

Sygn. akt: KIO 134/13

WYROK
z dnia 5 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lutego 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2013 r. przez **odwołującego:** Przedsiębiorstwo Innowacyjno - Produkcyjne „INKOM” Sp. z o.o. ul. Pabianicka 67; 97-400 Bełchatów w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Gmina Rząśnia ul. Kościuszki 16; 98-332 Rząśnia

przy udziale wykonawcy J..... D..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „PROBUD” J..... D..... ul. J. Soplisy 19; 97-500 Radomsko zgłaszającego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Innowacyjno - Produkcyjne „INKOM” Sp. z o.o. ul. Pabianicka 67; 97-400 Bełchatów i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000. **zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Innowacyjno - Produkcyjne „INKOM” Sp. z o.o. ul. Pabianicka 67; 97-400 Bełchatów tytułem wpisu od odwołania,

Sygn. akt KIO 134/13

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 Sieradzu

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 21 grudnia 2012r. pod poz. 525 604 - 2012 w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie uzbrojenia terenów inwestycyjnych na terenie Gminy Rząśnia.

Odwołanie zostało wniesione w związku z czynnością zamawiającego polegającą na wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt 1 ustawy PZP. Według odwołującego zamawiający mylnie ocenił zaistniały stan faktyczny polegający na następujących okolicznościach. Odwołujący w treści załącznika Nr 12 wskazał osoby o wymaganych kwalifikacjach, które zostały jemu udostępnione przez ich pracodawcę to jest „An Archi Group s.c. Chodzi o następujących pracowników: T. K....., K. K....., R. Z....., K. O....., których An Archi Group udostępnił odwołującemu na podstawie załączonego do oferty zobowiązania tejże spółki cywilnej. Zamawiający zarzucił odwołującemu, że firma „An Archi Group” sporządziła dokumentację projektową, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót, kosztorys inwestorski oraz program funkcjonalno – użytkowy stanowiące opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyżej wymienione dokumenty zgodnie z treścią rozdziału 2 ust.3 SIWZ (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia) stanowią opis przedmiotu zamówienia zgodnie z art.31 ust.1 i ust.2 ustawy PZP i zostały załączone do SIWZ. Odwołujący w związku z wykluczeniem z postępowania zażądał: unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczenia odwołującego z postępowania, ponownego badania i oceny ofert, ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem odwołującego.

Odwołujący uważa, że spełnienie przesłanek z art.24 ust.2 pkt 1 wymaga udowodnienia a nie domniemania, co ma miejsce w przedmiotowej sprawie.

Nie zgadza się z uzasadnieniem pisma z dnia 18.01.2012r. gdzie zamawiający stwierdza, że w takich okolicznościach wykluczenie powinno nastąpić z urzędu i przyjmuje się co do zasady, że wykonawca, który przygotowywał postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami uczestniczącymi w postępowaniu.

W ocenie odwołującego tak sankcyjne przepisy art.24 ust.2 pkt 1 ustawy PZP powinny być stosowane nie rozszerzająco i nie na podstawie domniemania czy przypuszczenia zamawiającego. Zamawiający dokonał błędnej oceny poprzez nieuprawnione utożsamianie podmiotu trzeciego udostępniającego swoich pracowników w trybie art., 26 ust.2 b z

„wykonawcą”. Przede wszystkim zamawiający nie dokonał żadnych ustaleń, poza swoim przypuszczeniem co do zaistnienia drugiej przesłanki w zakresie naruszenia uczciwej konkurencji. Odwołujący również nie zgadza się ze stwierdzeniem, że firma An Archi Group s.c. z Gliwic miała w charakterze podwykonawcy realizować niniejsze zamówienie w części dotyczącej zaprojektowania robót do wykonania.

W związku z pismem zamawiającego o wykluczeniu z postępowania odwołujący w odwołaniu oświadczył co następuje. Zamawiający nie zwrócił się do odwołującego o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, w kwestii naruszenia zasady uczciwej konkurencji ani w trybie art.26 ust.4 ani w trybie art.87 ust.1 ustawy PZP. Ani z treści oferty, ani z treści żadnego innego dokumentu nie wynika, że firma An Archi Group będzie podwykonawcą przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Firma An Archi Group jedynie udostępnia swoich pracowników (oddaje ich do dyspozycji odwołującego), a nie zobowiązuje się do wykonania dokumentacji. Co do naruszenia zasad uczciwej konkurencji to zdaniem odwołującego nie przekroczenie kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia pomimo braku znajomości kosztorysu inwestorskiego jest dowodem na brak naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Zamawiający przekazał przedmiary robót pomimo, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy. Zamawiający negatywnie odniósł się do wniosku odwołującego o przedłużenie terminu na zapoznanie się z dokumentacją postępowania stwierdzając między innymi, że „przedmiot zamówienia, który zawiera budowę drogi, odcinków wodociągów i kanalizacji nie jest w sposób szczególnie skomplikowany do wyceny (...). Znaczną część opisu przedmiotu zamówienia stanowi program funkcjonalno - użytkowy, który stanowi jedynie wytyczne do zaprojektowania i wykonania robót”.

Reasumując stwierdził, że nie można utożsamiać „wykonawcy” z podmiotem udostępniającym swoich pracowników, brak jest jakichkolwiek przesłanek do potwierdzenia okoliczności, iż odwołujący posługiwał się osobami uczestniczącymi w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania, przygotowując swoją ofertę. Mając powyższe na uwadze odwołujący uważa, że wnoszone odwołanie jest w pełni uzasadnione.

Stanowisko odwołującego zostało uzupełnione pismem z dnia 4 lutego 2013 r. złożonym na rozprawie. W piśmie tym wskazano na naruszenie art.24 ust.2 pkt 1 w związku z art.7 ust.1 ustawy PZP art.89 ust.1 pkt 5 w zw. z art.24 ust.2 pkt 1 ustawy PZP, art.26 ust.4 oraz art.87 ust.1 ustawy PZP poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo że odwołujący nie wykonywał czynności związanych bezpośrednio z przygotowaniem prowadzonego postępowania, nie posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia oraz poprzez brak wezwania do wykazania, że jego udział w postępowaniu nie narusza zasad uczciwej konkurencji.

W dniu 04.02.2013r. zamawiający udzielił odpowiedzi wnosząc o oddalenie odwołania. Zamawiający zarzucił błędne zrozumienie treści rozstrzygnięcia postępowania.

Zamawiający zaznaczył, że odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt 1 i ust.4 ustawy a jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy PZP. Podstawę wykluczenia i odrzucenia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czyn nieuczciwej konkurencji to działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W ocenie zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia dobrych obyczajów, ponieważ:

- a) Odwołujący w celu sporządzenia oferty posłużył się osobami, które wykonywały w imieniu firmy An Archi Group s.c. czynności związane z przygotowaniem zamówienia. Osobami tymi były: K..... K.....- projektant robot budowlanych w branży sanitarnej, A..... O..... – projektant robót budowlanych w specjalności elektrycznej i P..... Z..... – projektant robót budowlanych w specjalności drogowej,
- b) Odwołujący posługując się osobami biorącymi udział w przygotowaniu postępowania mógł wpłynąć na warunki udziału w postępowaniu,
- c) Odwołujący posiadając większą wiedzę zdobytą w trakcie przygotowywania postępowania, uzyskała przewagę nad innymi uczestnikami postępowania bowiem mógł sobie pozwolić na szybsze i precyzyjniejsze przygotowanie oferty tzn. na zaproponowaniu lepszych warunków ofertowych,
- d) Odwołujący miał możliwość dokonania głębszej analizy inwestycji na podstawie informacji uzyskanych w toku przygotowania postępowania tj. dokumentów składających się na opis przedmiotu zamówienia,
- e) naruszeniem zasad uczciwej konkurencji jest także kwestia sprawowania nadzoru autorskiego stosownie do art. 20 ust.1 pkt 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. prawo budowlane. Sprawowanie nadzoru autorskiego przez projektanta, na żądanie inwestora lub właściwego organu należy do podstawowych jego obowiązków.

Kwitując odwołanie zamawiający stwierdził, że z wniesionego odwołania i jego uzasadnienia wynika, że odwołujący odwołał się tylko od „swojego” wykluczenia z postępowania a nie od odrzucenia złożonej przez siebie oferty. Zamawiający zaznaczył, że opracowane przez An Archi Group s.c. dokumenty w postaci dokumentacji projektowej, STWiOR, przedmiar robót oraz program funkcjonalno –użytkowy zostały załączone do SIWZ bez jakichkolwiek zmian.

Zdaniem zamawiającego dla zachowania zasad uczciwej konkurencji jest konieczne aby wiedza o przedmiocie podlegającym zaprojektowaniu i wykonaniu robót była taka sama i pochodziła z tego samego źródła - to jest żeby nie wykraczała poza wiedzę zawartą w materiałach przetargowych udostępnionych przez zamawiającego. Przewaga odwołującego polegała na tym, że na etapie przygotowania oferty to jest ocenie ryzyka, zakresu prac do wykonania i stopnia ich trudności, jak też w czasie późniejszej realizacji w zakresie problemów do rozwiązania, ich złożoności czy trudności, wynika z dużo wcześniejszej znajomości przedmiotu zamówienia. Tak więc zamawiający z „urzędu” zobowiązany był wykluczyć odwołującego z postępowania, ponieważ wystąpiły wszystkie przesłanki z art. 24 ust.2 pkt 1 ustawy PZP w tym utrudnianie uczciwej konkurencji co zamawiający bezsprzecznie wykazał w swojej decyzji. W ocenie zamawiającego spełniły się wszystkie przesłanki z art.24 ust.2 pkt 1 ustawy, ponieważ odwołujący w celu sporządzenia oferty posłużył się osobami które w imieniu An Archi Group wykonywały czynności związane z przygotowaniem zamówienia to jest powyżej wymienione osoby. Następnie udział tych osób w przygotowaniu postępowania miał charakter bezpośredni, ponieważ przygotowane materiały posłużyły do opisu przedmiotu zamówienia bez jakichkolwiek zmian. Po trzecie poprzez posłużenie się osobami biorącymi udział w przygotowaniu postępowania wykonawca mógł wpłynąć na warunki udziału w postępowaniu. Posiadając większą wiedzę zdobytą w trakcie przygotowania postępowania uzyskał przewagę nad innymi uczestnikami, ponieważ mógł szybciej i precyzyjniej przygotować ofertę. Również mógł dokonać głębszej analizy inwestycji na podstawie informacji uzyskanych w toku przygotowywania postępowania.

Zamawiający zgadza się co do zasady, że nie ma automatyzmu wykluczania z postępowania osób, które brały udział w przygotowaniu postępowania. Jednak wykonane czynności na etapie przygotowania postępowania utrudniły uczciwą konkurencję co wykazał w uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający. Celem tego przepisu jest wyeliminowanie z postępowania podmiotów, które z tytułu nabytej wiedzy są w lepszej sytuacji od pozostałych wykonawców. Wiedza z etapu przygotowania postępowania mogła przyczynić się do kształtowania poziomu cen lub wiedzy który zakres robót może być nieoszacowany. Co do postępowania wyjaśniającego to zdaniem zamawiającego stawianie pytań typu czy osoby wymienione w ofercie to te same osoby, które przygotowywały postępowanie lub czy zdaniem odwołującego udział An Archi Group w przygotowaniu oferty narusza uczciwą konkurencję było by wręcz absurdalne, ponieważ to zamawiający dokonuje takiej oceny.

Pismem z dnia 24.01.2012r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca wybrany to jest J..... D..... prowadzący działalność pod firmą „PROBUD” J..... D..... ul. Jacka Soplicy 19; 97-500 Radomsko, który wniósł o

oddalenie odwołania. Pismem z dnia 4 lutego 2013r. przedstawił argumentację formalną i prawną za oddaleniem odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Co do interesu do wniesienia odwołania t.j. przesłanki z art.179 ust.1 ustawy PZP.

Na podstawie Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (PP) oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Izba ustaliła jak poniżej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 21 grudnia 2012r. pod poz. 525 604 - 2012 w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Wartość zamówienia przez zamawiającego została oszacowana na kwotę 8.499.224,31 zł. co stanowi równowartość 2.114.445,29 euro.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę jaka zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia t.j. 10.454.045,90zł.

W postępowaniu złożono 3 oferty na następujące kwoty każda z ofert: PROBUD J..... D..... t.j. przystępujący po stronie zamawiającego i wykonawca wybrany na kwotę 9.995.600,52 zł. brutto; PI-P „INKOM” Sp. z o.o. odwołujący na kwotę 7.109.836,01 zł.; PRZEMYSŁÓWKA S.A. na kwotę 10.302.415,51 zł.

W rozdziale 18.SIWZ Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert w pkt 5 widnieje zapis Kryteria oceny ofert cena - znaczenie 100%.

Z powyższego zestawienia cen ofertowych wynika, że odwołujący złożył najkorzystniejszą cenowo ofertę i w myśl obowiązującego kryterium cenowego SIWZ jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą. Wobec tak dokonanych ustaleń należy stwierdzić, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Natomiast pozbawienie możliwości uzyskania zamówienia naraża jego na poniesienie szkody w związku z oczekiwanym dochodem. W związku z tym wniesione odwołanie pod zarzutem naruszenia przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu spełnia przesłanki ustawowe z art. 179 ust.1 uprawniające do wniesienia odwołania.

Izba ustaliła.

W złożonym odwołaniu zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 24 ust.2 pkt 1 ustawy PZP z powodu, którego wykluczono jego z postępowania.

Izba w tym celu przeprowadziła postępowanie dowodowe na rozprawie z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w tym oferty odwołującego i ustaliła co następuje.

W rozdziale 2 Opis przedmiotu zamówienia SIWZ widnieją następujące zapisy.1. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie uzbrojenia terenów inwestycyjnych na terenie Gminy Rząśnia. 2. Zakres przedmiotu zamówienia obejmuje w szczególności: a) zaprojektowanie i wybudowanie zgodnie z programem funkcjonalno - użytkowym drogi gminnej dojazdowej wraz z ścieżką pieszo rowerową i oświetleniem, drogi wewnętrznej wraz z chodnikiem i oświetleniem, b) zaprojektowanie i wybudowanie zgodnie z programem funkcjonalno – użytkowym odcinka kanalizacji sanitarnej oraz wodociągowej, c) wykonanie zgodnie z dokumentacją projektową i pozwoleniem na budowę części drogi wewnętrznej, parkingu, sieci wodociągowej i odcinka kanalizacji sanitarnej oraz stacji transformatorowej. 3. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia dla robót budowlanych zgodnie z art.31 ust.1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych opisany został za pomocą programu funkcjonalno – użytkowego oraz dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Dokumenty te stanowią załączniki do niniejszej SIWZ: Załącznik nr 1 do SIWZ – Program funkcjonalno – użytkowy, załącznik Nr 2 do SIWZ – Specyfikacja Techniczna wykonania i odbioru robót, Załącznik Nr 3 do SIWZ – Dokumentacja projektowa, Załącznik Nr 4 do SIWZ – przedmiary robót.

Na podstawie oferty ustalono, że odwołujący według załącznika nr12 do SIWZ korzystając z ustawowego uprawnienia zawartego w art.26 ust.2b, którego treść powtórzył zamawiający w SIWZ, wskazał osoby o wymaganych kwalifikacjach, które zostały mu udostępnione przez ich pracodawcę to jest firmę An Archi Group s.c. to jest T. K....., K. K....., R. Z..... i K. O.....

Z zawiadomienia zamawiającego na podstawie art. 92 ust.1 ustawy PZP wystosowanego w dniu 18.01.2013r. wynika, że jako najkorzystniejszą ofertę wybrano ofertę J..... D..... prowadzącego działalność po firmą PROBUD J..... D..... to jest przystępujący w niniejszym postępowaniu po stronie zamawiającego. Natomiast co do oferty odwołującego, który złożył najtańszą ofertę zamawiający poinformował o wykluczeniu i odrzuceniu oferty z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 24 ust.4 ustawy PZP i odrzuceniu tejże oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy PZP. Powyższe zamawiający uczynił z powodu, że odwołujący w celu sporządzenia oferty posłużył się osobami, które wykonywały bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania, a udział tych osób utrudnia uczciwą konkurencję. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że materiały takie jak: pfu, dokumentacja projektowa (budowlana i

wykonawcza), STWiOR oraz przedmiar stały się załącznikami do SIWZ i to bez jakichkolwiek zmian w stosunku do opracowań An Archi Group. Natomiast firma ta jako podwykonawca miała realizować prace projektowe w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający podkreślił, że wykonując prace osoby te wpłynęły na treść materiałów przetargowych. Zamawiający również wskazał, że okoliczność, iż nie narusza się zasad uczciwej konkurencji w przypadku określonym w art. 24 ust.2 pkt 1 ustawy PZP leży po stronie odwołującego. Zamawiający również podniósł kwestię sprawowania nadzoru autorskiego stosownie do art. 20 ust.1 pkt 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. prawo budowlane. Z przywołanej regulacji wywiódł, że nadzór zatorski jest obowiązkiem projektanta. Taki stan prawny doprowadzi do sytuacji, że wykonawca projektując roboty budowlane składające się na przedmiot zamówienia będzie podlegał nadzorowi autorskiemu. który sam pełni. Zamawiający w zakresie nadzoru autorskiego byłby podczas realizacji niniejszego zamówienia reprezentowany przez osoby wykonujące zamówienie a taka sytuacja nie leży w interesie zamawiającego i nie jest zgodna z zasadą uczciwej konkurencji. Powyższe powoduje, że zamawiający przestrzegając zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zobowiązany jest również odrzucić ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji na podstawie art.89 ust.1 pkt 3 ustawy PZP. Jako uzasadnienie przywołał art.3 ust.1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zamawiający wskazał, że odwołujący przygotowując ofertę posłużył się osobami, które uczestniczyły w przygotowaniu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, a to stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Izba przeprowadziła również dowody z:

1. Umowy pomiędzy Gminą Rzaśnia jako zamawiającym a firmą An Archi Group s.c.-T. K....., K. K.....,R. Z....., K.O..... z Gliwic jako wykonawcą z dnia 20.09.2010r. w sprawie wykonania przez wykonawcę dla zamawiającego programu funkcjonalno –użytkowego dla inwestycji pn” Przebudowa i rozbudowa drogi gminnej w miejscowości Stróża oznaczonej numerami działek 365/1 i 880 oraz działki 1632 obręb Zielęcín gmina Rzaśnia”. Program funkcjonalno – użytkowy służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych (§ 1 ust.1 i 2 Umowy). Z kolei zgodnie z § 4 ust.4 umowy: Wykonawca jest zobowiązany do udzielenia Zamawiającemu wyjaśnień odnośnie wykonanego przedmiotu umowy jeśli w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wykonanie robót wpłyną zapytania od

oferentów. W § 5 ust.3 zawarto zapis o treści: Wykonawca nie może bez zgody Zamawiającego upowszechniać żadnych danych i informacji związanych z przedmiotem zamówienia.

2. Umowy pomiędzy Gminą Rzaśnia jako zamawiającym a firmą An Archi Group s.c.-T. K....., K. K....., R. Z....., K.O..... z Gliwic jako wykonawcą z dnia 25.01.2012r. przeniesienia przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego praw autorskich majątkowych do dokumentacji projektowo-kosztorysowej dotyczącej uzbrojenia terenów oraz budowy hali przemysłowej z zapleczem socjalno-biurowym na terenie Gminy Rzaśnia opracowanej przez Wykonawcę dla Belchatowsko Kleszczowskiego Parku Przemysłowo Technologicznego Sp. z o.o. z siedzibą w Belchatowie. Umowa zawiera zapisy jak w powyższym punkcie w zakresie zakazu upowszechniania danych i informacji związanych z przedmiotem umowy.
3. Umowy pomiędzy Gminą Rzaśnia jako zamawiającym a firmą An Archi Group s.c.-T. K....., K. K....., R. Z....., K.O..... z Gliwic jako wykonawcą z dnia 02.02.2012r w sprawie aktualizacji programu funkcjonalno-użytkowego dla inwestycji pn” Przebudowa i rozbudowa drogi gminnej w miejscowości Stróża oznaczonej numerami działek 365/1 i 880 oraz działki 1632 obręb Zielęcin gmina Rzaśnia”. Umowa zawiera zapisy jak wskazane w punkcie 1 powyżej opisanym.
4. Decyzja Nr 225/2010 z dnia 27.05.2010r. zatwierdzająca projekt budowlany i udzielenie pozwolenia na budowę wydana przez Starostę Pajęczańskiego oraz Decyzja 196/2011 z dnia 10.05.2011r. wydana przez Starostę Pajęczańskiego: zgoda na przeniesienie powyższej decyzji Nr 225/2010 z dnia 27.05.2010r na rzecz Gminy Rzaśnia.

Izba zważyła.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ nie została zaskarżona w całości czynność zamawiającego z dnia 18.01.2013r. w przedmiocie wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty odwołującego. Wniesionym odwołaniem zaskarżono czynność zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 24 ust.2 pkt 1; ust.4 i konsekwentnie na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy PZP. Natomiast nie została zaskarżona czynność zamawiającego co do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy PZP.

Na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego Izba stwierdza naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust.2 pkt 1 ustawy PZP w związku z art.24 ust.4 ustawy i art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy PZP. Niemniej z uwagi na skuteczną czynność odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy PZP z powodu jej nie zaskarżenia we wniesionym odwołaniu czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty odwołującego pozostaje niewzruszona.

Tym samym stwierdzone przez Izbę naruszenie art. 24 ust.2 pkt 1 ustawy PZP nie będzie miało wpływu na wynik postępowania i odwołanie na podstawie art. 192 ust.2 nie zasługuje na uwzględnienie.

Co do naruszenia art. 24 ust.2 pkt 1 ustawy PZP to w ocenie Izby zamawiający nie wykazał, iż jego czynność z dnia 18.01.2012r. nie naruszyła przedmiotowego przepisu ustawy. Zgodnie z jego treścią zamawiający wyklucza wykonawcę z postępowania, jeżeli ten wykonywał czynności związane z przygotowaniem postępowania a następnie złożył do tego postępowania swoją ofertę lub też posługiwał się osobami bezpośrednio uczestniczącymi w przygotowaniu postępowania przy sporządzaniu oferty. Z ustaleń Izby w toku postępowania odwoławczego wynika, że spółka cywilna An Archi Group z Gliwic przygotowywała dokumentację służącą opisowi przedmiotu zamówienia to jest pogram funkcjonalno – użytkowy, projekt budowlany, projekt wykonawczy, przedmiar robót, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót, a także kosztorys inwestorski. Zamawiający na rozprawie a także w udzielonej odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że wykonane przez An Archi Group s.c. z Gliwic dokumenty techniczne powyżej wymienione zostały w identycznej postaci załączone do SIWZ. Powyższemu oświadczeniu odwołujący nie zaprzeczył. Również odwołujący nie zaprzeczył, oświadczeniu zamawiającego na rozprawie o wykonaniu dokumentacji projektowej w tym budowlanej i wykonawczej w ok.30 wartości ogółu przewidzianych do wykonania robót, a reszta 70 % wartości ogółu robót ma być wykonane w niniejszym zamówieniu w systemie zaprojektuj i wybuduj. Wobec powyższego Izba uznała te okoliczności za udowodnione, ponieważ są bezsporne a z Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że zamówienie ma być realizowane w systemie zaprojektuj i wybuduj. Natomiast w odwołaniu jak i na rozprawie odwołujący zaprzeczył twierdzeniu zamawiającego, że spółka An Archi Group s.c. lub osoby przy pomocy których spółka opracowywała dla zamawiającego dokumenty uczestniczyła w przygotowaniu oferty odwołującego. Z kolei odwołujący nie zaprzeczył okoliczności, a co Izba ustaliła na podstawie jego oferty, że pracownicy An Archi Group uczestniczący w opracowaniu pfi i dokumentacji projektowej zostali zadysponowani przez An Archi Group jako osoby przy pomocy, których odwołujący wykona dokumentację techniczną zamówienia to jest do uzbrojenia terenów inwestycyjnych Gminy Rzaśnia w systemie zaprojektuj i wybuduj. Natomiast odwołujący zaprzeczył okoliczności, że przy pomocy udostępnionych

pracowników An Archi Group przygotowywał ofertę i oświadczył, że będą tylko wykonywać dokumentację techniczną na potrzeby realizacji zamówienia uzbrojenie terenów inwestycyjnych zamawiającego. Z kolei zamawiający nie wykazał w toku postępowania odwoławczego, na jakiej podstawie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustalił, że pracownicy An Archi Group wykonywali prace przy sporządzeniu oferty odwołującego, w związku z czynnością odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art.24 ust.2 pkt 1 ustawy PZP. Praktycznie żadna ze stron sporu to jest ani odwołujący ani zamawiający poza oświadczeniami i twierdzeniami, dowodu na okoliczność przygotowywania oferty albo na okoliczność nie przygotowania oferty przez pracowników An Archi Group nie złożyła. W tej sytuacji Izba uznała, że brak dowodów na to, że czynność zamawiającego odrzucenia oferty na podstawie art.24 ust.2 pkt 1 ustawy PZP znajduje uzasadnienie w istniejącym stanie rzeczy, ponieważ okoliczność zadysponowania pracowników An Archi Group do czynności projektowych w postępowaniu nie stanowi dowodu na to, że brali udział w opracowaniu oferty odwołującego. Zgodnie z art.190 ust.1 ustawy PZP strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego brak podstaw prawnych do stwierdzenia, że pracownicy An Archi Group s.c. z Gliwic przygotowywali ofertę odwołującego co stanowiło by jedną z wymaganych przesłanek do zastosowania art. 24 ust.2 pkt 1 ustawy PZP to jest (...)”wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania”(...)”lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności”. W ocenie Izby również nie została spełniona kolejna z wymaganych przesłanek a mianowicie(...)”chyba, z udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji”. Izba nie widzi podstaw do uznania stanowiska zamawiającego co do tego, że z zasady udział wykonawców w przygotowaniu prowadzonego postępowania uniemożliwia im złożenie oferty. W zaistniałej sytuacji zamawiający nie wskazał w jaki sposób fakt przygotowania dokumentów do prowadzonego postępowania uprzywilejowuje wykonawcę w stosunku do pozostałych wykonawców. W ocenie Izby stwierdzenia użyte na tę okoliczność w odpowiedzi na odwołanie to jest: „W ocenie zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia dobrych obyczajów, ponieważ:

- a) Odwołujący w celu sporządzenia oferty posłużył się osobami, które wykonywały w imieniu firmy An Archi Group s.c. czynności związane z przygotowaniem zamówienia. Osobami tymi były: K..... K.....- projektant robot budowlanych w branży sanitarnej, A..... O..... – projektant robót budowlanych w specjalności elektrycznej i P..... Z..... – projektant robót budowlanych w specjalności drogowej,

- b) Odwołujący posługując się osobami biorącymi udział w przygotowaniu postępowania mógł wpłynąć na warunki udziału w postępowaniu,
- c) Odwołujący posiadając większą wiedzę zdobytą w trakcie przygotowywania postępowania, uzyskała przewagę nad innymi uczestnikami postępowania bowiem mógł sobie pozwolić na szybsze i precyzyjniejsze przygotowanie oferty tzn. na zaproponowaniu lepszych warunków ofertowych,
- d) Odwołujący miał możliwość dokonania głębszej analizy inwestycji na podstawie informacji uzyskanych w toku przygotowania postępowania tj. dokumentów składających się na opis przedmiotu zamówienia,
- e) naruszeniem zasad uczciwej konkurencji jest także kwestia sprawowania nadzoru autorskiego stosownie do art. 20 ust.1 pkt 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. prawo budowlane. Sprawowanie nadzoru autorskiego przez projektanta, na żądanie inwestora lub właściwego organu należy do podstawowych jego obowiązków,

są gołosłowne i nieudowodnione. Po pierwsze jak powyżej przedstawiono brak dowodu na okoliczność, że osoby, które mają projektować w prowadzonym postępowaniu, przygotowywały ofertę odwołującemu. Po drugie sam zamawiający hipotetycznie stwierdza, że osoby, którymi posługuje się odwołujący mogły wpłynąć na warunki postępowania, co nie oznacza, że wpłynęły. Po trzecie skąd twierdzenie zamawiającego o większej wiedzy zdobytej w trakcie przygotowywania postępowania niż wiedza uzyskana z materiałów opracowanych do przygotowanego postępowania, służących do opisu przedmiotu zamówienia. Tutaj należy stwierdzić, że samo SIWZ sugeruje wizję lokalną (rozdział 17 opis sposobu obliczenia ceny pkt 5. np.: zauważone podczas wizji). Poza tym istnieje instytucja wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 38 ust.1 ustawy PZP), jeżeli są one sformułowane w sposób niepełny, niejednoznaczny, niewyczerpujący i nastroczający inne trudności w przygotowaniu oferty. Sam zamawiający zresztą nie wskazał nawet, przykładowo jakiego rodzaju niedostępne w SIWZ informacje posiadli przygotowujący materiały do prowadzonego postępowania, a które to ich uprzywilejowują w stosunku do pozostałych wykonawców. Po czwarte zamawiający nie objaśnił jakie to dokumenty dostępne tylko i wyłącznie przy przygotowaniu oferty pozwoliły na „głębszą analizę inwestycji”, ewentualnie dlaczego są niedostępne dla przygotowujących oferty.

Natomiast co do możliwości bezkolizyjnego wykonywania nadzoru autorskiego po stronie zamawiającego w trybie art. 20 ust.1 prawa budowlanego w zakresie wykonanej dokumentacji budowlanej oraz wykonawczej przez projektantów An Archi Group s.c. z Gliwic i związku z tym naruszeniem uczciwej konkurencji poprzez złożenie oferty przez

odwołującego, Izba nie zajmuje stanowiska, ponieważ odwołujący nie zaskarżył w tym zakresie czynności zamawiającego odrzucenia oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 3 ustawy PZP.

Reasumując w ocenie Izby nawet w przypadku, gdyby udowodniono w toku postępowania odwoławczego, że pracownicy An Archi Group s.c. przygotowywali ofertę odwołującemu to w przedmiotowej sprawie nie można byłoby takiej sytuacji zakwalifikować do czynu nieuczciwej konkurencji zdefiniowanego w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji gdzie czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Bowiem w ocenie Izby takie działanie nie można uznać za sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz naruszającymi interes innego wykonawcy czy nawet zamawiającego. Izba uznaje formułowanie takich ogólnych zasad co do tego, że w każdym wypadku osoby, które przygotowywały materiały do prowadzonego postępowania nie powinny składać oferty, ponieważ co do zasady narusza to uczciwą konkurencję jest nieuprawnione w obowiązującym brzmieniu art.24 ust.2 pkt 1 ustawy PZP.

Niemniej mając na uwadze nie zaskarżenie w całości podstawy prawnej i faktycznej czynności zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego Izba orzekła jak w sentencji wyroku to jest oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1) oraz § 1 ust.2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. 2010r. Nr 41, poz. 238) zaliczając w koszty postępowania odwoławczego wpis w kwocie 10.000,00 złotych.

Przewodniczący:

