

Sygn. akt KIO/UZP 430/09

**WYROK**  
z dnia 16 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Lubomira Matczuk-Mazuś

**Członkowie:** Luiza Łamejko  
Agnieszka Trojanowska

**Protokolant:** Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **KKM Kozień Architekci, Marek Kozień, Magdalena Kozień-Woźniak, Katarzyna Kozień-Kornecka, 31-039 Kraków, ul. Dietla 50/4** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Teatr Muzyczny „CAPITOL”, 50-020 Wrocław, ul. J. Piłsudskiego 72** protestu z dnia 27 marca 2009r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny wniosku Odwołującego.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Teatr Muzyczny „CAPITOL”, 50-020 Wrocław, ul. J. Piłsudskiego 72 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **KKM Kozień Architekci, Marek Kozień, Magdalena Kozień-Woźniak, Katarzyna Kozień-Kornecka, 31-039 Kraków, ul. Dietla 50/4,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Teatr Muzyczny „CAPITOL”, 50-020 Wrocław, ul. J. Piłsudskiego 72** na rzecz **KKM Kozień Architekci, Marek Kozień, Magdalena Kozień-Woźniak, Katarzyna Kozień-Kornecka, 31-039 Kraków, ul. Dietla 50/4,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **KKM Kozień Architekci, Marek Kozień, Magdalena Kozień-Woźniak, Katarzyna Kozień-Kornecka, 31-039 Kraków, ul. Dietla 50/4.**

## U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Teatr Muzyczny „CAPITOL” z siedzibą we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest „Wykonanie dokumentacji wykonawczej inwestycji pn. „Przebudowa i rozbudowa Teatru Muzycznego „CAPITOL” we Wrocławiu” wraz z kosztorysem inwestorskim oraz Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiOR)”.

Wartość zamówienia ustalona została na kwotę 4 500 000 zł, co stanowi równowartość 1 160 661,32 euro.

Ogłoszenie o zamówieniu – usługi zamieszczone zostało w Dz. Urz. UE 2009 / S 42-061637 w dniu 3.03.2009 r.

Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyli trzej wykonawcy, w tym Odwołujący - KKM Kozień Architekci, Marek Kozień, Magdalena Kozień-Woźniak, Katarzyna Kozień-Kornecka z siedzibą w Krakowie, wspólnicy spółki cywilnej.

Zamawiający wykluczył z postępowania wszystkich wykonawców, w tym Odwołującego. Jako podstawę prawną wykluczenia Odwołującego (pismo z dnia 29 marca 2009 r.) podał art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej w skrócie Pzp. Jako podstawę faktyczną podał, że Odwołujący jest autorem projektu architektoniczno-budowlanego i innych opracowań o różnym stopniu szczegółowości, stanowiących integralną część opisu przedmiotu zamówienia w prowadzonym postępowaniu.

Dokumentacja wykonawcza stanowiąca przedmiot zamówienia ma być wykonana na podstawie następujących dokumentów i opracowań wykonanych przez Odwołującego:

- 1) Projekt architektoniczno-budowlany, stanowiący załącznik nr 2 do OPZ (autorskie prawa majątkowe do projektu należą do Odwołującego).
- 2) Informacja BIOZ,
- 3) Wytyczne konserwatora,
- 4) Studium wykonalności projektu pn. "Przebudowa Teatru Muzycznego Capitol we Wrocławiu".
- 5) Opracowania archiwalne wykonane przez KKM Biuro projektowe s.c., m.in.:
  - a) Częstkowy Projekt Budowlany – branża elektryczna – system sygnalizacji zagrożenia pożarem z systemem oddymiania, system nagłośnienia ewakuacyjnego – Kraków grudzień 2006,
  - b) Program Funkcjonalno-Użytkowy – aneks branżowy: technologia widowiskowa sceny, branża elektryczna – Kraków grudzień 2006,
  - c) Projekt logistyczny – Kraków grudzień 2006 r.,
  - d) Projekt budowlano-architektoniczny – technologia widowiskowa systemu multimediiów, technologia widowiskowa, instalacje elektroakustyczne, instalacja systemu inspicjenta, technologia sal prób oraz Sali małej i klubowej, oświetlenia technologicznego, akustyka – suplement – Kraków luty 2007.

Zamawiający powołał się na treść art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp, wskazując trzy przesłanki tego przepisu oraz podał, że zgodnie z art. 29 – 38 Pzp, przygotowaniem postępowania jest: opis przedmiotu zamówienia, oszacowanie wartości zamówienia, przygotowanie SIWZ.

Zamawiający podał, że w prowadzonym postępowaniu wykorzystał w całości i w sposób bezpośredni opracowania Odwołującego, jako szczegółowy opis przedmiotu zamówienia.

Opracowywana dokumentacja będzie stanowiła uszczegółowienie przygotowanych wcześniej licznych opracowań autorstwa Odwołującego. Odwołujący wcześniej poznał treść SIWZ, jest lepiej zorientowany, co do zakresu przyszłych opracowań, wymaganych szczegółów projektowych, lepiej potrafi zdefiniować potrzeby związane z realizacją przyszłych robót budowlanych. Dbając o stworzenie równych szans dla wszystkich potencjalnych wykonawców, Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania.

Odwołujący wniósł protest w dniu 27.03.2009 r. i wobec oddalenia protestu pismem z dnia 31.03.2009 r., doręczonym Odwołującemu w dniu 1.04.2009 r., w dniu 1.04.2009 r. wniósł odwołanie.

W proteście i odwołaniu Odwołujący podał takie same zarzuty, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp.

**W uzasadnieniu odwołania** Odwołujący podał, że Zamawiający stwierdził w rozstrzygnięciu protestu, iż Odwołujący jako autor projektu architektoniczno-budowlanego występuje w pozycji uprzywilejowanej przygotowując ofertę na dokumentację wykonawczą. Odwołujący nie może zgodzić się z takim rozstrzygnięciem Zamawiającego, albowiem nie posiada żadnych informacji o przedmiocie zamówienia utrudniających uczciwą konkurencję. Odwołujący uczestnicząc w pracach, polegających na opracowaniu projektu architektoniczno-budowlanego, nabył informacje o przedmiocie zamówienia. Jednakże Zamawiający włączył te informacje, w zakresie istotnym dla złożenia oferty, w dokumentację postępowania, aby możliwym było wykorzystanie ich na równych zasadach przez wszystkich uczestników postępowania. Odwołujący nie posiada żadnych informacji, które czyniłyby go w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do pozostałych uczestników przedmiotowego postępowania.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 120/07 (Zamówienia publiczne w orzecznictwie, Zeszyty orzecznicze, Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, Zeszyt nr 1, Warszawa, sierpień 2008), w którego uzasadnieniu Izba stwierdziła "z samego udziału firmy w przygotowaniu przedmiotowego postępowania i to w sposób bezpośredni przez opracowanie dokumentacji projektowej i kosztorysu inwestorskiego, nie wynika domniemanie prawne, że wykonawca taki ma przewagę konkurencyjną nad innymi uczestnikami postępowania".

Wykluczenie wykonawcy z postępowania z przyczyny podanej w art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp może nastąpić jedynie w przypadku łącznego zaistnienia wszystkich koniecznych przesłanek, to jest:

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

Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu Wykonawcy wskazuje na znajomość zakresu przyszłych opracowań, umiejętność zdefiniowania potrzeb związanych z realizacją przyszłych robót budowlanych, jako na okoliczności naruszające równe szanse wykonawców w przygotowaniu ofert. Jednakże wiedza Odwołującego, co do zakresu przyszłych opracowań, umiejętność zdefiniowania potrzeb związanych z realizacją przyszłych robót budowlanych, nie naruszają zasady uczciwej konkurencji w prowadzonym postępowaniu, w którym jedynym kryterium oceny oferty jest cena. Odwołujący nie posiada żadnych informacji, które dawałyby mu przewagę nad pozostałymi uczestnikami postępowania w złożeniu oferty, której treścią będzie cena, a zapoznanie się z opisem przedmiotu zamówienia daje równe szanse na złożenie oferty. Przewaga Odwołującego może jedynie polegać na tym, że nie musi on zapoznawać się z dokumentacją, stanowiącą opis przedmiotu zamówienia i może w krótszym czasie przygotować ofertę. Odwołujący zwraca jednakże uwagę, że zgodnie z wyżej wymienionym wyrokiem KIO okoliczność ta nie stanowi utrudnienia uczciwej konkurencji.

KIO w przywołanym wyroku powołała się też na wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości sygn. C-21/03 C-34/03 z dnia 3.03.2005, w którym Trybunał stwierdził, że jednostka zamawiająca nie może odmówić uczestnictwa w postępowaniu wykonawcy realizującemu określone prace badawcze, dające informacje na temat zamówienia, chyba że wykáže, iż przedsiębiorca odniósł z tego tytułu nieuzasadnione korzyści mogące zniekształcić normalne warunki konkurencji. W tej sytuacji należy stwierdzić, że Zamawiający wykluczając Odwołującego nie wykazał przesłanki utrudnienia uczciwej konkurencji i przepis, na który się powołuje, nie znajduje zastosowania.

Zdaniem Odwołującego, wykluczenie Wykonawcy z udziału w przedmiotowym postępowaniu tylko z tego powodu, iż jest autorem projektu budowlanego przedmiotowej inwestycji, narusza zasadę równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podkreślił jeszcze raz, że nie znajduje się w żaden sposób w korzystniejszej sytuacji w postępowaniu w stosunku do pozostałych wykonawców. Jego pozycja konkurencyjna w postępowaniu - z uwagi na opracowanie dokumentacji - nie jest

korzystniejsza od innych wykonawców mogących w nim uczestniczyć, którzy informacje czerpaliby z SIWZ. Nie została zakłócona konkurencja, a udział Odwołującego w postępowaniu nie stanowi złamania zasady uczciwej konkurencji między pozostałymi wykonawcami.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu i zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty.

**Zamawiający oddalił protest w całości** powołując się na te same argumenty, jakie przedstawił w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

**Krajowa Izba Odwoławcza w wyniku przeprowadzanego postępowania dowodowego w czasie rozprawy, w szczególności na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania udostępnionej przez Zamawiającego oraz wyjaśnień Odwołującego i Zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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.

Z powyższego wynika, że zasadniczo wykonywanie bezpośrednio czynności przygotowujących postępowanie tj. między innymi opracowanie dokumentacji na podstawie, której nastąpiło opisanie przedmiotu zamówienia, stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Wyjątkiem jest sytuacja, gdy udział wykonawcy nie utrudni uczciwej konkurencji. O charakterze tegoż wyjątku świadczy określenie użyte w przepisie, o treści „chyba, że”.

Z opinii prawnych zamieszczonych na stronach internetowych UZP ([www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)) wynika, że powinny być spełnione trzy przesłanki pozytywne, których łączne wystąpienie powoduje obowiązek Zamawiającego wykluczenia wykonawcy z postępowania, są to: przygotowanie postępowania, udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania oraz bezpośredni związek pomiędzy rezultatem pracy tegoż wykonawcy, a jej wykorzystaniem przez Zamawiającego. Przygotowanie postępowania oznacza: opis przedmiotu zamówienia, a w przypadku robót budowlanych – sporządzenie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania

i odbioru robót, oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, poprzez sporządzenie kosztorysu inwestorskiego, przygotowanie SIWZ. W przypadku zaistnienia wskazanej sytuacji, Zamawiający jest zobowiązany do ustalenia okoliczności, czy udział takiego wykonawcy w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, stanowi utrudnienie uczciwej konkurencji. W zależności od dokonanych ustaleń wyklucza wykonawcę, bądź odstępuje od wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Z wyroku z dnia 3.03.2005 r. C-21/03 i C-34/03 ETS wynika, że Zamawiający przed podjęciem rozstrzygnięcia co do wykluczenia wykonawcy z postępowania, powinien umożliwić wykonawcy wykazanie, że w danym przypadku udział tegoż wykonawcy nie wypaczy zasady uczciwej konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu bezspornie ustalono, że Odwołujący wykonał na rzecz Zamawiającego bezpośrednio czynności przygotowujące postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, opracowując między innymi dokumentację, w skład której wchodzi następujące pozycje:

- 1) Projekt architektoniczno-budowlany, stanowiący załącznik nr 2 do OPZ (autorskie prawa majątkowe do projektu służą Odwołującemu),
- 2) Informacja BIOZ,
- 3) Wytyczne konserwatora,
- 4) Studium wykonalności projektu pn. "Przebudowa Teatru Muzycznego „CAPITOL” we Wrocławiu”.
- 5) Opracowania archiwalne wykonane przez KKM Biuro projektowe s.c., m.in.
  - a) Częstkowy Projekt Budowlany – branża elektryczna – system sygnalizacji zagrożenia pożarem z systemem oddymiania, system nagłośnienia ewakuacyjnego – Kraków grudzień 2006,
  - b) Program Funkcjonalno-Użytkowy – aneks branżowy: technologia widowiskowa sceny, branża elektryczna – Kraków grudzień 2006,
  - c) Projekt logistyczny – Kraków grudzień 2006 r.,
  - d) Projekt budowlano-architektoniczny – technologia widowiskowa systemu multimediiów, technologia widowiskowa, instalacje elektroakustyczne, instalacja systemu inspicjenta, technologia sal prób oraz Sali małej i klubowej, oświetlenia technologicznego, akustyka – suplement – Kraków luty 2007.

Wskazane opracowania stanowiły podstawę opisu przedmiotu zamówienia, o którym stanowią przepisy art. 29 i 30 Pzp.

Wobec bezspornego faktu uczestniczenia Odwołującego w przygotowaniu przedmiotowego postępowania, pozostała jedynie do ustalenia kwestia przesądzająca o rozstrzygnięciu rozpoznawanej sprawy w przedmiocie, czy udział Odwołującego w prowadzonym

postępowaniu, nie utrudni uczciwej konkurencji. Fakt ten należy do sfery dowodowej Odwołującego, jednak, w myśl przywołanego orzeczenia ETS, Zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, zobowiązany jest do umożliwienia wykonawcy wykazania, że w danym przypadku udział tegoż wykonawcy nie wypaczy zasady uczciwej konkurencji.

Z wyjaśnień pełnomocników stron złożonych podczas rozprawy, jednoznacznie i bezspornie wynika, że Zamawiający nie wystąpił do Odwołującego o przedstawienie stanowiska, ewentualne złożenie jakichkolwiek wyjaśnień w tym przedmiocie (pisemnie, zważywszy na zasadę pisemności postępowania, z wyjątkami określonymi w art.27 Pzp), lecz arbitralnie rozstrzygnął problem, wykluczając Odwołującego z postępowania.

W orzecznictwie sądowym, np. wyroku Sądu Okręgowego w Słupsku – wyrok z dnia 30 września 2008 r. sygn. akt VII Ga 36/08, przyjęto, że wykluczenie wykonawcy z postępowania ma uzasadnienie wówczas, gdy rezultat prac przygotowawczych będzie bezpośrednio wykorzystany w postępowaniu oraz charakter czynności będzie mógł mieć wpływ na wynik postępowania. Na podstawie materiału dowodowego, w tym wyjaśnień Odwołującego, przy braku zaprzeczenia ze strony Zamawiającego, nie można przyjąć, że udział Odwołującego w postępowaniu utrudnił uczciwą konkurencję, zwłaszcza wobec faktu, że żaden z pozostałych dwóch wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie spełniał warunków podmiotowych udziału w postępowaniu.

Wartość zamówienia ustalona została według zasady wskaźnikowej i jest nieznaną Odwołującemu. Zamawiający nie wykazał, by Odwołującemu znane były inne dane mogące utrudnić uczciwą konkurencję.

Z tych względów KIO uznała, że nie zachodzi utrudnienie uczciwej konkurencji poprzez udział Odwołującego w prowadzonym postępowaniu. Wymóg wezwania Odwołującego celem umożliwienia mu złożenia odpowiedniego stanowiska w sprawie, zgodnie z wnioskiem wynikającym z przywołanego orzeczenia ETS, nie ma w tym przypadku uzasadnienia, bowiem Odwołujący w treści protestu i odwołania, wyczerpująco przedstawił stanowisko w sprawie, które można uznać za równorzędne składanym wyjaśnieniom. Na uwagę zasługuje fakt, że Odwołujący uzasadnił w treści odwołania, iż nie nabył, opracowując wskazaną dokumentację służącą następnie do przygotowania bieżącego postępowania, wiadomości w takim zakresie, by uzyskać przewagę merytoryczną nad pozostałymi wykonawcami uczestniczącymi w postępowaniu. Podał, że jego przewaga może jedynie polegać na tym, że nie musi zapoznawać się z dokumentacją, stanowiącą opis przedmiotu zamówienia i może w krótszym czasie przygotować ofertę. Twierdzenie to potwierdził w toku rozprawy i sprecyzował, że w jego przypadku czas na przygotowanie oferty wynosi około 2-3 dni,



natomiast wykonawcy, którzy nie uczestniczyli w przygotowaniu postępowania, potrzebowaliby około tygodnia czasu na szczegółowe zapoznanie się z dokumentacją opracowaną przez Odwołującego i przygotowanie oferty. W ocenie Odwołującego, wskazana okoliczność w żaden sposób nie utrudnia uczciwej konkurencji. Wyjaśnieniom tym Zamawiający nie zaprzeczył, nie próbował również ich podważyć.

Podkreślić należy, że ze stanowiska stron i pełnomocników uczestniczących w rozprawie wynika, że zarówno Odwołujący, jak i Zamawiający, nie mają w tej sprawie nic istotnego do dodania.

W tym stanie rzeczy, KIO stwierdziła, iż nie wystąpiły okoliczności zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp i dokonania czynności, których Zamawiający dokonał badając wniosek Odwołującego. Stąd, KIO uwzględniła odwołanie i nakazała powtórzenie czynności wskazanych w sentencji wyroku.

KIO orzekła, na podstawie art. 191 ust. 1, ust. 1a, ust. 2 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz.1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....