

WYROK

z dnia 09.04.2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 05 kwietnia 2018 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19.03.2018 r. przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Organizacji Inwestycji Allplan Sp. z o.o., ul. Mahoniowa 14, 85-390 Bydgoszcz, w postępowaniu prowadzonym przez Polskie Koleje Państwowe S.A., al. Jerozolimskie 142A, 02-305 Warszawa.

orzeka

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów odwołania ozn nr 1, 2 i 4, uwzględnionych przez zamawiającego,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Przedsiębiorstwo Organizacji Inwestycji Allplan Sp. z o.o., ul. Mahoniowa 14, 85-390 Bydgoszcz i;

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczonych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania

3.2 zasądza od odwołującego Przedsiębiorstwa Organizacji Inwestycji Allplan Sp. z o.o., ul. Mahoniowa 14, 85-390 Bydgoszcz na rzecz zamawiającego Polskie Koleje Państwowe S.A., al. Jerozolimskie 142A, 02-305 Warszawa kwotę 2 214,00 (dwa tysiące dwieście czternaście) złotych tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 520/18

UZASADNIENIE

Polskie Koleje Państwowe S.A., al. Jerozolimskie 142A, 02-305 Warszawa, dalej zwany „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zawarcie umów ramowych, na wykonanie dokumentacji przedprojektowej, projektowej i

okołoprojektowej dla wybranych zadań inwestycyjnych objętych Programem Inwestycji Dworcowych na lata 2016-2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 października 2017r. pod numerem 2017/S 193-396305.

Zamawiający w dniu 8 marca br. poinformował o wykluczeniu z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Organizacji Inwestycji Allplan Sp. z o.o., ul. Mahoniowa 14, 85-390 Bydgoszcz, dalej zwanego „Odwołującym” oraz o odrzuceniu jego oferty, na podstawie art. 24 ust 1 pkt 19 Pzp.

Od takiej czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania oraz art. 24 ust 4 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy Odwołujący rzetelnie wykazał Zamawiającemu brak podstaw ku Tej czynności,

2. art. 7 ust 1 Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z bezpodstawnym wykluczeniem wykonawcy z postępowania,

3. art. 24 ust. 10 Pzp, poprzez brak wskazania w protokole sposobu zapewnienia konkurencji, podczas gdy Zamawiający - PKP S.A. - na etapie ogłaszania postępowania posiadał wiedzę, że jego pracownik przed ogłoszeniem niniejszego postępowania zakończył z nim współpracę, a biorąc pod uwagę jego kwalifikacje, powinien przyjąć, że znajdzie on zatrudnienie we własnym zawodzie.

4. art. 92 ust 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust 1 Pzp, poprzez wyłącznie lakoniczne, nieoparte żadnymi dowodami stwierdzenia wskazane w uzasadnieniu faktycznym informacji o wykluczeniu Odwołującego, w skutek czego Odwołujący został pozbawiony prawa do pełnej obrony a tym samym naruszona została zasada równego traktowania Wykonawców,

5. art. 96 ust 1 pkt 14 Pzp, poprzez niezamieszczenie w protokole postępowania informacji dotyczących osób wykonujących czynności związane z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia

oraz ewentualnie:

6. art. 100 ust 4 Pzp w związku z art. 7 ust 1 Pzp poprzez wykorzystanie umowy ramowej do ograniczania konkurencji, z uwagi na fakt, iż Zamawiający wszczynając postępowanie dysponował wiedzą, iż jego były pracownik został zatrudniony u Odwołującego a tym samym winien przypuszczać, że Odwołujący potencjalnie może złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu.

Podnosząc powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu :

1. uwzględnienie odwołania

1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,

2) zawarcia umowy ramowej z Odwołującym, ewentualnie;

1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.,

2) nakazanie Zamawiającemu ponownego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień z art. 24 ust. 10 Pzp,

2. przeprowadzenie dowodu z dokumentów powołanych w Odwołaniu,

3. przeprowadzenie dowodu z przesłuchania:

1) L. D. - Członka Zarządu POI Allplan Sp. z o.o.

2) A. T. - Prokurenta POI Allplan Sp. z o.o.

na okoliczność procedur stosowanych przez Odwołującego dotyczących ofertowania, oraz miejsca pracy, udziału w przygotowaniu oferty, funkcji pełnionej przez pana B. S. i pani M. D. w POI Allplan Sp. z o.o.

4. Przeprowadzenie dowodu z przesłuchania B. S., na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu, w szczególności związane z jego zakresem obowiązków w PKP S.A., uczestnictwem w przygotowaniu postępowania i zakresem obowiązków w POI Alplan Sp. z o.o.

5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów wskazał, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 30 stycznia br. przedłożył wyjaśnienia w dniu 7 lutego 2018 r. wraz z uzupełnionym formularzem JEDZ, które bezsprzecznie dowodzą, iż nie naruszył on zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w niniejszym postępowaniu. Następnie, w dniu 8 marca 2018r. Zamawiający przesłał do Odwołującego informację o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji o odrzuceniu jego oferty. Wskazał, że treść wezwania z dnia 30 stycznia br. nie odzwierciedla kwestionowanych przez Zamawiającego czynności będących podstawą wykluczenia Odwołującego, którą rzekomo byli pracownicy Zamawiającego zatrudnieni przez Odwołującego wykonywali. W wezwaniu do złożenia wyjaśnień Zamawiający wskazał bowiem, iż:

„ - Pan B. S. jako dyrektor ówczesnego Biura Projektowania PKP S.A. weryfikował i akceptował wszystkie dokumenty związane z przygotowaniem postępowania na umowę ramową na projektowanie.

- Pani M. Z-Z. wykonywała koncepcje zagospodarowania terenu, schematy funkcjonalno-przestrzenne, które stanowiły podstawę sporządzenia zbiorczych zestawień szacunkowych kosztów, w tym kosztów sporządzenia dokumentacji projektowej dla obiektów, których projektowanie objęte jest niniejszym postępowaniem,

- Pani M. D. wykonywała koncepcje zagospodarowania terenu, schematy funkcjonalno-przestrzenne, które stanowiły podstawę sporządzenia zbiorczych zestawień szacunkowych kosztów, w tym kosztów sporządzenia dokumentacji projektowej dla obiektów, których projektowanie objęte jest niniejszym postępowaniem.”

Jednocześnie - w treści tego wezwania Zamawiający przyznał, że Odwołujący „ posiadał wcześniej wiedzę na temat opisu przedmiotu zamówienia, (...) który w niezmienionej formie (albo z małymi modyfikacjami) został udostępniony w momencie ogłoszenia postępowania Stwierdził, że jak wynika z powyższego, sam Zamawiający przyznał, że cały materiał dotyczący przedmiotowego zamówienia został udostępniony wszystkim potencjalnym wykonawcom na etapie ogłoszenia niniejszego postępowania. Ponadto w informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający nie kwestionował złożonego przez Odwołującego oświadczenia, w przedmiocie niezatrudniania pani M. Z-Z.

Opierając się na powyższym podkreślił, że trudno zgodzić się z Zamawiającym, iż doszło do naruszenia zasady zapewnienia uczciwej konkurencji oraz, że Zamawiający nie miał możliwości wskazania w protokole postępowania sposobu zachowania uczciwej konkurencji skoro zamieścił wszystkie materiały dotyczące przedmiotowego postępowania do wiadomości potencjalnych wykonawców, a jedyną możliwością zachowania zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców była czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Dodał, że funkcja jaką pełnił pan B. S. - tj. dyrektor - polegała w szczególności na nadzorowaniu podległych mu pracowników oraz sygnowaniu pracy innych, podległych mu osób, dlatego też nie sposób twierdzić, że osobiste zaangażowanie pana S. w tym konkretnym postępowaniu mogłoby stanowić o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji. Ponadto Odwołujący posiada wiedzę, iż pani D. od lipca 2015r. do kwietnia 2017r. zajmowała się opracowaniem dokumentacji projektowej dla Przebudowy Dworca Gdańsk Główny, która nie dotyczy niniejszego postępowania. Natomiast od kwietnia 2017r. do listopada 2017r. (tj. do momentu zakończenia współpracy z Zamawiającym), weryfikowała dokumentację projektową oraz przygotowywała pojedyncze schematy dla lokalizacji m.in. Gdańsk Główny, Pruszków, Czarna Tarnowska oraz bieżącymi sprawami związanymi z dworcem Gdańsk Główny, natomiast jej „ewentualna wiedza” z zakresu wyszczególnionym w wezwaniu nie została w żaden sposób wykorzystana.

Wskazał, że według jego wiedzy już prawdopodobnie przed dniem wystosowania do Odwołującego wezwania do wyjaśnień z 30 stycznia 2018 roku Zamawiający dysponował już informacją, że jego byli pracownicy, pan B. S. i pani D. są pracownikami Odwołującego. Naddo to udostępnionego przez Zamawiającego protokołu postępowania wynika, że byli pracownicy Zamawiającego (a obecnie pracownicy Odwołującego) nie brali udziału w przygotowaniu niniejszego postępowania, natomiast zgodnie z wezwaniem do złożenia wyjaśnień oraz informacją dotyczącą wykluczenia Odwołującego, Zamawiający przywołał szereg czynności, jak np. oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, w stosunku do

których nie przedstawił żadnych dowodów, poza lakonicznym stwierdzeniem, iż dysponuje on dowodami na potwierdzenie własnych twierdzeń. Zatem w zastanym stanie faktycznym Odwołujący, opierając się na uzyskanych od pana B. S. i pani M. D. informacjach, zgodnych z przesłanym przez Zamawiającego protokołem, nie znajduje uzasadnienia dla tez wskazanych w informacji o wykluczeniu Odwołującego z dnia 8 marca 2018r.

Ponadto podkreślił, iż przedmiotowe zamówienie dotyczy zawarcia umowy ramowej, której zawarcie między Stronami pozwoli dopiero na ofertowanie zamówień wykonawczych, dotyczących opracowania dla potencjalnie 74 dworców zlokalizowanych w różnych częściach Polski, dokumentacji przedprojektowej, okołoprojektowej i projektowej wielobranżowej. W związku z powyższym, dla wykazania ewentualnej przewagi Odwołującego należałoby wykazać, iż byli pracownicy Zamawiającego - pan S. i pani D. - posiadają co najmniej wiedzę pozwalającą na kompleksowy opis przedmiotu zamówienia i jego wycenę.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe argumenty stwierdził, że w ocenie Odwołującego nie sposób przyjąć, że fakt zatrudnienia przez niego byłych pracowników Zamawiającego mógł mieć jakikolwiek wpływ na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz konkurencyjności.

W zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust 1 Pzp, poprzez lakoniczne, nieoparte żadnymi dowodami stwierdzenia wskazane w uzasadnieniu faktycznym informacji o wykluczeniu Odwołującego wskazał, że takie działanie Zamawiającego utrudniło obronę Odwołującemu. Podał, iż o ile Zamawiający dysponuje dowodami, dającymi podstawę do wykluczenia Odwołującego z postępowania, winien on je szczegółowo opisać i wskazać, na poparcie prawidłowości dokonanej czynności. Odwołujący bowiem, poprzez brak udostępnienia w/w dowodów, o ile w ogóle takowe istnieją, zostaje pozbawiony możliwości złożenia wyczerpujących wyjaśnień oraz własnej obrony. Zamawiający bowiem posiadając wcześniej pełną wiedzę na temat (rzekomego) uczestnictwa jego byłych pracowników dopiero w dniu 8 marca br. wykorzystał ją do dokonania czynności wykluczenia Odwołującego, czym uniemożliwił Odwołującemu ustosunkowanie się do zawartych w nich twierdzeń. Wskazał także, że Zamawiający równolegle - na wniosek Odwołującego - przesłał mu protokół postępowania, w którym żaden ze wskazanych pracowników nie został w nim wymieniony wymieniony.

W odpowiedzi na powyższe zarzuty Zamawiający w dniu 04.04.2018 roku złożył odpowiedź na odwołanie w którym oświadczył, że po przeanalizowaniu zarzutów odwołania, odwołanie w ten sposób że:

1. Unieważni czynność wykluczenia Odwołującego,
2. Przeprowadzi czynność ponownego wezwania Odwołującego w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp do udowodnienia w zakresie nowych okoliczności faktycznych powołanych w informacji z dnia 08 marca 2018 r. o wykluczeniu, a które to okoliczności nie zostały wskazane w wezwaniu z dnia 30 stycznia 2018 r., że udział jego pracowników w przygotowaniu postępowania o udzieleniu zamówienia nie zakłóci konkurencji,
3. Przeprowadzi czynność ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W kolejnym piśmie z dnia 5 kwietnia 2018 roku Zamawiający podał, że w odpowiedzi na pismo Odwołującego POI Allplan Sp. z o.o. przesłane Zamawiającemu dnia 04.04.2018 r.

Zamawiający wskazuje, iż nie uwzględnił odwołania w całości, a takie stwierdzenie poczynione przez Odwołującego jest nieuprawnione. Zamawiający uwzględnił odwołanie w części, wyłącznie w zakresie zarzutów Odwołującego związanych z wykluczeniem go z postępowania tj. zarzutów określonych w pkt. 1, 2 oraz 4 odwołania, co znalazło wyraz w oświadczeniu Zamawiającego, iż unieważni czynność wykluczenia Odwołującego oraz przeprowadzi czynność ponownego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień i ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Do pozostałych zarzutów zawartych w odwołaniu Zamawiający ustosunkuje się na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przesłaną przez Zamawiającego, treści odwołania, pism Zamawiającego oraz dowodów przedstawionych na rozprawie oraz stanowiska Zamawiającego podanego do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego i

pozostałych do rozstrzygnięcia przez Izbę, jest niezasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy

Pzp. Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu środków ochrony prawnej w postaci odwołania.

Na wstępie wskazać należy, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że postanowił uwzględnić trzy z sześciu podniesionych zarzutów. Oświadczył, że uwzględni zarzuty 1; 2 i 4, a nie uwzględni zarzutów oznaczonych numerami 3; 5 i 6. Powyższa informacja oprócz przekazania jej Prezesowi KIO została także niewątpliwie przekazana Odwołującemu. Wynika to z faktu, że Odwołujący w nawiązaniu do informacji Zamawiającego o uwzględnieniu Odwołania w piśmie z dnia 04.04.2018 roku podał, że „odwołujący stwierdza, iż Zamawiający w całości uwzględnił odwołanie i w związku z tym wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego (...)”. Zamawiający w odpowiedzi na to pismo Odwołującego poinformował zarówno Prezesa KIO jak i Odwołującego, „iż nie uwzględnił odwołania w całości, (...) Zamawiający uwzględnił odwołanie w części, wyłącznie w zakresie zarzutów Odwołującego związanych z wykluczeniem go z postępowania tj. zarzutów określonych w pkt. 1, 2 oraz 4 odwołania”.

Odwołujący, odnosząc się do tego pisma, przesłał do Prezesa KIO w tym samym dniu tj. 05.04.2018 r. pismo (które do składu orzekającego dotarło już po zakończeniu rozprawy) w którym podał, iż „W związku z otrzymaniem w dniu dzisiejszym pisma od Zamawiającego Odwołujący wskazuje, iż doszło ono do niego w czasie, który uniemożliwia mu stawiennictwo przed Krajową Izbą Odwoławczą w wyznaczonym terminie. Jednocześnie Odwołujący stoi na stanowisku, iż w związku z całkowitym uznaniem żądania odwołania przez Zamawiającego odwołanie zostało przez niego uwzględnione w całości i wnosi o umorzenie postępowania”.

Izba odnosząc się do powyższego na wstępie podaje, że Odwołujący nie był reprezentowany na rozprawie przed KIO pomimo prawidłowego (ze znacznym wyprzedzeniem) poinformowania o terminie posiedzenia/rozprawy. Tym samym stwierdzić należy, że Odwołujący poniechał obrony zasadności zarzutów i żądań podniesionych w odwołaniu. Za niezasadne należało uznać stanowisko zawarte w piśmie Odwołującego, że Zamawiający w całości uwzględnił zarzuty odwołania. Nic takiego, ani z treści odpowiedzi na odwołanie, ani z analizy zakresu zarzutów podniesionych w odwołaniu nie wynika. Ponadto jak wyżej wskazano Zamawiający poinformował Odwołującego, iż nie może być mowy o uwzględnieniu wszystkich zarzutów odwołania.

Zauważyć należy, iż jeśli uznanie przez Zamawiającego części zarzutów z odwołania obejmowało w całości interes Odwołującego to nie było żadnych przeszkód, aby Odwołujący cofnął w pozostałym zakresie zarzuty odwołania i wtedy Izba w oparciu o przepis art. 186 ust. 3a Pzp nakazała by zwrot całej kwoty wpisu dla Odwołującego. Brak pełnomocnika Odwołującego na posiedzeniu uniemożliwił dokonanie dalszych ustaleń w tym zakresie. Dodać także należy, iż odnosząc się do treści odwołania jako całości wskazać należy, że

Odwołujący w uzasadnieniu podniesionych zarzutów nie odnosił się do poszczególnych wyspecyfikowanych zarzutów odwołania poprzez przypisanie do określonego zarzutu określonej treści uzasadnienia, lecz przedstawił uzasadnienie ogólne co do całości odwołania, co uniemożliwiało jednoznaczne przypisanie konkretnej argumentacji Odwołującego, do konkretnego zarzutu i żądania podniesionego w odwołaniu.

Zamawiający na posiedzeniu oświadczył, że nie jest możliwe przyjęcie, iż w całości uwzględnił zarzuty odwołania i wniósł o rozpatrzenie zarzutów nieuwzględnionych składając w tym zakresie pismo procesowe - odpowiedź na odwołanie. Podał, że przyjęcie stanowiska o uwzględnieniu zarzutów nie wskazanych w odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 i 5 kwietnia br. miałyby niekorzystne konsekwencje dla Zamawiającego w dalszym toku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu ozn. nr w odwołaniu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 10 Pzp, poprzez brak wskazania w protokole sposobu zapewnienia konkurencji, podczas gdy Zamawiający - PKP S.A. - na etapie ogłaszania postępowania posiadał wiedzę, że jego pracownik przed ogłoszeniem postępowania zakończył z nim współpracę, a biorąc pod uwagę jego kwalifikacje, powinien przyjąć, że znajdzie on zatrudnienie we własnym zawodzie podał, iż w protokole z postępowania aktualnym na dzień 19 marca 2018 roku, w pkt. 15.4 został wskazany sposób zapewnienia konkurencji w przypadku zaistnienia sytuacji, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp. Zamawiający uzupełnił w tej części protokół

dopiero po wykluczeniu Odwołującego z postępowania, ponieważ dopiero wtedy mógł wskazać w jaki sposób została zapewniona w przedmiotowym postępowaniu konkurencja, czyniąc zadość przepisom art. 24 ust. 10 Pzp. Natomiast treść protokołu załączona do odwołania przez Odwołującego była aktualna na dzień 8 lutego 2018 roku i została przekazana Odwołującemu w odpowiedzi na jego wniosek z dnia 7 lutego 2018r., a więc nie mogła zawierać tej treści.

Izba odnosząc się do powyższego zarzutu uznaje jego niezasadność. Zgodnie z treścią przepisu art. 24 ust. 10 Pzp Zamawiający przed wykluczeniem wykonawcy z postępowania z przyczyny wskazanej a 24 ust.1 pkt 19 Pzp tj. z powodu, że osoba biorąca udział w przygotowaniu oferty brała także udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, winien zapewnić takiemu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania nie zakłóci konkurencji. Niezasadność tego zarzutu wynika przede wszystkim z tego, że Odwołujący próbuje odwrócić ocenę takiego stanu faktycznego przerzucając zarówno winę jak i ciężar dowodowy w tym zakresie na Zamawiającego. Izba uznaje, że to nie Zamawiający winien „śledzić” losy zawodowe swoich byłych pracowników, lecz wykonawca przygotowując ofertę winien wyłączyć z czynności przygotowawczych osoby które poprzednio pracowały „u” lub „dla” zamawiającego, bądź w inny sposób brały udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przedmiotowy przepis na celu ochronę wykonawców przed naruszeniem rzeczywistej konkurencji w postępowaniu poprzez niedopuszczenie do niego wykonawców mających przewagę nad innymi z powodu, iż znali chociażby po części, przed składaniem ofert, oczekiwania zamawiającego jakie będzie kierował wobec wykonawców będących ubiegających się o uzyskanie danego zamówienia. Jeśli zamawiający poweźmie wiedzę w tym zakresie winien umożliwić takiemu wykonawcy udowodnienie, że taka osoba nie brała udziału w tym postępowaniu lub, że jej udział nie zakłóci konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Zamawiający po uzyskaniu takich informacji od wykonawcy wskazuje w protokole postępowania w jaki sposób ta rzeczywista konkurencja zostaje zapewniona, albo w przypadku nie udowodnienia tego przez wykonawcę, wyklucza takiego wykonawcę z postępowania. Ocena, czy zakłócenie konkurencji, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy - może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie danego wykonawcy z postępowania jest możliwa dopiero po stwierdzeniu faktu złożenia oferty w postępowaniu przez podmiot, zatrudniający byłego pracownika zamawiającego oraz dopiero po uzyskaniu wyjaśnień wykonawcy w tym zakresie.

Izba uznała, że brak podania tej okoliczności w protokole w ww. okresie nie został wykazany przez Odwołującego, gdyż Zamawiający na rozprawie wykazał, iż Odwołujący tylko raz występował o udostępnienie protokołu postępowania i tylko raz w dniu 8 lutego 2018 roku otrzymał kopie protokołu, a więc na długo przed wykluczeniem Odwołującego z postępowania. Tym samym nie wykazano, że na etap uzewnętrznienia czynności wykluczenia brak było w protokole postępowania tych informacji.

W tym zakresie za Zamawiającym stwierdzić należy, że sam wpis w protokole lub jego brak nie kreuje faktów a jedynie stanowi sprawozdanie z ich dokonania. Brak wpisu określonych informacji do protokołu, jeśli one jak twierdził Zamawiający zostały w rzeczywistości przez Zamawiającego dokonane, jest naruszeniem formalnym i nie stanowi ono naruszenia przepisów w zakresie mającym wpływ na wynik postępowania. Stanowisko takie jest prezentowane w orzecznictwie KIO - wyrok z dnia 29.03.2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 543/17 gdzie wskazano, iż omyłkowe wymienienie w protokole postępowania osób, które nie wykonywały czynności w postępowaniu nie ma wpływu na ocenę prawidłowości przebiegu postępowania. Tym samym zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie.

Z powyższym zarzutem po części łączy się zarzut nie umożliwienia wykonawcy wypowiedzenia się co dalszych okoliczności na których oparto wykluczenie Odwołującego z postępowania (nie objętych wezwaniem z 30 stycznia 2018 r.), a wskazanych przez Zamawiającego w informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Jednakże w tej części Zamawiający uwzględnił zarzut, zobowiązując się do wezwania Odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień.

W zakresie zarzutu ozn. nr 5 dot. naruszenia art. 96 ust. 1 pkt. 14 Pzp, poprzez niezamieszczenie w protokole postępowania informacji dotyczących osób wykonujących czynności związane z przygotowaniem postępowania o udzielenia zamówienia, Zamawiający podał, iż w protokole z postępowania w pkt 4 lit. B, zostały wskazane osoby, które wykonywały czynności związane z przygotowaniem przedmiotowego postępowania, tym samym, przedmiotowy zarzut Odwołującego należy uznać za chybiony. Izbie na rozprawie Zamawiający wykazał, że na str. 6 cz. B są wpisane osoby wykonujące czynności związane z przygotowaniem postępowania. Niewątpliwie nie ma tam wymienionych osób Pana B. S. i Pani M. D., których prawdopodobny udział w przygotowaniu oferty przez Odwołującego był podstawą do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Jednakże wskazać należy, że w ww. pkt protokołu wpisywane są osoby związane bezpośrednio z przygotowaniem

postępowania oraz takie, których wpływ na tok przygotowania postępowania jest znaczny. Zamawiający nigdy nie twierdził, że któraś z wskazanych dwóch osób tj Pan B. S. i Pani M. D. w sposób bezpośredni brali udział w przygotowywaniu postępowania, lecz wskazywał tylko na ich udział w tym postępowaniu. Rozstrzygnięcie tej kwestii na tym etapie postępowania jest przedwczesne, ponieważ w związku z uwzględnieniem zarzutu odwołania w tym zakresie, będzie to przedmiotem dalszych wyjaśnień Odwołującego i dopiero po ich złożeniu i ocenie ich przez Zamawiającego będzie możliwa ocena zakresu i charakteru udziału ww. osób w przygotowywaniu tego postępowania.

W zakresie zarzutu 6, który mimo wskazania go przez Odwołującego jako zarzut ewentualny został rozpoznany przez Izbę. W zarzucie tym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 100 ust. 4 Pzp w zw. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wykorzystanie umowy ramowej do ograniczenia konkurencji, z uwagi na fakt, iż zamawiający wszczynając postępowanie dysponował wiedzą, iż jego byłby pracownik został zatrudniony u Odwołującego, a tym samym winien przypuszczać, że Odwołujący potencjalnie może złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu. Zarzut ten Izba uznała za niezasadny. Co do części argumentacji Izby w tym zakresie Izba wskazuje na argumentację przedstawioną przy zarzucie ozn. nr 3 w odwołaniu. Ponadto dodać należy, że Odwołujący wnosząc odwołanie odwołuje się do protokołu postępowania otrzymanego od Zamawiającego w dniu 8 lutego 2018 roku. Zarzucanie Zamawiającemu, iż ten wszczynając postępowanie dysponował wiedzą, że jego byli pracownicy znaleźli zatrudnienie u Odwołującego jest całkowicie chybione, gdyż postępowanie zostało wszczęte w dniu 05 października 2017 roku, a więc przed zatrudnieniem ww. osób u Odwołującego. Ponadto jak wskazała Izba w uzasadnieniu zarzutu ozn. nr 3, nie jest rolą Zamawiającego śledzić losy zawodowe swoich byłych pracowników, to wykonawca składając ofertę nie może dopuszczać się działań, które konkurencję pomiędzy wykonawcami w postępowaniu czyniłyby iluzoryczną. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał na czym miałyby polegać w tym postępowaniu naruszenie przez

Zamawiającego art. 7 ust.1 Pzp. Izba nie zauważyła, w tym przypadku możliwości naruszenia art. 7 ust.1 Pzp przez Zamawiającego w związku z prowadzeniem postępowania o zawarcie umowy ramowej. To raczej Odwołujący poprzez fakt zatrudnienia osób biorących udział w przygotowaniu tego postępowania po stronie Zamawiającego i nie udowodnienia, iż nie brały udziału w przygotowaniu składanej oferty, stwarza na tym etapie postępowania domniemanie możliwości zakłócenia rzeczywistej i uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami składającymi oferty na to postępowaniu.

Izba nie uwzględniła wniosków dowodowych o przesłuchanie świadków, gdyż z treści odwołania można było wywieść, iż okoliczność na jaką miały być przesłuchane wskazane osoby dotyczyła okoliczności objętych zarzutem uwzględnionym przez Zamawiającego.

Reasumując powyższe Izba wskazuje, że co do zarzutów odwołania uwzględnionych przez Zamawiającego to postępowanie odwoławcze w tym zakresie zostało umorzone, gdyż spór w tym zakresie pomiędzy stronami na skutek uwzględnienia zarzutów wygaś. Tym samym niezbędnym było orzeczenie w sentencji o umorzeniu postępowania w tym zakresie. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono identyczne stanowisko przedstawione w wyrokach KIO z 26 października 2016 r. sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. sygn. akt KIO 2357/16, wyroku KIO z dnia 17 stycznia 2017 r. sygn. akt KIO 17/17, KIO 24/17, z dnia 10.11.2017 roku sygn. KIO

223/17; z dnia 6.12.2017 roku sygn. KIO 2448/17).

Nadto w tej sprawie zasadnym jest wskazanie, że na podstawie art. 191 ust. 2 Pzp

Izba wydając wyrok 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. W tej sprawie z powodu nieobecności na rozprawie pełnomocnika Odwołującego nie zostały Izbie przedstawione jakiegokolwiek dowody potwierdzające zasadność pozostałych do rozstrzygnięcia zarzutów. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Wskazać należy, że co do zasady złożone odwołanie od czynności zamawiającego podjętych lub zaniechanych w postępowaniu prezentuje pewne stanowisko procesowe, nacechowane konkretną strategią o charakterze biznesowym. Zasadność tej strategii i faktu zaistnienia błędnych czynności zamawiającego winno być Izbie wykazane i udowodnione. Brak udowodnienia zasadności podniesionych zarzutów skutkuje zazwyczaj oddaleniem odwołania. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w spr. o sygn. akt V Ca 571/08, kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia

prawdy materialnej. Podobnie również stwierdził SO w Katowicach w wyroku o sygn. XIX Ga 92/08, iż „w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony, na której spoczywa ciężar dowodu, jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania”.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 zm.).

Przewodniczący