

Sygn. akt: KIO 781/15

WYROK

z dnia 29 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo
Beata Pakulska-Banach
Katarzyna Prowadzisz**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo EL-IN Sp. z o.o. ul. Kościuszki 8, 96-100 Skierniewice

w postępowaniu prowadzonym przez

PKP Energetyka S.A. ul. Hoża 63/67, 00-681 Warszawa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ELESTER-
PKP Sp. z o.o. ul. Pogonowskiego 81, 90-569 Łódź oraz Zakład Wykonawstwa Sieci
Elektrycznej Rzeszów Sp. z o.o. ul. Przemysłowa 1, 35-105 Rzeszów** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo EL-IN Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo EL-IN Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) 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:

.....

.....

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – PKP Energetyka S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę podstacji trakcyjnej Płaskowice wraz z linią zasilającą 110 kV i infrastrukturą przyległą” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego w ramach systemu kwalifikowania wykonawców, o którym mowa w art. 134a-134e ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 3 lipca 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 125-223226. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – Przedsiębiorstwo EL-IN Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z zaniechaniem czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ELESTER-PKP Sp. o.o. i Zakład Wykonawstwa Sieci Elektrycznych Rzeszów Sp. z o.o., którzy wykonywali bezpośrednio czynności w przedmiotowym postępowaniu, a przez to art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i w jej trakcie: wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ELESTER-PKP Sp. o.o. i Zakład Wykonawstwa Sieci Elektrycznych Rzeszów Sp. z o.o., który wykonywał bezpośrednio czynności w przedmiotowym postępowaniu, a także wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania o zamówienie publiczne wykonawcę, który wykonywał bezpośrednio czynności w przedmiotowym postępowaniu, a mimo tego jako najkorzystniejszą zamawiający wybrał ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ELESTER-PKP Sp. o.o. i Zakład Wykonawstwa

Sieci Elektrycznych Rzeszów Sp. z o.o., którzy wykonywali bezpośrednio czynności w przedmiotowym postępowaniu. Ogólnie wiadomy jest fakt, iż firma ELESTER-PKP Sp. o.o. wykonywała następujące czynności (dokumenty) w niniejszym postępowaniu: projekty budowlane wraz z częścią formalnoprawną (tj. warunki od gestora sieci, decyzje środowiskowe, pozwolenie na budowę), projekty wykonawcze, przedmiary robót wraz z kosztorysami inwestorskimi, które były załącznikami do materiałów merytorycznych niniejszego postępowania przetargowego.

To, że w takim przypadku należy bezwzględnie wykluczyć wykonawcę z postępowania potwierdza jednolita linia orzecznicza przyjęta przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz opinia prawna zamieszczona na stronach Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z którą obowiązek wykluczenia dotyczy wykonawców, którzy (lub osoby, którymi posługiwali się w celu sporządzenia oferty) brali udział w przygotowaniu tego postępowania. Przez „przygotowanie postępowania” ustawa Prawo zamówień publicznych rozumie czynności podejmowane przez zamawiającego (jego pracowników, jednostki organizacyjne lub osoby trzecie, którym na podstawie art. 15 ust. 2 może on powierzyć przygotowanie postępowania) wymienione w rozdziale „Przygotowanie postępowania”, jak: opis przedmiotu zamówienia, w przypadku robót budowlanych – sporządzenie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, programu funkcjonalno-użytkowego, oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia (sporządzenie kosztorysu inwestorskiego).

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie o zamówienie publiczne kierując się jedną z naczelnych zasad ustawy, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zasada zachowania uczciwej konkurencji swoim zakresem obejmuje zarówno proces przygotowania, jak i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stawia także przed zamawiającym obowiązek dokonania rzetelnej i bezstronnej oceny ofert. Obowiązek ten dotyczy także przygotowania i przeprowadzenia postępowania przetargowego. Zamawiający powinien także dołożyć wszelkich starań, aby wyeliminować oferty, które naruszają zasady ogólne.

Wykonawca ten, poprzez to, że przygotował i wykonał „wsad merytoryczny” niniejszego postępowania o zamówienie publiczne w postaci różnych dokumentów między innymi: projektów budowlanych wraz z częścią formalnoprawną, projektów wykonawczych, przedmiarów robót wraz z kosztorysami inwestorskim, jest w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do innych wykonawców. Posiada także większą wiedzę i zna wszelkie szczegóły przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego wykonania. Niezaprzeczalny jest również fakt, iż wykonawca, który zajmuje się opracowaniem dokumentacji technicznej, jest w stanie lepiej przygotować swoją ofertę, która będzie znacznie korzystniejsza od ofert innych wykonawców w stosunku do kryteriów przyjętych przez zamawiającego.

II Stanowisko zamawiającego

Zamawiający podtrzymał swoją decyzję i wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, iż ELESTER-PKP Sp. z o.o. wygrała przetarg na „opracowanie dokumentacji projektowych wraz z uzyskaniem odpowiednich pozwoleń, zgód, uzgodnień oraz pełnieniem obowiązku nadzoru autorskiego dla obiektów zasilania sieci trakcyjnej linii kolejowej nr 4” dla 3 spośród 25 zadań dotyczących Podstacji Trakcyjnych: Łachów, Ryłsk oraz Płaskowice.

W lipcu 2014 r. zamawiający ustanowił system kwalifikowania wykonawców, o którym mowa w art. 134a-134e ustawy Prawo zamówień publicznych, i w ramach tego systemu udziela zamówień jednostkowych dotyczących budowy podstacji trakcyjnych kierując zaproszenie do złożenia oferty wyłącznie do wykonawców (wszystkich) wpisanych do wykazu zakwalifikowanych wykonawców na dzień wysyłania tego zaproszenia.

Pierwsze postępowanie dotyczące budowy podstacji trakcyjnej Płaskowice (PT Płaskowice) wraz z linią zasilającą 110 kV i infrastrukturą przyległą zostało wszczęte 25 lutego 2015 r. 23 marca 2015 r. zamawiający unieważnił to postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. W postępowaniu tym najkorzystniejszą ofertę złożył odwołujący. Na drugim miejscu została sklasyfikowana oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ELESTER-PKP Sp. z o.o. i Zakład Wykonawstwa Sieci Elektrycznych Rzeszów Sp. z o.o. W postępowaniu tym zostały złożone oferty pochodzące od 5 wykonawców.

Drugie postępowanie zostało wszczęte 24 marca 2015 r.

Opracowana przez ELESTER-PKP Sp. z o.o. dokumentacja projektowa (projekty wykonawcze wszystkich branż) stanowiła załącznik nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w obydwu postępowaniach dotyczących budowy PT Płaskowice.

Odwołujący odniósł się do sytuacji, w której jeden z wykonawców biorących udział w postępowaniu jest jednocześnie autorem dokumentacji projektowej. Zdaniem odwołującego to, że w takim przypadku należy bezwzględnie wykluczyć wykonawcę z postępowania potwierdza jednolita linia orzecnicza przyjęta przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz opinia prawna zamieszczona na stronach Urzędu Zamówień Publicznych. Nie sposób zgodzić się z tak postawionym twierdzeniem, gdyż zamawiającego nie może cechować postulowany przez odwołującego automatyzm działań. Nie może być także mowy o bezwzględności wykluczania, gdyż wykonywanie bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania nie jest jedyną przesłanką, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – gdyż wystąpienie powyższych okoliczności nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli udział tego wykonawcy nie utrudni uczciwej konkurencji. Z samego faktu sporządzenia przez ELESTER-PKP Sp. z o.o. dokumentacji projektowej nie można wywodzić, iż zamawiający

naruszył art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Dopóki nie można udowodnić, że stworzenie ww. dokumentów utrudniło uczciwą konkurencję, dopóty nie można twierdzić o naruszeniu powyższych przepisów.

Odwolujący nie przywołał ani jednego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, które potwierdzałoby prezentowane przez niego stanowisko, a analiza orzecznictwa prowadzi do przeciwnych wniosków, np. wyroki o sygn. akt KIO 134/13, KIO 345/11, KIO 691/11, KIO 1441/12, KIO 20/13 oraz KIO 29/13, KIO 252/12. Znajduje to potwierdzenie także w wyroku TSUE z 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych sygn. C-21/03 i C-34/03, w którym podkreślono brak automatyzmu przy wykluczeniu wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu danego postępowania. Trybunał stwierdził, iż udział danego wykonawcy w niektórych pracach przygotowawczych może prowadzić do zakłócenia konkurencji pomiędzy oferentami. Uznał również, że istnieją przypadki, w których wykluczenie z procedury przetargowej osób wykonujących niektóre prace przygotowawcze jest nieuzasadnione, albowiem ich uczestnictwo w procedurze nie stanowi żadnego niebezpieczeństwa dla konkurencji między oferentami. Podobnie opinia UZP wskazuje na fakt, że udział danego wykonawcy w postępowaniu nie utrudni konkurencji, tj. jego pozycja konkurencyjna w postępowaniu – z uwagi na opracowanie dokumentacji – nie jest korzystniejsza od innych wykonawców w nim uczestniczących, którzy informacje o nim czerpali ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Sam 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.

Zdaniem zamawiającego kwestionowany wykonawca nie posiadał większej wiedzy niż inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu. Każdy z zaproszonych do złożenia oferty wykonawców otrzymał taki sam komplet dokumentów (specyfikację istotnych warunków zamówienia z załącznikami). Dodatkowo, w charakterze pomocniczym i informacyjnym, wszystkim wykonawcom przekazany został przedmiar robót w wersji edytowalnej. Przedmiar robót to kosztorys inwestorski bez cen za materiały, usługi oraz bez narzutów. Udostępnienie przez zamawiającego przedmiaru robót nie zwalniało wykonawców z obowiązku skalkulowania ceny oferty w oparciu o projekt budowlany, dokumentację wykonawczą oraz specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, jak również uwzględnienia

wszystkich robót i kosztów (także nieprzewidzianych w przedmiarze lub błędnie oszacowanych). W związku z powyższym cena ofertowa powinna zawierać wszelkie roboty, materiały oraz koszty niezbędne do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. W interesie wykonawców leżało zapoznanie się z zawartością ww. dokumentów z należytą starannością. Wszelkie wątpliwości dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia mogły być wyjaśniane w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wskazał wykonawcom w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dla każdego z zadań, dokumentację projektową i harmonogram rzeczowo-finansowy jako podstawę określającą zakres prac i termin realizacji, czyli te elementy oferty, które podlegały ocenie.

Wobec powyższego wykonanie przez ELESTER-PKP Sp. z o.o. dokumentacji projektowej, w tym kosztorysu inwestorskiego, trudno uznać za uprzywilejowujące konsorcjum w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Sporządzenie kosztorysu inwestorskiego nie jest tym samym, co sporządzenie własnej oferty, do tego konkurującej z ofertami innych wykonawców. Konsorcjum nie odniosło żadnych konkretnych korzyści z wykonania takiego kosztorysu przez ELESTER-PKP Sp. z o.o., na co wskazują wyniki pierwszego, unieważnionego postępowania dotyczącego budowy PT Płaskowice, w którym oferta konsorcjum nie była ofertą najkorzystniejszą. Oferta ta była także zbliżona cenowo do ofert konkurencji, a w szczególności do oferty odwołującego, od której była tańsza zaledwie o 43.744,17 zł brutto przy cenach ofertowych rzędu 14 mln zł brutto. Co więcej, na skutek zadawanych przez wykonawców pytań, zamawiający dopuścił dokonywanie zmian w pozycjach kosztorysowych oraz pozycjach materiałowych, a także dopuścił stosowanie materiałów równoważnych.

Wartości zamówienia zamawiający nie ustalił wyłącznie na podstawie kosztorysu inwestorskiego, lecz przede wszystkim cen za budowę obiektów o podobnym charakterze, rozstrzygniętych przetargów na porównywalne urządzenia i materiały oraz na podstawie informacji techniczno-handlowej dostawców urządzeń elektroenergetycznych, co zostało wyraźnie wskazane o protokołach do obu postępowań.

Wyniki drugiego postępowania dotyczącego budowy PT Płaskowice również potwierdzają, iż sporządzenie dokumentacji projektowej przez ELESTER-PKP Sp. z o.o. nie miało wpływu na możliwość złożenia przez wykonawców biorących udział w postępowaniu zbliżonych ze sobą ofert. W związku z powyższym sporządzenie przez ELESTER-PKP Sp. z o.o. dokumentacji projektowej PT Płaskowice nie utrudniło uczciwej konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że ogólnie wiadomym był fakt sporządzenia przez ELESTER-PKP Sp. z o.o. dokumentacji projektowej do przedmiotowego postępowania. Pomimo tego żaden

z wykonawców nie wystąpił do zamawiającego o udostępnienie kosztorysu inwestorskiego, nawet po unieważnieniu pierwszego postępowania na budowę PT Płaskowice, gdzie wiadomym stało się, iż konsorcjum z udziałem ELESTER-PKP Sp. z o.o. także ubiega się o realizację przedmiotowego zamówienia. Od wszczęcia pierwszego postępowania, do terminu składania ofert w drugim postępowaniu upłynęło 41 dni. Brak zainteresowania wykonawców częścią dokumentacji, która nie jest wymagana do przekazania wykonawcom przez zamawiającego oraz długi termin, w którym wykonawcy mogą z należytą starannością zapoznać się z otrzymaną dokumentacją powoduje, że ewentualna przewaga, którą posiadał wykonawca sporządzający dokumentację techniczną jest minimalizowana do tego stopnia, że nie ma istotnego wpływu na wynik postępowania.

Sugestia odwołującego, że ELESTER-PKP Sp. z o.o. mogło w dokumentacji projektowej celowo dokonać sztucznego przewymiarowania w zakresie robót do wykonania, nie jest poparta żadnym dowodem i nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy. Nadzór nad jakością wykonanych prac, zastosowanych materiałów, dostarczonych urządzeń, zgodnością realizacji robót z projektami wykonawczymi pełnić będą inspektorzy nadzoru budowlanego. Znaczny zakres opracowanej dokumentacji projektowej (około 50%) podlegał weryfikacji nie tylko przez pracowników zamawiającego, ale również przez pracowników PGE Dystrybucja S.A., która także pełni nadzór nad właściwą realizacją robót.

ELESTER-PKP Sp. z o.o. nie uczestniczył w opracowywaniu pozostałych części specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie miał także żadnego wpływu na stawiane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

Zakres prac przeznaczony do realizacji w ramach postępowania nie jest równoważny z zakresem opracowanych projektów wykonawczych, tzn. część zadań oraz dostaw materiałów i urządzeń realizowana jest we własnym zakresie przez zamawiającego. O zakresie prac przeznaczonych do wykonania w ramach ogłoszonego postępowania do czasu przesłania zaproszenia do składania ofert nie był powiadamiany żaden z wykonawców.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Także art. 6 Kodeksu cywilnego wskazuje, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Wobec powyższego to odwołujący, jako wywodzący skutki prawne w postaci konieczności wykluczenia konsorcjum ELESTER-PKP Sp. z o.o. i Zakład Wykonawstwa Sieci Elektrycznych Rzeszów Sp. z o.o., zobowiązany był wykazać dowody dla stwierdzenia faktów, z których te skutki wywodzi. Natomiast odwołujący nie udowodnił, że udział konsorcjum utrudnia uczciwą konkurencję w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący

ograniczył się jedynie do ogólnego sformułowania zarzutów i stwierdzeń, że sam fakt sporządzania dokumentacji projektowej przez danego wykonawcę, a następnie jego udział w postępowaniu, w którym dokumentacja ta stanowi opis przedmiotu zamówienia, świadczy o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji, ignorując fakt, że nie wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zostały spełnione.

III Ustalenia Izby w kwestiach formalnych

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

IV Ustalenia Izby co do zarzutów

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ELESTER-PKP Sp. z o.o. i Zakład Wykonawstwa Sieci Elektrycznych Rzeszów Sp. z o.o., tj. ELESTER-PKP Sp. z o.o. jest autorem dokumentacji projektowej dla robót budowlanych będących przedmiotem niniejszego zamówienia, tj. projektów budowlanych wraz z częścią formalnoprawną (warunki od gestora sieci, decyzje środowiskowe, pozwolenie na budowę), projektów wykonawczych oraz przedmiarów robót wraz z kosztorysami inwestorskimi, które wchodziły w skład specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31a ust. 1, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji; 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 Prawo zamówień publicznych.

Genezy powyższego przepisu należy upatrywać w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 (Fabricom),

w którym Trybunał wskazał, że przepisy unijne stoją na przeszkodzie zasadzie, zgodnie z którą nie dopuszcza się do złożenia wniosku o uczestnictwo lub złożenia oferty przez osobę, na której spoczywał 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 doświadczenia nie mogły zniekształcić konkurencji.

Jest to widoczne w dwóch elementach tego przepisu – odniesieniu do przedmiotu rozstrzygnięcia, czyli wykonywania czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania (choć w odpowiedzi Trybunał zgodnie ze swoim zwyczajem odniósł się kazuistycznie do konkretnych sytuacji wskazanych w pytaniu), jak też zastrzeżeniu „chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji”.

Ten drugi element z kolei wskazuje na zastosowanie wielokrotnie przywoływanej przez Trybunał zasady, że decyzje zamawiającego nie mogą być automatyczne i nieproporcjonalne do założonego celu, jakim jest zachowanie uczciwej konkurencji, ale też swobody świadczenia usług.

W swoim wywodzie Trybunał zauważył, że osoba uczestnicząca w wykonywaniu niektórych prac przygotowawczych może znajdować się w korzystniejszej sytuacji przy sporządzaniu swojej oferty z powodu informacji, które mogła uzyskać w przedmiocie danego zamówienia publicznego w trakcie wykonywania wspomnianych prac przygotowawczych, a wszyscy oferenci powinni mieć jednakowe szanse przy sporządzaniu swoich ofert. Osoba taka może się też znaleźć w sytuacji mogącej doprowadzić do konfliktu interesów w tym znaczeniu, że może ona, nawet w sposób niezamierzony, wywrzeć wpływ na warunki postępowania w sensie dla niej korzystnym. Sytuacja taka prowadziłaby do zniekształcenia konkurencji pomiędzy oferentami.

Jednak osoba wykonująca niektóre prace przygotowawcze powinna być traktowana tak samo jak każdy inny oferent. Tymczasem bezwzględny zakaz udziału w postępowaniu nie jest uzasadniony z obiektywnego punktu widzenia i miałby nieproporcjonalny charakter, bowiem równe traktowanie wszystkich oferentów jest zapewnione również wtedy, gdy istnieje procedura, w której ocenia się w każdym konkretnym przypadku, czy fakt wykonywania niektórych prac przygotowawczych przyniósł osobie je wykonującej korzyść konkurencyjną względem innych oferentów i w której osoba ta ma możliwość wykazania, że w jej szczególnym przypadku uczestnictwo w postępowaniu nie stanowi żadnego niebezpieczeństwa dla konkurencji między oferentami.

Z tego też powodu w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych znajdują się dwa wyżej wymienione elementy: obowiązek wykluczenia z postępowania

wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu postępowania i którego udział w nim zakłócałby konkurencję oraz możliwość wykazania, że udział tego wykonawcy owej konkurencji nie zakłóca.

Procedura wykazania tych okoliczności powinna być przeprowadzana indywidualnie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – pomiędzy wykonawcą, którego dane okoliczności dotyczą, a zamawiającym. W przypadku jednak, gdy zamawiający nie poweźmie przekonania o podstawach do wykluczenia wykonawcy, a spór powstanie na etapie postępowania odwoławczego, obowiązek dowiedzenia tych okoliczności w postępowaniu odwoławczym spoczywa na stronach i uczestnikach postępowania, którzy z danych okoliczności wywodzą skutki prawne, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także w art. 6 Kodeksu cywilnego.

W niniejszym postępowaniu odwoławczym odwołujący powinien zatem dowieść przede wszystkim, że kwestionowana przez niego decyzja zamawiającego o braku przesłanek do wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ELESTER-PKP Sp. z o.o. i Zakład Wykonawstwa Sieci Elektrycznych Rzeszów Sp. z o.o. jest nieprawidłowa. Ze swojej strony zaś zamawiający i przystępujący powinni dowodzić, że jest ona uzasadniona.

Tymczasem odwołujący w swojej argumentacji powołał się jedynie na ogólną „zasadę”, że podmiot, który wykonywał dokumentację projektową wraz z dokumentami jej towarzyszącymi, powinien bezwzględnie zostać wykluczony z postępowania. Jednak „zasada” nie wynika z samej literalnej treści przepisu, ponieważ art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z powyżej przywołaną konkluzją Trybunału Sprawiedliwości UE, nie formułuje takiej automatycznej przesłanki wykluczenia, lecz zawiera jeszcze element wpływu udziału tego wykonawcy na „zniekształcenie normalnych warunków konkurencji w tym postępowaniu poprzez uzyskanie przez niego nieuzasadnionych korzyści” z faktu opracowywania dokumentacji projektowej. Tej okoliczności przede wszystkim powinien dowieść odwołujący, czego nie zrobił.

Z kolei ze swojej strony zamawiający i przystępujący po jego stronie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ELESTER-PKP Sp. z o.o. i Zakład Wykonawstwa Sieci Elektrycznych Rzeszów Sp. z o.o. przywoływali argumenty – wskazane wyżej w stanowisku zamawiającego – na okoliczność, że fakt, iż ELESTER-PKP Sp. z o.o. wykonywała dokumentację projektową, nie spowodował dla niej i konsorcjum, w którym wzięła udział, żadnych znaczących korzyści skutkujących zaburzeniem konkurencji.

Zdaniem Izby naruszenie uczciwej konkurencji przy udziale projektanta w postępowaniu nie nastąpiłoby głównie wtedy, gdy każdy wykonawca, który w sposób odpowiednio dokładny i uważny zapozna się z treścią dokumentacji przetargowej: projektów budowlanych,

wykonawczych, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, decyzji administracyjnych, przedmiarów robót itd. oraz odbędzie ewentualną potrzebną wizję lokalną przyszłego terenu budowy, może zdobyć te same informacje, co osoba (podmiot), która je przygotowywała.

W niniejszej sprawie odwołujący nie wykazał okoliczności odmiennych, tj. że firma projektująca roboty nie przekazała wszystkich informacji potrzebnych do prawidłowego sporządzenia oferty oraz późniejszego wykonania przedmiotu zamówienia. Pojawiające się w stanowisku odwołującego aluzje, że być może przedmiar robót został przez projektanta w sposób celowy sporządzony nieprawidłowo, nie zostały poparte żadnymi faktami. Ze swojej strony zamawiający wskazał, że zarówno on, jak i pracownicy gestora sieci (PGE Dystrybucja S.A.) weryfikowali opracowaną dokumentację pod względem rzeczowym.

Sama dokumentacja projektowa oraz wchodzące w jej skład i powiązane z nią dokumenty, jak projekty, decyzje administracyjne, czy przedmiary ustanawiają takie same warunki dla wszystkich wykonawców robót budowlanych, np. uwarunkowania środowiskowe. Niektóre z tych dokumentów, jak decyzje administracyjne, często są konieczne po prostu z formalnego punktu widzenia dla rozpoczęcia robót budowlanych, a fakt, że to dany podmiot był uczestnikiem postępowania administracyjnego skutkującego wydaniem decyzji, nie powoduje, że uzyskuje on konkretne korzyści w tym zakresie, np. z wydania pozwolenia na budowę, inne niż każdy wykonawca robót. Podobnie z uzgodnieniem warunków z gestorem sieci – nie zależą one od konkretnego wykonawcy robót budowlanych.

Zamawiający ze swojej strony wskazał, że żaden z wykonawców po zakończeniu pierwszego w postępowaniu nie próbował się zapoznać ze sporządzonym dla postępowania kosztorysem inwestorskim, którego to znajomość jakoby miała dawać ELESTER-PKP Sp. z o.o. znaczącą przewagę nad konkurentami.

Co zaś do samych ogólnych stwierdzeń dotyczących kosztorysu inwestorskiego należy wskazać, że praktyka zamówień publicznych pokazuje, że kwoty w nim podane tak znacząco odbiegają od później złożonych ofert (przeważnie są znacznie wyższe niż oferty), kosztorys ten jest sporządzany na kilka miesięcy przed wszczęciem postępowania (w którym to okresie może nastąpić zmiana cen produktów i usług), a metodyka jego sporządzania (sposób dobru cen) na tyle dowolna, iż trudno ustalić związek pomiędzy znajomością wskazywanych tam kwot, a prawdopodobieństwem złożenia najkorzystniejszej, czyli w dużej mierze – najtańszej – oferty. Co zresztą daje odpowiedź w kwestii, dlaczego wykonawcy nie byli zainteresowani tym kosztorysem nawet wtedy, gdy już mogli się z nim zapoznać po unieważnieniu pierwszego postępowania.

Zdaniem Izby okolicznością bardziej znaczącą dla konkurencji pomiędzy wykonawcami w niniejszym stanie faktycznym było to, że za sprawą pierwszego, unieważnionego, postępowania, byli oni w stanie poznać poziom cen oferowanych przez swoich konkurentów i to do nich dostosować swoją późniejszą ofertę (złożoną w drugim postępowaniu).

Przy tym rzeczywiście istotny jest tu podkreślany przez zamawiającego i przystępującego fakt, że w pierwszym postępowaniu to odwołujący złożył ofertę potencjalnie najkorzystniejszą i to jego oferta byłaby wybrana, gdyby zamawiający nie unieważnił postępowania. Tak więc reakcja przystępującego, który złożył ofertę najkorzystniejszą w kolejnym postępowaniu, związana była bardziej z owymi ofertami innych wykonawców, niż samą przygotowywaną przez niego dokumentacją projektową.

W drugim postępowaniu, którego wynikiem jest niniejsze postępowanie odwoławcze, złożone zostały cztery oferty, bardzo do siebie podobne w zakresie ceny: 13.465.154,01 zł (przystępujący), 13.647.323,80 zł (odwołujący), 13.794.150,27 zł, 13.883.010,00 zł brutto oraz terminów wykonania zamówienia: odpowiednio 12+20+21 tygodni (przystępujący), 10+15+23 tygodnie (odwołujący), 12+20+25 tygodni, 12+19+23 tygodnie.

Tym samym również poprzez porównanie złożonych ofert nie można wskazać, że przystępujący poprzez swoją dodatkową wiedzę złożył ofertę w nieuzasadniony sposób lepszą niż pozostali wykonawcy.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

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 2, § 3 i § 5 ust. 3 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:

.....

.....