Sygn. akt: KIO 746/16

WYROK
z dnia 19 maja 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2016 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2016 roku przez wykonawcę inProjects K. i Wspólnicy Sp. j. z siedzibą w Stargardzie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gmina Miasto Szczecin

przy udziale wykonawcy Netservice24 Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępoania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.
Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy inProjects K. i Wspólnicy Sp. j. z siedzibą w Stargardzie oraz odrzucenia
jego oferty.
Nakazuje Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.
W pozostałym zakresie nie uwzględnia zarzutów odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża Gmina Miasto Szczecin i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę inProjects K. i Wspólnicy Sp. j. z siedzibą w Stargardzie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Miasto Szczecin na rzecz wykonawcy inProjects K. i Wspólnicy Sp. j. z siedzibą w Stargardzie kwotę 14 697 zł 48 gr (słownie: czternaście tysięcy sześćset dziewięćdziesiąt siedem złotych, czterdzieści osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, kosztów zastępstwa prawnego oraz kosztów dojazdu.

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 Szczecinie.

Przewodniczący: ……..……..

Sygn. akt: KIO 746/16

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Miasto Szczecin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *Budowa kanalizacji teletechnicznej oraz kabli* światłowodowych *dla Gminy Miasto Szczecin* zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 55774 z 11 marca 2016 roku.

4 maja 2016 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29

stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego w przedmiocie *Budowa kanalizacji teletechnicznej oraz kabli* światłowodowych *dla Gminy Miasto Szczecin* polegające na wykluczeniu Odwołującego z ww. postępoania Postępowania oraz odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
1) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 1) ustawy przez wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo, że sporządzenie przez Odwołującego dokumentacji projektowej w związku z przygotowaniem postępowania nie prowadziło do utrudnienia uczciwej konkurencji;
2) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 1) ustawy przez wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo, że dokumentacja projektowa sporządzona przez Odwołującego w związku z przygotowaniem postępowania nie została ostatecznie wykorzystana w postępowaniu, gdyż uległa modyfikacjom w trakcie trwania postępowania;
3) naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy przez niewskazanie w treści uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego, w czym Zamawiający upatruje przewagę konkurencyjną Odwołującego, która miałaby wynikać z wykonania czynności związanych z przygotowaniem postępowania;
4) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 1) ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie umożliwienia Odwołującemu złożenia wyjaśnień co do rzekomego utrudnienia konkurencji na skutek czynności wykonanych przez Odwołującego w związku z przygotowaniem postępowania;
5) naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 1) i 3 ustawy przez dopuszczenie do wykonywania czynności w trakcie postępowania K.K. oraz P.O. podlegających wyłączeniu od wykonywania czynności w postępowaniu oraz przez niepowtórzenie tych czynności;
6) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez jego zastosowanie tj. dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego pomimo, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy nie

znajduje zastosowania w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

Odwołujący wniósł o:
1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu :
   a. unieważnienie czynności wyłączenia Odwołującego z postępowania,
   b. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
   c. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
   d. powtórzenie czynności wykonanych przy współudziale K.K. lub P.O.,
   e. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
   f. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej to jest oferty Odwołującego;
2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania tj. kosztów uiszczonego wpisu w wysokości 10 000 zł., kosztu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 17 zł., kosztów dojazdów na rozprawę w wysokości 952,81 zł. (1140 km x 0,8358 zł. - zgodnie z rachunkiem, który przedłożę na rozprawie) i kosztów Zastępstwa prawnego w wysokości 3600 zł. (zgodnie z fakturą, którą przedłożę podczas rozprawy);

3) przeprowadzenie dowodu z:
   a. zeznań świadka P.O. (wezwanie na adres: inProjects K. i Wspólnicy śp.j., ul. Cyfrowa 6 [3.17], 71-441 Szczecin; fax +48 91 886 61 38, e-mail: XXX)
   na okoliczność: (i) charakteru, sposobu wykonania i zakresu czynności z i w trakcie Odwołującego związanych przygotowaniem Postępowania Postępowania; (ii) braku utrudnienia konkurencji na skutek udziału Odwołującego w Postępowaniu.
   b. przesłuchania Odwołującego w osobie K.K. (wezwanie na adres: inProjects K. i Wspólnicy sp.j., ul. Cyfrowa 6 [3.17], 71-441 Szczecin; fax +48 91 886 61 38, e-mail: XXX)
   na okoliczność: (i) charakteru, sposobu wykonania i zakresu czynności z i w trakcie Odwołującego związanych przygotowaniem Postępowania Postępowania; (ii) braku utrudnienia konkurencji na skutek udziału Odwołującego w Postępowaniu.

c. dokumentacji postępowania przedłożonej przez Zamawiającego to jest:
(i) ogłoszenia i SIWZ na okoliczność charakteru, czasu trwania i przedmiotu postępowania;
(ii) zawiadomienia o modyfikacji SIWZ z 31.03.2016 r. wraz z załącznikami na okoliczność modyfikacji przez Zamawiającego projektu budowlano-

wykonawczego i przedmiaru robót w trakcie postępowania;
(iii) ofert Odwołującego i Netservice24 Sp. z o.o. na okoliczność, że oferta Odwołującego była ofertą najkorzystniejszą;
(iv) informacji o wyniku postępowania przekazanej wiadomością elektroniczną w dniu 29 kwietnia 2016 r. na okoliczność wykluczenia Odwołującego, odrzucenia jego oferty oraz zachowania terminu na wniesienie odwołania;
d. załączonych dokumentów:
(i) umowy nr CRU15/0001148 na okoliczność czasu i zakresu czynności wykonywanych przez Odwołującego w związku z przygotowaniem postępowania;
(ii) protokołu zdawczo-odbiorczego z dnia 29-09-2015 na okoliczność faktu i czasu wykonania umowy nr CRU15/0001148;
(iii) umowy nr CRU14/0002443 i zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu na „Budowę infrastruktury światłowodowej od obiektu Wydziału Elektrycznego Zachodniopomorskiego Uniewersytetu Technologicznego ul 26-go kwietnia 10 (...)" na okoliczność niewyłączenia Odwołującego i nieodrzucenia jego oferty we wcześniejszym analogicznym postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, w którym Odwołujący wykonał analogiczne czynności związane z przygotowaniem postępowania.

Odwołujący podniósł, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż oferta Odwołującego była najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu i nie zachodziły podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego. W przypadku uwzględnienia odwołania, Zamawiający, będzie zobowiązany do wyboru oferta Odwołującego, który uzyska tym samym zamówienie.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Stan faktyczny:
Zamawiający w dniu 29 kwietnia 2016 r. przekazał pocztą elektroniczną informację o wyniku postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy Netservice24 sp. z o.o., o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania oraz odrzuceniu oferty Odwołującego. Zamawiający uzasadnił wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty faktem, że Odwołujący wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania, co - zdaniem Zamawiającego — wpłynęło na zachowanie uczciwej konkurencji.

Ogłoszenie o postępowaniu ukazało się 11.03.2016 r.
Przed rozpoczęciem postępowania Odwołujący, na podstawie umowy nr CRU 15/0001148 z dnia 23.03.2015, wykonał na zlecenie Zamawiającego projekty budowlano-wykonawcze wraz z przedmiarem robót oraz kosztorysem inwestorskim. Zlecenie to zostało wykonane najpóźniej 29.09.2015 r., tj. przed rozpoczęciem postępowania, co zostało potwierdzone protokołem zdawczo-odbiorczym. Z dniem 29.09.2015 r. umowa nr CRU 15/0001148 została wykonana, a Odwołujący nie miał żadnych dalszych zobowiązań wobec Zamawiającego, które wynikałyby z tej umowy, w szczególności zobowiązania do wprowadzania jakichkolwiek poprawek lub doradztwa na rzecz Zamawiającego. Jednocześnie na podstawie § 7 ww. umowy Zamawiający nabył majątkowe prawa autorskie do przekazanych utworów, a także prawo m.in. do dokonywania w nich zmian wynikających z potrzeby zmiany rozwiązań projektowych, zastosowania materiałów, ograniczenia wydatków, zmiany obowiązujących przepisów itd.
Dowód:

ogłoszenie o Postępowaniu (w dokumentacji Postępowania); umowa nr CRU 15/0001148; protokół zdawczo-odbiorczy z 29.09.2015 r.

W postępowaniu ostatecznie nie zostały wykorzystane materiały przekazane przez Odwołującego za protokołem zdawczo-odbiorczym z dnia 29.09.2015 r. Zamawiający w trakcie Postępowania zmienił bowiem założenia techniczne, co wymagało sporządzenia suplementu do projektu budowlano-wykonawczego oraz zmiany przedmiaru robót. Dokumenty te zostały zmodyfikowane przez Zamawiającego w trakcie postępowania.

W celu wykonania modyfikacji wydział Zamawiającego prowadzący postępowanie zwrócił się do Wydziału Informatyki Urzędu Miasta w Szczecinie, ten zaś porosił o pomoc P.O. (pracownika Odwołującego) i K.K. (wspólnika Odwołującego), tj. osoby podlegające wyłączeniu od czynności w ramach Postępowania. W celu pielęgnowania dobrych relacji P.O. pomógł pracownikowi Wydziału Informatyki we wprowadzeniu stosownych modyfikacji. W toku Postępowania Urząd Miasta Szczecin Wydział Informatyki zwracał się również do K.K. i P.O. o pomoc przy odpowiedzi na pytania związane z przygotowanym projektem budowlano-wykonawczym lub przedmiarem robót, zadawane przez oferentów. W tym samym celu P.O. pomógł pracownikowi Wydziału Informatyki w sformułowaniu odpowiedzi.
Dowód: zawiadomienie o modyfikacji SIWZ z 31.03.2016 r. wraz Z wyłącznikami (w dokumentacji postępowania); zeznania Przemysława Olekszego; przesłuchanie Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że we wcześniej prowadzonych postępowaniach w celu udzielenia

---

zamówienia publicznego Zamawiający nie dopatrywał się naruszenia zasad uczciwej konkurencji, pomimo że Odwołujący składał ofertę w postępowaniu, w związku z przygotowaniem którego wykonywał dla Zamawiającego projekt budowlano-wykonawczy, przedmiar robót i kosztorys inwestorski. Na podstawie umowy nr CRU 14/0002443 Odwołujący przygotował dokumenty analogiczne, jak na podstawie umowy nr CRU 15/0001148, które zostały następnie wykorzystane w postępowaniu przetargowym. W rozstrzygnięciu tego przetargu Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego.
Dowód: umowa nr CRU 14/0002443; zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu na „Budowę infrastruktury światłowodowej *od obiektu Wydziału Elektrycznego Zachodniopomorskiego Uniwersytetu Technologicznego ul26-go kwietnia 10 (...)*

Wpływ czynności przygotowawczych na należytą konkurencję
Odwołujący wskazał, że zgodnie utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej [KIO] oraz zapatrywaniami doktryny wykluczenie wykonawcy z postępowania z przyczyny podanej w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy może nastąpić jedynie w przypadku łącznego spełnienie następujących przesłanek:

a. wykonywania czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwania się do sporządzenia oferty osobami dokonującymi takich czynności;
b. bezpośredniego wykorzystania rezultatu tych prac przez zamawiającego;
c. utrudnienia uczciwej konkurencji, skutkiem udziału wykonawcy uczestniczącego wcześniej w przygotowaniu postępowania.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust.2 pkt 1ustawy w rozpoznawanej sprawie zdaniem Odwołującego jest uzasadnione tym, że Zamawiający wykluczył Odwołującego mimo: (1) braku utrudnienia uczciwej konkurencji na skutek udziału Odwołującego w przygotowaniu postępowania; (2) braku bezpośredniego wykorzystania rezultatu pracy Odwołującego przez Zamawiającego.

Brak uzasadnienia i wykazania naruszenia zasad uczciwej konkurencji:
Odwołujący podniósł, że ciężar wykazania zaistnienia wszystkich przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, w tym utrudnienia uczciwej konkurencji, spoczywa na zamawiającym (wyrok KIO z 9.9.2010 r., KIO/UZP 1858/10; wyrok KIO z 22.12.2014 r., KIO 2587/14). Zamawiający powinien był rozważyć oraz wykazać, co konkretnie w danym przypadku dało Odwołującemu przewagę konkurencyjną. W myśl art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Zamawiający miał również obowiązek podania wszystkich okoliczności faktycznych znanych jemu na moment podejmowania decyzji o wykluczeniu Odwołującego (wyrok KIO z 4.6.2014

r., KIO 983/14). Z uwagi na szczególnie sankcyjny charakter przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1

ustawy i dotkliwe dla wykonawcy konsekwencje, jego zastosowanie wymaga szczególnej ostrożności i nie może budzić wątpliwości (wyrok KIO z 7.08.2014, KIO 1505/14). Tymczasem uzasadnienie decyzji o wykluczeniu Odwołującego jedynie hasłowo podaje przyczynę wykluczenia, nie wskazując w sposób szczegółowy, na czym miałaby polegać przewaga konkurencyjna Odwołującego. Zamawiający poprzestał na przyjęciu, że sporządzenie przez Odwołującego dokumentacji projektowej automatycznie powoduje naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Taka redakcja uzasadnienia wskazuje po pierwsze, że Zamawiający w ogóle nie rozważył, czy fakt sporządzenia przez Odwołującego dokumentacji projektowej w istocie miał wpływ na zachowanie uczciwej konkurencji, czym naruszył art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy. Po wtóre, Zamawiający nie był w stanie wykazać i nie wykazał, iż doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Po trzecie zaś, Zamawiający naruszył art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy nie podając szczegółowych powodów, z uwagi na której podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującego.

Brak umożliwienia złożenia wyjaśnień:

Zamawiający w świetle art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy jest zobligowany do umożliwienia wykonawcy wyjaśnień co do zaistnienia utrudnienia uczciwej konkurencji. Jako że przepisy ustawy nie przewidują odrębnej podstawy prawnej dla dokonania takich wyjaśnień, art. 87 ust. 1 ustawy wydaje się najbardziej właściwy. W konsekwencji wykonawca nie może być wykluczony z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy bez możliwości wykazania, że jego udział w przygotowaniu postępowania, o ile wystąpił, nie spowodował utrudnienia uczciwej konkurencji (wyrok KIO z 13.08.2009 r., KIO/UZP 995/09; wyrok KIO z 12.4.2011, KIO 691/11; wyrok KIO z dnia 6.6.2011, KIO 1108/11). W postępowaniu Zamawiający nigdy nie umożliwił Odwołującemu wykazania, że przygotowanie przez niego dokumentacji projektowej nie miało wpływu na zachowanie należytej konkurencji, czym Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy.

Zachowanie uczciwej konkurencji

Odwołujący wskazał, że na gruncie ugruntowanej wykładni przesłanek art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy fakt, że dany wykonawca brał udział w przygotowaniu postępowania np. przez opracowanie dokumentacji projektowej, w postaci projektu i kosztorysów inwestorskich, nie stanowi wystarczającej przyczyny wykluczenia go z postępowania, w którym Zamawiający udziela zamówienia. Przewaga takiego wykonawcy polegała jedynie na wcześniejszej znajomości przedmiotu zamówienia i ewentualnie krótszym czasie przygotowania oferty. Jednakże okoliczność ta nie stanowi wystarczającego dowodu utrudnienia uczciwej konkurencji (wyrok KIO z 4.1.2011 r., KIO/UZP 2727/10; wyrok KIÓ z 12.4.2011, KIO 691/11; wyrok KIO z 5.12.2013 r., KIO 2688/13; wyrok KIO z 24.7.2013, KIO 1620/13). Tym samym

automatyzm, jaki zastosował Zamawiający wykluczając Odwołującego, jest niedopuszczalny. Ocena, czy doszło do uzyskania przewagi konkurencyjnej przez danego wykonawcę wykonującego czynności związane z przygotowaniem postępowania, zależy od oceny konkretnych okoliczności sprawy. W niniejszej sprawie Odwołujący nie uzyskał natomiast przewagi, która prowadziłaby do zachwiania prawidłowej konkurencji. W szczególności Odwołujący (i) nie dowiedział się w związku z przygotowywaniem dokumentacji projektowej o żadnych okolicznościach, informacja o których nie byłaby dostępna dla pozostałych oferentów; (ii) nie przygotowywał opisu przedmiotu zamówienia, ani nie miał możliwości wpływania na ten opis lub wprowadzenia do niego rozwiązań korzystnych jedynie dla Odwołującego.

Dodatkową okolicznością, którą w ocenie Odwołującego należy brać pod uwagę, jest to, czy ewentualne uprzywilejowanie wykonawcy w postępowaniu Zamawiający może, przez swoje działanie, zrównoważyć, przykładowo poprzez zapewnienie wyczerpujących wyjaśnień, przedłużanie terminu składania ofert, udostępnienie całości przygotowanych materiałów, mających stanowić bazę opracowań sporządzanych w postępowaniu, czy też materiałów wyjściowych będących podstawą opracowania materiałów wcześniejszych. Żaden wykonawca nie może być "karany" przez Zamawiającego za to, że realizował wcześniejsze

zamówienie, którego rezultaty zostaną wykorzystane w następnych postępowaniach, gdy istnieją realne możliwości zrównoważenia ewentualnego uprzywilejowania (wyrok KIO z 23.7.2009 r., KIO/UZP 871/09). Zakładając hipotetycznie (wyłącznie na potrzeby zaprezentowania tego argumentu), że w postępowaniu Odwołujący miałby uprzywilejowaną pozycję konkurencyjną (czemu zaprzeczam), trzeba byłoby zarzucić Zamawiającemu, iż nie podjął żadnych kroków celem zrównoważenia takiego uprzywilejowania, a wręcz przeciwnie — zwracał się o pomoc w modyfikowaniu dokumentacji i formułowaniu odpowiedzi na pytania do pracownika i wspólnika Odwołującego.

O sztuczności i bezpodstawności zarzutów Zamawiającego wobec Odwołującego świadczy również dotychczasowe zachowanie Zamawiającego. We wcześniejszych postępowaniach w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego w analogicznych stanach faktycznych, gdzie Odwołujący przygotowywał dokumentację projektową, a następnie składał ofertę w postępowaniu, Zamawiający nie odrzucał oferty Odwołującego. Prawdziwego powodu odrzucenia oferty Odwołującego w obecnym postępowaniu należy upatrywać w tym, iż Zamawiający nieprawidłowo dopuścił do udziału w czynnościach wykonywanych w ramach postępowania osoby podlegające wyłączeniu na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 1) i 3) p.z.p., zaś obecnie stara się złożyć ciężar odpowiedzialności za ten błąd na Odwołującym.

Brak bezpośredniości wykorzystania rezultatów prac

W uzasadnieniu wyroku z 14 lipca 2011 r. (sygn. akt KIO 1406/11) KIO wskazała, powołując się także na wcześniejsze orzeczenia, że element bezpośredniości odnosi się nie do udziału we wszczętym przez Zamawiającego postępowaniu, ale do czynności przygotowawczych, wstępnych, które nie muszą mieć charakteru sformalizowanego i nie zawsze prowadzą do takiego wszczęcia. O zaistnieniu tej przesłanki decyduje natomiast bezpośrednie, to jest bez wprowadzania istotnych zmian, faktyczne wykorzystanie przez zamawiającego rezultatów prac wykonawcy w toku przygotowywania postępowania, a więc powiązania natury faktycznej.
W analizowanym postępowaniu Zamawiający ostatecznie nie wykorzystał projektu budowlano- wykonawczego i przedmiaru robót przekazanego przez Odwołującego w wykonaniu umowy nr CRU15/0001148, ale dokonał modyfikacji projektu i przedmiaru w trakcie Postępowania. Oferta, którą należało przygotować dotyczyć miała zatem zadania budowlanego o innej treści, niż zaprojektowane przez Odwołującego przed rozpoczęciem Postępowania. W konsekwencji przyjąć należy, iż efekt prac Odwołującego wykonanych przed wszczęciem postępowania nie został bezpośrednio wykorzystany w postępowaniu, gdyż uległ dalszym modyfikacjom.

Czynności wykonywane w trakcie postępowania

Brak podstaw do wykluczenia Odwołującego

Dla ziszczenia się przesłanki wykluczenia wykonawcy opisanej w art. 24 ust.2 pkt 1ustawy musi zachodzić adekwatny związek przyczynowy polegający na tym, że uzyskanie uprzywilejowanej pozycji w postępowaniu przez danego wykonawcę musi być wynikiem danego uczestnictwa wykonawcy w przygotowaniu postępowania (wyrok KIO z dnia 5.12.2013 r., KIO 2688/13). O czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania można mówić do czasu wszczęcia postępowania, są to zatem czynności wykonywane chronologicznie przed ogłoszeniem o postępowaniu. Po wszczęciu postępowania wszelkie czynności są już wykonywane w ramach tego postępowania, a nie w związku z jego przygotowaniem.
Ochronę właściwej konkurencji po wszczęciu postępowania zapewnia między innymi art. 17 ustawy, przewidujący obligatoryjne wyłączenie z czynności osób, których udział mógłby wpływać na wynik postępowania.
Z literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy - który zapewnia ochronę właściwej konkurencji w odniesieniu do czynności wykonywanych przed wszczęciem postępowania - wynika, iż wykluczeniu z postępowania podlegają jedynie ci wykonawcy, którzy wykonywali określone czynności przed wszczęciem postępowania, nie zaś w jego trakcie.
Wykonywanie tych czynności w trakcie postępowania jest niemożliwe z uwagi na art. 17 ust.

---

1 pkt 1) ustawy. Innymi słowy, wykonywanie przez wykonawcę czynności związanych z postępowaniem w trakcie postępowania nie może być powodem wykluczenia wykonawcy z postępowania, a jedynie powodem powtórzenia czynności zdziałanych przy udziale osoby podlegającej wyłączeniu (art. 17 ust. 3 p.z.p.).

W tym kontekście całkowicie chybiony jest argument powoływany przez Zamawiającego, iż Odwołujący w toku postępowania pomagał w odpowiadaniu na pytania wykonawców, a także modyfikował dokumentację techniczną udostępnioną następnie uczestnikom.
Po pierwsze, czynności te jako wykonane w trakcie postępowania, a nie w związku z jego przygotowaniem, nie uzasadniają wykluczenia Odwołującego z postępowania.
Po drugie, Odwołujący nie był zobowiązany do pomocy Zamawiającemu, gdyż umowa nr CRU15/0001148 została wykonana i rozliczona przed rozpoczęciem postępowania; pracownik Odwołującego udzielił pomocy kontrahentowi wyłącznie z uwagi na chęć utrzymywania dobrych relacji. W istocie majątkowe prawa autorskie do dokumentacji projektowej i prawo do jej zmieniania przysługiwały Zamawiającemu.
Po trzecie, omawiana okoliczność obciąża Zamawiającego, który nie dopilnował, by w postępowaniu nie brały udziału osoby podlegające wyłączeniu, a wręcz przeciwnie zwracał się do tych osób o pomoc przy modyfikacji dokumentacji projektowej i odpowiedzi na pytania wykonawców. Absolutnie brak jest powodów, by skutki zaniedbania Zamawiającego w tym zakresie obciążały Odwołującego.

Dopuszczenie do wykonania czynności osób podlegających wyłączeniu
Zgodnie z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ustawy - Osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie Zamówienia podlegają wyłączeniu, jeżeli: 1) ubiegają się o udzielenie tego zamówienia, (. . .) 3) przed upływem 3 lat od dnia wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia pozostawały w stosunku pracy lub zlecenia z wykonawcą lub były członkami organów zarządzających lub organów nadzorczych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Ustawa nie określa dokładnie kręgu osób, które podlegają wyłączeniu, posługując się ogólnym stwierdzeniem „osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”. Wskazówkę interpretacyjną stanowić może treść załącznika nr 10 (druk ZP-1) do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika z niego, że osoby obowiązane do składania oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania to: kierownik zamawiającego, pracownik zamawiającego, któremu kierownik zamawiającego powierzył wykonanie zastrzeżonych dla siebie czynności, członek komisji

przetargowej, biegły lub inna osoba wykonująca czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
Osoby wykonujące czynności doradcze podlegają wyłączeniu na podstawie art. 17 ust.1 ustawy. Po pierwsze, ustawa obejmuje wszelkie osoby biorące udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie ograniczając się do członków komisji przetargowej (uchwała KIO z 18.09.2009 r. KIO/KD 31/09).
Po drugie, nie ogranicza się ona do osób, które zostały formalnie powołane do pełnienia określonych funkcji w postępowaniu, ale obejmuje każdą osobę, która uczestniczy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
W przepisie art. 17 ust. 2 ustawy ustawodawca nie wymienia, jakie osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, składają oświadczenie o bezstronności i niezależności - chodzi więc o wszystkie osoby wykonujące czynności, niezależnie od tego, ile, kiedy i jak wykonują te czynności (orzeczenie GKO 09.03.2009 r., BDF1/4900/1/1/09/10). W konsekwencji, zarówno K.K. będący wspólnikiem Odwołującego jak i P.O. będący pracownikiem Odwołującego podlegali wyłączeniu z udziału w czynnościach w Postępowaniu.
Zgodnie z art. 17 ust. 3 ustawy - Czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podjęte przez osobę podlegającą 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.
Skoro Zamawiający dopuścił do wykonywania czynności w trakcie Postępowania przez

osoby podlegające wyłączeniu, to naruszył art. 17 ust. 1 ustawy, zaś z uwagi na brak powtórzenia czynności zdziałanych przy udziale tych osób naruszył art. 17 ust. 3 ustawy.

Zachowanie uczciwej konkurencji Pomoc w sformułowaniu odpowiedzi na pytania wykonawców oraz przygotowanie
suplementu do projektu budowlano-wykonawczego i zmodyfikowanego przedmiaru robót nie powodowało powstania po stronie Odwołującego przewagi konkurencyjnej. Zarówno pytania wykonawców, jak i odpowiedzi na nie były dostępne dla wszystkich wykonawców, przez co wszyscy oferenci mieli jednakowe szanse. Kwestie, których dotyczyły pytania miały charakter *stricte* techniczny, a ich materia nie pozwalała na wybór rozwiązań, które byłyby korzystne jedynie dla Odwołującego. W istocie, przedstawienie propozycji odpowiedzi na pytania prowadziło do wyrównania szans wszystkich wykonawców, bowiem wyjaśnione zostały wątpliwości, które mogłyby prowadzić do złożenia ofert pod wpływem błędu co do zakresu powierzanych do wykonania prac.
Sporządzenie suplementu do projektu budowlano-wykonawczego podyktowane było zmianą przez Zamawiającego zakresu zlecanych prac. Konieczność modyfikacji przedmiaru robót

wynikała ze zmiany projektu. Suplement nie zawierał żadnych rozwiązań, które byłyby korzystne wyłącznie dla Odwołującego. W związku ze sporządzeniem suplementu i modyfikacją pozostałej dokumentacji projektowej Odwołujący nie uzyskał żadnych informacji, które nie byłyby dostępne dla pozostałych wykonawców.
Wreszcie, wszelkie kontakty związane z modyfikacją dokumentacji projektowej i odpowiedzią na pytania były przez pracownika Odwołującego utrzymywane z pracownikiem Wydziału Informatyki Urzędu Miasta Szczecin (R.S.), nie zaś wydziału, który zajmował się prowadzonym postępowaniem. Odwołujący w ogóle nie utożsamiał tej komunikacji z Postępowaniem, w przeciwnym wypadku nie zgodziłby się tych czynności wykonać.

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.
Zamawiający jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego powołał art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy. Jednakże przepis ten nie znajduje zastosowania w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. W razie wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1) ustawy oferta wykonawcy uważana jest za odrzuconą z mocy prawa — na podstawie art. 24 ust.4 ustawy (vide wyrok KIO z 21.5.2015 r., KIO 950/15).

Mając na uwadze powyższe, czynność odrzucenia oferty Odwołującego dokonana przez Zamawiającego pozbawiona była podstawy prawnej i w ogóle nie powinna zostać dokonana.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron 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 r. poz. 2164 dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 4 maja 2016 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja, jak różnie oświadczenia złożone przez Strony w trakcie posiedzenia z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – 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 zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

W sprawie zostały złożone pisma: Odpowiedź na odwołanie z dnia 12 maja 2016 roku wraz z załącznikami oraz Pismo Odwołującego z dnia 16 maja 2016 roku wraz z załącznikiem.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie oraz ofertę Odwołującego a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.
Izba dopuściła w postępowaniu dowody zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do odwołania jak również dowód załączony do Pisma Odwołującego z dnia 16 maja 2016 roku oraz Izba dopuściła dowód z przesłuchania świadka Pana P.O..
Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Zamawiającego i załączone do pisma Odpowiedź na odwołanie z dnia 12 maja 2016 roku.

Odwołujący w trakcie rozprawy nie podtrzymał wniosku o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania strony – Odwołującego w osobie Pana K.K..

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy, *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zmawiającemu nieprawidłowe zastosowanie art. 24 ust 2 pkt 1 ustawy – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (…) wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania (…) lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba* że *udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji (…)* przez wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo, że sporządzenie przez Odwołującego dokumentacji projektowej w związku z przygotowaniem przedmiotowego postępoania nie prowadziło do utrudnienia uczciwej konkurencji, jak również dlatego, że dokumentacja projektowa sporządzona przez

Odwołującego w związku przygotowanie postępowania nie została ostatecznie wykorzystana, gdyż uległa modyfikacji w trakcie postępowania.

Izba rozpoznając zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy - przez wykluczenie wykonawcy z uwagi na wykonywanie bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania i posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności podzieliła pogląd prezentowany w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 2749/12.
Z przepisu art. 24 ust.2 pkt 1 ustawy wynika, że aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania Zamawiający musi dokonać analizy czy zostały spełnione łącznie następujące przesłanki: po pierwsze – stwierdzić zaistnienie bezpośredniego wykonywania czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwania się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonaniu tych czynności, po drugie – ustalić, czy ten udział utrudnia uczciwą konkurencję. Zarówno w piśmiennictwie jak i orzecznictwie podnosi się, że sam fakt udziału w przygotowaniu postępowania nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, niezbędną przesłanką wykluczenia jest wpływ na konkurencyjność w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. W takich sytuacjach Zamawiający zobowiązany jest do ustalenia okoliczności, czy udział takiego wykonawcy w postępowaniu w sprawie udzielenia wskazanego zamówienia stanowi utrudnienie uczciwej konkurencji (orzeczenie ETS C-21/03 C-34/03, w sprawie Fabricom S. A. przeciwko Belgii).
Izba zaznacza w tym miejscu, że w tracie prowadzonej rozprawy z udziałem Stron pełnomocnik Zamawiającego podkreślił, że *wykonawca podpisujący umowę na wykonanie projektów powinien mieć* świadomość, że *blokuje sobie udział w postępowaniu na wykonanie inwestycji zgodnie z projektem, a przepis art. 24 ust 2 pkt 1 jest jasny i precyzyjny.* Nie sposób zgodzić się z Zamawiający, a taki sposób interpretacji przepisów jaki prezentuje Zamawiający należy uznać za niezgodny z jego celem i jego rozumieniem.

Zamawiający w piśmie z dnia 29 kwietnia 2016 roku uzasadniając podstawy wykluczenia Odwołującego z postępoania wskazał, że wykonywał on czynności przygotowawcze, na które składało się między innymi sporządzenie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, kosztorysu inwestorskiego, sporządzenie projektu budowlano – wykonawczego wraz z przedmiarem, co zostało wykorzystane bezpośrednio w postępowaniu. Zamawiający podkreślił również, że wykonawca pomagał w postępowaniu w odpowiadaniu na pytania wykonawców, a także modyfikował dokumentację techniczną udostępnioną uczestnikom postępoania, co w ocenie Zamawiającego sprawiło, że wykonawca miał przewagę nad innymi uczestnikami oraz miał możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach. W ocenie składu orzekającego Zamawiający w uzasadnieniu

---

swojej decyzji nie wskazał, w jaki sposób doszło do naruszenia konkurencji. Fakt tego, że wykonawca - Odwołujący sporządził dokumentację techniczną w postępowaniu, oraz jak to sam przyznał w swoim stanowisku pisemnym Zamawiający „proponował" jakie stanowisko powinien zająć Zamawiający w kwestiach technicznych udzielając wyjaśnień na zadane przez wykonawców w trakcie postępoania pytania nie przesądza o tym, że doprowadziło to do naruszenia uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba zaznacza, że niewystarczające jest wskazanie, że podstawą wykluczenia jest fakt sporządzenia dokumentacji w postępowaniu, koniecznym jest stwierdzenie i wykazanie utrudniania uczciwej konkurencji w tym postępowaniu z uwagi na sporządzenie dokumentacji. To na Zamawiającym ciążył obowiązek wykazania utrudnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu czyli na przykład wykazanie, że wykonawca pozyskał dodatkowe informacje o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia, które miały wpływ na konkurencyjność. Są to okoliczności, które mogą zapewniać przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania W uzasadnieniu podstaw wykluczenia wykonawcy z postępoania nie znalazła się żadna informacja, która uzasadniałaby działania Zamawiającego. Jednocześnie Izba zaznacza, że argumentacja podniesiona w piśmie procesowym Zamawiającego jest również ogólnikowa, hasłowa. Choć podnoszenie argumentów merytorycznych stanowiących uzasadnienie wykluczenia wykonawcy z postępoania na etapie postępowania odwoławczego należałoby uznać za spóźnione to nie sposób uznać, aby Zamawiający w przedstawionym stanowisku wykazał ewentualne przyczyny naruszenia konkurencji.
Izba wskazuje, że zgodnie z wyjaśnieniami poczynionymi w trakcie rozprawy przez Strony oraz w wyniku złożonych wyjaśnień przez słuchanego w trakcie rozprawy świadka, przedmiot realizacji inwestycji uległ istotnej zmianie w trakcie prowadzenia postępowania w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego ponieważ, na etapie wykonania projektu budowlanego w 2015 rok (dowód umowa nr CRU 15/0001148 z dnia 23 marca 2015 roku) Zamawiający zakładał, że w czasie realizacji inwestycji będzie posiadał system DWDM – system do podziału fal światłowodowych, co implikowało konieczność użycia odpowiednich urządzeń. W 2016 roku po ogłoszeniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na budowę kanalizacji technicznej, Zamawiający jednak nie posiadał sytemu DWDM, w związku z tym konieczna była zmiana w zakresie projektu polegająca na wyłączeniu urządzeń dla systemu DWDM, co w efekcie doprowadziło do zmniejszenia zakresu przedmiotowego zamówienia. Izba zaznacza, że zmiany projektu dokonywane były już po ogłoszeniu postępowania o udzielnie zamówienia na budowę kanalizacji technicznej. Tym samym konieczność wprowadzania zmian do projektu, które to zmiany w efekcie stanowiły istotne zmiany projektu wbrew twierdzeniom Zamawiającego wyniknęły z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, zidentyfikowanych dopiero w

---

wyniku zgłoszonych przez wykonawców pytań na etapie prowadzonego już postępoania a modyfikacja, zmiana projektowa dokonana została w zasadzie przez Zamawiającego, bowiem jak sam Zamawiający zaznaczył Odwołujący przygotował jedynie propozycje jakie stanowisko winien zająć Zamawiający. Istotnym również jest fakt, że umowa nr CRU 15/0001148 z dnia 23 marca 2015 roku, na którą powołują się obie Strony uprawniała Zamawiającego do wykonania zależnego prawa autorskiego dokonywania w projekcie zmian wynikających z potrzeby zmiany rozwiązań projektowych, zastosowania materiałów, ograniczenia wydatków, zmiany obowiązujących przepisów itd. Zaznaczyć należy również,

że realizacja zobowiązania z ww. umowy miała nastąpić w terminie do 30 października 2015 roku.
Zamawiający skorzystał z pomocy Odwołującego przy zmianie projektu (suplement i przedmiar) zwracając się do Odwołującego poza jakimikolwiek uregulowaniami umownymi, jak wskazał Odwołujący dokonał tych czynności na prośbę Zamawiającego chcąc zachować dobre stosunki z Zamawiającym a nie będąc do tego zobowiązany żadnymi postanowieniami umownymi. Zamawiający mógł, a nie musiał wykorzystać propozycji odpowiedzi na pytania jakie przygotował Odwołujący. Zaznaczenia wymaga fakt, że zakres zamówienia po udzielonych przez Zamawiającego odpowiedziach na pytania uległ zmianie, a co za tym idzie zmieniła się i wartość szacunkowa zamówienia i jego zakres przedmiotowy.
Zamawiający w trakcie rozprawy podnosił, a co nie znajdowało się w podstawach faktycznego uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania, że Odwołujący posiadał większy zakres informacji takich jak znajomość szacunkowej wartości zamówienia, znane były Odwołującemu szczególne okoliczności dotyczące, np. ustaleń z zarządcami Dróg i Transportu Miejskiego oraz znał warunki terenowe realizacji inwestycji.
W ocenie Izby, po przeprowadzenia rozprawy, w tym wysłuchania świadka nie sposób uznać aby podnoszone na rozprawie przez Zamawiającego argumenty były zasadne; po pierwsze, taką argumentację należy uznać za spóźnioną, bowiem stanowi ona podstawę uzasadnienia faktycznego wykluczenia wykonawcy, która nie znalazła się w tym uzasadnieniu; po drugie, argumentacja ta nie znajduje uzasadnienia merytorycznego w obliczu zebranego materiału dowodowego ponieważ, wskazał świadek, ze rozwiązania projektowe wynikają ze sztuki projektowej, są ogólnie stosowanymi rozwiązaniami, są powszechne w obrębie branży tym samym nie są w żadnym zakresie korzystniejsze do Odwołującego czego Zamawiający nie zakwestionował, jak również świadek w odpowiedzi na pytanie Zamawiającego wskazał, że nie ma w projekcie informacji, które byłyby niedostępne innym wykonawcom wyjaśniając jednocześnie, że obowiązkiem projektanta jest przekazanie tych informacji w projekcie, a nie zawarcie tych informacji w projekcie byłoby niekompetencją i groziłoby niemożliwością uzyskiwania dalszych zleceń od Zamawiającego, co również nie zostało zakwestionowane przez Zamawiającego. Świadek podkreślił, że wszystkie niezbędne informacje zawarte

---

zostały w dokumentacji. Odwołujący wyjaśnił również, że zgodnie z opinią Zarządu Dróg i Transportu Miejskiego w Szczecinie, która to opinia została załączona do dokumentacji technicznej w 2015 r. konieczność przełożenia chodnika przyjęta została zgodnie ze sztuką budowlaną i na tym etapie nie jest w stanie jednoznacznie określić jaki będzie zakres tych prac, ponieważ będzie on wskazany przez ZDiTM na etapie wydania zgody na zajęcie pasa drogowego na przeprowadzenie robót budowlanych. Jednocześnie Odwołujący wyjaśnił odnosząc się do warunków terenowych realizacji inwestycji, że zdjęcia, o których wspomniał Zamawiający są to zdjęcia ogólnodostępnych ulic w mieście Szczecin oraz wyjaśnił, że ulice, przez które przebiega projektowana trasa światłowodu, zostały wskazane w dokumentacji technicznej wraz ze wskazaniem trasa światłowodu na mapie, która stanowi element dokumentacji. Odwołujący argumentował również, że jako rzetelny wykonawca, biorąc udział w postępowaniach w innym mieście, zawsze jedzie obejrzeć teren w którym realizowana ma być inwestycja i nie sposób odmówić takiemu podejściu słuszności i poprawności działania. Tym samym inni wykonawcy ubiegający się o udzielnie przedmiotowego zamówienia o ile mieli taką potrzebę mogli zapoznać się z terenem, w którym inwestycja ma być realizowana. W zakresie znajomości szacunkowej wartości zamówienia Izba podkreśla, że Zamawiający dokonywał modyfikacji dokumentacji samodzielnie jedynie przyjmując propozycje jakie sporządził Odwołujący na prośbę Zamawiającego, jak również wskazuje, co podnosił sam Odwołujący, że przyjecie cen z sekocenbudu pozwala na oszacowanie wartości zamówienia. Jednocześnie warto zaznaczyć, że wartość szacunkowa zamówienia nie stanowi tajemnicy postępoania, tym samym istnieje możliwość zwrócenia się wykonawcy do Zamawiającego o podanie informacji w tym zakresie.

Podkreślenia wymaga, że w postępowaniu zostało złożonych 17 ofert co niewątpliwie przemawia za przygotowaniem postępoania w sposób przejrzysty i konkurencyjny, dający możliwość złożenia oferty nieograniczonej niczym ilości wykonawców. W ocenie Izby dokonane w trakcie rozprawy ustalenia pozwalają na stwierdzenie, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał wykluczenia Odwołującego z postępoania a przygotowanie dokumentacji nie prowadziło do naruszenia konkurencji w tym postępowaniu czego

Zamawiający w ogóle nie podniósł w podstawach wykluczenia i nie wykazał na rozprawie. Dlatego też Izba nakazała unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępoania oraz odrzucenia jego oferty z postępoania i dokonanie wyboru oferty z pośród ofert niepodgalających odrzuceniu.

W zakresie podnoszonego zarzutu naruszenia art. 24 ust.2 pkt 1 ustawy odnośnie nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego z postępoania, pomimo, że dokumentacja projektowa niewykorzystania dokumentacji nie została ostatecznie wykorzystana przez

---

Zamawiającego ponieważ uległa modyfikacjom w trakcie trwania postępowania Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia tego zarzutu. Dokumentacja przygotowana przez Odwołującego została wykorzystana w postępowaniu choć w zmienionym w wyniku modyfikacji zakresie co wynikało w sposób jednoznaczny z poczynionych w trakcie rozprawy wyjaśnień co zostało w sposób jednoznaczny wykazane powyżej. Modyfikacje jakie zostały wprowadzone do dokumentacji postępoania nie zmieniają faktu, że nadal to dokumentacja sporządzona przez Odwołującego stanowiła o przedmiocie prowadzonego postępoania o udzielnie zamówienia.

Odwołujący wskazywał na naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy przez niewskazanie w czym Zamawiający upatruje przewagę konkurencyjną Odwołującego, która miałaby wynikać z przygotowania postępoania. Izba wskazuje, że Zamawiający podał uzasadnienie faktyczne swojej decyzji takie jakie uznał za wystarczające, fakt tego, że nie potwierdza ono prawidłowości działania Zamawiającego, co zostało wyżej wykazane, nie przesądza o braku podania uzasadnienia. Ocenie podlegała „jakość" uzasadnienia i do tego odniósł się Odwołujący, tym samym znalazł podstawy do przygotowania stosownej argumentacji jak również budowaniu zarzutów co zaprzecza brakowi podania uzasadnienia faktycznego podjętych decyzji przez Zamawiającego, dlatego też Izba uznała ten zarzut za niezasadny.

W zakresie naruszenia art. 24 ust.2 pkt 1 ustawy w związku z art. 87 ust. 1 ustawy przez zaniechanie umożliwienia złożenia Odwołującemu wyjaśnień co do rzekomego utrudniania konkurencji na skutek czynności wykonywanych przez Odwołującego w związku z przygotowaniem postępowania - Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia tego zarzutu. Izba zaszcza, że w art. 87 ustawy ustawodawca przyznał Zamawiającemu prawo i nałożył na Zamawiającego obowiązek. W art. 87 ust. 1 ustawy zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Wskazać należy, że Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste ,,narzędzie'' Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należytą ocenę oferty). Zamawiający może zwrócić się o wyjaśnienie do wykonawcy nie tylko wtedy gdy ma wątpliwości w zakresie rzetelności złożonej oferty; Zamawiający może skorzystać w każdym przypadku z tego uprawnienia, po to by dokonany wybór był poprawny oraz by dokonanie wyboru było przejrzyste i czytelne. Istotnym i znamiennym jest również fakt, iż wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona

---

oferta. Zamawiający nie może więc na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dokonywać zmian w treści pierwotnie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli (oferty). Wyjaśnienia muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 czerwca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 1092/09). Nienaruszalność treści złożonej oferty, brak możliwości negocjacji treści oferty przez wykonawcę i Zamawiającego oraz dopuszczalność korekty oferty jedynie w zakresie uchybień enumeratywnie wskazanych w art. 87 ust.2 ustawy stanowi kanon stosowania art. 87 ust.1 ustawy. Jak wskazuje Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 30 marca 2010 r. (X Ga 7/2010) *Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości* żądania *od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy*

to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzeniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał. (...)W *przypadku zupełnego braku danych wskazanie ich w terminie późniejszym jest uzupełnieniem oferty o nową treść, która ma istotny wpływ na ocenę oferty wskazującą na standard i jakość materiałów (wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia* **7** *kwietnia 2009 r. III CA 88/2009), a nie jej poprawieniem (por. też wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r. V GA 40/2009)".*
Tak więc przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że Odwołujący podnosząc ten zarzut nie wskazał odnośnie jakiego elementu złożonej oferty miałoby dotyczyć wezwanie do złożenia wyjaśnień. Wyjaśnienia z art. 87 ust. 1 ustawy nie mogą dotyczyć elementów, które nie stanowią oferty – oświadczenia woli wykonawcy.

W zakresie podnoszonego naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy przez dopuszczenie do wykonywania czynności w trakcie postępowania K.K.
oraz P.O. wyłączeniu od wykonywania czynności podlegających
w postępowaniu oraz przez niepowtórzenie tych czynności Izba uznała zarzut
za niezasadny.
Jak zostało wykazane już we wcześniejszej argumentacji oraz w reprezentowanym stanowisku przez Strony postępowania w trakcie postępoania o udzielenie zamówienia publicznego czynności wykonywane przez pana K.K. oraz P.O. realizowane były na prośbę jednego z pracowników Zamawiającego, co również potwierdza korespondencja mailowa załączona do pisma procesowego Zamawiającego. Jak przyznał sam Zamawiający na rozprawie ww. panowie co najwyżej przygotowywali propozycję danych odpowiedzi,

---

wyjaśnień. Z załączonych dokumentów do stanowiska Zamawiającego wynika również, że sam suplement do projektu stanowił jedynie propozycję, którą miał sam Zamawiający ewentualnie poprawić. Zaznaczyć również należy, że korespondencja pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym w zakresie propozycji odpowiedzi była prowadzona pomiędzy ww. panami i panem R.S. od strony Zamawiającego, który jak oświadczył świadek nie legitymował się żadnym pełnomocnictwem od Zamawiającego. Również pełnomocnik Zamawiającego nie wykazał na rozprawie,
że upoważnił swojego pracownika do prowadzenia jakiejkolwiek korespondencji.
W rozpoznawanej sprawie wszystkie działania pomiędzy pracownikiem Zamawiającego a osobami pochodzącymi od Odwołującego dokonywane na etapie prowadzenia postępowania realizowane były na zasadzie pomocy i utrzymania dobrych kontaktów, co podkreślał pełnomocnik Odwołującego jak również wskazywał świadek. Tym samym nie było możliwości wyłączenia pana K.K. oraz P.O.
z postępoania, co więcej nie było podstaw do powtórzenia czynności ponieważ jak było to podnoszone przez Zamawiającego panowie przedstawiali tylko propozycje odpowiedzi na zadane pytania a po stronie Zamawiającego pozostało faktyczne udzielanie odpowiedzi.

W zakresie podnoszonego naruszenia art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy i dokonanie na tej podstawie prawnej odrzucenia oferty choć nie znajduje on zastosowania w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego Izba uznała, że w zasadzie błędnie podniesiona podstawa prawna odrzucenia oferty w przypadku wykluczenia wykonawcy nie pozwala na uwzględnienie zarzutu, bowiem prawidłowa była czynność odrzucenia oferty po wykluczeniu wykonawcy. Co do zasady odrzucenie oferty następuje na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy po tym jak wykonawca zostanie wykluczony, oferta zostaje uznana za odrzuconą. Cel, tzn. wskazanie tego co dzieje się z ofertą wykonawcy wykluczonego z postępoania, choć przez wskazaną przez Zamawiającego
nietrafioną podstawę prawną jednakże w nawiązaniu do czynności wykluczenia, został osiągnięty. Oczywiście należy mieć na uwadze, że czynność wykluczenia Odwołującego z postępoania była nieprawidłowa, co zostało wykazane powyżej, tym samym czynność odrzucenia oferty Odwołującego – jako następstwo wykluczenia – również była nieprawidłowa.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp

oraz § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

21

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……

22