

WYROK
z dnia 2 grudnia 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadziś

Protokolant: Agata Dziuban
Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 14 listopada 2016 roku oraz rozprawach w dniach 22 listopada 2016 roku i 2 grudnia 2016 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2016 roku przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miejski Ogród Zoologiczny w Łodzi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty – Łódź” Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi (pełnomocnik) oraz SKB Development Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2066/16 po stronie Zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

1

Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2 zasądza od wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlane Inter-System Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu na rzecz Zamawiającego Miejskiego Ogrodu Zoologicznego w Łodzi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

2

UZASADNIENIE

Zamawiający Miejski Ogród Zoologiczny w Łodzi Sp. o.o. z siedzibą w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Budowa wielofunkcyjnego pawilonu hodowlano - wystawienniczego wraz z wybiegami zewnętrznymi zwierząt zwanego „Orientarium”

na terenie Miejskiego Ogrodu Zoologicznego Sp. z o.o”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15 czerwca 2016 roku pod numerem 2016 S/114-202912.

Zamawiający w dniu 20 października 2016 działając na podstawie art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy w oparciu o art. 93 ust.1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 4 i art. 17 ust. 3 ustawy unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Budowa wielofunkcyjnego pawilonu hodowlano-wystawienniczego wraz z wybiegami zewnętrznymi zwierząt zwanego „Orientarium” na terenie Miejskiego Ogrodu Zoologicznego Sp. z o.o., które było prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego.

31 października 2016 roku (poniedziałek) działając na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami; dalej: „ustawa” lub „Pzp”) Odwołujący – wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:

unieważnieniu postępowania, pomimo że postępowanie nie jest obarczone –
niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej
unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia:

art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 4 i art. 17 ust. 3 –
ustawy przez bezpodstawne unieważnienie postępowania pomimo, że postępowanie
nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie
niepodlegającej unieważnieniu umowy,

3

art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej –
konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

uwzględnienie odwołania w całości, –
unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. –

Odwołujący wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania, wyjaśniając, jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 179 ust. 1 ustawy jako wykonawca zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jako jeden z dwóch Wykonawców uczestniczących w postępowaniu, sklasyfikowany na drugiej pozycji w rankingu ofert, kwestionował odwołaniem z dnia 10 października 2016 r. zasadność wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty – Łódź” Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi (pełnomocnik) oraz SKB Development Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie (dalej: „Konsorcjum Mosty - Łódź”). W trakcie ogłoszenia w dniu 25 października 2016 r. wyroku i ustnych jego motywów, zasadność zarzutów względem wykonawcy Konsorcjum Mosty - Łódź znalazła potwierdzenie, gdyż Izba uznała za zasadne prawie wszystkie zarzuty, w tym zarzut rażąco niskiej ceny w wybranej ofercie. Oddalenie odwołania nastąpiło tylko z uwagi na brak wpływu na wynik postępowania, wobec unieważnienia postępowania przez Zamawiającego, jednocześnie Odwołujący pragnie podkreślić, że na przywołany wyrok wniesie skargę do sądu z uwagi na fakt, że oddalenie odwołania oparte zostało na nieprawomocnej, a więc i nieskutecznej w dniu orzekania, decyzji Zamawiającego co do unieważnienia postępowania. Zatem, gdyby nie oczywiste błędy Zamawiającego, na które uwagę zwróciła Krajowa Izba Odwoławcza w trakcie podania ustanych motywów rozstrzygnięcia oraz, gdyby nie bezzasadne unieważnienie postępowania, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu. Na skutek niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, polegających na niezgodnym z przepisami ustawy wyborze oferty najkorzystniejszej oraz niezgodnym z przepisami ustawy unieważnieniu postępowania, Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania

również przedmiotowego

zamówienia publicznego. Konsekwencją powyższego jest pozbawienie Odwołującego realnego zysku związanego z realizacją przedmiotowego zamówienia publicznego, co stanowi wymierną szkodę dla Wykonawcy.

4

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

W dniu 20 października 2016 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o unieważnieniu postępowania pod nazwą „Budowa wielofunkcyjnego pawilonu hodowlano - wystawienniczego wraz z wybiegami zewnętrznymi zwierząt zwanego „Orientarium” na terenie Miejskiego Ogrodu Zoologicznego Sp. z o.o.” na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 4 i art. 17 ust. 3 ustawy z uwagi na fakt, że postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący mając na względzie okoliczności wskazane w informacji o unieważnieniu postępowania uznał, że czynność ta została podjęta pod wpływem nieuzasadnionej i wadliwej oceny przesłanek unieważnienia oraz błędnego przyjęcia, iż przedmiotowe postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w uzasadnieniu informacji o unieważnieniu postępowaniu z dnia 20 października 2016 r. podał, że w związku z przygotowaniem i przeprowadzeniem przedmiotowego postępowania została zawarta umowa z panem K.B., prowadzącym działalności gospodarczą pod nazwą IBTech - Przedsiębiorstwo Techniki Instalacyjnej i Budowlanej z siedzibą we Wrocławiu, m. in.

na opracowanie dokumentów, wykonanie usług doradczych oraz konsultacyjnych przy przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowań związanych z udzieleniem zamówienia zgodnie z ustawą Pzp oraz Regulaminem Zamawiającego, na budowę wielokubaturowego obiektu „Orientarium” wraz z towarzyszącymi inwestycjami, na terenie Spółki.

Zgodnie z umową z dnia 11 kwietnia 2016 r. pan K.B. miał przygotować projekt Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), w tym opis warunków udziału w postępowaniu oraz odpowiedzi na pytania Wykonawców. Odwołujący podniósł, wskazując na stanowisko Zamawiającego podane w ww. informacji, współpraca z panem B, w praktyce polegała na dostarczaniu projektu stanowiska w konkretnych kwestiach merytorycznych, które kolejno były weryfikowane i akceptowane w wersji ostatecznej przez Zamawiającego.

W dniu 15 lipca 2016r. Pan K.B. wypowiedział umowę z dnia 11 kwietnia 2016 r. ze skutkiem na koniec lipca 2016 r. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający w informacji o unieważnieniu podał natomiast, że faktyczna współpraca w zakresie przygotowania projektów odpowiedzi oraz czynności technicznych trwała rzekomo do końca sierpnia 2016 r. Zamawiający podał ponadto, że p. B. pełnił funkcję członka Komisji Przetargowej

5

do dnia 1 lipca 2016 r., natomiast formalnie został z niej odwołany Uchwałą Zarządu Spółki dopiero w dniu 30 sierpnia 2016 r. Zamawiający stwierdził również, że z uwagi na brak złożonego przez pana B.a, zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy - druku ZP – 1 - podniósł Odwołujący jako rzekome – nie miał wiedzy o istnieniu okoliczności wyłączających udział wskazanego członka Komisji. Druk ten, opatrzony datą 5 lipca 2016 r., został – w ocenie Odwołującego rzekomo – dostarczony Zamawiającemu dopiero w dniu 6 października 2016 r. Z treści złożonego na druku ZP-1 oświadczenia wynika, iż pan K.B. mógł pozostawać z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że mogło to budzić uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności. Jednak, na co wskazał Odwołujący, Zamawiający do dnia dzisiejszego nie zweryfikował faktycznej podstawy wyłączenia ww. osoby, jak również nie ma żadnej wiarygodnej wiedzy co do rzekomego powiązania wskazanej osoby z Odwołującym. W dodatku Zamawiający nie podaje powodów, dla których p. B. zrezygnował, a później formalnie został odwołany z komisji przetargowej.

W żaden sposób nie jest nawet w stanie wskazać, jaki wpływ miały te okoliczności na dalsze czynności Zamawiającego, w tym w szczególności na ocenę ofert i wybór najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący oświadczył, że w przedmiotowym postępowaniu nie miał żadnych kontaktów z p. B.,. Podejrzenia Zamawiającego w tym zakresie są zwykłą spekulacją, czynioną w tylko jemu znanych celach.

Odwołujący zauważył również, że Zamawiający nie dopełnił obowiązków wynikających z ustawy w zakresie zweryfikowania osób oddelegowanych do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym Zamawiający nie może obarczać i przerzucać swoich błędów na wykonawców biorących udział w postępowaniu, a także narażać ich na wymierną stratę materialną.

Zamawiający w treści informacji o unieważnieniu postępowania wskazał, że czynności dokonane przez osobę podlegającą wykluczeniu winny zostać powtórzone zgodnie z art. 17 ust. 3 ustawy, jednak z uwagi na obecny etap postępowania, jest to w istocie niemożliwe. Odwołujący stwierdził, że rzeczywiście treść art. 17 ust. 3 ustawy stanowi, że czynności podjęte w postępowaniu przez osobę podlegającą wyłączeniu, po powzięciu przez nią wiadomości o zaistnieniu okoliczności skutkujących wyłączeniem, należy obligatoryjnie powtórzyć. Tym samym uznać należy, że czynności wykonywane przez taką osobę

6

wcześniej, a więc przed powzięciem ww. wiadomości, nie wymagają powtórzenia. Jednocześnie należy zauważyć, że obowiązek powtórzenia nie dotyczy wszystkich czynności w tym chociażby czynności otwarcia ofert, jak również nie ma obowiązku powtarzania innych czynności faktycznych, jeśli ich wykonanie nie wpłynęło na wynik postępowania.

Mając to na uwadze Odwołując podniósł, że pan B. z dniem 15 lipca 2016 r. złożył wypowiedzenie umowy, a do czasu pozostawania w stosunku prawnym z Zamawiającym wykonywał wyłącznie czynności techniczne oraz projekty, które ostatecznie były modyfikowane i akceptowane przez Zamawiającego. Dodatkowo Zamawiający przyznał, że ostatnią czynnością wykonaną przez pana B.a było zamieszczenie tekstu jednolitego wzoru umowy, który ostatecznie został uchylony przez Zamawiającego i opublikowany ponownie, zaś odpowiedzi na pytania zostały potwierdzone i uznane za ważne pismem Zamawiającego z dnia 31 sierpnia 2016 r. W tym stanie rzeczy uznać należy, że zakres czynności dokonanych przez Pana K. B.a nie może być uznany za naruszający zasadę bezstronności oraz mający jakikolwiek realny wpływ na wynik postępowania. Odwołujący wskazał, że sam Zamawiający przyznał, nie jest w stanie stwierdzić, jaki realny wpływ miał Pan K.B. na przebieg postępowania oraz pośrednio na jego wynik. Zamawiający w sposób nieuprawniony i niczym nieuzasadniony czyni dywagacje na temat możliwości zaburzenia konkurencyjności oraz realnego wpływu na wynik postępowania przez osobę Pana K. B.a, nie mając jednak żadnego potwierdzenia co do faktycznych podstaw wyłączenia ww. osoby.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podkreślił, że Zamawiający każdorazowo przed dokonaniem czynności unieważnienia postępowania powinien dokonać analizy sytuacji faktycznej przez pryzmat stosowanych przepisów ustawy w celu zaklasyfikowania jej do konkretnej przesłanki unieważnienia. Zwraca na to uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 stycznia 2015 r. o sygn. akt KIO 2754/14, gdzie wskazując: „przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych *expressis verbis* odnosi się wyłącznie do wad nieusuwalnych, których występowanie czyni zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego obiektywnie niemożliwym. Okoliczności te muszą występować łącznie, nie jest zatem wystarczające stwierdzenie, że na danym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest możliwe ich usunięcie w inny sposób, niż przez jego unieważnienie. Konieczne jest zweryfikowanie ciężaru gatunkowego takich wad, może się bowiem okazać, że mimo ich istnienia nie wpływają ani na

7

prawidłowość prowadzonej procedury, ani na jej wynik."

Odwołujący podkreślił, uwzględniając powyższą argumentację, że Zamawiający wyłącznie

hipotetycznie przyjmuje, że czynności dokonane przez pana K. B.a skutkują możliwością zaburzenia konkurencyjności i jego realnym wpływem na wynik postępowania. Tymczasem Zamawiający nie tylko, że nie ma do takiej oceny żadnych dowodów, to na dodatek nawet nie starał się sprawdzić, czy udział p. B.a we wczesnej fazie postępowania powinien rzeczywiście skutkować unieważnieniem postępowania. Jednocześnie zauważa Odwołujący, że Zamawiający opiera swoje twierdzenia odnośnie domniemyanych związków pana B.a z Wykonawcą - Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System Spółka Akcyjna wyłącznie na mających charakter pomówienia sugestiiach i niczym niepopartych domysłach. W uzasadnieniu informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający sam przyznał, że nie posiada pewnych informacji, a nawet nie jest w stanie dokonać faktycznej weryfikacji rzeczywistych podstawy wyłączenia ww. osoby. Niczym niepotwierdzone domysły nie mogą stanowić przesłanki, która w efekcie otwiera Zamawiającemu możliwości unieważnienia postępowania każdorazowo, gdy tylko Zamawiający poweźmie jakiegokolwiek wątpliwości co do jego prawidłowego przeprowadzenia. Wpływ osoby podlegającej wyłączeniu na wynik postępowania nie może mieć charakteru wyłącznie spekulatywnego, a musi odzwierciedlać rzeczywisty i realny wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej, co w tym stanie faktycznym nie miało miejsca. Odwołujący wskazał, że doskonale oddaje to wyrok KIO przywołany przez Zamawiającego w informacji o unieważnieniu postępowania. Zamawiający zdaje się jednak nie rozumieć tego wyroku. Zamawiający ponadto w ogóle nie dostrzega faktu, iż wybrał ofertę innego wykonawcy, niż tego, który był rzekomo związany z p. B.. Sama już ta okoliczność stanowi o tym, że czynności wykonane przez p. B.a przed wyłączeniem nie miały żadnego wpływu na wynik postępowania. A zatem brak jest wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy.

Odwołujący zwrócił również uwagę na termin, w którym Zamawiający unieważnił postępowanie. Uczynił to 20 października 2016 r., w przeddzień rozprawy wyznaczonej przez KIO dla rozpatrzenia wielu zarzutów wniesionych przez Odwołującego i wskazujących na bezprawny wybór oferty Konsorcjum Mosty Łódź. Waga tych zarzutów oraz przedstawione dowody wskazywały jednoznacznie na duże prawdopodobieństwo uwzględnienia odwołania, czego Zamawiający chciał uniknąć. Widać wyraźnie, że dopóki Zamawiający widział szansę na udzielenie zamówienia wybranemu przez siebie wykonawcy,

8

udział p. B.a w niektórych czynnościach wcale Zamawiającemu nie przeszkadzał. Dopiero realne zagrożenie odrzuceniem tej oferty dało mu asumpt do podejmowania kolejnego bezprawnego działania, jakim było unieważnienie postępowania. Odwołujący zaznaczył, że w piśmie o unieważnieniu Zamawiający powołuje się na okoliczności, które miały miejsce we wstępnej fazie przygotowania postępowania, informując w dodatku, że p. B. faktycznie przestał uczestniczyć w pracach komisji przetargowej już 1 lipca 2016 r. Podane przez Zamawiającego fakty jednoznacznie pokazują, że późniejsze czynności p. B.a nie miały żadnego wpływu na wynik postępowania. Nie ma też żadnych przesłanek do przyjęcia, że czynności wykonane przez p. B.a dawały jakąkolwiek podstawę do ich kwestionowania, tym bardziej w tak radykalny sposób, jakim jest unieważnienie postępowania. Ponadto wszystkie te okoliczności nie przeszkodziły Zamawiającemu, zresztą słusznie, w otwarciu ofert, czy w wyborze najkorzystniejszej oferty. Dopiero zagrożenie niekorzystnym dla Zamawiającego wynikiem rozprawy przed KIO, opartym na jego błędach prawnych i merytorycznych, zmotywowało Zamawiającego do unieważnienia postępowania. Błędy te nie mogą jednak obciążać Odwołującego, szczególnie w sytuacji, w której unieważnienie postępowania nie ma żadnych podstaw prawnych i faktycznych.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 31 października 2016 roku oraz została przekazana

w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez

9

zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty – Łódź” Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi (pełnomocnik) oraz SKB Development Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie (dalej: „Konsorcjum Mosty – Łódź”), którzy zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 4 listopada 2016 roku wezwani do jego zgłoszenia w dniu 2 listopada 2016 roku.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie: zgodnie z wnioskiem Zamawiającego przy rozpoznaniu przedmiotowej sprawy posłużono się dokumentacją postępowania przesłaną przez Zamawiającego w sprawie KIO 1911/16 oraz dokumentacją uzupełniającą dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przesłaną w trzech tomach do sprawy KIO 2066/16 - a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu, jak również zawarte w pismach procesowych.

Odwołujący złożył pismo procesowe z dnia 21 listopada 2016 roku *Replika Odwołującego na stanowisko Zamawiającego i Przystępującego zawarte w pismach z dnia 13.11.2016 r.*

Zamawiający złożył pismo z dnia 13 listopada 2016 roku *Odpowiedź na odwołanie* wraz z załącznikami. Izba dopuściła dowody zawnioskowane w wymienionym piśmie i załączone do pisma, w tym: trzy tomy dokumentacji, wydruk emaila z dnia 30 października 2016 roku, Zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa z dnia 20 października skierowane do Prokuratury Rejonowej Łódź-Polesie przez Miejski Ogród Zoologiczny w Łodzi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Zamawiający złożył pismo z dnia 17 listopada 2016 roku *Pismo procesowe Zamawiającego* wraz z załącznikami: faktura VAT nr FV0006/04/2016 z dnia 29 kwietnia 2016 roku, faktura VAT nr FV0003/05/2016 z dnia 31 maja 2016 roku, faktura VAT

10

nr FV0008/06/2016 z dnia 30 czerwca 2016 roku, faktura VAT nr FV0004/07/2016 z dnia 29 lipca 2016 roku - Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Zamawiającego.

Uczestnik postępowania odwoławczego – Konsorcjum Mosty- Łódź złożył pismo procesowe z dnia 13 listopada 2016 roku *Pismo procesowe Przystępującego*. Izba dopuściła dowody zawnioskowane w wymienionym piśmie i załączone do pisma, w tym: Zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa z dnia 20 października 2016 roku skierowane do Prokuratury Rejonowej Łódź-Polesie przez Miejski Ogród Zoologiczny w Łodzi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, umowa z dnia 11 kwietnia 2016 roku zawarta między Zamawiającym i Panem K.B., wypowiedzenie umowy z dnia 11 kwietnia 2016 roku, informacja o unieważnieniu postępowania, oświadczenie Pana K. B. a na Druku ZP-1, ogłoszenie o zamówieniu – Afrykanarium we Wrocławiu, informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej ze strony internetowej Zamawiającego w postępowaniu na budowę Afrykanarium, korespondencja emaliowa.

Uczestnik postępowania odwoławczego – Konsorcjum Mosty- Łódź złożył pismo procesowe z dnia 18 listopada 2016 roku *Pismo procesowe Przystępującego – Suplement*.

Izba dopuściła dowód zawnioskowany na rozprawie przez Odwołującego i przeprowadziła dowód z dokumentu (1 karta) wydruku wersji elektronicznej (skanu) Zarządzenia nr 3 Prezesa Zarządu Miejskiego Ogrodu Zoologicznego w Łodzi Sp. z o.o. w organizacji z dnia 27.06.2016 roku

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący w dniu 24 listopada 2016 roku, pismem z tego samego dnia, złożył wniosek o ponowne otwarcie rozprawy i przeprowadzenie nowych dowodów. Uczestnik postępowania odwoławczego pismem z dnia 24 listopada 2016 roku przesłanym do Izby w dniu 25 listopada 2016 roku oraz Zamawiający pismem z dnia 25 listopada 2016 roku przesłanym w tym samym dniu do Izby, wniesli o oddalenie wniosku o ponowne otwarcie rozprawy i przeprowadzenie nowych dowodów.

Izba postanowieniem z dnia 25 listopada 2016 roku postanowiła ponownie otworzyć rozprawę oraz przeprowadzić postępowanie dowodowe w zakresie przez Odwołującego tezie dowodowej w piśmie z dnia 24 listopada 2016 roku tj. przeprowadzenia dowodu z przesłuchania K. B.a na okoliczność braku fizycznej możliwości uczestnictwa świadka w

11

posiedzeniu Komisji Przetargowej w dniach 10 i 27 czerwca 2016 roku oraz 5 lipca 2016 roku.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z dokumentu prywatnego w postaci oświadczenia K. B.a z dnia 23 listopada 2016 roku załączonego do pisma Odwołującego z dnia 23 listopada 2016 roku, bowiem oświadczenie to nie może stanowić dowodu (z prywatnego świadectwa pisemnego) co wynika z zasady bezpośredniości i ustności. Dowodem mogą być bowiem tylko zeznania tych osób złożone ustnie i osobiście (orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 1950 roku sygn. akt WaC 378/49). Zgodnie z ugruntowanym poglądem takie oświadczenie może stanowić jedynie źródło informacji o tym, że określona osoba może zostać przesłuchana w charakterze świadka.

Izba postanowiła o otwarciu na nowo zamkniętej rozprawy oraz przeprowadzeniu postępowania dowodowego w zakresie wnioskiem Odwołującego w zakresie dopuszczonym przez Izbę, bowiem w sytuacji nieprzeprowadzenia tego dowodu i przyjęcia za ustalone okoliczności faktycznych wskazanych przez Zamawiającego i kwestionowanych przez Odwołującego jest niewłaściwe (zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z 16 października 1997 roku sygn. akt II CKN 396/97 stanowi to naruszenie art. 230 Kodeksu postępowania cywilnego (dalej: „k.p.c.”)).

Izba postanowiła o przeprowadzeniu dowodu z przesłuchania świadka K. B.a na okoliczność braku fizycznej możliwości uczestnictwa świadka w posiedzeniu Komisji Przetargowej w dniach 10 i 27 czerwca 2016 roku oraz 5 lipca 2016 roku. W zakresie podniesionej w pismach procesowych oraz podtrzymanej na rozprawie argumentacji Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego odnośnie przeprowadzenia dowodu z przesłuchania świadka, Izba wskazuje, że w procesie cywilnym obowiązek zachowania szczególnej formy jak i ograniczenia dowodowe łączą się z dokonywaniem czynności prawnych w rozumieniu Kodeksu cywilnego (dalej: „k.c.”). Dowód z przesłuchania świadka (i stron) nie jest dopuszczony tylko wtedy (art. 246 i art. 247 k.p.c.), gdy chodzi o oświadczenie woli (np. umowa) jeżeli zgodnie z przepisami powinno być dokonane w formie (pisemnej) dokumentu. Wymaganie formy pisemnej nie powoduje niedopuszczalności dowodów ze świadków wtedy, gdy dokument obejmuje oświadczenia wiedzy.

12

Protokoły z posiedzeń Komisji Przetargowej nie stanowią dokumentów ustawowo określonych, ustawa Prawo zamówień publicznych nie nazywa takiego dokumentu,

nie określa jego zakresu jak również elementów niezbędnych jakie musi zawierać dla swojej ważności. Ustawa nie określa również formy dla takiego dokumentu. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest pisemnie a zgodnie z ustawą istnieje jedynie obowiązek prowadzenia protokołu ZP. Protokół z posiedzenia Komisji Przetargowej nie stanowi oświadczenia woli (nie wyraża on bowiem wywołania skutku prawnego w postaci nawiązania, zmiany lub zniesienia stosunku cywilnoprawnego) oraz nie został określony ustawowo, tym samym nie została określona również forma jego prowadzenia. Zatem w świetle obowiązujących regulacji należy uznać, że dowód z przesłuchania świadka w zakreślonym przez Odwołującego zakresie jest dopuszczony.

Izba uznała za istotne dla sprawy, w kontekście przedstawionych informacji przez Odwołującego, wyjaśnienie udziału w pracach Komisji Przetargowej Pana B.a od 10 czerwca 2016 roku, bowiem ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane w dniu 11 czerwca 2016 roku do publikatora, a jego publikacja nastąpiła w dniu 15 czerwca 2016 roku. Izba podkreśla, że przez prace w Komisji Przetargowej Izba rozumie w tym wypadku wykonywanie czynności, o których mowa w protokołach – Izba nie prowadzi postępowania dowodowego na okoliczność wykazania poświadczenia nieprawdy w protokołach, bowiem nie leży to w kompetencji Izby i stanowi podstawę do innego postępowania. Słusznie zauważył uczestnik postępowania odwoławczego co też wyartykułował z piśmie z 24 listopada 2016 roku, że poza kognicją Izby jest ocena czy dokumenty składane, przedstawiane w postępowaniu powstały w wyniku przestępstwa czy też nie.

Izba oddaliła wniosek dowodowy Odwołującego zgłoszony na rozprawie w dniu 2 grudnia 2016 roku o przesłuchanie świadka na okoliczność wykazania jaki był udział świadka w ustalaniu warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert. Izba uznała bowiem, że wniosek ten jest spóźniony, bowiem wniosek w takim zakresie mógł Odwołujący sprecyzować w trakcie rozprawy w dniu 22 listopada 2016 roku, czego nie uczynił. Izba wskazuje również, że dowód ten został powołany jedynie dla przedłużenia postępowania, bowiem w obliczu zarzutów odwołania oraz dokonanej czynności Zamawiającego podstawa odnosi się do zakresu prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a więc nie dotyczy jego przygotowania a do tego zmierza wniosek dowodowy Odwołującego.

13

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

- art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,*
- art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy – *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodgalającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,*
- art. 146 ust. 6 ustawy – *Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.*
- art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy - *Osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli: pozostają z wykonawcom w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób,*
- art. 17 ust. 3 ustawy – *Czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podjęte przez osobę podgalającą wyłączeniu po powzięciu przez nią wiadomości*

II.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania*. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy*. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)*.

III.

Izba ustaliła w przedmiotowej sprawie - w oparciu o dokumentację przedstawioną przez Zamawiającego oraz wnioskowaną za pismami procesowymi przez Zamawiającego, Odwołującego oraz uczestnika postępowania odwoławczego - stan faktyczny sprawy jaki jest niezbędny do rozpoznania przedmiotowego odwołania:

11 kwietnia 2016 roku zawarcie umowy pomiędzy Zamawiającym i Panem K.B. – prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą IBTech – Przedsiębiorstwo Techniki Instalacyjnej i Budowlanej we Wrocławiu,

10 czerwca 2016 roku, Zarządzenie nr 3 Prezes Zarządu Miejskiego Ogrodu – Zoologicznego w Łodzi Sp. z o.o. w organizacji z dnia 10 czerwca 2016 roku w sprawie powołania Komisji przetargowej do przygotowania i przeprowadzenia postępowania, w skład której wchodzi Pan K.B. (oryginał okazał Zamawiający na rozprawie),

10 czerwca 2016 roku, Protokół z posiedzenia Komisji przetargowej – przedmiotem – posiedzenia przygotowanie dokumentacji niezbędnej do wszczęcia postępowania tj. określenie trybu postępowania, opracowanie projektu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami oraz projektu ogłoszenia o zamówieniu; złożono podpisy członków Komisji przetargowej (oryginał okazał Zamawiający na

rozprawie),

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii – Europejskiej 15 czerwca 2016 roku pod numerem 2016 S/114-202912, Odwołujący przedstawił na rozprawie Zarządzenie nr 3 Miejskiego Ogrodu – Zoologicznego w organizacji Sp. z o.o. z dnia 27.06.2016 r., które zostało przekazane panu B.owi mailem z sekretariatu Zamawiającego od pani Anny Madej do pana B.a w dniu 27.06.2016 r.

27 czerwca 2016 roku, Protokół z posiedzenia Komisji przetargowej – przygotowanie – projektu zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz ze zmianą ogłoszenia o zamówieniu; złożono podpisy członków Komisji przetargowej (oryginał okazał Zamawiający na rozprawie),

1 lipiec 2016 roku, Protokół z posiedzenia Komisji przetargowej – przedmiotem – posiedzenia umieszczenie na stronie internetowej Zamawiającego formularza JEDZ; złożono podpisy członków Komisji przetargowej (oryginał okazał Zamawiający na rozprawie),

16

4 lipiec 2016 roku, Protokół z posiedzenia Komisji przetargowej – przedmiotem – posiedzenia przygotowanie projektu zmiany Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia; złożono podpisy członków Komisji przetargowej (oryginał okazał Zamawiający na rozprawie),

15 lipca 2016 roku pismem z dnia 14 lipca 2016 roku wypowiedzenie umowy z dnia – 11 kwietnia 2016 roku przez Pana K. B.a,

30 sierpnia 2016 roku, Uchwała nr 21 Zarządu Miejskiego Ogrodu Zoologicznego – w organizacji Sp. z o.o. z dnia 30.08.2016 r. – odwołano Pana K. B.a z Komisji Przetargowej,

8 września 2016 roku – termin składania ofert, –

29 września 2016 roku – ogłoszenie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, – 6 października 2016 roku – otrzymanie przez Zamawiającego druku ZP-1 od Pana K. – B.a; w druku tym Pan K.B. wskazał 5 lipca 2016 roku jako datę złożenia oświadczenia oraz wskazał, że podlega wyłączeniu z postępowania w związku z zaistnieniem okoliczności o której mowa w pkt 4,

20 października 2016 roku unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, – 20 października 2016 roku Zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa – skierowane do Prokuratury Rejonowej Łódź-Polesie przez Miejski Ogród Zoologiczny w Łodzi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Izba zważyła:

Na wstępie Izba wskazuje, że zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm a wyrazem tej zasady jest art. 17 ustawy. Izba wskazuje, że zaistnienie przyczyn wyłączenia opisanych w art. 17 ust. 1 ustawy w odniesieniu do osoby, która wykonuje czynności w postępowaniu po stronie Zamawiającego aktualizuje obowiązek wyłączenia tej osoby z postępowania.

Zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli: pozostają z wykonawcom w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób.

Po pierwsze – zaznaczyć należy, że przepis powyższy (art. 17 ustawy) odnosi się do osób

17

wykonujących czynności w postępowaniu, co oznacza, że ma on zastosowanie od wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli nie obejmuje czynności poprzedzających, w tym przypadku, dokonywanych przed ogłoszeniem postępowania. Jednakże nie jest wyłączony obowiązek stosowania przez Zamawiającego art. 7 ust. 2 ustawy na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ

nie sposób wykluczyć sytuacji, w której na etapie przygotowywania postępowania ujawnią się okoliczności, które będą uzasadniać niepowierzenie czynności związanych z przygotowaniem postępowania określonej osobie. W przedmiotowej sprawie ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 czerwca 2016 roku.

Pod drugie – zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, pisemne oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 17 ust. 1 ustawy tj. o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania. W przypadku złożenia oświadczenia, z którego wynikać będzie, że zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w art. 17 ust. 1 ustawy, skutkować winna wyłączeniem danej osoby z postępowania. Zaznaczyć warto w tym miejscu, że prawdziwość składanych oświadczeń obwarowana jest odpowiedzialnością karną za składanie fałszywych zeznań określoną w art. 233 Kodeksu karnego.

Po trzecie – to po stronie Zamawiającego istnieje obowiązek zapewnienia, aby osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia złożyły oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania. Podkreślenia wymaga, że gdy osoba zobowiązana do złożenia takiego oświadczenia nie wykonuje ciążącego na niej obowiązku, to kierownik Zamawiającego zobowiązany jest do odsunięcia tej osoby od wykonywania czynności w postępowaniu na podstawie art. 7 ust. 2 ustawy, co nie oznacza wyłączenia tej osoby z postępowania na podstawie przesłanek z art. 17 ust. 1 ustawy, jednakże gwarantuje wypełnienie ciążących na Zamawiającym obowiązków.

Po czwarte – termin złożenia oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy, nie został określony.

18

W rozpoznawanej sprawie Pan K.B., w złożonym oświadczeniu na Druku ZP-1 powołał się na przesłankę z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy stanowiącą podstawę wyłączenia, oświadczenie to opatrzył datą 5 lipca 2016 roku, pomimo jego złożenia Zamawiającemu w dniu 6 października 2016 roku – podkreślenia wymaga w tym miejscu, że nie jest sporne, że oświadczenie to zostało podpisane w dniu 6 października 2016 roku, co też wynikało z zeznań świadka. Izba podkreśla również, że na podstawie poczynionych wyjaśnień świadka Izba uznała, że złożenie przez niego oświadczenia na druku ZP-1 była świadome i zrozumiałe. Jak wskazał bowiem świadek: *nie ingerował w treść dokumentów podpisywanych 6 października 2016 r. Wyjaśnia, że na ZP-1 zaczął podpisywać część, że nie podlega wyłączeniu, ale zorientował się, że to nie w tym miejscu skreślił rozpoczęty podpis i złożył oświadczenie poniżej, podpisał się na dole*. Tak też wygląda to na dokumencie druku ZP-1. Świadek również zeznał, że 6 października 2016 r. podpisał protokół ZP-1 z datą 5 lipca 2016 r. Jednocześnie Izba uznała, że niewiarygodną jest wypowiedź świadka, że podpisał ww. dokument z datą 5 lipca 2016 roku, że *podpisał dla świętego spokoju, (...) że podał tą datę bo tak wskazał mu pan J.* Izba uznała tą wypowiedź za niewiarygodną z uwagi na to, że Pan B. jak sam wskazała w trakcie przesłuchania świadka *prowadzi działalność gospodarczą, której zakresem jest konsultacje i doradztwo w zakresie Prawa zamówień publicznych, szkolenia, jak również konsultacje i doradztwo w zakresie prawa budowlanego. Z wykształcenia magister inżynier ochrony środowiska. Wskazuje, że jest autorem czterech publikacji książkowych z problematyki Prawa zamówień publicznych oraz artykułów w tej tematyce*. Z powyższego wynika w sposób jednoznaczny, że świadek ma wiedzę, niewątpliwie większą niż przeciętna w zakresie problematyki zamówień publicznych, co wyklucza przyjęcie rozumowania w którym czynności dokonywane są przez tego Pana „dla świętego spokoju”. Dokonanie czynności w postępowaniu, bo taką też jest złożenie oświadczenia - chociaż w tym przypadku już po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej - w przypadku osoby, która jest specjalistą, którego Zamawiający pozyskał na czas realizacji postępowania o zamówienie właśnie z uwagi na posiadane umiejętności i doświadczenie, również nie pozwala bronić

w sposób skuteczny argumentacji świadka, że podpisał z tą datą dokumenty, bo taka została mu podana. Przeczy to bowiem podstawowym zasadą należytej staranności, którą niewątpliwie winien wykazywać się Pan B., a której brak nie może usprawiedliwiać działania Pana B.a. Wobec powyższego za trafną i prawidłową należy uznać pierwszą wypowiedź świadka a mianowicie, że *nie wie dlaczego wpisał datę 5 lipca 2016 r. na protokole ZP-1.*

19

Przedstawione przez Świadka stanowisko w trakcie zeznań, że *złożył podpisy w dniu 6 października 2016 r. na dokumentach przedstawionych przez pana J. nie czytając nawet ich treści* nie stanowi w ocenie Izby uzasadnienia zasługującego na aprobatę. W ocenie Izby taka argumentacja świadka, nie dość, że nie jest zgodna ze stanem faktycznym (przecież świadek wyjaśnił, że zaczął podpisywać druk ZP – 1 ale zorientował się, że podpisywał dokument w niewłaściwym miejscu) to dodatkowo, biorąc pod uwagę doświadczenie zawodowe świadka, jak również podstawowe zasady funkcjonowania to argumentacja jaką przedstawił świadek jest wprost niewiarygodna. Świadek wskazał, że nie czytał treści dokumentów jakie podpisał ale nie złożył oświadczenia, że nie wiedział co podpisuje.

Izba zaznacza, że oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może zostać złożone dopiero po ujawnieniu podmiotów, które ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego, co z reguły następuje z chwilą otwarcia ofert. Jednakże nie należy pomijać czynności wykonywanych przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przed terminem składania ofert a po ogłoszeniu, które są czynnościami wywołanymi przez wykonawców, w szczególności takimi jak udzielanie wyjaśnień do Specyfikacji Istotnych Warunków (dalej: zmian w postępowania, Zamówienia „SIWZ”), dokonywanie dokumentacji uwzględnianie zarzutów odwołania bądź prowadzenie sporu w zakresie nieuwzględnionych zarzutów. Należy uznać za właściwe, w sytuacji ujawnienia okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania danej osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wyłączenie takiej osoby na etapie przed składaniem i otwarciem ofert.

Niewątpliwie zasadnym jest rozważenie w jakim terminie (do kiedy) takie oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinno, musi zostać złożone. W tym zakresie pomocna jest regulacja art. 17 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym powtarza się czynności w postępowaniu, które dokonała osoba podlegająca wyłączeniu po powzięciu przez nią wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę wyłączenia jednakże z wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik postępowania.

20

W rozpoznawanej sprawie Pan K.B. złożył oświadczenie na Druku ZP-1 i wskazał, że zaistniała okoliczność, o której mowa w punkcie 4 (*nie pozostaje z żadnym wykonawcom w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do mojej bezstronności tych osób*) w związku z czym podlega wyłączeniu z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, potwierdził to świadek składając zeznania i oświadczając, że: *podpisał druk ZP-1 w dniu 6 października 2016 r. i podlega wyłączeniu.*

Izba wskazuje, że zgodnie z przedstawioną dokumentacją przez Zamawiającego Pan K.B. był członkiem Komisji Przetargowej co wynika jednoznacznie z przedstawionego przez Zamawiającego oryginału Zarządzenia nr 3 z 10 czerwca 2016 roku oraz podpisanych przez Pana B.a protokółów z posiedzeń Komisji Przetargowej w dniach 10 i 27 czerwca 2016 roku oraz 1 i 4 lipca 2016 roku. Izba podkreśla, że świadek w trakcie składanych zeznań oświadczył, że *podpisał 4 protokoły z posiedzeń komisji*, w tym protokół z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 10 czerwca 2016 roku.

Świadek podpisał protokół z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 10 czerwca 2016 roku a w trakcie zeznań oświadczył *nic nie wie o powołaniu komisji przetargowej w dniu 10 czerwca 2016 r. Nie wiedział, że było posiedzenie komisji przetargowej w dniu 10 czerwca 2016 r.* Świadek wskazał, że przesłane zostało mu Zarządzenie o powołaniu Komisji Przetargowej z dnia 27 czerwca 2016 roku w tym samym dniu. Podkreślenia wymaga, że świadek wskazał w trakcie zeznań, że *na wiadomość nie odpowiedział, nie złożył żadnego pisemnego oświadczenia w zakresie tego zarządzenia.*

Próba wyjaśnienia tej rozbieżności w zakresie dat wydania Zarządzenia nr 3 o powołaniu Komisji Przetargowej, które były podniesione na rozprawie w dniu 22 listopada 2016 roku przez Odwołującego (Odwołujący przedstawił wydruk skanu Zarządzenia nr 3 z dnia 27 czerwca 2016 roku wskazując, że był on załączony do emaila z dnia 30 października 2016 roku przesłanego przez pana B.a) wymaga w pierwszej kolejności wskazania, że w przedstawionym wydruku emaila, o którym mowa wyżej brak jest jakichkolwiek załączników, co prowadzi do wniosku, że Odwołujący uzyskał owo Zarządzenie w inny sposób, czyli bezpośrednio od Pana B.a. Natomiast argumentacja Zamawiającego prowadzi do wniosku, że Zarządzenie nr 3 z 27 czerwca 2016 roku nie stanowi tego o powołaniu Komisji Przetargowej. Zamawiający oświadczył że Zarządzenie nr 3 z 10 czerwca 2016 roku jest prawidłowe. Zamawiający nie wykluczył, że przesłanie Zarządzenia nr 3 z dnia 27

21

czerwca 2016 roku może być wynikiem błędu pracownika Zamawiającego na co wskazuje między innymi to, że Zarządzenie nr 3 z 27 czerwca 2016 roku zostało sporządzone na papierze firmowym co nie jest czynnością standardową po stronie Zamawiającego przy sporządzaniu zarządzeń. Izba w trakcie rozprawy sprawdziła oryginał Zarządzenia nr 3 z dnia 10 czerwca 2016 roku o powołaniu Komisji Przetargowej oraz oryginał Uchwały nr 21 Zarządu Miejskiego Ogrodu Zoologicznego w organizacji sp. z o.o.

z dnia 30 sierpnia 2016 roku dotyczącej zmiany składu Komisji Przetargowej i stwierdziła, że oba te dokumenty nie są sporządzone na papierze firmowym. Przedstawienie przez Zamawiającego oryginałów dokumentów, jak również brak po stronie Zamawiającego Zarządzenia nr 3 z dnia 10 czerwca 2016 roku, brak w dokumentacji postępowania - choć nie wykluczając definitywnie przesłania Zarządzenia nr 3 w dniu 27 czerwca 2016 roku zgodnie z tym, co powiedział również Zamawiający – w ocenie Izby wskazują na powołanie Komisji Przetargowej w dniu 10 czerwca 2016 roku. Izba zaznacza również, że choć świadek wypiera się wiedzy na temat powołania Komisji Przetargowej w dniu 10 czerwca 2016 roku to podpisał protokół z posiedzenia Komisji Przetargowej w dniu 10 czerwca 2016 roku.

W ocenie Izby nie bez znaczenia dla oceny wykonywanych czynności przez świadka ma również fakt, że *wykonywał swoje obowiązki terminowo zgodnie z umową.* Jak również świadek wyjaśnił, że *od 22 marca 2016 r. przygotowywał dokumenty* jak również świadek wskazał, że *odpowiadał na pytania do 30 sierpnia 2016 r. i dodaje, że na pytania zamawiającego odpowiadał do 6 listopada 2016 r.* Świadek również wskazał, że *wykonywał swoje obowiązki terminowo zgodnie z umową, realizował swoje zadania z wykorzystaniem środków łączności elektronicznej, zgodnie z umową. Oświadcza, że przygotowywał odpowiedzi w części pytań.*

Świadek składając zeznania wskazał, że *nie wiedział, że było posiedzenie komisji przetargowej w dniu 10 czerwca 2016 r. i w dniu 27 czerwca 2016 r. i nie był w tych dniach w Łodzi. W dniu 1 lipca 2016 r. nie uczestniczył w posiedzeniu komisji przetargowej. W dniu 1 lipca 2016 r. był w siedzibie zamawiającego i uczestniczył w spotkaniu, w którym uczestniczyli pan J., pan W. i pan Ł.J. dotyczącym inżyniera kontraktu, spraw związanych z odwołaniami wniesionymi 24 czerwca 2016 r. Nic nie wie o posiedzeniu komisji przetargowej 4 lipca 2016 r. i nie był w tym dniu w Łodzi. Jednocześnie świadek wskazał, że w dniach 10, 27 czerwca 2016 r. i 5 lipca 2016 r. prowadził bogatą korespondencję mailową z Zamawiającym.*

22

W tym miejscu Izba podkreśla, że nie została przedstawiona przez Odwołującego w trakcie rozprawy żadna argumentacja, z której wynikałoby, że członek Komisji Przetargowej musi brać udział w jej posiedzeniach w siedzibie Zamawiającego, nie zostało wskazane żadne

postanowienie zawarte w dokumentacji, które by uniemożliwiało udział Pana B.a w posiedzeniach komisji w sposób zdalny za pomocą poczty elektronicznej. Niewątpliwie należy mieć na uwadze postanowienia umowy jakie wiązały Pana B.a i Zamawiającego, dlatego też udział specjalisty w pracach związanych z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, udział w pracach komisji mógł się odbywać w sposób niestandardowy, lecz jednocześnie przecież niezabroniony. Zauważenia wymaga, że nie tylko wykonawcy mogą czerpać korzyści z udziału w czynnościach poprzedzających złożenie oferty w postępowaniu (wnioski do Zamawiającego o wyjaśnienie SWIZ, odwołania i inne) oraz przygotowywaniu oferty do złożenia konkretnych specjalistów (np. prawników, ekonomistów, inżynierów czy też specjalistów w dziedzinie zamówień publicznych), gdzie wielokrotnie osoby te wykonują swoje zadania komunikując się z podmiotami telefonicznie bądź za pomocą poczty elektronicznej. Ograniczenie takiej możliwości, takiego sposobu współpracy specjalistów z Zamawiającym nie byłoby niczym uzasadnione.

Podpisane przez Pana B.a protokoły z posiedzeń Komisji Przetargowej (oraz na ZP-1) on czynności oświadczenie Druku potwierdzają, że wykonywał w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z zawartą z Zamawiającym umową (umowa z 11 kwietnia 2016 roku, choć same czynności przez Pana B.a były wykonywane jeszcze przed zawarciem umowy, jak również długo po tym jak przestała wiązać strony, co sam świadek zeznał) co odpowiada czynnością jakie wykonywała Komisja Przetargowa (zgodnie z informacjami zawartymi w protokołach) a co odpowiada informacją zawartą w prowadzonej korespondencji mailowej Pana B.a i Zamawiającego.

W ocenie Izby wbrew twierdzeniom Odwołującego czynionym na rozprawie oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania przez osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składa każda osoba, która dokonuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia czynności. Tym samym, niezależnie od tego czy Pan B. wykonywałby swoje zadania jako członek Komisji Przetargowej, czy też jako inna osoba wykonująca czynności w postępowaniu był zobowiązany do złożenia oświadczenia zgodnie z Drukiem ZP-1.

Izba zwraca w tym miejscu uwagę na Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego Druk ZP-PN, zgodnie z którym Zamawiający wskazał pkt 3 protokołu

23

lit A osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdzie w pkt 2 podana została data powołania Komisji Przetargowej, jej skład jak również informacja o dokonanej zmianie w składzie Komisji – z którego wynika, że członkiem Komisji Przetargowej był Pan K.B. od dnia jej powołania tj. 10 czerwca 2016 roku do dnia 30 sierpnia 2016 roku, kiedy to Uchwałą nr 21 dokonano zmiany składu Komisji przez wyłączenie Pana B.a. Zaznaczenia wymaga również, że zgodnie z treścią ww. protokołu nie zostały wskazane inne osoby wykonujące czynności w postępowaniu (pkt 3 lit A pkt 4), co jednoznacznie wskazuje na to, że osobami wykonującymi czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia były jedynie osoby wchodzące w skład Komisji. Dodatkowo w pkt 3 lit. B protokołu zostały podane osoby wykonujące czynności związane z przygotowaniem postępowania, gdzie wśród osób przygotowujących opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz określających kryteria oceny ofert został wskazany Pan K.B.. Podkreślenia wymaga, że zakres określonych na etapie przygotowania postępowania czynności odpowiada informacją zawartą w korespondencji emaliowej pomiędzy Zamawiającym a Panem B., którą przedstawił Zamawiający, a co również potwierdził świadek wskazując że *sporządził dokumenty dotyczące opisu warunków udziału w postępowaniu, (...) sporządził SIWZ w oparciu o wytyczne przesłane przez zamawiającego (...) brał udział w dyskusji na temat przygotowania kryteriów oceny oferty.*

Odnosząc się do korespondencji emaliowej prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Panem B, już na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, sam świadek potwierdził, że prowadził bogatą korespondencję z Zamawiającym, w tym w dniach posiedzeń Komisji Przetargowej.

Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 4 i art. 17 ust. 3

ustawy.

Izba wskazuje, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy jest obligatoryjne, tym samym jest obowiązkiem Zamawiającego, którego to obowiązku nie niweczy np. niedochowanie w czasie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ciążących na Zamawiającym obowiązków – np.: obowiązku odebrania oświadczeń na Drukach – ZP1. Argumentacja Odwołującego (z protokołu rozprawy z dnia 22 listopada 2016 roku), że w *protokole ZP została podana nieprawda ponieważ zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty*

24

zostało przesłane w dniu 29.09.2016 r., tak samo prace komisji zakończyły się zgodnie z protokołem w dniu 29.09.2016 r., które to prace zostały zatwierdzone przez kierownika zamawiającego. Natomiast choć prace zostały zakończone i dokonany został wybór zamawiającemu nie został złożony druk ZP przez pana B.a. Pełnomocnik wskazuje na pkt 3 protokołu, zgodnie z którym osoby wykonujące czynności w postępowaniu złożyły oświadczenia określone w art. 17 ust 2 Pzp, co pozwala twierdzić, że w dniu 29.09.2016 r. złożone zostało również oświadczenie przez pana B.a.

Z dalszych działań zamawiającego wynika, że pan B. nie złożył oświadczenia na druku ZP1 przed dniem 29.09.2016 r. na co wskazuje argumentacja zamawiającego zawarta w piśmie z 13.11.2016 r. Odwołujący podkreśla, że otwarcie ofert nastąpiło 8.09.2016 r., a pan B. nadal nie złożył oświadczenia. Wskazuje, że to na zamawiającym ciąży obowiązek pozyskania oświadczeń, a z druku ZP1 wynika, że na dzień 29.09.2016 r. oświadczenie było, po czym zmienia się to, że oświadczenie zostało złożone później – nie sposób mówić tu o dochowaniu przez zamawiającego należytej staranności, na którą powołuje się on w piśmie z 13.11.2016 r. w którym również podkreśla, że ostateczny moment złożenia tego oświadczenia to dzień otwarcia ofert. Jednakże, na co wskazuje odwołujący, z przedstawionych dokumentów wynika, że ani w dniu otwarcia ofert 8.09.2016r., ani w dniu zakończenia prac komisji 29.09.2016r. oświadczenia zgodnie z art. 17 ust 2 Pzp przez pana B.a nie było. Odwołujący nie wie w jakim celu spotkał się kierownik zamawiającego z panem B, w dniu 06.10.2016 r. jednakże druk ZP1 został podpisany przez pana B.a jako członka komisji przetargowej w tym dniu tj. 06.10.2016 r. (...) ten dokument zamawiający powinien był odebrać we wrześniu. wskazuje na szereg istotnych wad prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia oraz zaniedbań po stronie Zamawiającego, ale jednocześnie ich ocena prowadzi do wniosku, że czynność unieważnienia postępowania przez Zamawiającego był zasadna. Argumentacja ta nie może zostać uznana przez Izbę za podstawę nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, nie można bowiem legitymować niewłaściwych, wadliwych czynności Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia wyborem oferty najkorzystniejszej i zawarciem umowy podlegającej unieważnieniu.

Zamawiający obowiązany jest do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy) jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwością do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy

25

w sprawie zamówienia publicznego. Ww. przesłanka unieważnienia postępowania składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu. Po pierwsze – musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania). Po drugie – wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Po trzecie – wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się choćby jednej z katalogu bezwzględnych przesłanek nieważności umowy, określonych w art. 146 ust. 1 ustawy. Orzecznictwo wypracowało spójną linię orzeczniczą, w oparciu o którą umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega także unieważnieniu w sytuacji

wypełnienia się szczególnej przesłanki wynikającej z art. 146 ust. 6 ustawy zgodnie z którym, określone zostało uprawnienie procesowe dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu powszechnego o unieważnienie umowy. Ustawodawca w tym przepisie zawarł również przesłankę materialną takiego wystąpienia o unieważnienie umowy, tj. takiego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Ustawodawca zatem przewidział, że umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega także unieważnieniu, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do określonego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Izba podkreśla w tym miejscu, że wbrew twierdzeniom Odwołującego przepis zawiera dwie podstawy materialne unieważnienia umowy.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo rozważył okoliczności jakie zaistniały w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia. Pozostawiając na boku zaniedbania, błędy Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, które niewątpliwie przyczyniły się do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba uznała, że w tej konkretnej sytuacji, przed zawarciem umowy Zamawiający prawidłowo ocenił stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia, a następnie unieważnił postępowanie pomimo wcześniej dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej. Zaznaczyć należy, że prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia ma na celu udzielenie tego zamówienia i zawarcie ważnej umowy, tym samym skoro Zamawiający powziął konkretne informacje, a informację o podstawie wyłączenia Pana B.a z prac Komisji Przetargowej powziął w dniu 6 października 2016 roku (wybór najkorzystniejszej oferty 29

26

września 2016 roku), stanowiące przyczynę unieważnienia postępowania to nie mógł postąpić inaczej. Dywagacje Odwołującego o przyczynach leżących u podstaw unieważnienia postępowania należy uznać za niezasadne, co Izba wnioskuje z tego, że Zamawiający nie miał żadnej pewności co do tego jakie oświadczenie złoży Pan B. na Druku- ZP1. W postępowaniu podnoszone było, że Pan B. brał udział w realizacji procedury zamówieniowej po stronie Zamawiającego dotyczącej budowy Afrykanarium we Wrocławiu, co niewątpliwie stanowi unikalne doświadczenie, jednakże nie to doświadczenie stanowiło podstawę oświadczenia o wyłączeniu złożonego przez Pana B.a (bowiem zdobyte zostało przy pracy po stronie Zamawiającego), a co dopiero wynikało z późniejszej korespondencji emailowej Pana B.a, a w ocenie Izby potwierdziło prawidłowość czynności Zamawiającego. Podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania Zamawiający dysponował oświadczeniem na Druku ZP-1 i to w ocenie Izby stanowi wystarczającą podstawę do podejmowania dalszych czynności, co zostało już w pierwszej części uzasadnienia wskazane. Natomiast email z 30 października 2016 roku przesłany przez Pana B.a w sposób jednoznaczny potwierdza zaistnienie okoliczności stanowiących podstawę do wyłączenia a mianowicie, reprezentację Odwołującego w roku 2014 przez Krajową Izbą Odwoławczą, co w ocenie Pana B.a powodowało automatyczne spełnienie przesłanki z art. 17 ust. 1 pkt 3 ustawy. Podkreślić należy, że w Druku ZP-1 Pan B. wskazał podstawę z punktu 4. W ocenie Izby, nie mają uprawnień strony ani Izba do podważania w postępowaniu odwoławczym prawdziwości i zasadności złożonego w Druku ZP-1 oświadczenia, ale niewątpliwie treść emaila wskazuje na kolejną, nieznaną nawet przed unieważnieniem postępowania przesłankę, jaka była podstawą wyłączenia Pana B.a z czynności w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nienależnie od wszystkiego Izba wskazuje, że każda z osób czy to członek Komisji Przetargowej, czy też inna osoba wykonująca czynności w postępowaniu w przypadku zaistnienia przesłanek do wyłączenia podlega wyłączeniu z podejmowania czynności w postępowaniu.

Istotnym jest również czas ujawnienia przez Pana B.a podstawy wyłączenia z prac Komisji Przetargowej, podstawy wyłączenia z prac w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. 6 października 2016 roku, czyli po wyborze oferty najkorzystniejszej. Natomiast zgodnie z art. 17 ust. 3 ustawy czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podjęte przez osobę podgalającą wyłączeniu po powzięciu przez nią wiadomości o okolicznościach, o których mowa w ust.1, powtarza się, z wyjątkiem otwarcia ofert oraz innych czynności faktycznych niewpływających na wynik

postępowania. Wiadomym na podstawie powyższego, nie spornym jest, że nie było mowy o możliwości powtórzenia czynności dokonywanych przez Pana B.a. Fakt niemożliwości powtórzenia dokonywanych przez Pana B.a czynności, aby stanowił podstawę unieważnienia postępowania (wada nieusuwalna) musi również być poparty argumentacją, że czynności te miały lub mogły mieć wpływ na wyniki postępowania.

Izba zgadza się z Odwołującym, że to Zamawiający prowadzi postępowanie a nie Pan B. ale takie rozumowanie w ocenie Izby jest niezasadne, bowiem Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia natomiast ustawodawca wychodząc naprzeciw zasadą przejrzystości i transparentności tego postępowania wymaga ujawnienia, jak również określonego zachowania od osób, które to właśnie Zamawiający (osoba występująca w imieniu Zamawiającego) do prowadzenia postępowania wskazał. To te osoby wskazane przez Zamawiającego proponują, przygotowują, opracowują różne rozwiązania, które swoje odzwierciedlenie następnie mają w opisie przedmiotu zamówienia sporządzonym zgodnie z obowiązującymi dla robót budowlanych wymaganiami, w opisie sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych na ich spełnienie dokumentach, kryteriach oceny ofert czy też w postanowieniach projektowanej umowy.

Te osoby również odpowiadają za przygotowanie dokumentacji zgodnie z ustawą.

Odpowiadają za prowadzenie postępowania zgodnie z ustawą, wskazywanie wymaganych publikacji ich sposobu i czasu, przygotowywanie projektów odpowiedzi na wnioski wykonawców w zakresie wyjaśnienia SWIZ (tzw. pytania) jak również opracowania stanowiska Zamawiającego w sprawie złożonych odwołań. Nie sposób uznać, że to wszystko ma robić jedna osoba – tzw. Zamawiający, bo choćby z powodu ogromu różnych branżowych wymagań niezbędnych do prowadzenia postępowania nie miałby takiej możliwości. Dodatkowo Izba podkreśla, że ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek powołania Komisji Przetargowej do przeprowadzenia postępowania, którego wartość wyznacza obowiązek publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego w obliczu powyższego stanowiła jedynie próbę umniejszenia pozycji Komisji Przetargowej, jej zmarginalizowania i nieistotności w prowadzonym postępowaniu, co można odczytywać jako świadomy i celowy zabieg procesowy mający na celu obniżenie, zniweczenie znaczenia Komisji Przetargowej oraz osób biorących udział w prowadzeniu postępowania wbrew faktycznemu ich znaczeniu.

To znowu prowadzi do wniosku, że Odwołujący świadomy był udziału Pana B.a w czynnościach podejmowanych w postępowaniu a zmarginalizowanie ich znaczenia miało na celu wykazanie braku jakiegokolwiek ich wpływu na prowadzone postępowanie.

W ocenie Izby słusznie wskazał Zamawiający jak również uczestnik postępowania, że Pan B. już w dniu 23 czerwca 2016 roku wiedział o zainteresowaniu się Odwołującego przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia, bowiem wtedy został złożony wniosek w wyjaśnienie SWIZ przez Odwołującego (potwierdzenie: email z 23 czerwca 2016 roku od Arkadiusza Jaksy do Pana B.a oraz zwrotny email z dnia 23 czerwca 2016 roku), a mimo to nie powstrzymał się od podejmowania czynności w postępowaniu. Izba podkreśla, że oświadczenie na Druku ZP-1 o podstawach wyłączenia została złożona z datą 5 lipca 2016 roku, choć faktyczne podstawy zaistniały już wcześniej, a sama czynność złożenia oświadczenia dokonana była dopiero w dniu 6 października 2016 roku.

Czynności jakie wykonywał Pan K.B. w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia znajdują odzwierciedlenie w dokumentacji – wydruki korespondencji emaliowej pomiędzy Panem K.B. a Zamawiającym (tom II i tom III złożony przez Zamawiającego). Izba dopuściła zawnioskowaną przez Zamawiającego dokumentację, z której wynika, że w dniach od 15 czerwca 2016 roku (publikacja ogłoszenia o zamówieniu) Pan B. wykonywał szereg czynności

w postępowaniu a polegających na wypracowaniu stanowiska w sprawie wniesionych odwołań w postępowaniu dotyczących m.in. opisu sposobu spełnia warunków udziału w postępowaniu i postanowień projektu umowy (email z dnia 26, 29 czerwca oraz 3 lipca 2016 roku wraz z załącznikami); zmiany postanowień SWIZ z dnia 30 czerwca 2016 roku (email z dnia 26, 27, 29 czerwca wraz z załącznikami); zmiany postanowień SWIZ z dnia z 4

lipca 2016 roku, odnoszące się między innymi do zmiany postanowień odnośnie kar umownych (emaile z dnia 3 lipca 2016 roku wraz z załącznikami); przygotowanie materiałów i zmian do SWIZ w wyniku udzielonych odpowiedzi na pytania wykonawców:

z 18 lipca 2016 roku Zestaw 1 (125 odpowiedzi) i Zestaw 2 (165 odpowiedzi) - -

(emaile z dnia 8, 12, 13 lipca 2016 roku wraz z załącznikami),

z 22 lipca 2016 roku (emaile z dnia 22 lipca 2016 roku wraz z załącznikami), -

z 26 lipca 2016 roku (emaile z dnia 25, 26 lipca 2016 roku wraz z załącznikami). -

Uwzględniając w tym miejscu argumentację Odwołującego odnoszącą się do akceptowania propozycji Pana B.a przez Zamawiającego nie sposób uznać, że to niweluje istotność czynności podejmowanych przez Pana B.a w postępowaniu w wyżej wymienionym zakresie. Podkreślenia w tym miejscu w ocenie Izby wymaga, że sam Odwołujący – odnosząc się do przedstawionej przez Zamawiającego korespondencji melisowej – zwrócił uwagę na duży udział w pracy merytorycznej Pana B.a argumentując na rozprawie, że w ocenie odwołującego dokumenty te wskazują, że pan B. włożył dużo pracy

29

merytorycznej w postępowanie o zamówienie i poprawność tego postępowania.

Zamawiający sam wskazał, że zgłaszał uwagi do przedstawianych propozycji przez Pana B.a jednakże ich zakres był znacząco mniejszy od proponowanych rozwiązań, jak również wskazywał Zamawiający na faktyczną współpracę poszczególnych osób celem wpracowania jednego stanowiska. Sam fakt współdziałania przy podejmowaniu decyzji

co do zmian poszczególnych postanowień, akceptowania pewnych zaproponowanych rozwiązań wskazuje na to, że działania Pana B.a mogły mieć wpływ na wynik postępowania.

Izba podkreśla również, że zgodnie z oświadczeniem złożonym w trakcie rozprawy przez Zamawiającego a mianowicie, że *w dniu 20.10.2016 r. zamawiający nie miał pewności z którym z wykonawców pan B. pozostaje w relacjach, nie miał tej pewności również w dniu 06.10.2016 r., a ta argumentacja została przedstawiona w piśmie pana B.a tj. mail z 30.10.2016 r.* nie pozwala na uznanie za prawidłowe twierdzenia,

że działania Zamawiającego nakierowane zostały przeciw Odwołującemu a nie w celu prawidłowego przeprowadzenia postępowania. W tym miejscu podkreślić również należy, że Odwołujący nie odniósł się do wskazanych przez Pana B.a w emailu z dnia 30 listopada 2016 roku informacji na temat podjętej w 2014 roku współpracy, tym samym Izba uznała je za przyznane przez Odwołującego. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że całokształt czynności dokonywanych przez Pana B.a w postępowaniu stanowi o wpływie na wynik prowadzonego postępowania. Pan B. posiadający unikatowe doświadczenie przy realizacji jedynej w Polsce podobnej inwestycji, będący specjalistą w dziedzinie zamówień publicznych jak również udzielający porad i konsultacji w zakresie prawa budowlanego a czynnie biorący udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia niewątpliwie miał wpływ na postanowienia dokumentacji, a tym samym na wynik prowadzonego postępowania. Pomijanie znaczenia udziału Pana B.a w prowadzonej procedurze zamówieniowej, czy też umniejszanie jego roli stanowi jedynie zabieg procesowy Odwołującego. W ocenie Izby nieprawdopodobne wydaje się, aby Zamawiający pozyskiwał specjalistę o takim doświadczeniu, ponosił koszty (Zamawiający przedstawił faktury za pismem z dnia 17 listopada 2016 roku) z tym związane, aby następnie zmarginalizować działania tej osoby sprowadzając ją li tylko do roli osoby wykonującej czynności techniczne (piśmiennicze). Oczywiście jest, że nawet w przypadku pozyskania zewnętrznego specjalisty do realizacji danego projektu jego mocodawca zawsze będzie starał się wnieść coś od siebie, nie stanowi to natomiast umniejszenia czy też zniweczenia dokonanych przez specjalistę czynności, które były przyjęte przez mocodawcę. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że trudno było mu wykazać w jakich czynnościach w przygotowaniu

30

postępowania i później w fazie jego prowadzenia nie brał udziału Pan B., ponieważ lektura przedstawionej korespondencji emaliowej jest wielowątkowa i dotyczy przeróżnych obszarów, w tym tych określonych zawartą umową z Panem B, jak również odpowiadających wiedzy i doświadczeniu Pana B.a. Nieprawdopodobnym jest natomiast stanowisko Pana B.a, specjalisty w sprawach zamówień publicznych, który mając wiedzę o podstawach wyłączenia

go z podejmowania czynności w prowadzonym postępowaniu, po uzyskaniu informacji, które aktywowały konieczność powstrzymania się od dalszych czynności zbagatelizował ten fakt i nie poinformował Zamawiającego o istniejącej przeszkodzie; a przecież kto inny jak specjalista w zakresie zamówień publicznych nie może nie zdawać sobie sprawy z obowiązków ustawowych nałożonych na osoby biorące udział w podejmowanych czynnościach w prowadzonym przetargu i nie ma tu już znaczenia czy te czynności wykonywane były w ramach Komisji Przetargowej (co sam Pan B. potwierdził w złożonym Druku ZP-1 oraz podpisując protokoły) czy też przez inną osobę biorącą udział w postępowaniu – skutek jest ten sam. Natomiast nie istnieje inna forma, inny sposób zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych wykonywania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez jakąkolwiek osobę, czy to zatrudnioną na umowę o pracę czy też działającą na podstawie stosunku cywilnoprawnego, a nawet *pro bono* – w obliczu ustawy Prawo zamówień publicznych znaczenie mają faktycznie wykonywane czynności i możliwość ich wpływu na wyniki postępowania.

W podsumowaniu Izba wskazuje, że doszło do naruszenia przepisów ustawy przez podejmowanie czynności w postępowaniu przez osobę podlegającą wykluczeniu, wada ta jest nieusuwalna na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, jak również ta wada w postępowaniu powoduje, że niemożliwe było zawarcie umowy, która nie będzie podlegała unieważnieniu. Zamawiający unieważniając postępowanie nie naruszył zasad Prawa zamówień publicznych, bowiem konkurencyjność i równe traktowanie wykonawców zostałyby naruszone, gdyby Zamawiający nie dokonał kwestionowanej przez Odwołującego czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia w obliczu stwierdzonych nieprawidłowości. 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 (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie dochował należytej staranności w trakcie realizacji procedury, co w efekcie musiało doprowadzić do unieważnienia postępowania. Nie należy zapominać, że Zamawiający mógł również działać w zaufaniu

31

do osób będących specjalistami w zamówieniach publicznych, co jednakże nie zwolniło Zamawiającego z obowiązku działania zgodnie z literą prawa, w efekcie błędy jakie popełnił Zamawiający doprowadziły do unieważnienia postępowania, czego można było uniknąć dochowując należytej staranności w działaniu. Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego po powzięciu wiedzy o podstawach tego unieważnienia, co stanowi działanie zgodne z zasadami postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

Przewodniczący:.....

32