

Sygn. akt: KIO 1157/13

POSTANOWIENIE

z dnia 28 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 28 maja 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2013 r. przez wykonawcę **Z..... J.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „TRANS-ZIEM” Z..... J.....** z siedzibą w Krakowie, Al. Gen. T. Bora-Komorowskiego 43 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Śląski Uniwersytet Medyczny z siedzibą w Katowicach, ul. Poniatowskiego 15**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwa Budowlanego MIAZGA** spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dzierżoniowie, ul. Osiedle Tęczowe 21a zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 1157/13 i sygn. akt KIO 1197/13 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze

2 nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Z..... J.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „TRANS-ZIEM” Z..... J.....** z siedzibą w Krakowie, Al. Gen. T. Bora-Komorowskiego 43 kwoty **9 000 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

Przewodniczący.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wyburzenie niezrealizowanych obiektów Akademickiego Centrum Medycznego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach zlokalizowanych w Zabrze przy ul. Mielżyńskiego 7 zostało wszczęte przez zamawiającego Śląski Uniwersytet Medyczny z siedzibą w Katowicach przy ul. Poniatowskiego 15 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 lutego 2013r. za numerem 57274 – 2013.

W dniu 10 maja 2013r. zamawiający przekazał wykonawcy Z..... J..... prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego „TRANS-ZIEM” Z..... J..... z siedzibą w Krakowie, Al. Gen. T. Bora-Komorowskiego 43 – zwanemu dalej odwołującym informację o wyniku postępowania wraz z informacją o wykluczeniu tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) z uwagi na to, że odwołujący, który wykonał dla zamawiającego projekt rozbiórki obiektów Akademickiego Centrum Medycznego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach zlokalizowanych w Zabrze uzyskał „zdecydowanie większą wiedzę dotyczącą przedmiotu zamówienia od wiedzy, jaką mogli posiadać inni wykonawcy nawet przy zachowaniu przez nich najwyższej staranności”. Poza tym zamawiający stwierdził, iż odwołujący przygotowywał opis przedmiotu zamówienia oraz brał czynny udział w przygotowaniu odpowiedzi na udzielane w postępowaniu zapytania. Zdaniem zamawiającego powyższe narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę zapewnienia uczciwej konkurencji. Informacja została przekazana odwołującemu faksem o godz. 16:200 (to jest, według oświadczenia odwołującego po godzinach jego pracy).

W dniu 15 maja 2013r. faksem, a w dniu 17 maja 2013r. listem poleconym odwołujący wniósł odwołanie na czynność wykluczenia go z postępowania. Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że naruszył on przepisy art. 24 ust.2 pkt 1 i art. 24 ust.4 ustawy. Wskazał, że zgodnie z powołanym przez zamawiającego przepisem art. 24 ust.2 pkt 1 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności. Wbrew twierdzeniom zamawiającego, w ocenie odwołującego, żadna z tych okoliczności nie miała miejsca w tym przypadku. Odwołujący przyznał, że wykonał dla zamawiającego projekt rozbiórki obiektów Akademickiego Centrum Medycznego Śląskiego

Uniwersytetu Medycznego, ale nie w ramach obecnie prowadzonego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego ani też nie na jego potrzeby, ale stosownie do zobowiązań wynikających z umowy z dnia 4.07.2011r. zawartej przez zamawiającego i odwołującego. Powyższa umowa została zawarta przez strony w wyniku prowadzonego wówczas postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z art., 39 ustawy, w brzmieniu wówczas obowiązującym. Na jej podstawie odwołujący zobowiązał się wykonać projekt rozbiórki obiektów Akademickiego Centrum Medycznego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach a następnie wyburzyć te obiekty. Projekt faktycznie został wówczas przez odwołującego wykonany i przekazany zamawiającemu, stosownie do protokołu przekazania z dnia 4.07.2011r., natomiast do rozbiórki faktycznie nie doszło, albowiem na wykonanie rozbiórki nie wyraził zgody Minister Skarbu Państwa. Tymczasem odwołujący, stosownie do § 4 ust. 2 umowy z dnia 4.07.2011r. miał przystąpić do wyburzenia po uzyskaniu takiej zgody przez zamawiającego. W związku z brakiem rzeczonyj zgody, korzystając z uprawnienia przewidzianego w § 14 ust.4 umowy z zamawiający pismem z dnia 16.01.2012r. odstąpił od umowy z dnia 4.07.2011r. Na powyższe okoliczności odwołujący powołał dowody:

- 1) umowa z dnia 4.07.2011 r.,
- 2) protokół przekazania dokumentacji z dnia 25.07.2011 r.
- 3) pismo zamawiającego do odwołującego z dnia 16.01.2012r., o odstąpieniu od umowy z dnia 4.07.2011r.

Jak z powyższego, zdaniem odwołującego, jasno wynika, jego działania, związane z wykonaniem projektu wyburzenia dla zamawiającego nie miały żadnego związku z przygotowaniem aktualnie prowadzonego postępowania, albowiem w czasie gdy projekt ten wykonywał realizował zobowiązania wynikające z umowy z dnia 4.07.2011r., jaka wówczas łączyła go z zamawiającym. W ówczesnym czasie zamawiający w ogóle nie podejmował jakichkolwiek działań, związanych z przygotowywaniem prowadzonego obecnie postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem liczył na uzyskanie zgody Ministra Skarbu Państwa, na dokonanie rozbiórki i wykonanie przez odwołującego obowiązków wynikających z umowy z dnia 4.07.2011r.

W związku z odstąpieniem zamawiającego od powyższej umowy, jaka łączyła go z odwołującym, zamawiający organizując nowy przetarg nieograniczony dołączył do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz) - jako załącznik nr 6, opracowaną przez odwołującego w lipcu 2011r., na podstawie wyżej wymienionej umowy z dnia 4.07.2011r. dokumentację projektową, przy czym odwołujący podkreślił. - opracowaną nie na potrzeby organizowanego obecnie przetargu, ale dla potrzeb zamawiającego - na jej podstawie zamawiający uzyskał decyzję Prezydenta Miasta Zabrze nr 897/2011 z dnia

3.10.2011r. zatwierdzając projekt budowlany i udzielając pozwolenia na rozbiórkę obiektów Akademickiego Centrum Medycznego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, potrzebną do wykonywania tej umowy.

Odwołujący podniósł, że powyższa dokumentacja została publicznie udostępniona, a tym samym była znana każdemu oferentowi, uczestniczącemu w obecnie prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego. Jako dowód wskazał decyzję Prezydenta Miasta Zabrze nr 897/2011_z dnia 3.10.2011r., zatwierdzając projekt budowlany i udzielając pozwolenia na rozbiórkę obiektów Akademickiego Centrum Medycznego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, wyciąg z SIWZ zamawiającego z dnia 12.02.2013r., str. 1 i 19, oraz zawnioskował o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków (wezwania na adres odwołującego): - K..... M.....; K..... U.....

Odwołanie w formie pisemnej zostało opatrzone podpisem właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 15 maja 2013r. faksem i w tym samym dniu nadana listem poleconym.

W dniu 22 maja 2013r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynął wniosek odwołującego aby przesłane do Krajowej Izby Odwoławczej faksem odwołanie w dniu 15 maja 2013r., godz. 19¹³, a jednocześnie wysłane w formie pisemnej tego samego dnia za pośrednictwem Poczty Polskiej, jako przesyłka polecona priorytetowa uznać za wniesione w terminie, a tym samym wpisanie odwołania do repertorium spraw odwoławczych i jego merytoryczne rozpatrzenie. Odwołujący wyjaśnił, że zawiadomienie o wykluczeniu z postępowania zostało doręczone przez zamawiającego do jego faksu, w dniu 10.05.2013r., o godz. 16²⁰, a więc już po zakończeniu pracy przez pracowników w jego przedsiębiorstwie. Faks został odebrany przez automat, a pracownicy odwołującego mogli się zapoznać z powyższą informacją praktycznie dopiero w poniedziałek rano, w dniu 13 maja 2013r. Tym samym termin do wniesienia odwołania, na skutek „zabiegu” z doręczeniem rzeczonożego zawiadomienia, jaki zastosował zamawiający skrócił się odwołującemu do trzech dni, a praktycznie termin ten był jeszcze krótszy, jeśli przyjąć, że odwołanie powinno być złożone na Dzienniku Podawczym Urzędu Zamówień Publicznych do godz. 17-ej.

Przepis art. 180 ust.4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zmianami) stanowi, iż odwołanie wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym. Z kolei przepis § 7 zd. drugie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy

rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48, poz. 280, z późn. zm.), stanowi, iż w przypadku korespondencji przesłanej faksem lub drogą elektroniczną domniemywa się, że dzień przesłania korespondencji faksem lub drogą elektroniczną jest dniem doręczenia, jeżeli korespondencja została przesłana niezwłocznie również w formie pisemnej. Odwołujący stwierdził, iż przepis ten nie rozróżnia ani nie ogranicza, o jaką korespondencję tutaj chodzi, a więc jego zdaniem należałoby przyjąć, iż w taki sposób może być skutecznie doręczone także odwołanie.

W sprawie niniejszej doręczenie nastąpiło w taki właśnie sposób, albowiem kilkanaście minut po przesłaniu faksem odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej przy UZP, przesyłka została także nadana w Urzędzie Pocztowym, priorytetowym listem poleconym, a więc można uznać, że przesłanie odwołania w formie pisemnej nastąpiło niezwłocznie (faktycznie przesyłka listowna została doręczona do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17.05.2013r.).

W dniu 17 maja 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 20 maja 2013r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego drogą elektroniczną zgłosił swój udział wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane MIAZGA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dzierżoniowie, ul. Osiedle Tęczowe 21a. Zgłaszający wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż zamawiający dokonał wyboru jego oferty w sposób zgodny z siwz i dokumentacją postępowania. Wniósł o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało podpisane przez M..... M..... podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego w dacie wnoszenia zgłoszenia certyfikatu. Do zgłoszenia nie załączono dowodów przekazania kopii zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu.

W dniu 20 maja 2013r. do Izby wpłynęło drogą elektroniczną zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego pochodzące od Przedsiębiorstwa Budowlanego MIAZGA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dzierżoniowie, ul. Osiedle Tęczowe 21a. Opatrzony bezpiecznym podpisem cyfrowym weryfikowanym za pomocą ważnego w dacie wniesienia certyfikatu pochodzącym od pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 maja 2013r. udzielonego przez członka zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Z dołączonego odpisu KRS wynika, że M..... M..... jest członkiem zarządu upoważnionym do jednoosobowej reprezentacji zamawiającego. Dołączono stanowisko zgłaszającego z wnioskiem o oddalenie odwołania i zasądzenia kosztów postępowania,

zgodnie ze spisem kosztów, który zgłaszający ma zamiar złożyć na rozprawie. Zgłaszający przystąpienie wskazał, że odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 1 i art. 24 ust. 4 ustawy poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu. Zgłaszający podobnie jak odwołujący przywołał treść art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy. Wywiódł jednak z jego brzmienia odmienne stanowisko wskazując, że zgodnie z ugruntowanym w doktrynie i judykaturze. poglądem na tle tego przepisu, należy wskazać, że dla zaistnienia obowiązku wykluczenia wykonawcy, konieczne jest łączne wystąpienie wskazanych w przepisie przesłanek. Obowiązek wykluczenia wykonawcy aktualizuje się zatem, po pierwsze gdy wykonawca bezpośrednio wykonywał czynności związane z prowadzonym postępowaniem albo posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności związanych z prowadzonym postępowaniem. Powołał wyrok z dnia 21 lutego 2012r., sygn. akt. KIO 252/12. Podniósł, że w świetle dyspozycji przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy, dla obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania musi zachodzić bezpośredni związek pomiędzy rezultatem pracy podmiotu uczestniczącego w postępowaniu przygotowawczym a jego wykorzystaniem przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca nie odnosi się natomiast ani do okresu czasowego, kiedy miałyby być wykonane prace, których rezultat ma zostać wykorzystany w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ani stosunku prawnego, w jakim ten rezultat miałby powstać. W ocenie zgłaszającego przystąpienie okoliczność, iż dokumentacja projektowa została sporządzona na podstawie innej umowy w 2011r., a nie w okresie stricte poprzedzającym postępowanie. Należy wskazać, że „bezpośredni związek”, na który wskazuje ustawodawca nie odnosi się do związku czasowego a do związku merytorycznego pomiędzy wykonywaniem określonych czynności a przedmiotem zamówienia, interpretację taką wskazuje też doktryna np. E J. Nowicki (M.Zam.Pub.2010.11.32, Komisja przetargowa we wszystkich trybach).

Zgłaszający przystąpienie podziela stanowisko odwołującego, że obowiązek wykluczenia z postępowania na mocy art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy nie jest absolutny. Konieczna jest bowiem analiza wystąpienia przesłanki negatywnej wykluczenia z postępowania. Wystąpienie powyższych okoliczności nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli udział tego wykonawcy nie utrudni uczciwej konkurencji. Kierunek wykładni tej przesłanki wyraził Europejski Trybunał Sprawiedliwości jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującej dyrektywy - wyrok Trybunału z dnia 3 marca 2005 r. (w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 w postępowaniach Fabricom S.A. przeciwko Państwu belgijskiemu. Zgłaszający przystąpienie odwołując się do tego wyroku wskazał, że dokumentacja projektowa (w tym opisy i rysunki) wykonana przez odwołującego stanowi załącznik nr 6 do SIWZ. Był to jedyny merytoryczny załącznik, który stanowi najważniejszy

dokument dla prowadzenia robót budowlanych. Wzór umowy załączony do siwz oraz sam siwz wprost wskazuje, że „zakres rozbiórki - wyburzenia, obejmuje całkowitą rozbiórkę obiektów budowlanych w oparciu o projekt” (pkt 3.1. SIWZ, par. 1 ust. 2 drugi akapit wzoru umowy). Wykonawca zobowiązany jest wykonać roboty zgodnie z technologią wskazaną w dokumentacji projektowej (par. 1 ust. 2 zd. 1. wzoru umowy). Wykonawca podpisując umowę oświadcza także, że zapoznał się z dokumentacją projektową będącą w posiadaniu zamawiającego (par. 1 ust. 3 wzoru umowy). Wykonawca zobowiązany jest wykonywać roboty zgodnie z dokumentacją projektową będącą w posiadaniu zamawiającego, warunkami i uzgodnieniami, przy czym Wykonawca przed przystąpieniem do wykonania robót w zakresie określonym w par. 1 ust. 2 Umowy dokona weryfikacji dokumentacji i zaleceń zamawiającego celem ustalenia, czy nie posiada ona wad (par. 2 ust. 2 lit. a wzoru umowy). Jako dowód powołał - SIWZ z załącznikami nr 6 i 7

Zdaniem zgłaszającego przystąpienie te postanowienia siwz ewidentnie wskazują, iż wykonawca, który stworzył dokumentację projektową jest w uprzywilejowanej sytuacji w porównaniu do pozostałych oferentów, miał on wpływ na załącznik do SIWZ i ma go nadal (jako projektant). Z jednej strony można wskazać, iż każdy z oferentów otrzymał załącznik nr 6 do SIWZ i mógł zapoznać się z dokumentacją. Jednakże po pierwsze czas na zapoznanie się z materiałem dla oferentów-nie autorów był faktycznie krótszy (czas na złożenie oferty). Po drugie, dokumentacja budziła wśród oferentów-nie autorów liczne wątpliwości, co skutkowało skierowaniem do zamawiającego licznych pytań i przesunięciem terminu na składanie ofert (co nie oznacza, że wątpliwości zostały rozwiane). Pytania dotyczyły dokumentacji projektowej, stąd odwołujący jako autor projektu, udzielał na nie odpowiedzi. Przystępujący jako dowód powołał dokumentację postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia w zakres/e zadanych pytań i udzielonych odpowiedzi.

W ocenie przystępującego okoliczność, iż oferent odpowiadał na pytania innych oferentów świadczy bezspornie, iż posiadał większą wiedzę aniżeli pozostali uczestnicy postępowania, co ma przełożenie na utrudnienie uczciwej konkurencji, odwołujący miał zatem przewagę nad pozostałymi oferentami już na etapie analizowania dokumentacji przekazanej przez zamawiającego,

Przystępujący wskazał również, że do przygotowania ofert wykonawcy otrzymali dokumentację „będącą w posiadaniu zamawiającego”. Co do zasady zamawiający powinien mieć komplet dokumentacji, jednakże nie ma pewności, czy jakichś materiałów nie posiada np. materiałów roboczych, obliczeniowych, wytrzymałościowych, które nie znalazły się finalnie w projekcie, a które były zbierane i zrobione dla wykonania projektu, ale posiada je jedynie projektant. W tym zakresie odwołujący miał przewagę nad pozostałymi oferentami.

Kolejną kwestią wskazującą na spełnienie przesłanek, na które powołał się zamawiający jest zapis we wzorze umowy, iż wykonawca dokona weryfikacji dokumentacji i zaleceń zamawiającego celem ustalenia, czy nie posiada ona wad (par. 2 ust. 2 lit. a wzoru umowy). Zapis ten oznacza, że po podpisaniu umowy, należy ponownie gruntownie zapoznać się z dokumentacją, aby ustalić, czy posiada wady czy nie. Wykonawca bierze bowiem na siebie pełną odpowiedzialność za realizację przedmiotu umowy i przeniesienie ewentualnych wad. projektu, po wykonaniu rozbiórki, obciążą jego. W tym aspekcie odwołujący również ma znaczącą przewagę nad oferentami - albo ma wiedzę o wadach projektu (zapis par. 7 ust. 9 umowy przedłożonej do odwołania daje ewentualność, że powstały jakieś inne dokumenty, o których wie projektant, a nie wiedzą oferenci) albo ma wiedzę, że projekt wad nie ma. Nie potrzebuje zatem spożytkować części terminu przeznaczanego na rozbiórkę na dogłębną analizę dokumentacji pod kątem wad. Niewątpliwie analiza dokumentacji pod kątem przygotowania oferty różni się od analizy pod kątem wykrycia wad. Zatem każdy inny wykonawca niż odwołujący część czasu przeznaczanego na wyburzenia i rozbiórkę będzie musiał przeznaczyć na analizę dokumentów. Odwołujący po podpisaniu umowy ma natomiast możliwość bezzwłocznego rozpoczęcia robót budowlanych.

Zdaniem przystępującego następnym aspektem uprzywilejowania odwołującego jest par. 2 ust. 2 lit. d wzoru umowy - jeżeli zaistnieje taka potrzeba wykonawca ma obowiązkowo uczestniczyć w naradach koordynacyjnych i wypełniać zobowiązania i zalecenia zawarte w protokołach z tych narad. W naradach tych, poza stronami, może uczestniczyć „także projektant. Przystępujący wskazał, że taki zapis również uprzywilejowuje odwołującego. Od projektanta, jednej ze stron procesu budowlanego z określonymi w Prawie budowlanym uprawnieniami, może bowiem zależeć czy pojawią się jakieś zalecenia i zobowiązania, które mogą mieć wpływ na zakres i charakter prac. Przy wynagrodzeniu ryczałtowym całe ryzyko pojawienia się ewentualnych zaleceń i zobowiązań spoczywa na wykonawcy. Jeśli będzie miał po swojej stronie projektanta, ryzyko dodatkowych kosztów jest mniejsze i nie musiało być skalkulowane w ofercie.

Nie bez znaczenia dla ustalenia wystąpienia naruszenia konkurencji pozostaje zakres informacji pozyskanych przez wykonawcę, jak również stopień trudności przygotowania oferty. Finalnie to według przystępującego, najistotniejszy argument wskazujący na zasadność decyzji zamawiającego o wykluczeniu i w konsekwencji odrzuceniu oferty odwołującego. W punkcie 1.8 SIWZ zapisano, że „wartość złomu i kruszywa pozyskanego w trakcie robót będących przedmiotem zamówienia obniży wynagrodzenie wykonawcy za realizację przedmiotu umowy. Wykonawca zobowiązany jest w ofercie wskazać cenę pomniejszoną o tę wartość.". Dla dokonania powyższej kalkulacji konieczne są informacje dotyczące inwentaryzacji budynków podlegających rozbiórce, ilości gruzu, kruszywa, stali,

okien (szczególnie, że stolarka była aluminiowa, co jest istotnym elementem finansowym). Dokumentacja projektowa w tym zakresie nie zawierała takich informacji. W tym zakresie pojawiały się pytania kierowane właśnie do projektanta tj. odwołującego. Odwołujący nie udzielił dokładnych odpowiedzi. W kontekście złożonej oferty istnieje uzasadniona wątpliwość czy brak precyzyjnej odpowiedzi nie wynikał z chęci pozostawienia tych informacji dla siebie i utrzymania uprzywilejowanej pozycji. Warto wskazać, że za te same prace przed wykonaniem projektu odwołujący w umowie z 2011r. żądał za rozbiórkę kwotę 2 643 000 netto, a obecnie złożył ofertę (po wykonaniu projektu) na kwotę 1 953 000 zł czyli o 690 000 zł niższą. Wszyscy oferenci musieli bazować na własnych szacunkach i kalkulować cenę wskaźnikowo.

W ocenie przystępującego ten zapis siwz o uwzględnieniu złomu i kruszywa w zaoferowanej cenie (a konkretnie obniżenie jej o ich wartość) w połączeniu z autorstwem dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik nr 6 do SIWZ, wyżej wskazanymi zapisami SIWZ i umowy oraz udziałem na etapie zadawania pytań i odpowiedzi bezspornie wskazują, iż zaniechanie wykluczenia odwołującego skutkowało jego uprzywilejowaniem w stosunku do pozostałych oferentów. Wiedza zdobyta w związku przygotowaniem postępowania (w tym przypadku przygotowaniem dokumentacji projektowej) dała przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co miał możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach i posiadał informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia przez co miał możliwość dokonania głębszej analizy inwestycji. Udział wykonawcy musiał zostać przez zamawiającego oceniony, jako naruszający zasady uczciwej konkurencji.

Podsumowując przystępujący uznał, że czynności zamawiającego oceny złożonych ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej zostały dokonane zgodnie z przepisami ustawy Pzp. zamawiający miał podstawy do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu w oparciu o przesłanki, o których mowa w art, 24 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp i odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp i dlatego odwołanie podlega oddaleniu w całości.

Przystępujący złożył oświadczenie o przekazaniu kopii do wiadomości zamawiającego i odwołującego.

W dniu 28 maja 2013r. odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania.

Oświadczenie to zostało podpisane przez właściciela firmy.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

Przewodniczący: