

Sygn. akt: KIO 3535/20

WYROK

z dnia 2 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **A. B.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Wykonawstwa Elektrycznego i Teletechnicznego mgr inż. A. B.**, ul. Mickiewicza 164, 37-455 Radomyśl nad Sanem w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Rytwiany**, ul. Staszowska 15, 28-236 Rytwiany

przy udziale wykonawcy **SPIE Elbud Gdańsk Spółka Akcyjna** siedzibą w Gdańsku, ul. Marynarki Polskiej 87, 80-557 Gdańsk zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego A. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Wykonawstwa Elektrycznego i Teletechnicznego mgr inż. A. B.**, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **A. B.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Wykonawstwa Elektrycznego i Teletechnicznego mgr inż. A. B.** na rzecz **Gminy Rytwiany** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz.2020) 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 3535/20

Uzasadnienie

Gmina Rytwiany (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej: „ustawa Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Rytwiany na energooszczędne typu LED, numer referencyjny IS.7013.5.2020.DC. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 października 2020 r. pod numerem 2020/S 195-471292.

Pismem z dnia 22 grudnia 2020 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez SPIE Elbud Gdańsk S.A, oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawcy A. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Wykonawstwa Elektrycznego i Teletechnicznego mgr inż. A. B. (dalej: „Odwołujący”), który wniósł odwołanie na powyższą czynność, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu, na skutek błędnego uznania, że uprzednio opracowana dokumentacja projektowa przez Odwołującego, będąca załącznikiem do aktualnie prowadzonego postępowania skutkuje uznaniem, że udział Odwołującego w tym postępowaniu prowadzi do zakłócenia konkurencji, przy czym nie jest możliwe wyeliminowanie tego w inny sposób, podczas gdy Odwołujący nie posiada jakiegokolwiek przewagi nad innymi Uczestnikami postępowania, zaś Zamawiający nie wskazał, jakie czynności podjął na mocy art. 31d ustawy Pzp,
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z bezpodstawnym wykluczeniem Odwołującego z postępowania, co skutkowało zaniechaniem wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpatrzenie odwołania i jego uwzględnienie;
- 2) nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu;
 - b) dokonania ponownego badania i oceny ofert, wraz z ofertą Odwołującego, a w konsekwencji wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz z innych wskazywanych dowodów na okoliczności wskazane w odwołaniu, w tym w szczególności:
 - a) treści oferty Odwołującego, wyjaśnień udzielonych Zamawiającemu oraz dokumentów załączonych do odwołania na okoliczność braku podstaw do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy;
 - b) zeznań świadka T. B. na okoliczność czynności faktycznie wykonanych przez Odwołującego, związanych z przygotowaniem dokumentacji projektowej, wprowadzonych zmian w dotychczasową treść dokumentacji i możliwość sporządzenia oferty przez szeroki krąg podmiotów, zakresu i rodzaju danych wykorzystanych przez Odwołującego na

potrzeby sporządzenia oferty w toku postępowania, czasu potrzebnego na przygotowanie oferty, znaczenia opracowanej przez Odwołującego dokumentacji projektowej dla sporządzenia oferty;

c)z przesłuchania strony – A. B., na okoliczności wskazane w pkt 3 lit b.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m.in., że przedmiotem prowadzonego postępowania jest modernizacja istniejącego oświetlenia na energooszczędne. Prace wymagane do realizacji polegają jedynie na zmianie oświetlenia, nie polegają one na jakiegokolwiek przebudowie słupów oświetleniowych. Zadania wchodzące w zakres zamówienia cechują się znikomym stopniem skomplikowania. Realizacja zamówienia przebiegać będzie w oparciu o załączoną dokumentację przetargową, w tym m.in. w oparciu o dokumentację projektową. W toku postępowania wykonawcy zadawali pytania Zamawiającemu, na które odpowiedział on pismami z 26.10.2020 r., 02.11.2020 r., 04.11.2020, 05.11.2020 r. oraz 06.11.2020 r. Pytania dotyczyły w przeważającej części warunków udziału w postępowaniu niewynikających/niezwiązanych z dokumentacją uprzednio opracowaną przez Odwołującego lub odnosiły się do kwestii, co prawda związanych z opracowaną dokumentacją projektową, ale spowodowane były niezaznajomieniem się przez autorów pytań z dokumentacją, albo stanowiły przejaw braku wiedzy z zakresu elektrotechniki. Odwołujący odniósł się do zadanych pytań, podkreślając, że żadna z odpowiedzi nie wpłynęła na cenę, czy też czas potrzebny na opracowanie oferty. I tak:

1.Informacja dla Wykonawców nr 2 z dn. 02.11.2020 r.

Pytanie nr 1- zakres pytania nie był związany z dokumentacją projektową przygotowaną przez Odwołującego, odnosiło się ono do parametru określonego przez Zamawiającego, będącego jednym z kryteriów oceny (dot. Wymogu posiadania certyfikatu ENEC+). Odpowiedzi na zadane pytanie opracował samodzielnie Zamawiający; Pytanie nr 2 - zakres pytania nie był związany z dokumentacją projektową przygotowaną przez Odwołującego, odnosiło się ono do wymogu fotobiologicznego RGO, tj. parametru określonego przez Zamawiającego, będącego jednym z kryteriów oceny. Odpowiedzi na zadane pytanie opracował samodzielnie Zamawiający; Pytanie 3 - zakres pytania był związany z dokumentacją projektową opracowaną przez Odwołującego, przy czym zaznaczyć należy, że w ww. dokumentacji Odwołujący pozostawił wybór potencjalnym wykonawcom. Brak pytania w tym zakresie nie powodowałby jakichkolwiek problemów z realizacją zamówienia, bowiem wykonawcy posiadali luz decyzyjny w tym zakresie. Dlatego też w odpowiedzi pozwolono na zastosowanie zintegrowanego czujnika oświetlenia zewnętrznego. Pytania nr 4 i nr 5 - analogicznie jak w przypadku pytania nr 3; Pytanie nr 6 - w pierwszej części pytania Uczestnik postępowania wskazuje na brak możliwości spełnienia zapisów dokumentacji projektowej, co nie było prawdą. Pytanie wynikało prawdopodobnie z braku wiedzy uczestnika postępowania, w odpowiedzi na nie wyjaśniono sposób synchronizacji czasu za pomocą sygnału GPS, który jest powszechnie stosowany w energetyce, ale też w urządzeniach użytku codziennego: zegarkach, samochodach. Druga część pytania dotyczyła dopuszczenia do stosowania sieci komórkowych w technologii innych niż GSM z uwagi na stopniowe wycofywanie tej technologii. Należy zauważyć, że projekt opracowywany był w czasie, gdy technologia GSM była podstawową technologią stosowaną w telefonii komórkowej. W odpowiedzi na pytanie dopuszczono zastosowanie aktualnie dostępnych standardów telefonii komórkowej, pozostawiając Uczestnikom postępowania dowolność; Pytanie nr 7 - pytanie sugeruje, jakoby opracowana dokumentacja była niekompletna, podczas gdy po zapoznaniu się (nawet pobieżnym) z załączoną dokumentacją oczywistym jest, że obliczenia te nie są potrzebne ze względu na to, że oprawy muszą być zainstalowane w miejsce już istniejących, starych opraw. Jakiegokolwiek niedogodności związane z jakością planów z rozmieszczeniem opraw spowodowane są możliwościami (a raczej ich brakiem) technicznym sprzętu Zamawiającego, przy użyciu którego publikowane są ogłoszenia o zamówieniu. Dodatkowo przez cały okres postępowania nic nie stało na przeszkodzie do zapoznania się z dokumentacją w siedzibie Zamawiającego oraz przeprowadzenie wizji lokalnej. Analiza tak zadanego pytania jednoznacznie wskazuje, iż jego autor nie zapoznał się z wymaganiami postępowania; Pytanie nr 8 - Zapisy projektu dotyczące systemu sterowania wynikały z wymagań Zamawiającego które zostały przedstawione Odwołującemu na etapie opracowywania dokumentacji projektowej. W odpowiedzi na pytanie wyjaśniono sposób komunikacji pomiędzy elementami systemu; Pytanie nr 9 - pytanie po raz kolejny sugeruje, że jego autor nie zapoznał się z dokumentacją. Zakres stawianego pytania w żadnej mierze nie wpływał na sposób sporządzenia oferty. W odpowiedzi na pytanie wyjaśniono wymaganą przez Zamawiającego funkcjonalność (funkcjonalność, która została narzucona przez Zamawiającego, na której wymóg istnienia nie miał wpływu projektant).

2.Informacja dla Wykonawców nr 2 z dn. 02.11.2020 r.

Pytanie nr 1 - pytanie zmierza do narzucenia przez Zamawiającego producenta opraw, podczas gdy takie działanie nie jest zgodne z prawem, albowiem na etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie może sugerować konkretnych producentów. Przede wszystkim zaznaczyć należy, że kwestie związane z oprawami leżą jedynie w gestii Zamawiającego. Odpowiedź została opracowana samodzielnie przez Zamawiającego, będącego twórcą tego parametru; Pytanie nr 2 - kwestie poruszone w tym pytaniu pkt 1.1 oraz 1.2. są przedmiotem podstawowej wiedzy z zakresu elektrotechniki, a ich zadanie sugeruje, że jego autor nie zapoznał się z całością dokumentacji i nie ma wiedzy niezbędnej do realizacji zamówienia. Pytanie zawarte w pkt 1.3 odnosi się zaś do powszechnie stosowanych rozwiązań katalogowych oraz do wymagań związanych z realizacją zamówienia, które to wymagania narzuca operator sieci - PGE Dystrybucja S.A.; Pytanie nr 3 - pytanie dotyczy wymagań katalogowych, w związku z czym jego zadanie wskazuje na brak wiedzy i niezapoznanie się z dokumentacją; Pytanie nr 4 - pytanie obejmuje kwestie, które są regulowane przepisami. Jest to elementarna wiedza techniczna; Pytanie nr 5 - wysokość projektowanych złączy jest bez znaczenia dla realizacji zamówienia. Powszechnie przyjmuje się, że przedmiotowe złącze powinno być na wysokości pozwalającej na jego swobodne otwarcie i obsługę przez człowieka.

3.Informacja dla Wykonawców nr 3 z dn. 04.11.2020 r.

Pytanie nr 1 - Zamawiający dokonał zmiany opisu przedmiotu zamówienia. Pytanie obejmowało kwestie będące w gestii wyłącznie Zamawiającego, który samodzielnie opracował odpowiedź.

4.Informacja dla Wykonawców nr 4 z dn. 05.11.2020 r.: Pytanie nr 1 - pytanie zostało zadane, pomimo że w dokumentacji projektowej nie stawiano wymogu dostawy ograniczników prądu rozruchu. Zarówno pytanie, jak i odpowiedź na nie wpłynęła na zakres sporządzonej oferty. Pytanie nr 2- jw. Pytanie nr 3 - 9 - odpowiedzi opracowane samodzielnie przez Zamawiającego

5.Informacja dla Wykonawców nr 5 z dn. 06.11.2020 r. Pytanie nr 1- 2 - odpowiedzi opracowane samodzielnie przez Zamawiającego

Następnie Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 25 listopada 2020 r. Zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień, powołując się na okoliczność, iż brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, poprzez

przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia w postaci dokumentacji projektowej. W ww. piśmie Zamawiający zażądał, aby Odwołujący wskazał, w jaki sposób będą rozwiązywane problemy z ewentualnymi rozstrzygnięciami kwestii spornych, na etapie realizacji zamówienia, gdy będzie wymagana opinia autora opisu przedmiotu zamówienia, gdzie „to Wykonawca będzie sam dla siebie arbitrem sporu”. Odwołujący podał, że opracowana przez niego dokumentacja projektowa została sporządzona na podstawie umowy z dn. 5 września 2017 r., której termin realizacji strony oznaczyły na 30 września 2017 r. Na wykonanie całości zamówienia w zakresie sporządzenia dokumentacji miał 25 dni, przy czym tak naprawdę dla realizacji umowy zawartej w 2017 r. wystarczyło korzystać z narzędzi powszechnie dostępnych w Internecie (GOOGLEMAPS, GEOPORTAL), ewentualnie pobieżnego przejechania samochodem w terenie. Prace związane z tym zadaniem realizował pracownik Odwołującego, który począwszy od września 2020 r. nie jest już zatrudniony.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący udzielił szczegółowych wyjaśnień, które wykazują, iż z faktu przygotowywania przez Odwołującego dokumentacji projektowej nie sposób uznać, iż winien on zostać wykluczony z prowadzonego postępowania. Odwołujący stanowczo zaprzeczył, jakoby jego pozycja była uprzywilejowana względem innych uczestników postępowania, dodatkowo zaznaczając, że całość dokumentacji sporządzonej przez niego była jawna i dostępna od samego początku prowadzonego postępowania dla wszystkich jego Uczestników. Żaden z fragmentów dokumentacji nie był utajniony. W ocenie Odwołującego wyjaśnienia zawierają szereg argumentów przemawiających za obaleniem obaw Zamawiającego co do potencjalnego naruszenia uczciwej konkurencji i zostało wykazane, że jego udział nie sprzeciwia się zasadzie równego traktowania Wykonawców, wręcz przeciwnie - wykluczenie Wykonawcy do takiej sytuacji prowadziłoby. Dodatkowo Odwołujący odniósł się także krytycznie do obaw Zamawiającego, jakoby w wyniku zaistnienia kwestii spornych na etapie realizacji zamówienia Odwołujący był sam dla siebie arbitrem. Odwołujący zaznaczył, że w realizacji zamówienia udział będzie brał przedstawiciel Zamawiającego - Inspektor Nadzoru, który jest gwarancją obiektywizmu co do oceny spornych/wątpliwych kwestii. Prace projektowe obejmujące przedmiot przedmiotowego postępowania, wykonane były w 2017 r., a zatem ponad 3 lata wstecz od daty ogłoszenia o wszczęciu niniejszego postępowania. Prace związane z opracowaniem przedmiotowej dokumentacji samodzielnie wykonywał pracownik Odwołującego – D. M., którego stosunek pracy w 2020 r., tj. przed datą umieszczenia ogłoszenia o zamówieniu, ustał. Okoliczność ta tym bardziej uzasadnia, że Odwołujący na moment sporządzenia oferty nie posiadał jakiegokolwiek wiedzy ponad tą, która w sposób jasny i czytelny została zawarta w dokumentacji będącej załącznikiem do SIWZ.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że upływ czasu od daty sporządzenia przedmiotowej dokumentacji projektowej do dnia ogłoszenia o zamówieniu ma o tyle znaczenie, iż w tym okresie Odwołujący sporządził kilkadziesiąt dokumentacji projektowych, a zatem nie pamiętał on jakichkolwiek dodatkowych informacji, które mogłyby skutkować uprzywilejowaniem jego pozycji. Odwołujący podobnie jak inni Uczestnicy postępowania, w chwili ogłoszenia o zamówieniu posiadał ten sam zakres informacji i te same możliwości w zakresie sporządzenia oferty, co pozostali. Przygotowana przez niego dokumentacja projektowa nie zawiera żadnych rozwiązań nietypowych, niemożliwych do zastosowania przez szeroki krąg podmiotów. Ponadto zgodnie z wymogami ustawy dokumentacja w sposób opisowy odnosi się do niezbędnych do wykonania robót materiałów i koniecznych do zamontowania w obiekcie urzędów, nie wskazując w tym zakresie żadnych rekomendowanych marek czy producentów. Jednocześnie w specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik dokumentacji projektowej wskazane jest, że podanie określone producenta wskazuje jedynie na parametry, jakie powinien osiągnąć wykonawca w trakcie realizacji zamówienia (specyfikacja techniczna pkt 2). Podane marki są jedynie przykładowymi wskazówkami w zakresie oczekiwanych przez Zamawiającego parametrów. Dokumentacja była jawna i dostępna dla każdego oferenta, z możliwością składania szczegółowych pytań lub zastrzeżeń, w przypadku gdyby jej rozwiązania budziły wątpliwości na etapie sporządzania oferty. Każdy z uczestników postępowania miał też analogiczny czas na przygotowanie oferty.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu go z postępowania ogólnikowo stwierdził, że otrzymane wyjaśnienia nie są wystarczające, a Zamawiający nie dostrzegł możliwości wyeliminowania faktu zakończenia konkurencji w inny sposób, przy czym w tym zakresie Zamawiający nie wskazał, jakoby takie próby wcześniej podejmował. W ocenie Odwołującego decyzja o wykluczeniu dokonana została niejako z automatu, bez weryfikacji przez Zamawiającego innych możliwości rozwiązania zaistniałej sytuacji, co na gruncie obowiązujących przepisów jest możliwe i wręcz wymagane. Zamawiający nie odniósł się do argumentacji Odwołującego zawartej w piśmie z dnia 25 listopada 2020 r. (przemilczał te kwestie). Treść sporządzonego uzasadnienia decyzji o wykluczeniu sugerować co prawda może, że zakres zamówienia jest dalece skomplikowanym i rozległym procesem, w którym „często pojawiają się kwestie sporne”, podczas gdy tego rodzaju roboty dla osób związanych z branżą elektrotechniczną są jednym z najprostszych zadań. Takie traktowanie wykonawcy, który uprzednio sporządził dokumentację projektową, prowadzi do pogwałcenia zasady równego traktowania wykonawców i oznacza, że zasadniczo nieopłacalne jest wykonywanie dokumentacji projektowej, za której opracowanie wynagrodzenie jest drastycznie niższe, niż za realizację prac w niej zawartych. Takie działanie prowadzi do nieuzasadnionego dyskryminowania uczestników obrotu gospodarczego i zdaje się być kontynuacją praktyki sprzed wielu lat, która sprowadzała się do automatycznego wykluczania wykonawców w przypadku świadczenia przez nich uprzednio jakichkolwiek czynności na rzecz Zamawiającego, związanych z późniejszym postępowaniem, niezależnie od spełnienia pozostałych przesłanek, o których mowa w art.24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Zamawiający zdaje się nie rozumieć specyfiki prac objętych przedmiotowym zamówieniem, albowiem niezrozumiałym jest argument, jakoby przewaga Odwołującego nad innymi Uczestnikami polegać miała na znajomości terenu, na którym prace mają być prowadzone. Każdy Uczestnik postępowania miał wystarczająco dużo czasu aby dokonać oględzin miejsca realizacji zamówienia. Oferowana cena każdorazowo uwzględnia uwarunkowania terenu i planowanej inwestycji, z którymi tak samo mógł się zapoznać Odwołujący, jak również inni oferenci. Wbrew stanowisku Zamawiającego Odwołujący nie posiadał jakichkolwiek dodatkowych informacji, które byłyby nieznane/ niemożliwe do ustalenia innym Uczestnikom. Twierdzenia Zamawiającego, jakoby „potencjalni Wykonawcy nie mieli technicznej możliwości przeprowadzenia wizji lokalnej obszaru, objętego zamówieniem”, co zaś uzasadnia zdaniem Zamawiającego wyższe ceny innych Oferentów, jest niezrozumiałe (techniczną możliwością było dokonanie wizji w terenie, np. samochodem, co przecież jest standardem w tej branży). Jeśli Zamawiający dochodzi do wniosku, że inni Uczestnicy byli w gorszym położeniu niż Odwołujący, to prowadzi to wyłącznie do wniosku, że postępowanie zostało przez Zamawiającego zorganizowane w sposób nieprawidłowy, z pominięciem zasad przewidzianych ustawą. Przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Dodatkowo Zamawiający mógł również wydłużyć termin na składanie ofert. Z faktu, iż cena oferowana przez Odwołującego jest niższa, aniżeli cena oferowana przez innych Uczestników nie sposób wnioskować, że ta dysproporcja spowodowana jest posiadaniem przez Odwołującego wiedzy niedostępnej i niemożliwej do zdobycia dla innych. Kalkulacja ceny Odwołującego dokonana została w oparciu o SIWZ. W treści uzasadnienia decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania brak jest przykładów działań, jakie Zamawiający podjął,

celem wyeliminowania ewentualnego naruszenia. Zdaje się, że Zamawiający podszedł do możliwości wykluczenia Odwołującego bez jakiegokolwiek refleksji, bez podjęcia jakichkolwiek działań, które mogły skutkować eliminacją potencjalnego naruszenia. O ile w ocenie Zamawiającego zakres terytorialny przedmiotu zamówienia był rozległy, Zamawiający mógł przecież w myśl art. 43 ust. 1 ustawy Pzp ustalić dłuższy termin składania ofert, spełniający kryteria terminu "niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty".

W ocenie Odwołującego rozstrzygnięcia wymaga okoliczność, czy w sytuacji, w której jeden z wykonawców biorących udział w postępowaniu jest jednocześnie autorem dokumentacji projektowej, należy go bezwzględnie z postępowania wykluczyć. Zamawiający niejako automatycznie podjął taką decyzję, co doprowadziło do naruszenia zasad Pzp. Z samego faktu sporządzenia przez Odwołującego dokumentacji projektowej nie można wywodzić, iż zagrożona jest uczciwa konkurencja. W ślad za ugruntowaną linią orzecniczą „dopóki nie można udowodnić, że stworzenie ww. dokumentów utrudniło uczciwą konkurencję, dopóty nie można twierdzić o naruszeniu powyższych przepisów” (Wyrok KIO z 29.04.2015 r., sygn. akt: KIO 781/15). Znajduje to także potwierdzenie w wyroku TSUE z 3 marca 2005 r. (sprawy połączone sygn. C-21/03 i C-34/03), w którym podkreślono brak automatyzmu przy wykluczeniu wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu danego postępowania. 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. Nie posiadał większej wiedzy niż inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu. Każdy z wykonawców miał dostęp do takich samych dokumentów i w interesie każdego z nich było zapoznanie się z zawartością ww. dokumentów z należytą starannością. Każdy z wykonawców miał możliwość naocznego zapoznania się z terenem realizacji zamówień. Wszelkie wątpliwości dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia mogły być wyjaśniane w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. Nie sposób uznać opracowania przez niego dokumentacji projektowej za czynnik uprzywilejowujący go w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Sporządzenie dokumentacji projektowej nie jest przecież tym samym, co sporządzenie własnej oferty, do tego konkurującej z ofertami innych wykonawców. Od wszczęcia postępowania, do terminu składania ofert w postępowaniu upłynęło 37 dni. Niewątpliwie długi termin, w którym wykonawcy mogą z należytą starannością zapoznać się z otrzymaną dokumentacją powoduje, że ewentualna przewaga, którą rzekomo posiadał Odwołujący jest minimalizowana do tego stopnia, że nie ma istotnego wpływu na wynik postępowania. Jakiegokolwiek sugestie Zamawiającego ujęte w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu, w tym rzekoma możliwość preferencyjnego dla Odwołującego sformułowania zapisów sporządzonej dokumentacji, czy też rzekoma przewaga nad innymi Uczestnikami, która zdaniem Zamawiającego miałaby się przejawiać zapoznaniem z terenem przez Odwołującego ponad możliwości innych Uczestników, 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. Zamawiający 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. W związku z restrykcyjnym charakterem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, czynność wykluczenia może zostać dokonana jedynie w sytuacji kumulatywnego spełnienia przesłanek, którymi są: udział wykonawcy w przygotowaniu prowadzonego postępowania, zakłócenie konkurencji w postępowaniu, brak możliwości eliminacji tego zakłócenia w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Odwołujący stwierdził, że w niniejszej sprawie nie ziszczyły się te przesłanki i przywołał tezy wyroku KIO z dn. 25.05.2020 r., KIO 440/20 oraz wyroku ETS z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabricom SA v. Państwo Belgijskie*, wyrok KIO z dn. 28.03.2018 r., KIO 473/18, a następnie stwierdził, że wszystkie uwagi krytyczne względem decyzji Zamawiającego sprowadzają się do tego, że fakt, że brał udział w przygotowaniu postępowania nie stanowi wystarczającej przyczyny wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia. Oczywistym jest, że w tego rodzaju sytuacjach wykonawca, przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia, nabywa informacje o przedmiocie zamówienia, jeśli jednak informacje te wchodziły również w zakres dokumentacji postępowania i były do wykorzystania na równych zasadach dla wszystkich zainteresowanych uczestnictwem w przetargu, to uznać należy, iż przewaga wykonawcy, który przygotowywał dokumentację takiego postępowania, w którym następnie złożył ofertę, będzie polegać jedynie na wcześniejszej znajomości przedmiotu zamówienia i ewentualnie krótszym czasie przygotowania oferty. Jednakże okoliczność ta nie stanowi wystarczającego dowodu utrudnienia uczciwej konkurencji. Najczęstszymi przypadkami zakłócenia konkurencji - w świetle przykładów będących przedmiotem postępowań KIO - 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 inwestorski), której nie publicznie 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).

Zgodnie z art. 31d ustawy Pzp Zamawiający jeszcze przed wszczęciem postępowania może podjąć stosowne środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji w szczególności poprzez przekazanie pozostałym wykonawcom informacji, które uzyskał i przekazał podczas przygotowania postępowania oraz wyznaczenie odpowiedniego terminu na złożenie ofert. I tak w podanych wyżej przypadkach można rozważyć podjęcie następujących starań o wyeliminowanie zakłócenia konkurencji: wprowadzenie poprawek w SIWZ;

upublicznienie szacunkowej wartości zamówienia; odpowiednie przedłużenie terminu składania ofert. Poza tym zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego Zamawiający, wyciągając skutki prawne zdanego faktu, zobowiązany jest przedstawić stosowne dowody naruszenia warunków uczciwej konkurencji mające faktyczny lub potencjalny wpływ na wynik postępowania. Oznacza to, że wykluczenie wykonawcy uczestniczącego w przygotowaniu postępowania jest możliwe tylko wtedy, kiedy zostanie przeprowadzone postępowanie wyjaśniające z udziałem zainteresowanego wykonawcy, z którego w sposób bezsporny będzie wynikać zbieg okoliczności świadczących o istotnym utrudnieniu uczciwej konkurencji. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej „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.” (KIO 781/15 z dnia 29 kwietnia 2015 r.). Ww. przesłanki nie zaistniały w nin. sprawie. Odwołujący przygotował jedynie część dokumentacji wchodzącej w zakres dokumentacji przetargowej, co nie spowodowało nieodwracalnego zakłócenia konkurencji; do specyfikacji nie zostały wprowadzone postanowienia preferujące

Odwolującego. W ocenie Odwołującego decyzja Zamawiającego stanowi represję za to, że realizował on wcześniejsze zamówienie, którego rezultaty są wykorzystywane w obecnym postępowaniu.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że w konsekwencji bezpodstawnego wykluczenia go z udziału w postępowaniu Zamawiający dopuścił się naruszenia fundamentalnej zasady Pzp, tj. zasady równego traktowania Wykonawców. Odwołujący wskutek błędnej decyzji Zamawiającego został potraktowany dyskryminująco, albowiem w związku z przygotowaniem projektu, która to dokumentacja była opracowywana przez pracownika Odwołującego, który w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia nie był już pracownikiem Odwołującego, Zamawiający podjął decyzję o jego wykluczeniu. „Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 638/15), natomiast zasada zachowania uczciwej konkurencji „związana jest z obowiązkami, jakie nakłada ustawodawca na zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2744/14).

W podsumowaniu Odwołujący stwierdził, że mając na uwadze sankcyjny charakter przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp i wynikające z niego dotkliwe dla wykonawcy konsekwencje w postaci wykluczenia z postępowania, zastosowanie tego przepisu wymaga zachowania przez Zamawiającego szczególnej ostrożności i nie może budzić wątpliwości. Wykluczenie wykonawcy biorącego udział w przygotowaniu postępowania traktować należy jako rozwiązanie ostateczne, które może mieć miejsce jedynie, kiedy spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób. Niemniej jego uczestnictwo w postępowaniu nie może zakłócać konkurencji. Zgodnie z art. 31d ustawy Pzp. Zamawiający jeszcze przed wszczęciem postępowania może podjąć stosowne środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji w szczególności poprzez przekazanie pozostałym wykonawcom informacji, które uzyskał i przekazał podczas przygotowania postępowania oraz wyznaczenie odpowiedniego terminu na złożenie ofert. Należy również wskazać, że zamawiający nie może w sposób automatyczny dokonać wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania.

Na rozprawie Odwołujący cofnął wniosek o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka i podtrzymał swoje stanowisko w kwestii zarzutów odwołania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody złożone przez Odwołującego, w tym umowę Nr IS.7010.18.2017.DC z dnia 5 września 2017 r. zawartą pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym, która także została złożona przez Zamawiającego na rozprawie oraz Wezwanie do złożenia wyjaśnień z dn. 25.11.2020 r., Specyfikacje techniczne wykonywania i odbioru robót, Odpowiedź Odwołującego z dn. 25.11.2020 r., Pismo Zamawiającego z dnia 22.12.2020 r., Zbiorcze zestawienie ofert z dn. 13.11.2020 r., SIWZ, Informacja dla Wykonawców nr 1-5, oświadczenie D. M., porozumienie rozwiązujące umowę o pracę, dokumentacja na płycie CD.

Stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.* Zgodnie z ww. przepisem, do niniejszego postępowania odwoławczego zastosowanie miały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.). Postępowanie odwoławcze zostało bowiem wszczęte przez wniesienie odwołania przed 1 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał, że naruszenie przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp ma istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem gdyby nie nastąpiło ich naruszenie oferta Odwołującego zostałaby wybrana, jako najkorzystniejsza, a Odwołujący uzyskałby zamówienie. Oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą ofertą spośród ofert i wbrew stanowisku Zamawiającego nie podlega on wykluczeniu z postępowania. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp w postaci utraconych korzyści z przychodów z niezyskanego zamówienia. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że jego interes wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania Odwołujący mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

Wobec wypełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp uczestnikiem postępowania odwoławczego stał się wykonawca SPIE Elbud Gdańsk Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Przystępujący”), który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W piśmie z dnia 28 stycznia 2021 r., zawierającym stanowisko w sprawie, Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania jako bezpodstawnego oraz przedstawił swoje stanowisko w odniesieniu do zarzutów odwołania. W ocenie Przystępującego zaistniały podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Uzasadniając swoje stanowisko Przystępujący wskazał m.in., że Zamawiający pismem z dnia 25 listopada 2020 roku wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w związku z czym nie można mówić o jakimkolwiek automatyzmie. Odwołujący zdaje się także pomijać fakt, iż na zawarte w JEDZ pytanie „Czy Wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradza instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był(-o) w inny sposób zaangażowany(-e) w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia?” odpowiedział „nie”. Odwołujący zataił więc niezwykle istotny element, który pozostawał nie bez znaczenia dla oceny złożonej przez niego oferty i prowadzenia postępowania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji. Dopiero Zamawiający, działający z należytą starannością, podniósł tę kwestię i wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Już na etapie składania oferty i dokumentu JEDZ Odwołujący miał obowiązek

wskazania faktu zaangażowania w przygotowanie postępowania i dokonania tzw. self-cleaningu, czego świadomie nie uczynił. Odwołujący ani w dokumencie JEDZ ani w złożonych wyjaśnieniach nie przedstawił żadnych dowodów przemawiających za brakiem jakiegokolwiek związku pomiędzy zawartą z Zamawiającym umową z dnia 5 września 2017 roku na wykonanie prac projektowych i nadzór autorski a zamówieniem, jakie ma zostać wykonane w ramach postępowania i tym samym, braku jakiegokolwiek związku pomiędzy tymi zadaniami. W związku z powyższym, jeśli można mówić o jakimkolwiek niezgodnym z przepisami działaniu, to nie po stronie Zamawiającego, a po stronie Odwołującego, który zataił tak istotne informacje, jak udział w przygotowaniu postępowania i nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających brak naruszenia zasad uczciwej konkurencji, mimo umożliwienia mu tego przez Zamawiającego. Zamawiający - dochowując szczególnej staranności - z własnej inicjatywy, podjął kroki zmierzające do wyjaśnienia zaistniałych wątpliwości wzywając Odwołującego do zajęcia stanowiska i przedstawienia swoich wyjaśnień. Odwołujący nie sprostał powyższemu wezwaniu. Odwołujący w swych wyjaśnieniach próbuje wywodzić, iż opracowanie przez niego dokumentacji w żaden sposób nie wpłynęło na uzyskanie przez niego większej wiedzy w porównaniu do innych wykonawców, a jak wynika z analizy załączonej przez niego umowy z 5 września 2017 roku przedmiot zleconego mu zamówienia był szeroki. Odwołujący zobowiązany był do przygotowania kompletnej dokumentacji. Posiadał więc wiedzę co do możliwości wystąpienia potencjalnych ryzyk, jak również kosztów, jakie będą wiązały się z realizacją zamówienia. Nie można więc twierdzić, iż jego wiedza w momencie składania ofert była na takim samym poziomie, jak u innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Udział Odwołującego w przygotowaniu postępowania i konieczność sprawowania przez niego nadzoru autorskiego nad dokumentacją stanowiącą podstawę realizacji zamówienia, postawił go w uprzywilejowanej pozycji. Argumentacja Odwołującego przedstawiona zarówno w wyjaśnieniach, jak i w odwołaniu, nie pozwala stwierdzić, iż w żaden sposób nie dojdzie do zaburzenia konkurencji na rynku.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 3.5 SIWZ przedmiot zamówienia obejmuje następujące kody CPV: 31520000-7 – lampy i oprawy; 45316110-9 – instalowanie urządzeń oświetlenia drogowego; 45310000-3 – roboty w zakresie instalacji elektrycznych; 71355200-3 – wykonywanie badań; 71320000-7 – usługi inżynierskie w zakresie projektowania.

Jak wynika z pkt 3.2 SIWZ przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w załączniku nr 7 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia (Dokumentacja Projektowa – Projekt Techniczny wraz z załącznikami), dalej: „OPZ”. Ww. Dokumentacja projektowa została sporządzona przez Odwołującego.

Pismem z dnia 25 listopada 2020 r. Zamawiający działając na podstawie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień wskazując: „(...) W związku z faktem, iż brał Pan udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, przygotowując opis przedmiotu zamówienia poprzez opracowanie dokumentacji projektowej w/w postępowania, Zamawiający zgodnie z art. 24 ust 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) dalej ustawy, wzywa Wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień i udowodnienia, że jego udział w postępowaniu nie zakłóci konkurencji.

Wykonawca powinien udowodnić oraz uzasadnić, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie spowoduje naruszenia uczciwej konkurencji i zapewni równe traktowanie Wykonawców. Należy udowodnić, iż nie miał Pan rzeczywistej przewagi i nie był w pozycji uprzywilejowanej nad innymi uczestnikami postępowania, poprzez wpływ istotnych informacji pozyskanych w toku wykonywania czynności związanych z przygotowaniem postępowania, co dało możliwość sporządzenia oferty na lepszych warunkach.

Proszę również wyjaśnić w jaki sposób będą rozwiązywane problemy z ewentualnymi rozstrzygnięciami kwestii spornych, na etapie realizacji zamówienia, w których będzie wymagana opinia autora opisu przedmiotu zamówienia (dokumentacji projektowej), gdzie to Wykonawca będzie sam dla siebie arbitrem sporu.

Ponadto w złożonym z ofertą formularzu JEDZ Część II: Podstawy wykluczenia, Sekcja C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, wiersz 6 zaznaczył Pan, że „Nie” był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia: (...) w związku z czym wzywa się do złożenia stosownych wyjaśnień. (...)

W odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 25 listopada 2020 r., Odwołujący wskazał: „W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 25.11.2020r., niniejszym informuję, że w toku przedmiotowego postępowania nie posiadałem żadnej przewagi oraz nie byłem w pozycji uprzywilejowanej nad innymi uczestnikami postępowania, ponieważ nie posiadałem żadnych istotnych informacji pozyskanych w toku wykonywania czynności związanych z przygotowaniem postępowania. Przygotowany przeze mnie projekt został oddany do Zamawiającego, a w konsekwencji tego dostępny był w całości dla wszystkich podmiotów biorących udział w postępowaniu na równych zasadach i w jednakowym zakresie (każdy posiadał takie same dokumenty opublikowane na stronie Zamawiającego). Wyjaśnienia dotyczące projektu - publikowane jako odpowiedzi na pytania dostępne były dla wszystkich potencjalnych uczestników postępowania na równych zasadach, odpowiednio wcześniej, co wyeliminowało wszelkie potencjalne wątpliwości odnośnie realizacji przedmiotu zamówienia.

Podkreślić należy fakt, że wszyscy uczestnicy postępowania przedstawili oferty o niższej wartości niż założenia Inwestora przyjęte w oparciu o kosztorys inwestorski, tym samym fakt opracowania przeze mnie dokumentacji projektowej nie stanowił na żadnym etapie postępowania przetargowego jakiegokolwiek naruszenia zasad konkurencji.

Wskazuję również, że projekt wykonany przeze mnie określał podstawy i rozwiązania katalogowe (powszechnie dostępne) związane z ewentualnym wykonaniem jego przedmiotu tj. modernizacji oświetlenia ulicznego, natomiast specyfikacja przygotowana wyłącznie przez Zamawiającego podawała szczególne wymagania, które stanowiły podstawę do wyceny przez oferentów, jednocześnie pozostawiając swobodę wszystkim oferentom co do stosowania materiałów i rozwiązań w ramach określonych przez Zamawiającego parametrów zgodnie z zasadami zamówień publicznych.

Wobec powyższego oferty pozostałych podmiotów składających oferty na wykonanie przedmiotu zamówienia były przygotowane w oparciu o identyczne informacje w stosunku do tych jakie posiadałem jako jeden z uczestników niniejszego postępowania, pomimo pełnionej wcześniej roli projektanta.

Postępowanie związane z przetargiem pn.: Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Rytwiany na energooszczędne typu LED, nr postępowania: IS. 7013.5.2020.DC, było prowadzone przez gminę Rytwiany jako Inwestora, a ja do czasu znalezienia ogłoszenia o przedmiotowym postępowaniu nie miałem wiedzy, na temat planów realizacji zadania na podstawie wykonanego przeze mnie projektu a tym bardziej szczegółowych warunków realizacji zadania, wymagań dotyczących parametrów oraz rodzaju materiałów przewidzianych do wykonania zadania przez zamawiającego, dlatego moja pozycja w niniejszym postępowaniu była identyczna jak pozostałych oferentów.

Wszelkie kwestie sporne na etapie realizacji zamówienia rozstrzygane będą w oparciu o wykonany projekt, który ze względu na swój techniczny charakter jest obiektywny i jasny, ponadto wpływ na kwestie związane z realizacją zamówienia ma również przygotowany przez Inwestora dokument specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, który w przypadku sporów z zasady implikuje obiektywne rozwiązania dotyczące realizacji zadania jednocześnie zapewniając bezpieczeństwo realizacji zadania dla Zamawiającego.

Ponadto w realizacji zamówienia będzie brał udział Inspektor nadzoru ze strony Zamawiającego, który swoją wiedzą techniczną zapewni niezbędny obiektywizm co do oceny kwestii, które mogłyby stwarzać jakiegokolwiek wątpliwości.

W złożonym do oferty formularzu JEDZ Część II: Podstawy wykluczenia, Sekcja C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, wiersz 6 zaznaczyłem zgodnie z prawdą, że nie byłem zaangażowany w przygotowanie postępowania.

Prace projektowe które wykonałem i zakończyłem w 2017 roku stanowiły odrębne zadanie, a informacje zawarte w projekcie miały charakter techniczny i od chwili przekazania ich zamawiającemu nie miałem żadnego wpływu na wykonany przeze mnie projekt, a tym bardziej na postępowanie nie widząc o jego prowadzeniu.

Wobec powyższego nie byłem w żaden sposób realnie zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, co wprost wskazywało na konieczność zaznaczenia pola z opcją „nie” w formularzu JEDZ, natomiast sam sposób prowadzenia postępowania dawał równe szanse wszystkim jego uczestnikom.”

W piśmie z dnia 22 grudnia 2020 r. zawierającym m.in. informację o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający podał: „(...) W związku z faktem, iż Wykonawca brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, przygotowując opis przedmiotu zamówienia poprzez opracowanie dokumentacji projektowej w/w postępowania, Zamawiający zgodnie z art. 24 ust. 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) dalej ustawy, w dniu 25.11.2020 r. wezwał Wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień i udowodnienia, że jego udział w postępowaniu nie zakłócił konkurencji.

Wykonawca miał udowodnić oraz uzasadnić, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie spowoduje naruszenia uczciwej konkurencji i zapewni równe traktowanie Wykonawców. Należało udowodnić, iż nie miał Pan rzeczywistej przewagi i nie był w pozycji uprzywilejowanej nad innymi uczestnikami postępowania, poprzez wpływ istotnych informacji pozyskanych w toku wykonywania czynności związanych z przygotowaniem postępowania, co dało możliwość sporządzenia oferty na lepszych warunkach. Wątpliwość budziła również sytuacja w jaki sposób będą rozwiązywane problemy z ewentualnymi rozstrzygnięciami kwestii spornych, na etapie realizacji zamówienia, w których będzie wymagana opinia autora opisu przedmiotu zamówienia (dokumentacji projektowej), gdzie to Wykonawca będzie sam dla siebie arbitrem sporu.

W odpowiedzi Wykonawca wyjaśnił m.in., że nie zdobył przewagi nad innymi uczestnikami postępowania, podczas wykonywania prac projektowych, gdyż po ogłoszeniu przetargu miał dostęp do takich samych dokumentów jak inni oferenci oraz nie wiedział wcześniej, o fakcie ogłoszenia postępowania na realizację przez Zamawiającego, co nie dało mu przewagi czasowej.

Zamawiający nie może uznać wyjaśnień za wystarczające oraz uważa, iż fakt zakłócenia konkurencji nie może być wyeliminowany w inny sposób niż przez wykluczenie Wykonawcy z udziału w postępowaniu, gdyż Wykonawca nie przedstawił żadnych konkretnych dowodów oraz nie przedstawił wyjaśnień, które uprawniałyby do przyjęcia, iż konkurencja w niniejszym postępowaniu nie jest zakłócona.

Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie całej gminy charakteryzuje się określoną specyfiką realizacji takiego zadania. Prace montażowe muszą być prowadzone w rozproszeniu, na terenie całej gminy w setkach różnych lokalizacji. W takiej inwestycji istotna jest znajomość terenu i sposób organizacji pracy podczas realizacji inwestycji.

Mimo, że obiekty oświetlenia ulicznego są podobnej budowy, to są jednak umieszczone w różnych lokalizacjach o różnym poziomie dostępności, w odniesieniu do rodzaju dróg, zabudowań, zadrzewienia, ukształtowania pobocza, itp.

Projektant, przygotowując dokumentację projektową modernizacji oświetlenia ulicznego na danym terenie gminy poznaje szczegółowo cały obszar objęty inwestycją. Ma pełną wiedzę, jakie mogą wystąpić ryzyka, podczas realizacji zadania. Jest to istotna przewaga nad innymi Wykonawcami, którzy nie znają tak szczegółowo specyfiki inwestycji.

Przed przygotowaniem wyceny prac, potencjalni Wykonawcy (Oferenci) nie mają technicznej możliwości przeprowadzenia wizji lokalnej całego obszaru gminy objętego pracami w celu opracowania szczegółowej analizy prac i oceny możliwego do wystąpienia ryzyka. Stąd potencjalni Wykonawcy uwzględniają w kosztach średnie lub nawet wysokie ryzyko realizacji zadania, co przekłada się bezpośrednio na wyższą cenę składanych ofert, co jest widoczne w niniejszym postępowaniu.

Projektant opracowując dokumentację projektową a co za tym idzie opis przedmiotu zamówienia, co jest podstawą do ogłoszenia postępowania przetargowego posiada szereg informacji niedostępnych dla konkurencji. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia przygotowana jest w oparciu o dokumentację projektową i to na podstawie dokumentacji ustalane są warunki udziału w postępowaniu oraz wymagania odnośnie uczestnictwa, co daje możliwość korzystnego sformułowania zapisów dla projektanta a także może on, nawet w sposób niezamierzony, wywrzeć wpływ na jego warunki w sensie dla niego korzystnym. Powoduje to przewagę czasową nad innymi oferentami przy przygotowaniu oferty, gdyż Projektant znał całą dokumentację oraz miał świadomość rozmiaru robót jeszcze przed opublikowaniem ogłoszenia o zamówieniu, co postawiło go na uprzywilejowanej pozycji.

W złożonym z ofertą formularzu JEDZ Część 111: Podstawy wykluczenia, Sekcja C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, wiersz 6 Wykonawca zaznaczył, że „Nie” był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia. Tłumacząc w wyjaśnieniu, że zostało to oznaczone zgodnie z prawdą, gdyż nie był zaangażowany w przygotowanie postępowania i nie miał wiedzy odnośnie prowadzenia postępowania.

Dokumentacja projektowa stanowiąca opis przedmiotu zamówienia jest niezbędna do przygotowania całości postępowania i stanowi integralną część dokumentacji przetargowej, a więc autor opisu przedmiotu zamówienia jest w pełni zaangażowany w przygotowanie postępowania. Ponadto w trakcie ogłoszonego postępowania wpływało szereg istotnych, technicznych pytań składanych przez potencjalnych oferentów, dotyczących opisu przedmiotu zamówienia Autorem odpowiedzi był projektant, który udzielał wyjaśnień oraz decydował o ewentualnych zmianach opisu, które miały znaczący wpływ na przygotowanie oferty oraz wycenę przedmiotu zamówienia, co również świadczy o fakcie zaangażowania w postępowanie.

Na etapie realizacji, który jest skomplikowanym i rozległym procesem, często pojawiają się kwestie sporne, które wymagają zaangażowania autora dokumentacji projektowej w przygotowanie opinii i decyzji dotyczących dalszego prowadzenia prac. Będąc arbitrem sporu samym dla siebie może spowodować, że Wykonawca znajdzie się w sytuacji mogącej doprowadzić do konfliktu interesów, poprzez wywarcie wpływu na warunki realizacji z korzyścią dla siebie. Gdzie ewidentnie sytuacja taka prowadziłaby do zniekształcenia konkurencji. (...)"

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty w nim postawione, w granicach których, stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba orzeka.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brała 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. Przepis ten pozostaje w związku z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, który przed wykluczeniem wykonawcy z postępowania zobowiązuje zamawiającego do zapewnienia temu wykonawcy możliwości udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji,

Powyższe oznacza, że w przypadku gdy wykonawca brał udział w przygotowaniu postępowania, dla uniknięcia wykluczenia z postępowania powinien wykazać, że wykonane przez niego czynności w ramach przygotowania postępowania, nie spowodują naruszenia uczciwej konkurencji, przy czym nie chodzi w tym przypadku jedynie o czynności osobiście podejmowane przez przedsiębiorcę, lecz także o czynności wykonane przez jego pracownika, a także osobę wykonującą pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług. W związku z tym przedstawiona przez Odwołującego argumentacja, jakoby za brakiem jego wiedzy odnośnie szczegółów dokumentacji oraz informacji pozyskanych w trakcie opracowywania dokumentacji projektowej, przemawiało to, że została ona opracowywana przez byłego pracownika p. D. M., nie może być uznana za trafioną.

Niezależnie od tego, iż ww. przepis, dla jego wypełnienia, nie wymaga osobistego udziału w przygotowaniu postępowania, to zauważenia wymaga, iż przekazana przez Zamawiającego na płycie CD dokumentacja, zawiera podpisy Odwołującego jako projektanta i autora tej dokumentacji. Dotyczy to m.in. Projektu technicznego, Przedmiaru Robót, planów, schematu oraz dokumentu Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót, na których widnieją dane i podpis p. A. B.. Na żadnym z dokumentów nie widnieje podpis p. D. M. . W związku z tym, oświadczenie Pana D. M., w którym stwierdza m.in.: „W 2017 r. na polecenie Szefa wykonałem prace związane z opracowaniem projektu przebudowy oświetlenia w Gminie Rytwiany. Prace wykonałem samodzielnie.”, złożone po wykluczeniu Odwołującego z postępowania, nie może być uznane za wiarygodny dowód na brak autorstwa dokumentacji po stronie Odwołującego. Ponadto Odwołujący uczestniczył przy udzieleniu odpowiedzi na pytania wykonawców, zadawane po wszczęciu postępowania, a przed terminem składania ofert, oraz spoczywają na nim obowiązki z zakresu nadzoru autorskiego nad realizacją zamówienia w oparciu o sporządzoną dokumentację, wynikające z zawartej z Zamawiającym umowy z 2017 r. Zauważenia również wymaga, że teza o udziale ww. p. D. M. przy opracowaniu dokumentacji pojawiła się dopiero w odwołaniu, nie była ona elementem wyjaśnień Odwołującego, złożonych na wezwanie w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, a to ich treść była znacząca dla decyzji Zamawiającego o wykluczeniu z postępowania.

W okolicznościach analizowanej sprawy rozstrzygnięcia Izby wymaga w szczególności, czy wobec:

- 1) opracowania w 2017 r. przez Odwołującego dokumentacji postępowania, stanowiącej OPZ w analizowanym postępowaniu,
 - 2) sporządzenia kosztorysu inwestorskiego i ustalenia wartości szacunkowej zamówienia, następnie, na dwa miesiące przed wszczęciem postępowania, zaktualizowanego przez Odwołującego,
 - 3) udzielania odpowiedzi na pytania, stawiane przez innych wykonawców po wszczęciu postępowania, a przed terminem składania ofert,
 - 4) spoczywającego na Odwołującym obowiązku pełnienia nadzoru autorskiego w trakcie wykonywania zamówienia,
- mając na uwadze dokumentację postępowania, a w szczególności wyjaśnienia tego wykonawcy udzielone na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania dokonana przez Zamawiającego jest zgodna z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp.

Nie jest sporne, że Odwołujący wykonał dokumentację projektową, stanowiącą opis przedmiotu zamówienia w analizowanym postępowaniu, w tym sporządził kosztorys inwestorski, a także, jako autor tej dokumentacji projektowej, uczestniczył w udzieleniu odpowiedzi na pytania stawiane wykonawcom przez Zamawiającego przed terminem składania ofert, jak też to, że jego obowiązkiem jest pełnienie nadzoru autorskiego w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia.

Jak wynika z ww. umowy z dnia 5 września 2017 r. zawartej pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym, jej przedmiotem było wykonanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej modernizacji oświetlenia ulicznego w Gminie Rytwiany na energooszczędne. Wykonawca był obowiązany m.in. do: wykonania inwentaryzacji istniejącego oświetlenia, uzyskania warunków na realizację zadania na majątku PGE, wykonania dokumentacji technicznej, w tym: części opisowej i rysunkowej, kosztorysu inwestorskiego, przedmiaru robót, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Przedmiot Zamówienia obejmował także prowadzenie nadzoru autorskiego nad wykonaniem inwestycji na podstawie dokumentacji projektowej do dnia odbioru końcowego robót budowlanych.

Powyższe wskazuje, że Odwołujący posiadał istotną przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu. Przewaga ta polegała przede wszystkim na znajomości pełnej dokumentacji projektowej, w tym kosztorysu inwestorskiego, który na dwa miesiące przed wszczęciem postępowania podlegał aktualizacji, której dokonał Odwołujący oraz na wpływie na treść udzielanych wykonawcom odpowiedzi na stawiane przez nich pytania.

Na rozprawie pełnomocnik Odwołującego, podjął próbę marginalizowania swojego udziału w przygotowaniu postępowania i w aktualizacji kosztorysu inwestorskiego, który stanowił podstawę określenia wartości szacunkowej zamówienia przez Zamawiającego, oświadczając, że właściwie nie chodziło o aktualizację kosztorysu inwestorskiego, lecz postawienie aktualnej daty, a dokonał tego jego były pracownik, oraz, że wielkości w kosztorysie nie zostały zmienione.

Zauważenia jednak wymaga, iż podpis na kosztorysie z 6 sierpnia 2020 r., tj. z daty sprzed dwóch miesięcy przed wszczęciem postępowania, należy do Odwołującego. Zatem także w tym przypadku twierdzenia Odwołującego rozmiągają się z tym, co wynika z przekazanych Izbie dokumentów. Bez znaczenia dla oceny w zakresie istnienia udziału

Odwolującego w przygotowaniu postępowania, ma również okoliczność, iż na dwa miesiące przed terminem zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu, wielkości podane w tym kosztorysie nie zostały zmienione w stosunku do podanych w 2017 r. Zakładając profesjonalizm wykonawcy, należało przyjąć, że przed złożeniem podpisu pod kosztorysem przeanalizował jego treść pod względem aktualnych uwarunkowań kosztowych, związanych z jego przedmiotem.

Za chybioną należy także uznać argumentację Odwołującego, że upływ trzech lat od sporządzenia dokumentacji projektowej i duża ilość realizowanych przez niego zleceń w zakresie projektowania, powoduje, że znajdował się w takiej samej sytuacji, jak inni wykonawcy. Opracowanie dokumentacji projektowej, która w myśl ww. umowy z 2017 r. wiązała się z przeprowadzeniem inwentaryzacji istniejącego oświetlenia, oznacza, że Odwołujący znacznie wcześniej pozyskał wiedzę o przedmiocie zamówienia, znał ewentualne ryzyka z nim związane, co stawia go w zdecydowanie korzystniejszej pozycji, niż innych wykonawców, którzy dopiero po ogłoszeniu o zamówieniu, mogli rozpocząć analizę dokumentacji postępowania, w tym OPZ, mogli zadawać Zamawiającemu pytania (na które odpowiedzi udzielał także Odwołujący) i oczekiwać na odpowiedź, zanim podejmą decyzję o udziale w postępowaniu i przystąpią do sporządzenia oferty. Ponadto Odwołujący mając świadomość tego, że będzie pełnił nadzór autorski nad realizacją zamówienia mógł zaoferować takie rozwiązania, które zoptymalizowały koszty realizacji przez niego zamówienia. Taka możliwość nie była dostępna innym wykonawcom. Podnoszona przez Odwołującego argumentacja, iż ceny ofert złożonych w postępowaniu mieszczą się w kwocie przewidzianej na ten cel przez Zamawiającego, nie wpływa na zmianę powyższej oceny. Zauważenia wymaga, iż cena oferty Odwołującego, jest wyraźnie niższa od cen pozostałych ofert.

Skład orzekający Izby nie podziela stanowiska Odwołującego, iż do jego wykluczenia z postępowania doszło „niejako automatycznie”, jak też sugestii, że nastąpiło to wyłącznie z uwagi na to, że opracował dokumentację projektową, stanowiącą opis przedmiotu zamówienia.

Wbrew stanowisku Odwołującego, nie chodzi jedynie o fakt sporządzenia przez niego dokumentacji projektowej, lecz także o szereg innych jego aktywności związanych z przygotowaniem postępowania, poprzedzających jego wszczęcie, a także po jego wszczęciu, a przed terminem składania ofert, oraz względ na jego rolę w trakcie realizacji zamówienia, a także brak stosownych wyjaśnień Odwołującego, w których by wykazał, że jego udział w postępowaniu nie zakłóca konkurencji, bądź, że może ono być wyeliminowane w inny sposób, niż przez wykluczenie z postępowania.

Wyjaśnienia z dnia 25 listopada 2020 r., udzielone przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, nie spełniają tego wymogu. Należy zgodzić się z Zamawiającym i Przystępującym, że wyjaśnienia Odwołującego nie pozwalają na uznanie, iż wykonawca ten przedstawił argumenty czy dowody, które uprawniałyby do przyjęcia, że na skutek jego udziału w postępowaniu, konkurencja nie została zakłócona. Wyjaśnienia są ogólnikowe, nadto zawierają stwierdzenia, które nie odpowiadają temu, co zostało ustalone w toku postępowania odwoławczego i co wynika z dokumentacji postępowania. Odwołujący nie sprostował ciężącemu na nim obowiązkowi udowodnienia, że nie miał rzeczywistej przewagi nad innymi uczestnikami postępowania i nie był w pozycji uprzywilejowanej, poprzez pozyskanie istotnych informacji w toku wykonywania czynności związanych z przygotowaniem postępowania, co dało mu możliwość sporządzenia oferty na lepszych warunkach.

W wyjaśnieniach Odwołujący wskazał, że dysponował taką samą wiedzą o przedmiocie zamówienia jak inni potencjalni uczestnicy postępowania, o którym, podobnie jak inni, dowiedział się z ogłoszenia o zamówieniu. Jednakże tego nie wykazał. W wyjaśnieniach jedynie ogólnikowo wskazał na wykonaną dokumentację i odpowiedzi na pytania, następnie udostępnione przez Zamawiającego wykonawcom.

Jak wyżej wskazano, w ramach umowy z 5 września 2017 r., zawartej z Zamawiającym był on m.in. zobowiązany do wykonania m.in. inwentaryzacji istniejącego oświetlenia. Ze stanowiska Zamawiającego zawartego w informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania wynika m.in., że objęte przedmiotem zamówienia obiekty oświetlenia ulicznego są wprawdzie podobnej budowy, jednak są umieszczone w różnych lokalizacjach o różnym poziomie dostępności w odniesieniu do rodzaju dróg, zabudowań, zadrzewienia, ukształtowania pobocza, itp. Projektant miał pełną wiedzę, jakie mogą powstać ryzyka podczas realizacji zadania, co stanowi istotną przewagę nad innymi wykonawcami, którzy nie znają tak szczegółowo specyfiki zamówienia. Ponadto miał też przewagę czasową przy przygotowywaniu oferty, ponieważ znał całą dokumentację oraz miał świadomość rozmiaru robót przed ogłoszeniem zamówienia.

Skoro Odwołujący sporządził dokumentację projektową stanowiącą opis przedmiotu zamówienia, kosztorys inwestorski sporządzony przez Odwołującego jest opatrzony datą 6 sierpnia 2020 r., a zamówienie zostało wszczęte w dniu 7 października 2020 r., to nie można uznać za wiarygodne twierdzenia Odwołującego, że dysponował taką samą, w tym samym czasie pozyskaną, wiedzą o zamówieniu jak inni wykonawcy. Nadto udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców składane po wszczęciu postępowania, miał istotny wpływ na treść udzielonych odpowiedzi, co potwierdzają jego stwierdzenia zawarte w powyżej przedstawionym odwołaniu, np. zawarte w informacji z dnia 2 listopada 2020 r.: *„Odwolujący pozostawił wybór potencjalnym wykonawcom.”* (m.in. pytanie nr 3). Również w odwołaniu znalazły się stwierdzenia wskazujące na pełniejszą i wcześniej pozyskaną wiedzę, co do przedmiotu zamówienia, np. odnośnie pytania nr 7, gdzie Odwołujący stwierdził m.in., że *pytanie sugeruje, jakoby opracowana dokumentacja była niekompletna, podczas gdy po zapoznaniu się (nawet pobieżnym) z załączoną dokumentacją oczywistym jest, że obliczenia te nie są potrzebne ze względu na to, że oprawy muszą być zainstalowane w miejsce już istniejących, starych opraw, a jakiegokolwiek niedogodności związane z jakością planów z rozmieszczeniem opraw spowodowane są możliwościami (a raczej ich brakiem) technicznym sprzętu Zamawiającego, przy użyciu którego publikowane są ogłoszenia o zamówieniu. (...)*, a także odnośnie pytania nr 8, gdzie Odwołujący stwierdził, że *zapisy projektu dotyczące systemu sterowania wynikały z wymagań Zamawiającego które zostały przedstawione Odwołującemu na etapie opracowywania dokumentacji projektowej. W odpowiedzi na pytanie wyjaśniono sposób komunikacji pomiędzy elementami systemu.* Jakkolwiek Odwołujący podał w odwołaniu, iż wykonawcy mogli zapoznać się z dokumentacją w siedzibie Zamawiającego czy dokonać wizji lokalnej, jednak nie wykazał, że np. wyznaczony czas na złożenie ofert w postępowaniu, z uwagi na jego specyfikę, wykluczał uznanie, iż znajdował się w pozycji uprzywilejowanej. Ogólnikowe stwierdzenia w tym zakresie nie mogą być uznane za wystarczające do stwierdzenia braku zakłócenia konkurencji w postępowaniu.

Także twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach odnośnie postawionego w wezwaniu żądania wyjaśnienia, w jaki sposób będą rozwiązywane problemy z ewentualnymi rozstrzygnięciami kwestii spornych na etapie realizacji zamówienia, w których będzie wymagana opinia autora opisu przedmiotu zamówienia (dokumentacji projektowej), w sytuacji gdyby doszło do sporu i Wykonawca miałby być sam dla siebie arbitrem tego sporu, w ocenie Izby nie można uznać za sprostanie oczekiwaniom Zamawiającego.

Ogólnikowe odwołanie się do sporządzonego projektu, ze wskazaniem, iż według Odwołującego jest obiektywny i jasny, przy jednoczesnym pominięciu, iż były formułowane do niego pytania przez wykonawców, jak też próba skierowania

uwagi na rolę Inspektora nadzoru w procesie realizacji zamówienia, w miejsce skupienia się na kwestii nadzoru autorskiego, realizowanego w oparciu o inne przepisy prawa, w ocenie Izby nie mogą być uznane, za wykazanie, iż fakt pełnienia nadzoru autorskiego w ramach realizacji zamówienia, nie wpływa na zakłócenie konkurencji w postępowaniu i w żaden sposób nie wpływał na możliwość złożenia oferty na korzystniejszych warunkach cenowych.

Zauważenia również wymaga, iż za nieodpowiadające rzeczywistości stanowi rzeczy należy uznać stanowisko przedstawione przez Odwołującego odnośnie żądania wyjaśnień w zakresie informacji zawartych w JEDZ, gdzie w części lli: Podstawy wykluczenia, Sekcja C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, wiersz 6 Odwołujący zaznaczył odpowiedź wskazującą, że nie był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący składając ofertę w postępowaniu, w którym załącznikiem do SIWZ, zawierającym OPZ była sporządzona przez niego dokumentacja projektowa, w sytuacji, gdy przed terminem wszczęcia postępowania sporządził kosztorys inwestorski, zaś przed terminem składania ofert udzielał odpowiedzi na pytania stawiane przez wykonawców, mając w ten sposób wpływ na treść opisu, co z kolei mogło mieć wpływ na przygotowanie i wycenę ofert, musiał zatem zdawać sobie sprawę ze swojego udziału w przygotowaniu postępowania. Nie można zatem uznać za zgodne z rzeczywistością, zawartego w wyjaśnieniach, twierdzenia Odwołującego, że w żaden sposób nie był zaangażowany w przygotowanie zamówienia.

Niezależnie od powyższego, wyjaśnienia złożone przez Odwołującego, nie zawierają wykazania, że np. termin składania ofert, przy uwzględnieniu znanej mu specyfiki przedmiotu zamówienia, nie dawał mu przewagi co do możliwości - tak w zakresie czasu, jak i treści - przygotowania oferty. Nie zawierają także wykazania, że w takim samym stopniu jak on, pozostali wykonawcy znali wartość zamówienia.

W ocenie składu orzekającego również argumentację odwołania odnoszącą się do art. 31d ustawy Pzp należy uznać za nietrafioną. Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach stwierdził, że nie brał udziału w przygotowaniu postępowania, natomiast z odwołania wynika, że czyni zarzut, że Zamawiający nie wskazał, jakie czynności podjął w celu wyeliminowania zakłócenia konkurencji. Zauważenia przy tym wymaga, że Odwołujący nie wskazał, a tym bardziej nie wykazał, że poinformował Zamawiającego o zamiarze wzięcia udziału w postępowaniu. Jak natomiast Zamawiający podał na rozprawie, był on zaskoczony tym, że Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu. W odwołaniu znalazło się także stwierdzenie, że Zamawiający nie dostrzega możliwości wyeliminowania faktu zakłócenia konkurencji w inny sposób, jednakże nie towarzyszy mu wskazanie, jakie ewentualne możliwości w tym zakresie mogłyby zaistnieć po terminie składania ofert. Formulowanie zarzutów co do ewentualnych czynności sprzed terminu składania ofert jest natomiast spóźnione.

Od wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oczekuje się profesjonalizmu i rzetelności. W okolicznościach analizowanej sprawy zostało wykazane, że Odwołujący brał udział w przygotowaniu postępowania i ma brać udział przy jego realizacji, pełniąc nadzór autorski, jako autor projektu, według którego zamówienie ma być realizowane. W związku z tym, w miejsce zaprzeczania temu, czy bagatelizowania jego roli jako autora projektu, w składanych wyjaśnieniach powinien wykazać, że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób, niż przez wykluczenie go z udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby Odwołujący nie sprostał temu obowiązkowi. Odwołujący skupił się na marginalizowaniu swojej roli w przygotowaniu postępowania, zmierzając na koniec do stwierdzenia, że nie był w żaden sposób realnie zaangażowany w przygotowanie postępowania, co mija się z prawdą. Zamawiający miał zatem podstawy do uznania, iż wystąpiła przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Wykluczenie wykonawcy na podstawie tego przepisu występuje w przypadku spełnienia się wymienionych w nim przesłanek, tj. udziału wykonawcy w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia oraz braku możliwości wyeliminowania spowodowanego tym zakłócenia konkurencji w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z postępowania. Udział Odwołującego w przygotowaniu postępowania został wykazany, także za sprawą dowodów przez niego przedłożonych. Nie zostało natomiast wykazane, aby w okolicznościach analizowanej sprawy, Zamawiający miał możliwość wyeliminowania spowodowanego tym zakłócenia konkurencji w inny sposób, niż poprzez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu.

Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.* Zgodnie natomiast z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp: *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Z treści odwołania wynika, iż zarzut naruszenia tych przepisów polega na naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z bezpodstawnym wykluczeniem Odwołującego z postępowania, co skutkowało zaniechaniem wyboru oferty najkorzystniejszej. Jest on zatem konsekwencją zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, który jak wyżej przedstawiono, nie znalazł potwierdzenia. W związku z tym za niezasadne należy uznać także zarzut naruszenia przez Zamawiającego tych przepisów.

Z tych względów, w wyniku rozpatrzenia zarzutów odwołania, Izba orzeka, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b).

Przewodniczący: