Sygn. akt: KIO 1620/13

WYROK
z dnia 24 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 lipca 2013 r.** w Warszawie odwołania z dnia **10 lipca 2013 r.** wniesionego przez wykonawcę **Zakład Usług Technicznych Energetyki Cieplnej ZUTEC Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu, ul. ślazna 9, 26-612 Radom** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Radomskie Przedsiębiorstwo Energetyki Cieplnej RADPEC S.A. z siedzibą w Radomiu, ul. ślazna 7, 26-612 Radom**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje:
1) unieważnić decyzję zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania;
2) powtórzyć czynności badania i oceny ofert.

---

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Radomskie Przedsiębiorstwo Energetyki Cieplnej RADPEC S.A. z siedzibą w Radomiu, ul. ślazna 7, 26-612 Radom** i nakazuje:
1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Zakład Usług Technicznych Energetyki Cieplnej ZUTEC Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu, ul. ślazna 9, 26-612 Radom,** tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
2) dokonać wpłaty kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez zamawiającego **Radomskie Przedsiębiorstwo Energetyki Cieplnej RADPEC S.A. z siedzibą w Radomiu, ul. ślazna 7, 26-612 Radom** na rzecz wykonawcy **Zakład Usług Technicznych Energetyki Cieplnej ZUTEC Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu, ul. ślazna 9, 26-612 Radom** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Radomiu.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 1620/13

Uzasadnienie

Zamawiający **Radomskie Przedsiębiorstwo Energetyki Cieplnej RADPEC S.A., ul. ślazna 7, 26-612 Radom** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Przebudowa sieci cieplnej o. Ustronie od komory UC-6 do komory UC-8 wraz z sieciami do węzłów cieplnych w budynkach przy ul. Osiedlowej w Radomiu« (tzw. „zamówienie Osiedlowe").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **24.05.2013 r.** pod nrem **2013/S 099-168919.** Postępowanie jest prowadzone

zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

25.06.2013 r. zamawiający pisemnie zawiadomił wykonawcę **Zakład Usług Technicznych Energetyki Cieplnej ZUTEC Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu, ul. ślazna 9, 26-612 Radom** o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Amster Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Lodowa 110, 93-232 Łódź;
2) wykluczeniu wykonawcy **Zakład Usług Technicznych Energetyki Cieplnej ZUTEC Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu, ul. ślazna 9, 26-612 Radom,** na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Wykonawca **Zakład Usług Technicznych Energetyki Cieplnej ZUTEC Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu, ul. ślazna 9, 26-612 Radom,** zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł **10.07.2013 r.** do Prezesa KIO odwołanie na naruszenie art. 7 Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp przez błędną interpretację tego przepisu i niewłaściwe jego zastosowanie do zaistniałego stanu faktycznego oraz nieuzasadnione wykluczenie z postępowania.

Odwołujący wniósł o:

1) unieważnienie decyzji zamawiającego o wykluczenie odwołującego z postępowania;
2) nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert;

3) zasądzenie od zamawiającego poniesionych kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów uiszczonego wpisu od odwołania.

Argumentacja odwołującego

Zamawiający w ramach przetargu podjął decyzję o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu, motywując decyzję rzekomo uprzywilejowaną pozycją wobec innych wykonawców z uwagi na wykonywaną w ramach odrębnego postępowania przetargowego dokumentację projektową dotyczącą przedmiotu obecnego postępowania. Jednak argumentacja ta stanowi nadinterpretację art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp i mija się z obiektywną wykładnią podstaw wykluczenia.

Odwołujący rzeczywiście wykonał na rzecz zamawiającego dokumentację projektową: Projekt budowlany wykonawczy przebudowy osiedlowej sieci cieplnej o. Ustronie od komory UC-6 do komory UC-8 z instalacją alarmową wraz z przyłączami do węzłów cieplnych przy ul. Osiedlowej w Radomiu, Specyfikację Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych – ST-WO, SST-01, SST-02, Informację dotyczącą Bezpieczeństwa i Ochrony Zdrowia – BIOZ, Kosztorys Inwestorski.

Fakt ten jednak w żaden sposób nie sprawia, że pozycja odwołującego w jakikolwiek sposób różniła się od pozycji innych wykonawców. Z samego faktu udziału w przygotowaniu przedmiotowego postępowania nie można domniemywać, że odwołujący uzyskał przewagę konkurencyjną nad innymi uczestnikami.

Odbiór dokumentacji projektowej nastąpił 29 marca 2013 r. i od tego momentu odwołujący nie ingerował w treść dokumentacji ani nie uczestniczył w przygotowaniu postępowania przetargowego polegającym m.in. na przygotowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy też ustaleniu wartości zamówienia. Zgodnie z przepisami to zamawiający dokonuje ustalenia wartości zamówienia. Może posiłkować się danymi pochodzącymi z zewnątrz, np. kosztorysem inwestorskim, jednak to zawsze na zamawiającym ciąży odpowiedzialność za dochowanie należytej staranności przy ustalaniu tej wartości.

Fakt, że odwołujący nie uczestniczył ani w tworzeniu specyfikacji, ani w ustalaniu wartości zamówienia stawia pod znakiem zapytania słuszność zarzutów zamawiającego, że odwołujący wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem oferty w rozumieniu postanowienia rozdz. 2 Pzp. Odwołujący niewątpliwie brał w pewnym stopniu udział w przygotowaniu postępowania, jednak w ocenie odwołującego nie był to udział bezpośredni.

Stanowisko takie prezentuje również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 4 marca 2011 r. sygn. akt KIO 345/11.

24.05.2013 r. zamawiający zamieścił na stronie http://ted.europa.eu ogłoszenie o zamówieniu na roboty budowlane i od tego momentu wszyscy potencjalni wykonawcy mieli pełny dostęp zarówno do dokumentacji technicznej jak i do informacji o szacunkowej wartości zamówienia.

Podnoszony przez zamawiającego zarzut, że odwołujący wykonując kosztorys inwestorski dysponował dodatkowymi szczegółowymi informacjami w zakresie realizacji zadania, którymi nie dysponowali inni wykonawcy na etapie przygotowania ofert (chodzi o przedmiar robót, który nie był elementem specyfikacji) wydaje się być nietrafiony.

To nie odwołujący, a tylko i wyłącznie zamawiający decydował o tym, które dokumenty udostępni potencjalnym wykonawcom na etapie sporządzania ofert, zaś nie zamieszczenie przedmiaru robót świadczy o tym, że dokument ten nie był w ocenie zamawiającego istotnym dla wykonawców elementem mogącym mieć wpływ na rzetelną wycenę przedmiotu zamówienia, co potwierdza również fakt, że zamawiający nie wymagał od wykonawców złożenia w ofercie wypełnionego kosztorysu ani też nie uzależnił przewidzianego umową wynagrodzenia ryczałtowego od przedmiaru robót czy kosztorysu powykonawczego. Zachowanie zamawiającego jednoznacznie świadczy o tym, że traktował on kosztorys inwestorski tylko i wyłącznie jako podstawę do oszacowania wartości zamówienia.

Gdyby którykolwiek z wykonawców uważał, że do skalkulowania ceny ofertowej potrzebuje przedmiaru robót z całą pewnością wystąpiłby do zamawiającego o udostępnienie tego dokumentu. Jednak wykonawcy, jako profesjonaliści, za podstawę wyceny wykonywanych przez siebie robót wykorzystują dokumentację techniczną, która w tym przypadku była powszechnie znana.

Podobne stanowisko przyjęła KIO w wyroku z 14 lipca 2010 sygn. akt KIO/UZP 1385/10.

Pismo informujące o wykluczeniu odwołującego z postępowania zawiera stwierdzenie „Ponadto zgodnie z cz. II pkt [ust.] 4 Rozwiązania równoważne specyfikacji, wykonawca, który zaoferuje w ofercie zastosowanie rozwiązań równoważnych jest zobowiązany po podpisaniu umowy do uzyskania akceptacji autora dokumentacji projektowej w odniesieniu do zastosowanych elementów równoważnych". Mimo że zdanie to nie jest opatrzone żadnym komentarzem ani nie zawiera jasno sformułowanego zarzutu, można domniemywać, że zamawiający sugeruje, że odwołujący będzie utrudniał wykonawcy realizację zadania przez np. odmowę zaakceptowania zmian w dokumentacji projektowej.

Dokumentacja projektowa opracowana została zgodnie z wytycznymi do projektowania wydanymi przez podmiot RADPEC i zawiera typowe rozwiązania oraz materiały stosowane od wielu lat przez zamawiającego i nie występują w niej żadne elementy, które mogłyby stawiać firmę projektującą na uprzywilejowanej pozycji wobec innych wykonawców.

Gdyby zamawiający uważnie zapoznał się z cz. II ust. 4 specyfikacji (stworzonej przez siebie) musiałby uznać, że postanowienie to zostało wprowadzone po to, aby zapewnić

równe warunki konkurencji dla wszystkich wykonawców. Jeżeli którykolwiek z wykonawców (w tym również odwołujący) ze względów ekonomicznych, technicznych czy też innych chciałby zmienić zaproponowane w projekcie materiały czy urządzenia na inne (zapewne tańsze) musiałby się liczyć z wykonaniem czynności wyszczególnionych w ust. 4 specyfikacji. Gdyby zaproponowane rozwiązania były zgodne z przepisami Prawa budowlanego i sztuką budowlaną, projektant nie miałby najmniejszych podstaw do odmowy zaakceptowania zastosowanych zmian.

Jednak dyskusja na temat zarzutu uprzywilejowanej pozycji odwołującego ze względu na możliwość akceptacji bądź nie zmian w dokumentacji jest bezcelowa, ponieważ odwołujący podczas sprawdzenia oferty przedsiębiorstwa AMSTER sp. z o.o. przeprowadzonego 26.06.2013 r. w siedzibie zamawiającego stwierdził, że sprawdzana oferta nie zawiera załączników świadczących o zastosowaniu rozwiązań równoważnych.

Zdaniem odwołującego ciężar udowodnienia przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp spoczywa na zamawiającym, gdyż to on ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny polegający na wykluczeniu wykonawcy (art. 6 Kc w zw. z art. 14 Pzp). Sankcja wykluczenia

jest dla wykonawcy szczególnie dotkliwa, uniemożliwia bowiem dalsze ubieganie się o udzielenie zamówienia, a z punktu widzenia samego zamawiającego prowadzi do dopuszczenia do badania i oceny mniejszej liczby ofert, a więc udzielenia zamówienia w warunkach mniej konkurencyjnych. W ocenie odwołującego zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów usprawiedliwiających wykluczenie odwołującego z postępowania przetargowego.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **02.07.2013 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **03.07.2013 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także okazania przez zamawiającego umowy z 12.12.12 r. między obecnym zamawiającym i odwołującym, z której treści § 6 zamawiający wywodzi, że obecny odwołujący jest zobligowany do prowadzenia nadzoru autorskiego, co stawia odwołującego w uprzywilejowanej sytuacji – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 7 Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp przez błędną interpretację tego przepisu, niewłaściwe zastosowanie do zaistniałego stanu faktycznego oraz nieuzasadnione wykluczenie z postępowania – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający 25.06.2013 r. pisemnie zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty i o wykluczeniu wykonawcy **Zakład Usług Technicznych Energetyki Cieplnej ZUTEC Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu, ul. Żelazna 9, 26-612 Radom** na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp brzmi: »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy […] wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31a ust. 1, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji; przepisu nie stosuje się do wykonawców, którym udziela się zamówienia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 2 lub art. 67 ust. 1 pkt 1 i 2«.

Uzasadniając tę czynność zamawiający stwierdził, że wykluczony wykonał na rzecz zamawiającego dokumentację projektową, którą zamawiający wykorzystał w obecnie prowadzonym postępowaniu jako opis przedmiotu zamówienia i jako podstawa do ustalenia wartości zamówienia. Szczególnie zamawiający zaznaczył, że wykluczony cyt. »wykonując kosztorys inwestorski dysponował szczegółowymi informacjami w zakresie realizacji zadania (przedmiar robót nie był elementem specyfikacji), którymi nie dysponowali wykonawcy na etapie przetargowym.

Ponadto zgodnie z cz. II pkt [ust.] 4 – Rozwiązania równoważne Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wykonawca, który zaoferuje w ofercie zastosowanie rozwiązań

równoważnych jest zobowiązany po podpisaniu umowy do uzyskania akceptacji autora dokumentacji projektowej w odniesieniu do zastosowanych elementów równoważnych.

Udział w opisanych powyżej czynnościach przygotowawczych oraz rola twórcy dokumentacji projektowej na etapie realizacji zamówienia, stawia […] [wykluczonego] w uprzywilejowanej sytuacji wobec innych wykonawców.

W związku z powyższym zachodzą przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp nakazujące wykluczenie wykonawcy z postępowania«.

Z czynnością wykluczenia nie zgodził się odwołujący wskazując, że zamawiający oparł swoją czynność na części przepisu i nie wziął pod uwagę istotnego zastrzeżenia zawartego w art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp, który to zastrzeżenie brzmi »chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji«.

Nie jest rzeczą sporną, że obecny odwołujący wykonywał na rzecz obecnego zamawiającego dokumenty stanowiące projekt budowlany i przedmiar robót. Dokumenty te zostały wykorzystane w rozpoznawanym przetargu, chociaż zamawiający nie udostępnił innym wykonawcom przedmiaru robót. Ze stanowiska zamawiającego wynika, że żaden wykonawca nie wnosił o udostępnienie przedmiaru robót, a nie był to dokument konieczny do sporządzenia oferty, bo zamawiający ustanowił wynagrodzenie jako ryczałt.

W związku z tym ewentualna lepsza pozycja odwołującego w stosunku do pozostałych wykonawców zawężała się tylko do wcześniejszego poznania projektu budowlanego. Jednak m.in. właśnie po to jest ustanawiany dosyć długi czas między ukazaniem się ogłoszenia o zamówieniu a terminem składania ofert, aby wykonawcy mogli z należytą starannością zapoznać się z dokumentacją, przez co ta przewaga jest minimalizowana do tego stopnia, że nie ma istotnego wpływu na wynik postępowania. W terminie przeznaczonym na sporządzenie ofert wykonawcy mieli możność dostatecznego zapoznania się z przedmiotem zamówienia i sporządzania oferty, której cena nie odbiegała dalece od wartości szacunkowej określonej przez zamawiającego i ceny zaoferowanej przez obecnego odwołującego.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C 21/03 i C 34/03 Fabricom S.A. przeciw państwu Belgijskiemu, gdzie Trybunał rozpoznawał problem naruszenia uczciwej konkurencji ze względu na branie udziału w przygotowaniu postępowania jednego z podmiotów, który wykonywał wcześniej prace powiązane z przedmiotem zamówienia. Ponadto skład orzekający Izby podkreśla, że w rozpoznawanej przez Trybunał sprawie były brane pod uwagę szczególne uwarunkowania dotyczące złożenia oferty w postępowaniu przez osobę, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, a więc na skomplikowany przedmiot zamówienia, natomiast w sprawie rozpoznawanej przez

Izbę przedmiotem zamówienia są w zasadzie nie nadmiernie skomplikowane liniowe roboty budowlane (przebudowa sieci cieplnej […] wraz z sieciami do węzłów cieplnych). Trybunał w wyroku w sprawie C 21/03 i C 34/03 Fabricom S.A. przeciw państwu Belgijskiemu stwierdził cyt. »1) **Dyrektywa** Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, zmieniona dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r., w szczególności jej artykuł 3 ust. 2, dyrektywa Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy, zmieniona dyrektywą 97/52, w szczególności jej art. 5 ust. 7, dyrektywa Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, zmieniona dyrektywą 97/52, w szczególności jej art. 6 ust. 6, jak również dyrektywa Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zmieniona dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 98/4/WE z dnia 16 lutego 1998 r., w szczególności jej art. 4 ust. 2, **stoją na przeszkodzie zasadzie** przewidzianej w art. 26 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 10 stycznia 1996 r. oraz art. 32 dekretu królewskiego z dnia 25 marca 1999 r., zmieniającego dekret królewski z dnia 8 stycznia 1996 r., **zgodnie z**

którą nie dopuszcza się do złożenia wniosku o uczestnictwo lub **złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego** na roboty budowlane, dostawy lub usługi **przez osobę, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych,** eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych **w zakresie tych robót** budowlanych, dostaw i usług, **bez umożliwienia tej osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenia nie mogły zniekształcić konkurencji; 2) Dyrektywa** Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, w szczególności jej art. 2 ust. 5 lit. a oraz art. 5, jak również dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, w szczególności jej art. 1 i 2 **stoją na przeszkodzie temu, aby jednostka zamawiająca mogła** aż do zakończenia procedury rozpatrywania ofert **odmówić** uczestnictwa w postępowaniu lub **złożenia oferty przedsiębiorstwu powiązanemu z osobą, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych,** eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych **w zakresie robót** publicznych, dostaw lub usług, **kiedy przesłuchane w tym względzie przez instytucję zamawiającą**

---

przedsiębiorstwo twierdzi, że z tego tytułu nie odniosło nieuzasadnionej korzyści mogącej zniekształcić normalne warunki konkurencji« [skład orzekający Izby dokonał podkreśleń i pogrubień w cytacie].

Skład orzekający Izby wziął również pod uwagę fakt, że w tak mało skomplikowanym przedmiocie zamówienia zamawiający ani żaden z pozostałych wykonawców nie wykazał ani nawet nie zarzucił odwołującemu, że sporządzając projekt budowlany zastosował w nim rozwiązania, które by powodowały zajęcie przez obecnego odwołującego uprzywilejowanej pozycji w następnych postępowaniach na wykonanie robót budowlanych na podstawie projektu budowlanego. Takimi rozwiązaniami w projekcie budowlanym mogłyby być np. zastrzeżenie stosowania określonych technologii czy urządzeń bez umożliwienia zaoferowania rozwiązań równoważnych czy z możliwościami zastosowania takich rozwiązań równoważnych, ale po spełnieniu zbyt restrykcyjnych warunków. Również takimi, wpływającymi negatywnie na uczciwą konkurencję rozwiązaniami mogłyby być zastosowanie w projekcie budowlanym elementów, które nie mogą być spełnione przez innych wykonawców bez dysponowania szczególnymi cechami czy możliwościami, gdy nie musi to być wymagane. Zamawiający nie wykazał, że w projekcie budowlanym sporządzonym przez obecnego odwołującego zostały zawarte lub ukryte jakieś dane, które utrudniałyby uczciwą konkurencję na etapie sporządzania oferty w postępowaniu na wykonanie tego projektu budowlanego. Również z analizy przebiegu rozpoznawanego postępowania nie wynika, że obecny odwołujący zastosował jakieś propozycje, które mogłyby negatywnie wpływać na uczciwą konkurencję czy stawiać w uprzywilejowanej pozycji obecnego odwołującego.

Krajowa Izby Odwoławcza podobnie stwierdziła to w wyroku z 4 marca 2011 r., sygn. akt 345/11, cyt. »Oczywiście, podmiot przygotowujący prowadzone postępowanie ma (do pewnego stopnia) naturalną przewagę nad innymi uczestnikami postępowania, jednak przewaga ta jest niwelowana przez ujawnienie wszelkich niezbędnych dokumentów mogących mieć wpływ na postępowanie, i umożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznanie się z nimi. Dlatego uczestnictwo w przygotowaniu postępowania nie jest bezwzględną przesłanką wykluczenia, a aktualizuje się dopiero w wypadku, kiedy zostanie wykazane, że udział ten utrudnił uczciwą konkurencję«.

Na takie wnioskowanie składu orzekającego Izby ma również wpływ fakt, że w analogicznej sprawie z uczestnictwem tych samych stron (sygn. akt 1677/13) zamawiający dopuścił do udziału w postępowaniu innego wykonawcę i nie odrzucił oferty wykonawcy, który zaoferował w swojej ofercie rozwiązanie równoważne (finalnie propozycja równoważna była droższa niż oferta odwołującego). Obrazuje to pozycję zamawiającego w przyszłym wykonaniu robót budowlanych, gdzie mimo nadzoru autorskiego pełnionego przez obecnego odwołującego (lub osobę związaną z tym podmiotem, co jest w sprawie nieistotne) i

postanowieniu § 6 wyżej wspomnianej umowy z 12.12.12 r. na pełnienie nadzoru autorskiego, sam zamawiający decyduje o możliwości wprowadzenia rozwiązań równoważnych. Dlatego też skład orzekający Izby stwierdza, mimo innego argumentowania zamawiającego, że nadzór autorski obecnego odwołującego nad wykonywaniem przedmiotu zamówienia nie wpływał na udział i postępowanie innych wykonawców w trakcie sporządzania ofert i późniejsze wykonywanie zamówienia. Zamawiający nie wykazał możliwości zaistnienia takiego wpływu w rozpoznawanej sprawie, a również z całości dokumentacji sprawy nie wynika możliwość zaistnienia takiej możliwości w sposób wpływający w istotny sposób na rozpoznawane postępowanie.

Na koniec skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie wykazał, aby możliwe było bez żadnych innych argumentów swoiste karanie wykonawców za to, że „wygrali" inny przetarg, którego wynik jest związany z następnym postępowaniem.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający niewłaściwie zastosował przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp gdyż nie wziął pod uwagę zawartego w tym przepisie zastrzeżenia o brzmieniu »chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji«. Zamawiający powinien badać czy udział wykonawcy w czynnościach związanych z przygotowaniem zamówienia miał wpływ na utrudnienie uczciwej konkurencji. Z przebiegu postępowania odwoławczego wynika, że udział odwołującego w postępowaniu przetargowym nie miał wpływu na utrudnienie uczciwej konkurencji.

Z przytoczonych wyżej powodów skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut naruszenia art. 7 Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp przez niewłaściwe zastosowanie przepisu do stanu faktycznego oraz nieuzasadnione wykluczenie z postępowania odwołującego – zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, kwestia czy sporządzenie projektu budowlanego, kosztorysu inwestorskiego i innych tego typu dokumentów, jako wykonanie zamówienia w innym postępowaniu jest wykonywaniem bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem innego (rozpoznawanego) postępowania, w którym zamawiający wykorzystał te dokumenty jako podstawę do określenia wartości zamówienia i jako opis przedmiotu zamówienia nie była przedmiotem rozpoznania Izby, gdyż taki zarzut nie został zawarty w odwołaniu. Przepis art. 192 ust. 7 Pzp brzmi: »Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu«.

Zamawiający naruszył art. 7 i art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

……