

WYROK
z dnia 27 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lutego 2019 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Telimena Corp. Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Towarzystwo Akcyjne Telimena S.A. z siedzibą w Łodzi, PIOT Fundacja Przemysłu i Mody z siedzibą w Łodzi, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miejskie Zakłady Autobusowe sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wykluczenia Odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. 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 Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 263/19

Uzasadnienie

Miejskie Zakłady Autobusowe sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa marynarek i spodni zimowych dla kierowców”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 listopada 2018 r., pod nr 2018/S 228-522696.

6 lutego 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Telimena Corp. Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, Towarzystwo Akcyjne Telimena S.A. z siedzibą w Łodzi, PIOT Fundacja Przemysłu i Mody z siedzibą w Łodzi o wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp.

14 lutego br. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) wpłynęło odwołanie ww. wykonawców (dalej „Odwołujący”) od czynności wykluczenia, z zarzutami naruszenia przez Zamawiającego:

1. art 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 92 ust. 1 Pzp przez zaniechanie przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego, w szczególności jakie działania podjął Zamawiający aby wyeliminować domniemane przez niego zakłócenie konkurencji;
2. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art 24 ust 1 pkt 19 w zw. z art 24 ust 10 Pzp przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z udziału w Postępowaniu, ewentualnie zaniechanie wezwania Odwołującego do przedstawienia uzasadnienia, że jego udział w przygotowaniu Postępowania nie zakłóci konkurencji;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w Postępowaniu;
2. przedstawienia pełnego uzasadnienia wykluczenia Przystępującego, w szczególności w zakresie podjętych działań mających na celu wyeliminowanie domniemanych przez siebie naruszenia konkurencji;
3. dokonania ponownego badania i oceny ofert, wraz z ofertą Odwołującego, ewentualnie wezwania

Odwolującego, na podstawie art. 24 ust. 10 Pzp, do przedstawienia uzasadnienia, że jego udział w przygotowaniu Postępowania nie zakłóci konkurencji.

Odwolujący podał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Na uzasadnienie pierwszego z zarzutów Odwołujący podał, że Zamawiający zaniechał przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego decyzji o wykluczeniu, co powoduje brak możliwości odniesienia się do zarzutów postawionych przez Zamawiającego i konieczność domyślania się w czym Zamawiający upatruje zakłócenia konkurencji oraz jakich czynności dokonał Zamawiający aby wyeliminować domniemane przez niego zakłócenie konkurencji, do czego jest zobowiązany na podstawie przepisów Pzp.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający, przysyłając informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, w żaden sposób nie wskazał w czym upatruje zakłócenia konkurencji oraz jakie działania podjął aby wyeliminować domniemane przez niego zakłócenie konkurencji. Dopiero prawidłowe przygotowanie informacji o wykluczeniu Odwołującego pozwoli na zabezpieczenie interesów Odwołującego i złożenie ponownego odwołania do KIO odnoszącego się do stanu rzeczy ustalonego przez Zamawiającego na dzień podejmowania decyzji o wykluczeniu.

Odwolujący przytoczył art. 24 ust 1 pkt 19 i 24. Ust. 10 Pzp i stwierdził, że pierwszy z przepisów nakłada na Zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy jeżeli spełnione zostaną łącznie dwie przesłanki: (1) wykonawca składający ofertę w postępowaniu lub jego pracownik a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług brał udział w przygotowaniu postępowania, (2) jest możliwość wyeliminowania powyższego zakłócenia konkurencji w inny sposób niż wykluczenie tego wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego sam fakt udziału wykonawcy w czynnościach przygotowawczych nie oznacza jeszcze konieczności wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania, jeżeli istnieje inny sposób wyeliminowania zakłócenia konkurencji. Ustawodawca nie określił w jaki sposób można wyeliminować zaistniałe zakłócenie konkurencji, ani na kim ciąży obowiązek jej eliminacji. W tym zakresie odnieść się należy do przepisów art. 41 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym wykluczenie wykonawcy z postępowania na skutek zakłócenia konkurencji należy traktować jako ostateczność, gdy nie ma innego sposobu zapewnienia zgodności z obowiązkiem przestrzegania zasady równego traktowania, natomiast obowiązek eliminacji zakłócenia konkurencji ciąży na zamawiającym.

Zamawiający przygotowujący postępowanie zobowiązany jest do przeprowadzenia analizy, czy wykonawca (lub osoba którą wykonawca się posługuje), który brał udział w przygotowaniu postępowania może ubiegać się o udzielenie zamówienia. Zamawiający działając z należytą starannością winien założyć, że tak jak w poprzednich postępowaniach opartych na wzorach i dokumentacji technicznej przygotowanej przez jednego z członków konsorcjum, również w tym postępowaniu wykonawca ten weźmie udział. Obowiązkiem Zamawiającego było zatem spowodowanie, żeby udział takiego podmiotu nie zakłócił konkurencji, jeśli takie zakłócenie w ogóle istnieje. W ocenie Odwołującego w przedmiotowej sprawie nie występuje jakiegokolwiek zakłócenie konkurencji. Jeśli jednak w ocenie Zamawiającego takie zakłócenie występuje to w tym celu Zamawiający winien był podjąć stosowne środki, do których zaliczyć należy przekazanie pozostałym uczestnikom postępowania wszystkich istotnych informacji, które były wymieniane między Zamawiającym a wykonawcą w ramach wcześniej świadczonych usług przy przygotowywaniu Postępowania. Dotyczy to w szczególności wszystkich dokumentów, które Zamawiający udostępnił wykonawcy oraz dokumentów, w których posiadanie wszedł sam wykonawca w związku z tym, że były one niezbędne do przygotowania Postępowania. Zamawiający ma obowiązek zrobić wszystko, co jest możliwe w celu zapewnienia w postępowaniu o zamówienie uczciwej konkurencji. Jedynie w przypadku, gdy nie ma innego sposobu zapewnienia zgodności z obowiązkiem przestrzegania zasady równego traktowania wykonawców, z postępowania wyklucza się danego wykonawcę.

W świetle powyższego, wyeliminowanie przez Zamawiającego zakłócenia konkurencji spowodowanego udziałem w postępowaniu wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu postępowania lub którego pracownik lub inna osoba którą się posługiwał brała udział w przygotowaniu postępowania oznacza, że wykluczenie takiego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp nie będzie miało zastosowania. Jeśli zatem nie zaistnieją przesłanki wykluczenia wykonawcy z art 24 ust 1 pkt 19 Pzp, bowiem zakłócenie konkurencji zostało wyeliminowane, to nie będzie miało zastosowania art. 24 ust 10 Pzp, którego zastosowanie jest następstwem okoliczności skutkujących koniecznością wykluczenia wykonawcy. Wobec braku takich okoliczności dyspozycja art. 24 ust 10 Pzp nie będzie miała zastosowania, a wykonawca nie będzie zobowiązany do udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania nie zakłócił konkurencji.

W ocenie Odwołującego w Postępowaniu nie mamy do czynienia z żadnym zakłóceniem konkurencji, bowiem dokumentacja Postępowania przygotowana przez Zamawiającego, jedynie w niewielkim zakresie odpowiada wzorom oraz dokumentacji technicznej przygotowanej przez Odwołującego w ramach wcześniejszych zleceń dla

Zamawiającego. Wyrazem tego były chociażby poprzednie postępowania prowadzone przez Zamawiającego, oparte na wzorach i dokumentacji technicznej przygotowanej przez Odwołującego, w których to postępowaniach Zamawiający nie podejmował decyzji o wykluczeniu wykonawcy z udziału w Postępowaniu. Co więcej, dokumentacja Postępowania przygotowana jest w sposób zapewniający możliwości i niewielkich odstępstw od podanych parametrów technicznych. Jednocześnie wskazać należy, że jeśli Izba dojdzie do przekonania o zakłóceniu konkurencji, to Zamawiający zobowiązany był przed dokonaniem wykluczenia wykonawcy, w świetle art 24 ust. 1 pkt 19 i art 24 ust. 10 Pzp, do uprzedniego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Automatyczne wykluczenie wykonawcy za udział w przygotowaniu postępowania prowadziłyby do złamania zasady proporcjonalności. Tym samym jeśli w ocenie Izby mamy w ogóle do czynienia z zakłóceniem konkurencji, to winna nakazać Zamawiającemu wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

W piśmie procesowym z 25 lutego br. Odwołujący uzupełnił przedstawione w odwołaniu stanowisko o następującą argumentację.

Odwołujący podał, że jego wykluczenie z Postępowania jest pierwszą tego typu sytuacją, bowiem we wcześniejszych postępowaniach, w których zachodziła sytuacja analogiczna Zamawiający takiej sankcji nie stosował (*vide* postępowania na dostawę spodni letnich i koszul polo z krótkim rękawem dla kierowców). W każdym z tych postępowań jeden z członków odwołującego się konsorcjum (Towarzystwo Akcyjne Telimena S.A. – „Wykonawca TAT”) odpowiadał za przygotowanie wzorów zamawianej odzieży. Dodał, że sam fakt brania udziału w przygotowaniu Postępowania nie uprawnia wniosku o zakłóceniu konkurencji, zaprzeczając jednocześnie zakłóceniu konkurencji w przedmiotowej sprawie, z uwagi na istotne różnice pomiędzy dokumentacją przygotowaną przez członka jego konsorcjum a opisem przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w powołaniu na niżej wskazaną argumentację.

Zamawiający podkreślił, że w treści odwołania Odwołujący przyznał, że jeden z wykonawców (Wykonawca TAT) przygotowywał opis przedmiotu zamówienia („OPZ”) w Postępowaniu. Przygotowane przez Odwołującego wzory dotyczyły opisu przedmiotu zamówienia w zakresie marynarek (żakietów) zimowych i spodni (spodnic) zimowych. Wbrew twierdzeniom Odwołującego został on praktycznie w całości przeniesiony do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), z wyjątkami dotyczącymi: wykazu dodatków (nici, guziki, wieszak, itp.), wkładów odzieżowych, rodzajów szwów i sztukowania elementów, a także wymiarowania, gdyż Zamawiający posiada własne tabele rozmiarów. Dlatego też Zamawiający uznał, że fakt przygotowania przez Odwołującego opisu przedmiotu zamówienia stanowi wystarczającą podstawę faktyczną uzasadnienia czynności wykluczenia Odwołującego. Co do uzasadnienia prawnego, w piśmie uzasadniającym dokonanie czynności wykluczenia, jednoznacznie wskazano podstawę prawną dokonania tej czynności.

Zdaniem Zamawiającego przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia stanowi zakłócenie konkurencji, które ma charakter nieusuwalny. Znajduje to potwierdzenie w publikacji przygotowanej przez Urząd Zamówień Publicznych: „Konflikt interesów w zamówieniach publicznych. Praktyczny poradnik”, w której przesłanką wykluczenia z uwagi na konflikt interesów, podlegającą obligatoryjnemu badaniu, jest ewentualny udział wykonawcy lub jego pracowników czy innych przedstawicieli w przygotowaniu postępowania przez zamawiającego. Z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp wynikają dwie przesłanki jego zastosowania:

1. wykonawca albo osoba z nim powiązana (pracownik lub inna osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług) brał udział w przygotowaniu postępowania, zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu;
2. spowodowało to nieodwracalne zakłócenie konkurencji.

Najczęstszymi przypadkami zakłócania konkurencji są sytuacje, w których:

1. do specyfikacji zostały wprowadzone zapisy preferujące wykonawcę (np. dotyczące wymagań technicznych lub wymagań podmiotowych);
2. wykonawca poznał szacunkową wartość zamówienia (na przykład opracowując kosztorys inwestycji), której nie upublicznia zamawiający;
3. wykonawca poznał SIWZ wcześniej, miał więc więcej czasu na przygotowanie oferty (dotyczy to sytuacji, w których przygotowanie oferty jest czasochłonne i każdy tydzień czy wręcz dzień przewagi ma znaczenie).

W podanych wyżej przypadkach można rozważyć podjęcie następujących starań o wyeliminowanie zakłócenia konkurencji:

- 1.wprowadzenie poprawek w SIWZ;
- 2.upublicznienie szacunkowej wartości zamówienia;
- 3.odpowiednie przedłużenie terminu składania ofert.

Jeżeli zakłócenia konkurencji z racjonalnych powodów nie da się w ten sposób wyeliminować, ponieważ przykładowo:

- 1.wymagałoby to zamknięcia postępowania i opracowania SIWZ od początku;
- 2.podanie szacunkowej wartości zamówienia mogłoby zawyżyć koszty;
- 3.zamówienie jest pilne i nie ma możliwości przedłużenia terminu składania ofert;

to jedynym wyjściem pozostaje wykluczenie wykonawcy.

Zamawiający podał, że ww. przesłanki zaistniały w tej sprawie, ponieważ:

- 1.wykonawca przygotował OPZ;
- 2.spowodowało to nieodwracalne zakłócenie konkurencji;
- 3.do specyfikacji zostały wprowadzone postanowienia preferujące Odwołującego (np. dotyczące wymagań technicznych materiałów, z których ma być wykonane umundurowanie);
- 4.Odwołujący poznał SIWZ wcześniej, miał więc więcej czasu na przygotowanie oferty (mógł dokonać wcześniejszych zamówień materiałów);
- 5.dokonanie zmian w opisie przedmiotu zamówienia jest w obecnej chwili niemożliwe, ponieważ zamówienie jest pilne i nie ma możliwości przedłużenia terminu składania ofert.

Zamawiający podał, że w Postępowaniu przewidziano następujące terminy:

- 1.Ogłoszenie o zamówieniu wysłano do publikacji 23.11.2019 r.;
- 2.Ogłoszenie opublikowano 27.11.2019 r.;
- 3.Termin otwarcia zaplanowano na 03.01.2019 r.;
- 4.Termin otwarcia przesunięto na 15.01.2019 r. (wpłynęły pytania);
- 5.Otwarcie ofert nastąpiło 15.01.2019 r.;
- 6.Termin pierwszej dostawy przewidziano na nie wcześniej niż 9 tygodni od podpisania umowy; ilość szt. w pierwszej dostawie około 1500-2000;
- 7.Kolejne dostawy przewidziano w ciągu 6 tygodni od momentu złożenia zamówienia.

Powyższe oznacza, że dokonanie zmian w zakresie OPZ oraz zmiany terminów w toku Postępowania są w obecnej chwili niemożliwe, a jedynym rozwiązaniem prawnym przywracającym konkurencyjność pozostaje wykluczenie Odwołującego.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

- 1.faktury 427/2018/U z 29 sierpnia 2018 r., wystawionej przez Wykonawcę TAT, za wykonanie wzorów dokumentacji technicznej umundurowania – marynarka męska i żakiet damski – dowód Z1;
- 2.faktury 488/2018/U z 28 września 2018 r., wystawionej przez Wykonawcę TAT, za wykonanie wzorów dokumentacji technicznej umundurowania – spodnie męskie zimowe, spodnie damskie zimowe, spódnica letnia, spódnica zimowa – dowód Z2;
- 3.charakterystyki wyrobu – marynarka męska dzianinowa – dowód Z3;
- 4.charakterystyki wyrobu – spodnie męskie zimowe typu chinos – dowód Z4;
- 5.charakterystyki wyrobu – żakiet damski z dzianiny – dowód Z5;
- 6.charakterystyki wyrobu – spodnie damskie zimowe typu 5 pocket – dowód Z6;

na okoliczność sporządzenia przez Odwołującego OPZ w Postępowaniu.

Na rozprawie strony podtrzymały stanowiska w sprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

- 1.wyciągu z SIWZ, formularza oferty, informacji z otwarcia ofert i zawiadomienia o unieważnieniu postępowania na dostawę spodni letnich dla kierowców – dowody O1;
- 2.wyciągu z SIWZ, formularza oferty i zawiadomienia o odrzuceniu oferty w postępowaniu na dostawę koszul polo z krótkim rękawem dla kierowców – dowody O2;

na okoliczność braku stosowania względem Odwołującego sankcji wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp we wcześniejszych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, mimo analogicznego stanu faktycznego;

3.charakterystyki wyrobu – spodnie męskie typu chinos z paskiem – dowód O3;

4.charakterystyki wyrobu – marynarka męska dzianinowa – dowód O4;

na okoliczność różnic pomiędzy dokumentacją przygotowaną przez Wykonawcę TAT, stanowiącą podstawę sporządzenia OPZ w Postępowaniu a rzeczywistą treścią OPZ.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania odwoławczego zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści: SIWZ, zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania oraz dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie i złożonych na rozprawie.

Stan faktyczny przedstawia się następująco.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa umundurowania dla kierowców w postaci 3.500 szt. marynarek męskich, w tym około 130 żakietów damskich oraz 3.500 szt. spodni zimowych męskich, w tym około 130 szt. spodni zimowych damskich lub spódnic zimowych – zob. § 1 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ („WU”) oraz załącznik nr 4 do SIWZ (załącznik nr 1 do umowy) – OPZ.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp stwierdzając w zawiadomieniu, że Wykonawca TAT wykonywał na zlecenie Zamawiającego wzory oraz dokumentację techniczną umundurowania będącego przedmiotem zamówienia.

Zasadniczo nie było sporu co do okoliczności, że Wykonawca TAT sporządził na zlecenie Zamawiającego wzory oraz dokumentację techniczną umundurowania stanowiącego przedmiot zamówienia – potwierdzają ją dowody Z1-Z6 i O4. Podnoszonej przez Odwołującego spornej okoliczności, jakoby nie sporządził dokumentacji technicznej dla męskich spodni zimowych typu chinos przeczy treść dowodu Z2. W konsekwencji Izba przyjęła, że dokumentację techniczną istotną w tej sprawie stanowią dowody Z3-Z6 i O4, natomiast dowód O3 pozbawiony jest znaczenia dla sprawy, jako że nie odnosi się do przedmiotu zamówienia.

Podobnie, za nieistotne dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania uznane zostały dowody O1 i O2 nie tylko dlatego, że dotyczyły one innych postępowań, ale przede wszystkim dlatego, że nie wynika z ich treści, jakoby Odwołujący przygotowywał dokumentację techniczną dla zamawianego w nich umundurowania.

Izba porównała OPZ z dowodami Z3-Z6 i O4 stwierdzając, że nie miał racji Odwołujący twierdząc o istnieniu istotnych różnic pomiędzy dokumentacją techniczną a OPZ. W tym zakresie skład orzekający podziela stanowisko Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie i wyrażone na rozprawie, że zmiany uległy rodzaje szwów i tabele rozmiarów (odpowiedź na odwołanie, str. 2, protokół posiedzenia i rozprawy, str. 4). Niemniej jednak, w wyniku ustalenia, że w sprawie nie doszło do zakłócenia konkurencji przez udział Odwołującego w Postępowaniu, stopień podobieństwa treści ww. dokumentów nie miał w istocie znaczenia.

Zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w tej sprawie było, czy przygotowanie przez Odwołującego OPZ w znacznej części stanowi *per se* zakłócenie konkurencji będące przesłanką wykluczenia z udziału w Postępowaniu na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp. Na tak zadane pytanie Izba udzieliła odpowiedzi przeczącej, co przesądzało o konieczności uwzględnienia odwołania.

Nie ulega wątpliwości, że badanie przesłanki wykluczenia na podstawie wzmiankowanego przepisu Pzp musi uwzględniać okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Nie jest wystarczające stwierdzenie, że w danej sprawie zaszła okoliczność, którą w doktrynie i orzecznictwie wskazuje się jako typowy przykład zakłócenia konkurencji. Zdaniem Izby analiza wskazanych w *petitum* odwołania przepisów art. 24 ust. 1 pkt 19, art. 24 ust. 10 i art. 92 ust. 1 Pzp prowadzi do wniosku, że na gruncie pierwszej z wymienionych regulacji obowiązkiem zamawiającego jest przeanalizowanie, czy w postępowaniu w ogóle doszło do zakłócenia konkurencji przez udział w nim danego wykonawcy. Następnie, w razie pozytywnych wyników tej analizy, zamawiający ma obowiązek rozważenia możliwości wyeliminowania tego stanu za pomocą środków innych niż wykluczenie takiego wykonawcy (adresatem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 *in fine* Pzp jest bowiem zamawiający). W przypadku, w którym zamawiający nie dostrzeże takiej możliwości (*ergo* dojdzie do wniosku,

że wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie ww. przepisu), zamawiający zobligowany jest – zgodnie z art. 24 ust. 10 Pzp – umożliwić wykonawcy, którego zamierza wykluczyć, udowodnienie, że jego udział w postępowaniu nie zakłóci konkurencji. Dopiero po wyczerpaniu tej procedury zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę, przy czym okoliczności, na których oparł taką decyzję powinny zostać, zgodnie z art. 92 ust. 1 Pzp, wskazane w jej uzasadnieniu.

Mając na uwadze przedstawione powyżej zapatrywania Izba stwierdziła, że Zamawiający zaniechał wspomnianych powyżej obowiązków. Z dokumentacji Postępowania wynika jedynie, że Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu z Postępowania, wskazując za podstawę prawną w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, a za nieprecyzyjną (o czym poniżej) podstawę faktyczną – jedynie wspomnianą wcześniej okoliczność przygotowania przez Wykonawcę TAT wzorów oraz dokumentacji technicznej umundurowania będącego przedmiotem zamówienia.

Oceniając stan faktyczny sprawy skład orzekający doszedł jednak do przekonania, że do zakłócenia konkurencji w Postępowaniu w ogóle nie doszło, skutkiem czego decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego była błędna. Przemawiają za tym następujące okoliczności.

Jakkolwiek przedmiot zamówienia jest niewątpliwie dostosowany do potrzeb Zamawiającego, to jednak skład orzekający nie dopatrywał się w OPZ postanowień, które nie byłyby spotykane w innych postępowaniach mających za przedmiot dostawę odzieży roboczej. Innymi słowy, przedmiotem zamówienia są nadal typowe elementy ubioru w postaci marynarek, żakietów, spodni i spódnic. Zamawiający również nie dostarczył Izbie argumentów przemawiających za unikalnością przedmiotu zamówienia, uzasadniającą twierdzenie, że wykonawca który sporządził jego opis posiada przewagę nad konkurencją. Co więcej, w Postępowaniu nie zostało złożone odwołanie od postanowień SIWZ, ani nawet żaden wniosek o wyjaśnienie jej treści sugerujący, że zawarto w niej zbyt restrykcyjne wymagania względem przedmiotu zamówienia, uniemożliwiające, bądź utrudniające przygotowanie oferty, czy dotrzymanie przewidzianych wzorem umowy terminów dostaw.

Następnie, w kwestii wspomnianych terminów, Izba uważa, że konkurent Odwołującego – wykonawca Gamatex Fashion Group sp. z o.o. sp.k., zwany dalej „Wykonawcą G” (do oceny jego sytuacji w Postępowaniu sprowadza się bowiem *de facto* analiza kwestii zakłócenia konkurencji w Postępowaniu), dysponował – po pierwsze – odpowiednim czasem na przygotowanie oferty, po drugie – dysponować będzie (w przypadku wyboru jego oferty) wystarczającym czasem na wykonanie zamówienia. Druga z tych kwestii ma zresztą wtórne znaczenie w obliczu wskazanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie (a zatem z naruszeniem przepisu art. 92 ust. 1 Pzp) okoliczności, w których upatrywał zakłócenia konkurencji, a to dysponowania przez Odwołującego, z racji przygotowania OPZ, wiedzą o producentach tkanin spełniających wymogi SIWZ oraz możliwości wcześniejszego ich zamówienia. Skoro bowiem doszło do złożenia ofert w Postępowaniu, oznacza to, że także Wykonawca G, którego oferta została *nota bene* oceniona wyżej od oferty Odwołującego, zidentyfikował źródło/-a zaopatrzenia w materiały spełniające wymogi OPZ. Poza tym nie sposób nie zauważyć, że kwestia możliwości wcześniejszego zaopatrzenia się przez wykonawcę w niezbędne materiały dotyczy etapu realizacji umowy, a zatem pozostaje poza ramami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, do którego referuje art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp. Co więcej, nie sposób przyjmować, że wykonawca – nie mając pewności, że uzyskał zamówienia – będzie skłonny ponosić nakłady niezbędne do jego wykonania.

Z kolei, oceniając pierwszą ze wspomnianych kwestii, a to czas, jakim Wykonawca G dysponował na przygotowanie oferty Izba zwróciła uwagę, że przypadał on na okres od 27 listopada 2018 r. do 15 stycznia 2019 r., a więc 49 dni (7 tygodni). Zamawiający, argumentując, że jest to krótki okres czasu, okoliczności tej nie wykazał – twierdzenie, jakoby „[...]materiały niezbędne do produkcji umundurowania nie są dostępne w Polsce, często są zamawiane poza UE[...]” (protokół posiedzenia i rozprawy, str. 4) było gołosłowne. Pamiętać jednocześnie należy, że SIWZ adresowana jest do profesjonalistów, tj. podmiotów zawodowo trudniących się realizacją zamówień tożsamy z przedmiotem zamówienia w tej sprawie, wobec czego wspomniany powyżej czas na przygotowanie oferty Izba uznała za wystarczający, niezależnie od tego, czy wykonawca przystępując do sporządzania oferty miał wiedzę o źródłach zaopatrzenia w materiały, czy nie.

W konsekwencji orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 2 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2018 r., poz. 972 j.t.).

Przewodniczący.....