

WYROK

z dnia 30 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SK-PROJEKT sp. z o.o., PRO-TRONIK sp. z o.o., Al. Komisji Edukacji Narodowej 96 m. 33, 02-777 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Szpitalna 10, 64-400 Międzychód**.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SK-PROJEKT sp. z o.o., PRO-TRONIK sp. z o.o., Al. Komisji Edukacji Narodowej 96 m. 33, 02-777 Warszawa** oraz ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SK-PROJEKT sp. z o.o., PRO-TRONIK sp. z o.o., Al. Komisji Edukacji Narodowej 96 m. 33, 02-777 Warszawa**,

2. kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Szpitalna 10, 64-400 Międzychód** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SK-PROJEKT sp. z o.o., PRO-TRONIK sp. z o.o., Al. Komisji Edukacji Narodowej 96 m. 33, 02-777 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej, ul.**

Szpitalna 10, 64-400 Międzychód na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SK-PROJEKT sp. z o.o., PRO-TRONIK sp. z o.o., Al. Komisji Edukacji Narodowej 96 m. 33, 02-777 Warszawa** kwotę **12 460 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy czterysta sześćdziesiąt 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. Nr 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 Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Międzychodzie ul. Szpitalna 10, 64-400 Międzychód (dalej "Zamawiający") 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, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) pn. „Wykonanie dokumentacji projektowej i robót budowlanych rozbudowy i modernizacji obiektów szpitalnych SPZOZ Międzychód o pawilon diagnostyczno - zabiegowy z bazą łóżkową w celu dostosowania do wymogów Rozporządzenia Ministra Zdrowia w zakresie niezbędnym do uzyskania przez Zamawiającego pozwolenia na użytkowanie”. Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane oszacowano na kwotę niższą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 1 czerwca 2012 r. pod nr 184894 -2012.

W dniu 17 sierpnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SK-PROJEKT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie Al. Komisji Edukacji Narodowej 96 m. 33, 02-777 Warszawa (Lider) oraz PRO-TRONIK sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Ul. Odmogile 1a, 31-751 Kraków (Partner Konsorcjum) (dalej "Odwołujący") od dokonanej w dniu 14 sierpnia 2012 r. czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenie:

- 1) art. 24 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie wykonawcy w sytuacji gdy wykluczony wykonawca nie wykonywał bezpośrednio żadnych czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania, jak również nie posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, jak również w sytuacji gdy brak jest podstaw dla przyjęcia tezy, iż udział wykluczonego wykonawcy w postępowaniu mógłby hipotetycznie prowadzić do naruszenia uczciwej konkurencji,
- 2) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykluczonego wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do ewentualnego istnienia przesłanki wykluczenia z postępowania.

W świetle powyższego wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego,
- 2) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- 3) nakazanie powtórnego badania i oceny złożonych ofert, przy założeniu, iż Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazywał, iż objęta odwołaniem czynność Zamawiającego narusza interes prawny Odwołującego, ponieważ uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia, co miałyby miejsce w przypadku przeprowadzenia postępowania zgodnie z zasadami określonymi w ustawie Pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, że pismem z dnia 14 sierpnia 2012 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania, wobec faktu, iż „powiązania osobowe między spółką Pre-Invest - która firmowała przygotowanie programu funkcjonalno - użytkowego będącego częścią składową SIWZ - a spółką SK - Projekt może stanowić utrudnienie uczciwej konkurencji (...)”. Wprawdzie w treści pisma jako podstawa prawna wykluczenia wskazany został przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jednakże, jak jednoznacznie wynika z treści uzasadnienia, w istocie Zamawiający dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, uznając, jak się należy domyślać, iż jeden z wykonawców wchodzących w skład odwołującego się konsorcjum uczestniczył w przygotowaniu postępowania, względnie posługiwał się takimi osobami na etapie przygotowania oferty przetargowej złożonej w niniejszym postępowaniu. Wydaje się zatem, iż w zakresie wskazania podstawy prawnej wykluczenia Odwołującego doszło do oczywistej omyłki pisarskiej, uzasadnienie bowiem podjętej czynności w żadnej mierze nie wskazuje na wystąpienie przesłanki o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Przyjmując zatem, iż wykluczenie Odwołującego z postępowania dokonane zostało w oparciu o normę art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Odwołujący podnosił, iż wskazać należy zdecydowanie, iż przedmiotowa decyzja Zamawiającego pozostaje z gruntu chybiona. Należy przede wszystkim wyjaśnić, iż zarówno Lider odwołującego się konsorcjum, jak i wskazana przez Zamawiającego spółka Pre - Invest sp. z o.o. pozostają dwoma odrębnymi osobami prawnymi, bez znaczenia prawnego dla spełnienia przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp pozostaje przy tym fakt „powiązań osobowych” pomiędzy tymi podmiotami. Na

powyższe jednoznacznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 maja 2008 r. (sygn. KIO/UZP 456/08, KIO/UZP 457/08), gdzie wskazane zostało, iż:

"(...) Prawo zamówień publicznych ogranicza krąg podmiotów, które uczestniczyły w przygotowaniu zamówienia, wyłącznie do wykonawców - definicja wykonawcy została określona w art. 2 pkt 11 Prawa zamówień publicznych: w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, na obecnym etapie, jest to podmiot, który złożył ofertę. Zatem uczestnik postępowania podlegał wykluczeniu wówczas, jeżeli to on sam wykonywał takie czynności. Na gruncie Prawa zamówień publicznych nie ma podstaw, aby sankcję wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych stosować również wówczas, gdy określone czynności wykonywały podmioty powiązane czy to kapitałowo, czy to osobowo z wykonawcą. Nie ma również podstaw do stosowania analogicznie zasad prawa podatkowego, handlowego oraz przepisów o rachunkowości i traktowania całej grupy kapitałowej jako jednego podmiotu - przy ocenie wykonawcy, spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu, bierze się pod uwagę jego własne doświadczenie, a nie doświadczenie uczestników grupy kapitałowej. Na taką interpretację wskazuje też użycie przez ustawodawcę określenia „bezpośrednio” - wskazuje ono na konieczność istnienia ścisłego związku pomiędzy wykonywaniem czynności przygotowawczych w postępowaniu, a samym wykonawcą. Zauważyć również należy, że nie ulega wątpliwości, iż P. SA i WBP sp. z o. o. to dwa odrębne podmioty prawa, każdy z nich mógłby złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu, i w odniesieniu do każdego z nich byłyby osobno badane ewentualne przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych. W podobnym stanie faktycznym (istnienie powiązań właścicielskich i osobowych) Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż nie było podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych.”

Sytuacja faktyczna na gruncie której zapadło powyższe orzeczenie pozostaje analogiczna do przedmiotowej. Zarówno Pre - Invest sp. z o.o. jak i SK-Projekt sp. z o.o. to dwa odrębne podmioty prawne, z których każdy byłby uprawniony do złożenia ofert w postępowaniu, zaś wystąpienie przesłanki wykluczenia w odniesieniu do każdego z nich byłoby badane niezależnie od drugiego.

Należy również wskazać, iż sam Zamawiający nie ustalił, aby wykluczony wykonawca wykonywał bezpośrednio jakiejkolwiek czynności związane z przygotowaniem oferty złożonej w postępowaniu lub też posługiwał się osobami, o których mowa w przedmiotowym przepisie. W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego wskazano jedynie niezwykle ogólnikowo, na "możliwość" utrudnienia konkurencji, nie wskazując w żadnej mierze na czym miałyby ono polegać. Nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający nie

może ograniczyć się w tym zakresie jedynie do stwierdzenia potencjalnej możliwości naruszenia zasad uczciwej konkurencji będącej skutkiem dopuszczenia do udziału w postępowaniu określonego wykonawcy, lecz winien precyzyjnie ustalić, iż fakt taki ma miejsce. Jak bowiem wskazane zostało w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej sytuacji wykluczenia wykonawcy w oparciu o przedmiotową normę „(...) istnienia takiej zależności zamawiający nie może domniemywać, lecz musi ją niezbicie ustalić w okolicznościach konkretnego przypadku. Tym samym, konieczne jest stwierdzenie, czy udział osoby, która opracowała dokumentację projektową oraz specyfikację techniczną w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia na wykonanie robót opisanych tą dokumentacją nie utrudniło uczciwej konkurencji”.

Analogiczne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 lipca 2010 r. (sygn. KIO/UZP 1385/10) - „(...) 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. (...) Wskazać należy, iż fakt, że wykonawca brał udział w przygotowaniu postępowania np. poprzez opracowanie dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej nie stanowi wystarczającej przyczyny wykluczenia go z postępowania, w którym zamawiający udziela zamówienia na wykonanie robót budowlanych na podstawie tej dokumentacji. W przypadku zaistnienia takiej sytuacji zamawiający jest zobowiązany do ustalenia okoliczności, czy udział takiego wykonawcy w postępowaniu w sprawie udzielenie wskazanego zamówienia stanowi utrudnienie uczciwej konkurencji. Jeżeli tak nie jest, to nie ma podstaw do wykluczenia takiego wykonawcy (...).”

Niewątpliwie na gruncie niniejszej sprawy, nie zostało wykazane aby wykluczony wykonawca wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania (lub też posługiwał się przy przygotowaniu oferty takimi osobami), tym bardziej zaś nie zostało wykazane, aby jego udział w postępowaniu prowadził do naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Każdy z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia złożył pod rygorem odpowiedzialności karnej oświadczenie o braku istnienia podstaw do wykluczenia z postępowania, jednocześnie zaś nie istnieje żaden pośredni nawet dowód, który mógłby wskazywać na sytuację przeciwną. Należy również zauważyć, iż brak jest podmiotów w stosunku do których wykluczony wykonawca mógłby taką hipotetyczną przewagę konkurencyjną wyzyskać - brak jest bowiem w niniejszym postępowaniu innych wykonawców, którzy złożyli ważne, niepodlegające odrzuceniu oferty.

Niezależnie od powyższego podnieść należy, iż Zamawiający nie tylko oparł swą decyzję na nader niejasnych przesłankach o charakterze potencjalnym, to dodatkowo zaniechał wezwania wykluczonego wykonawcy do złożenia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień w tymże zakresie. Wprawdzie - na co wskazuje orzecznictwo KIO - możliwość wystąpienia przez Zamawiającego z żądaniem złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter fakultatywny nie zaś obligatoryjny, jednakże w przedmiotowej sytuacji podjęcie decyzji przez Zamawiającego bez umożliwienia wykonawcy złożenia wyjaśnień ocenić należy jako naruszenie zasad prawidłowego badania i oceny ofert.

Na powyższe wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 kwietnia 2009 r. (sygn. KIO/UZP 430/09), przy czym orzeczenie to oparte zostało na ugruntowanej linii orzeczniczej Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości - „Zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, zobowiązany jest do umożliwienia wykonawcy wykazania, że w danym przypadku udział tegoż wykonawcy nie wypaczy zasady uczciwej konkurencji. Z wyroku z dnia 3 marca 2005 r. Sprawa C-21/03 i Sprawa C-34/03 Fabricom SA przeciwko Państwu Belgijskiemu (LexPolonica nr 374684) ETS wynika, że Zamawiający przed podjęciem rozstrzygnięcia co do wykluczenia wykonawcy z postępowania, powinien umożliwić wykonawcy wykazanie, że w danym przypadku udział tegoż wykonawcy nie wypaczy zasady uczciwej konkurencji.”

Powyższa wykładnia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp znalazła dodatkowo potwierdzenie w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2012 r. (sygn. KIO/KD 18/12) - „Biorąc pod uwagę obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania i prawidłowej oceny ofert, art. 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, należy odczytywać nie tylko, jako czyste uprawnienie zależne od uznania zamawiającego, lecz raczej jako kompetencję zamawiającego, a zatem prawo do żądania wyjaśnień połączone z obowiązkiem ich zażądania w celu zachowania należytej staranności w prowadzeniu badania i oceny ofert”.

Wykorzystanie przez Zamawiającego trybu określonego w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp pozwoliłoby na złożenie przez wykluczonego wykonawcę stosownych wyjaśnień, popartych oświadczeniami osób uczestniczących w przygotowaniu oferty przetargowej o braku związku tychże osób z przygotowaniem postępowania, jak również oświadczenie osoby, która przygotowywała Program Funkcjonalno - Użytkowy będący częścią SIWZ w niniejszym postępowaniu, iż nie uczestniczyła ona w przygotowaniu oferty przetargowej złożonej przez Konsorcjum. Wyjaśnienia wymaga przy tym, iż autorka Programu Funkcjonalno - Użytkowego, Pani B..... M..... - S..... przygotowała ów program na zlecenie

firmy ILKOM Tomasz Ilecki tj. podwykonawcy spółki Pre - Invest sp. z o.o., która realizowała zamówienie publiczne w ramach którego przygotowano elementy SIWZ niniejszego postępowania. Celem wykazania powyższego, Odwołujący przedkładał w załączeniu do odwołania kopię faktury VAT nr FV/1/06/2012 obejmującej należność firmy ILKOM Tomasz Ilecki względem Pre - Invest sp. z o.o. tytułem przygotowania Programu Funkcjonalno - Użytkowego. Załączał również oświadczenia osób uczestniczących w przygotowaniu oferty Konsorcjum, oświadczenie Prezesa Zarządu Lidera odwołującego się konsorcjum, jak również oświadczenie autorki Programu Funkcjonalno - Użytkowego w zakresie potrzebnym dla weryfikacji zaistnienia przesłanki wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 16 sierpnia 2012 r.

W dniu 17 sierpnia 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty: Odwołującego oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie za zamówienia: METROLOG Sp. z o.o., ul. Kościuszki 97, 64-700 Czarnków, INTECH Sp. z o.o., ul. Kościańska 39, 60-400 Międzychód. Zamawiający pismami z 14 sierpnia 2012 r. poinformował o wykluczeniu z postępowania Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, podając w uzasadnieniu, że: "W ocenie Zamawiającego powiązania osobowe pomiędzy spółką PRE-INVEST- która firmowała przygotowanie programu funkcjonalno-użytkowego - będącego częścią składową Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - a spółką SK-PROJEKT może stanowić utrudnienie uczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu przetargowym". Prezes Zarządu lidera odwołującego się konsorcjum P..... S..... zasiada równocześnie w zarządzie spółki PRE-INVEST Sp. z o.o. sporządzającej Program Funkcjonalno - Użytkowy. Zamawiający odrzucił drugą złożoną w postępowaniu ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz poinformował o unieważnieniu postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Pismem z dnia 17 sierpnia 2012 r. sprostował podstawę prawną wykluczenia Odwołującego, wskazując na art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono od niego wpis.

Izba uznała, że Odwołujący spełnia przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył jedną z dwóch ofert w postępowaniu (korzystniejszą zgodnie z ustalonymi kryteriami oceny ofert). Oferta drugiego wykonawcy została odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ, co skutkowało unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Potwierdzenie się zarzutów zawartych w odwołaniu daje mu zatem możliwość uzyskania zamówienia, której to możliwości na skutek zarzuczanych nieprawidłowości został pozbawiony.

Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, uznając, iż "powiązania osobowe pomiędzy spółką PRE-INVEST - która firmowała przygotowanie programu funkcjonalno-użytkowego - będącego częścią składową Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - a spółką SK-PROJEKT może stanowić utrudnienie uczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu przetargowym". Zdaniem Izby stan faktyczny przedmiotowej sprawy nie potwierdza zasadności zastosowania sankcji wykluczenia w oparciu o powyższą podstawę prawną.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp przewiduje, iż z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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, przy czym przepisu nie stosuje się do wykonawców, którym udziela się zamówienia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 2 lub art. 67 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Niezbędną przesłanką zastosowania powyższego przepisu jest zatem wykazanie, że wykonawca wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności. Ustawa Pzp przez „przygotowanie postępowania” rozumie czynności podejmowane przez zamawiającego (jego pracowników, jednostki organizacyjne lub osoby trzecie, którym na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy Pzp może on powierzyć przygotowanie postępowania) wymienione w Rozdziale II „Przygotowanie postępowania” w art. 29 - 38 ustawy Pzp. Zaliczyć do nich należy: opis przedmiotu zamówienia, oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, przygotowanie specyfikacji istotnych warunków

zamówienia. Dopiero w sytuacji zaistnienia przesłanek (lub jednej z nich), o których mowa wyżej, taki wykonawca musiałby udowodnić, iż mimo powyższych okoliczności jego udział w postępowaniu 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.

Zamawiający w toku postępowania przed Izłą stwierdził, iż, wykluczając Odwołującego w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie rozróżniał przesłanek tam wskazanych, tj. nie ustalał, czy przesłanką wykluczenia Odwołującego z postępowania jest uznanie, że jest on wykonawcą, który wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, czy też wykonawcą, który posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, względnie, czy obie te przesłanki w przedmiotowym stanie faktycznym są spełnione łącznie. Przyjął w sposób całościowy, iż fakt powiązań personalnych (ten sam Prezes zarządu) pomiędzy liderem odwołującego się konsorcjum (SK-PROJEKT Sp. z o.o.) a PRE-INVEST Sp. z o.o. (wykonawcą Programu Funkcjonalno - Użytkowego) w wystarczający sposób uzasadnia wypełnienie podstaw dla wykluczenia Odwołującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zarówno w zakresie przesłanek pozytywnych, jak i negatywnej. Ponadto, jak wskazał Zamawiający, oparł się w tym zakresie na domniemaniu, iż sporządzenie Programu Funkcjonalno-Użytkowego przez spółkę powiązaną personalnie przez osobę Prezesa zarządu z Odwołującym pozwala na uznanie, iż dokument ten był Odwołującemu znany na wcześniejszym etapie niż innym wykonawcom w postępowaniu. Domniemanie naruszenia uczciwej konkurencji stało się także podstawą przyjęcia zaistnienia przesłanki negatywnej. Izba stwierdza, iż takie działanie Zamawiającego należy uznać za

wadliwe. Z uwagi na szczególnie sankcyjny charakter przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i dotkliwe dla wykonawcy konsekwencje jego zastosowania wykładnia winna mieć charakter ścisły i opierać się przede wszystkim na jego literalnym brzmieniu. Z kolei stan faktyczny danej sprawy winien potwierdzać w sposób jednoznaczny zaistnienie przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, a nie tylko domniemanie ich zaistnienia.

W ocenie Izby Zamawiający nie przedstawił dowodu potwierdzającego zasadność zastosowania wobec Odwołującego sankcji z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Oceniając zaistnienie przesłanek pozytywnych, Izba wskazuje, iż pojęcie bezpośredniego wykonywania przez wykonawcę czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania należy oceniać zarówno na płaszczyźnie, czy to konkretny wykonawca (zatem podmiot, który złożył w postępowaniu ofertę) uczestniczył w wymienionych powyżej czynnościach przygotowawczych, jak i czy jego udział w tych czynnościach miał na celu przygotowanie prowadzonego postępowania. Niewątpliwie brak jest podstaw do wykluczenia, gdy w przygotowaniu postępowania przygotowawczego brał udział podmiot inny niż sam wykonawca (np. podmiot zależny od wykonawcy czy tak - jak w niniejszej sprawie - podmiot, który łączy z wykonawcą ta sama osoba zarządzająca). Z formalnego punktu widzenia nie zachodzi wówczas tożsamość wykonawcy i nie można mówić o bezpośrednim udziale danego podmiotu w przygotowaniu postępowania. Jak było to podnoszone powyżej sankcyjny charakter art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie pozwala na jego rozszerzającą wykładnię. Brak jest ustawowego oparcia dla poglądu, iż podmiot powiązany z wykonawcą personalnie czy kapitałowo powinien być z nim utożsamiany. W tym zakresie Izba podziela stanowisko prezentowane w wyroku KIO z 28 maja 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 456/08 KIO/UZP 457/08 podtrzymanym w tej mierze przez wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 31 lipca 2008 r. sygn. akt XIX Ga 280/08. Zdaniem Izby nie zostało także wykazane, aby lider odwołującego się konsorcjum powierzył sporządzenie oferty osobom uczestniczącym w przygotowaniu prowadzonego postępowania. Osoby zaangażowane w przygotowanie Projektu Funkcjonalno - Użytkowego musiałyby mieć ścisły związek ze sporządzeniem oferty, czego nie wykazano. W ocenie Izby faktu pełnienia funkcji zarządczych w obu podmiotach, z czym wiąże się szereg obowiązków formalnych (np. podpisywanie faktur, umów, ofert) nie można traktować ani jako udziału w przygotowaniu postępowania (chodzi przede wszystkim o udział merytoryczny) ani na równi ze sporządzeniem oferty. Nie wykazano także, aby istotnie Program Funkcjonalno - Użytkowy został liderowi odwołującego się konsorcjum wcześniej udostępniony. Jednak nawet gdyby uznać, że z uwagi na powyższe powiązania personalne istnieje znaczące prawdopodobieństwo, że wykonawca mógł pozyskać wcześniej wiedzę na temat

prowadzonego postępowania, a celem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp jest wyeliminowanie z postępowania podmiotów, które nabyły w trakcie uczestnictwa w przygotowaniu postępowania informacje, które mogą je stawiać w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu (zatem spełniona została przesłanka pozytywna posłużenia się przy sporządzaniu oferty osobą uczestniczącą w przygotowaniu postępowania), to i tak, zdaniem Izby, nie zostało wykazane, iż udział tego wykonawcy utrudnia uczciwą konkurencję w postępowaniu. Zamawiający potwierdził, iż udostępnił Program Funkcjonalno - Użytkowy na takich samych zasadach wszystkim wykonawcom, zaś termin składania ofert był dość długi (ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono 1 czerwca 2012 r., a termin składania ofert najpierw wyznaczono na 19 czerwca 2012 r., a następnie przedłużono go do 3 lipca 2012 r.) Jak wskazywał Zamawiający wcześniejsza znajomość Programu Funkcjonalno - Użytkowego mogła skutkować możliwością przygotowania oferty w krótszym czasie. Zamawiający nie wykazał jednak, aby uwzględniając wyznaczony termin sporządzenia oferty, ewentualna znajomość Programu Funkcjonalno - Użytkowego dawała Odwołującemu realną preferencję tożsamą z utrudnieniem konkurencji w postępowaniu. Jak podniesiono powyżej termin ten wynosił pierwotnie blisko 3 tygodnie, a następnie został przedłużony o kolejne 14 dni (ogłoszenie o zmianie ogłoszenia z dnia 14 czerwca 2012 r. nr 203198-2012). Zamawiający nie udowodnił również (ani nawet nie podejmował takiej próby), że to ewentualna wcześniejsza znajomość Programu Funkcjonalno - Użytkowego pozwoliła Odwołującemu na korzystniejsze skalkulowanie ceny czy zaproponowanie krótszego terminu wykonania zamówienia, a nie czynniki o charakterze obiektywnym, wynikające z naturalnej konkurencji między wykonawcami. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż Zamawiający, oceniając kwestię naruszenia konkurencji w postępowaniu poprzez udział w nim Odwołującego, winien uwzględnić fakt odrzucenia oferty drugiego wykonawcy. Izba przyznaje, że słusznym jest stanowisko Zamawiającego, iż każdą z ofert badał odrębnie, opierając się na obiektywnych kryteriach. Decyduje ocena, czy udział danego wykonawcy w postępowaniu z uwagi na jego określoną sytuację podmiotową nie utrudni uczciwej konkurencji. Izba podziela jednak stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający w świetle brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp oraz orzecznictwa europejskiego jest zobligowany do umożliwienia wykonawcy wyjaśnień co do zaistnienia przesłanki negatywnej (utrudnienia uczciwej konkurencji). Jako że przepisy nie przewidują odrębnej podstawy prawnej dla dokonania takich wyjaśnień art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wydaje się najbardziej właściwy. Podobne stanowisko zaprezentowała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 sierpnia 2009 r. KIO/UZP 995/09 „Trafnie zatem podniósł odwołujący się, że zamawiający zobowiązany był do zwrócenia się do niego celem wyjaśnienia okoliczności, które ległyby u podstaw ewentualnego wykluczenia. Podstawę prawną do działania zamawiającego winien stanowić art. 87 ust. 1 Pzp. Z

literalnego brzmienia przywołanego przepisu wynika, że zwrócenie się do wykonawcy w celu złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego, jednak zaniechanie tej czynności przez zamawiającego wiąże się często, tak jak w okolicznościach faktycznych sporu, z brakiem zachowania należytej staranności wymaganej przy prowadzeniu postępowania”.

Uznać zatem należy, iż Zamawiający wadliwie dokonał czynności wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, a także zaniechał uzyskania stosownych wyjaśnień odnośnie okoliczności, które ległyby u podstaw ewentualnego wykluczenia. Zarzuty odwołania są zatem zasadne.

W świetle powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 pkt 1 i 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 koszty Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 2460 zł na podstawie faktury przedłożonej do akt sprawy.

Przewodniczący: