziale II rozdziale 2 prawa zamówień publicznych (art. 29-38). Podniósł również, że zgodnie z ugruntowanym poglądem wykładnia treści przepisu art. 24 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp, ze względu na daleko idący rygoryzm winna mieć charakter ścisły. Na poparcie swoich twierdzeń powołał szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej oraz poglądy doktryny.

Po drugie wskazał, że przygotowana przez odwołującego dokumentacja wnioskowa nie zawierała żadnych informacji, które mogłyby się okazać szczególnie przydatne na etapie przygotowania opisu przedmiotu zamówienia lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy też formułowania oferty przez odwołującego. Opis projektu zawarty w dokumentacji, sporządzonej przez odwołującego, jest lakoniczny i w żaden sposób nie daje się porównać ze szczegółową treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia udostępnioną z zachowaniem zasady równego traktowania uczestników postępowania wyłaniającego podmiot odpowiedzialny za dostarczenie komputerów, Internetu i przeprowadzenie szkoleń. Dokumentacja ta nie dostarczała też żadnych szczegółowych informacji w zakresie warunków udziału w postępowaniu. Celem analizy finansowej była ogólna wizualizacja kosztów i opłacalności całego projektu oraz ocena kwalifikowalności wydatków. Nawet pobieżna analiza wniosku pozwala na sformułowanie konkluzji, że przygotowanie tego wniosku nie pozwoliło odwołującemu na zdobycie przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi uczestnikami postępowania przetargowego.

Po trzecie odwołujący podniósł, że aby można było mówić o istnieniu opisanej w art. 24 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp podstawie wykluczenia, konieczne jest spełnienie zawartej w nim przesłanki negatywnej tj. by udział takiego wykonawcy utrudniał uczciwą konkurencję. Odwołujący wskazał, że ciężar udowodnienia przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp spoczywa na zamawiającym a zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu z postępowania zobowiązany jest do umożliwienia wykonawcy wykazania, że w danym przypadku udział tego wykonawcy nie wypaczy zasady uczciwej konkurencji.

Ponadto, z utrudnieniem konkurencyjności mamy do czynienia w sytuacji, gdy zdobyta przez podlegającego wykluczeniu wykonawcę w toku czynności przygotowawczych wiedza pozwala mu na złożenie najkorzystniejszej oferty i daje przewagę nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co wykonawca ma możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiada informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia. W niniejszym postępowaniu odwołujący nie złożył oferty najkorzystniejszej cenowo. Zachodzi w tym przypadku domniemanie faktyczne, że niezależnie od pozostałych okoliczności, które czynią czynność wykluczenia odwołującego sprzeczną z prawem, jego udział w postępowaniu nie utrudniał uczciwej konkurencji.

W związku z okolicznością, że odwołujący został niezasadnie wykluczony z udziału w postępowaniu, nie znajduje również zastosowania przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, nakazujący odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę odrzuconego a w konsekwencji nie znajduje także zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestników postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania a odwołujący, który został wykluczony z udziału w postępowaniu legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Na skutek działań i zaniechań zamawiającego może także ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Przedmiot zamówienia obejmuje wybór wykonawcy Projektu Eliminacja wykluczenia cyfrowego w Gminie Łapanów w oparciu o dofinansowanie w ramach: Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka; 8.Oś Priorytetowa: Społeczeństwo informacyjne - zwiększanie innowacyjności gospodarki, - Działanie 8.3: Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu - eInclusion. Celem projektu jest przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu mieszkańców gminy poprzez: zapewnienie dostępu do Internetu dla 30 gospodarstw domowych znajdujących się w trudnej sytuacji materialnej oraz 14 jednostek organizacyjnych gminy (szkoły, domy kultury, świetlice wiejskie), zakup 110 zestawów komputerowych, przeprowadzenie szkoleń dla grupy docelowej oraz dla uczniów szkół objętych projektem.

Do zadań wykonawcy, wyłonionego w tym postępowaniu będzie należało w szczególności: pełnienie roli Operatora Wykonawczego, Wykonawcy szkoleń i promocji oraz dostawcy zestawów komputerowych, w ramach realizacji przedmiotowego Projektu.

Bezspornym między stronami jest, że odwołujący - Info Solutions A. Siekański, C. Czop Sp. j. realizował na rzecz zamawiającego - Gminy Łapanów zadania, wynikające z zawartej dnia 10.05.2011 roku pomiędzy stronami umowy o dzieło. Przedmiotem udzielonego odwołującemu zlecenia było opracowanie projektu „Eliminacja wykluczenia cyfrowego w Gminie Łapanów”, zgodnie z wymogami Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka, działanie 8.3. W szczególności w ramach umowy odwołujący opracował: wniosek o dofinansowanie (wraz z załącznikami, zgodnie z wymogami POIG działanie 8.3), harmonogram rzeczowo – finansowy oraz analizę finansową, co wynika z § 1 umowy z dnia 10.05.2012 roku, złożonej przez zamawiającego jako dowód w sprawie.

Odwołujący niewątpliwie brał udział w przygotowaniu dokumentacji wnioskowej dotyczącej planowanego w Gminie Łapanów projektu w ramach działania 8.3 „Przeciwdziałanie wykluczeniu”, czyli w przygotowaniu wniosku do dofinansowanie projektu ze środków unijnych. Odwołujący przygotował w ramach wniosku o dofinansowanie: analizę kosztów,

założenia makroekonomiczne projektu, analizę finansową, analizę wartości NPV na zmianę kosztów operacyjnych i nakładów inwestycyjnych.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp 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.

Po pierwsze Izba wskazuje, że aby zaistniał obowiązek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu uczestnictwo w czynnościach związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania musi mieć charakter bezpośredni, a zatem taki w którym rezultat prac przygotowawczych został bezpośrednio wykorzystany w postępowaniu a dodatkowo charakter tych prac mógł mieć wpływ na wynik postępowania i naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Przez czynności związane bezpośrednio z przygotowaniem danego postępowania należy rozumieć czynności związane z przygotowaniem postępowania określone w art. 29-38 ustawy Pzp, polegające na: przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia, ustaleniu wartości szacunkowej zamówienia, przygotowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy udzieleniu wyjaśnień jej treści.

Po drugie podnieść należy, że przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie zachodzi, w sytuacji gdy wykonawca nawet realizował czynności bezpośrednio związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, ale udział tego wykonawcy w postępowaniu o zamówienie publiczne, nie utrudni uczciwej konkurencji.

W doktrynie jak i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że wykładnia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na wynikające z niego konsekwencje w postaci wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, winna mieć charakter ścisły i opierać się na literalnym brzmieniu tego przepisu.

W rozpatrywanym postępowaniu o zamówienie publiczne odwołujący, jak słusznie podnosi w odwołaniu, nie wykonywał żadnych czynności związanych z przygotowaniem przedmiotowego postępowania wymienionych w art. 29-38 ustawy Pzp, w szczególności nie brał bezpośredniego udziału w opracowaniu przedmiotu zamówienia, opracowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Czynności, które wykonywał w ramach umowy o dzieło z dnia 10.05.2012 roku zmierzały do opracowania wniosku unijnego o dofinansowanie zadania, którego dotyczy rozpatrywane postępowanie i zakres tych

opracowań nie zawierał żadnych informacji, danych, które stawiałyby odwołującego w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu i pozwoliłyby na zdobycie przewagi konkurencyjnej. Zatem z całą pewnością wiedza zdobyta przez wykonawcę podczas realizacji umowy z dnia 10.05.2012 roku nie stawiała odwołującego w lepszej od pozostałych wykonawców sytuacji, a zatem jego udział w rozpatrywanym postępowaniu nie zakłócił zasady uczciwej konkurencji.

W świetle powyższego, Izba stwierdziła, że nie zaistniała przesłanka określona w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i zamawiający niezasadnie dokonał wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty, co w konsekwencji czyni decyzję zamawiającego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 1 za niezasadną.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono 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. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: