

WYROK

z dnia 6 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2017 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Multiconsult Polska Sp. z o.o. oraz M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: N+parametric design M. N. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu oraz Współzamawiającego: Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Błogosławionego Ks. J. Popiełuszki z siedzibą we Włocławku**

przy udziale **wykonawcy Pas-Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania wykonawcy Pas-Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp o wyjaśnienia w zakresie spełniania warunku opisanego w Rozdziale VIII pkt 4.1. ppkt 1) SIWZ oraz wezwania wykonawcy Pas-Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp o wyjaśnienia celem udowodnienia, że udział w przygotowaniu**

postępowania wskazanej przez wykonawcę osoby nie zakłóci konkurencji z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu orzeczenia

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Pas-Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Multiconsult Polska Sp. z o.o. oraz M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: N+parametric design M. N. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **wykonawcy Pas-Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Multiconsult Polska Sp. z o.o. oraz M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: N+parametric design M. N. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Toruniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu oraz Współzamawiający: Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Błogosławionego Ks. J. Popiełuszki z siedzibą we Włocławku prowadzą w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *Wykonanie dokumentacji budowlano-wykonawczej dla zadania pn.: Podniesienie jakości usług zdrowotnych oraz zwiększenie dostępu do usług medycznych (adaptacja budynków nr 1, 2, 3, 4, 6, i 11 – głównego kompleksu szpitalnego) w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. bł. Ks. J. Popiełuszki we Włocławku.*

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Multiconsult Polska Sp. z o.o. oraz M. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: N+parametric design M. N. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie (zwani dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 13 listopada 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie na wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy Pas-Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie, uznając że ww. wykonawcy powinien zostać wykluczony z postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. Art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie z postępowania pomimo, że wykonawca ten wprowadził (w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) Zamawiającego w błąd, przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej,
2. ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie z postępowania w związku z tym, że wykonawca ten przedstawił (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego a powyższe miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, tj. na wybór oferty wykonawcy Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie jako najkorzystniejszej,
3. Art. 24 ust. 1 pkt. 19 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie pomimo że osoba skierowana przez wykonawcę Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie do realizacji zamówienia publicznego brała

udział w przygotowaniu postępowania, co skutkowało zakłóceniem uczciwej konkurencji;

4. Art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz w zw. z art. art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie z postępowania, pomimo że wykonawca ten działając w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd tj. nie wskazał faktu, że osoba skierowana przez wykonawcę Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie do realizacji zamówienia publicznego brała udział w przygotowaniu postępowania, jak również nie dokonał samooceny, a powyższe miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, tj. na wybór oferty Pas Projekt jako najkorzystniejszej;

5. Art. 26 ust. 3 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie do złożenia dokumentu potwierdzającego okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp pomimo, że wykonawca ten w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, określonego w Rozdziale VIII pkt. 4.1. ppkt 1) SIWZ;

6. Art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami;

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Pas Projekt, ponownego badania i oceny ofert, wykluczenia wykonawcy Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie z postępowania, wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego. Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, innych dowodów, które zostały powołane w treści odwołania, a także tych które zostaną przedłożone na rozprawie; obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, poniesionych przez Odwołującego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 13 listopada 2017 r.

Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 15 listopada 2017 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie (zwanego dalej: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *„Wykonanie dokumentacji budowlano-wykonawczej dla zadania pn.: Podniesienie jakości usług zdrowotnych oraz zwiększenie dostępu do usług medycznych (adaptacja budynków nr 1, 2, 3, 4, 6, i 11 – głównego kompleksu szpitalnego) w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. bł. Ks. J. Popiełuszki we Włocławku”*.
/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała m. in. następujące postanowienia:

Rozdział VIII „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”, Pkt 4:

Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w tym okresie wykonał:

- projekt budowlany i wykonawczy wraz z uzyskaniem ostatecznego pozwolenia na budowę dla obiektu służby zdrowia o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 20 000 m² w ilości minimum 1 projekt budowlany i wykonawczy dla tej samej inwestycji,
- projekt budowlany i wykonawczy wraz z uzyskaniem ostatecznego pozwolenia na budowę dla obiektu służby zdrowia o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 10 000 m² w ilości

minimum 1 projekt budowlany i wykonawczy dla tej samej inwestycji.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 8/.

Zamawiający w dniu 29 sierpnia 2017 r. dokonał modyfikacji SIWZ w następujący sposób:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w tym okresie wykonał:

- projekt budowlany i wykonawczy wraz z uzyskaniem ostatecznego pozwolenia na budowę dla obiektu służby zdrowia o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 18 000 m² w ilości minimum 1 projekt budowlany i wykonawczy dla tej samej inwestycji,

- projekt budowlany i wykonawczy wraz z uzyskaniem ostatecznego pozwolenia na budowę dla obiektu służby zdrowia o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 8 000 m² w ilości minimum 1 projekt budowlany i wykonawczy dla tej samej inwestycji.

/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 29 sierpnia 2017 r./.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała m. in. następujące postanowienia:

Rozdział VIII „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”, Pkt 4:

Na potwierdzenie powyższego warunku Wykonawca powinien złożyć wykaz usług (załącznik nr 4 do SIWZ) potwierdzających, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy;

Ponadto, Zamawiający nie dopuszczał łączenia ww. usług w celu spełnienia warunku posiadanego doświadczenia zawodowego. Każda z wymienionych usług powinna być wykonana w ramach odrębnej umowy.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 8/.

W dniu 6 października 2017 r. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Pas Projekt sp. z o. o. do uzupełnienia dokumentu JEDZ, tj. przedłożenia dla każdego z podmiotów trzecich, na zasoby których powołuje się wykonawca

w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji, dokumentu JEDZ zawierającego odpowiednie informacje w części II sekcja A i B oraz w części III.

/dokumentacja postępowania: Wezwanie do uzupełnienia z dnia 6 października 2017 r./.

W odpowiedzi na złożone wezwanie wykonawca Pas Projekt sp. z o. o. z siedzibą w Nadarzynie przedłożył uzupełniony JEDZ oraz JEDZ dla MSA Sp. z o.o. Na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie powołał się na udostępnione mu zasoby innych podmiotów (podwykonawcy: MSA Sp. z o. o. - Część II C JEDZ Zależność od innych podmiotów).

/dokumentacja postępowania: Uzupełnienie wykonawcy Pas Projekt sp. z o. o. z siedzibą w Nadarzynie /.

Zamawiający zwrócił się w dniu 12 października 2017 r. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wykonawcy Pas Projekt, o złożenie wyjaśnień treści oferty, tj. wskazanie jak należy rozumieć udostępniony przez inny podmiot potencjał, który określa zakres realizowanego przez podwykonawcę zamówienia.

/dokumentacja postępowania: Wezwanie do uzupełnienia z dnia 12 października 2017 r./.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie udzielił Zamawiającemu odpowiedzi.

/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia wykonawcy Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie z dnia 16 października 2017 r./.

Następnie w dniu 16 października 2017 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie o przedłożenie, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp dokumentów wskazanych w pkt. 11.2 i 11.3 SIWZ jak również dokumentów dla podmiotów, na których zasobach wykonawca polega, a które zostały wskazane szczegółowo w wezwaniu.

/dokumentacja postępowania: Wezwanie Zamawiającego z dnia 16 października 2017 r./.

W dniu 25 października 2017 r. wykonawca przedłożył Zamawiającemu stosowne dokumenty.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź wykonawcy Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie z dnia 25 października 2017 r./.

Wezwaniem z dnia 26 października 2017 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie o

przedłożenie prawidłowo wypełnionego wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (zgodnie z załącznikiem nr 3 do SIWZ), w zakresie wykazania wymaganego doświadczenia zawodowego tych osób.

/dokumentacja postępowania: Wezwanie Zamawiającego z dnia 26 października 2017 r./.

W odpowiedzi wykonawca Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie przedłożył nowy, uzupełniony o wymagane informacje wykaz osób, w którym jednocześnie zastąpił proponowane wcześniej osoby, tj. p. E. B. i p. R. S., dwiema nowymi osobami: p. E. S. oraz p. Z. N. .

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź wykonawcy Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie z dnia 30 października 2017 r./.

W dniu 3 listopada 2017 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Wybrana została oferta wykonawcy Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie uzyskując w przyjętych przez Zamawiającego kryteriach oceny ofert 100 pkt.

dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 3 listopada 2017 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Multiconsult Polska Sp. z o.o. oraz M. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: N+parametric design M. N. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie – wnieśli odwołanie w dniu 13 listopada 2017 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Multiconsult Polska Sp. z o.o. oraz M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: N+parametric design M. N. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie z dnia 13 listopada 2017 r. /.

Pismem z dnia 21 listopada 2017 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, uwzględniając odwołanie w całości.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie Zamawiającego z dnia 21 listopada 2017 r. /.

W dniu 23 listopada 2017 r. wykonawca Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie - w odpowiedzi na uwzględnienie odwołania złożył oświadczenie w przedmiocie sprzeciwu.

/dokumentacja postępowania: Protokół z postępowania z dnia 23 listopada 2017 r./.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Izba - oceniając zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp z uwagi, że osoba skierowana przez ww. wykonawcę do realizacji zamówienia brała udział w przygotowaniu postępowania - uznała, że zarzut ten potwierdził się w zebranych przez Izbę materiale dowodowym. Izba wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne i prawne:

Bezspornym w niniejszej sprawie jest to, że Pani E. S. wykonywała w niniejszym postępowaniu po stronie Zamawiającego czynności związane z przygotowaniem postępowania. Bezspornym jest to, że była ona członkiem zespołu projektowego, który stworzył program Funkcjonalno-Użytkowy (dalej również: „PFU”), na podstawie którego miało być wykonane zamówienie objęte przedmiotem niniejszego postępowania. Poza sporem jest również to, że wykonawca Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie oświadczył w złożonym wykazie osób, iż dysponuje niniejszą osobą na podstawie umowy cywilnoprawnej. Niewątpliwie zatem Pani E. S. mogła – wobec wykonywania czynności związanych z przygotowaniem postępowania po stronie Zamawiającego – posiadać wiedzę stawiającą ją, a tym samym wykonawcę z którym łączyła ją umowa cywilnoprawna w sytuacji uprzywilejowanej, wobec innych wykonawców uczestniczących w tym postępowaniu. Nie budził również wątpliwości fakt, że Zamawiający nie występował do wykonawcy Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie o wyjaśnienia w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, celem umożliwienia wykonawcy udowodnienia, że udział wskazanej przez niego osoby w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

Dokonując oceny niniejszego stanu faktycznego w pierwszej kolejności Izba wzięła pod uwagę treść przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r. Zgodnie z znowelizowanym przepisem art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że*

spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Celem ww. przepisu było wyeliminowanie z postępowania podmiotów, które nabyły w trakcie uczestnictwa w przygotowaniu postępowania wiedzę, która może je stawiać w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Zauważenia wymaga, że wykluczenie wykonawcy za udział w przygotowaniu postępowania należy do obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp). Powyższe oznacza, że Zamawiający w przypadku zaistnienia przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp - w tym również przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp - zobowiązany jest do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Istotne znaczenie w tej sprawie ma również treść przepisu ust. 10 art. 24 ustawy Pzp, zgodnie z którym w przypadkach o których mowa w ust. 1 pkt 19, *przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Zamawiający wskazuje w protokole sposób zapewnienia konkurencji.*

Zatem Zamawiający, aby wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp w pierwszej kolejności musi dokonać analizy czy zostały spełnione następujące przesłanki. Po pierwsze Zamawiający musi stwierdzić istnienie udziału w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynnością związaną z przygotowaniem postępowania jest opisanie przedmiotu zamówienia, ustalenie jego wartości czy też sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W niniejszym stanie faktycznym nie budziło wątpliwości, że PFU na które powoływał się Odwołujący stanowił dokument opisujący to zamówienie, obejmujący swym zakresem opis wymaganego przez Zamawiającego zadania.

W ocenie Izby nie można było zgodzić się z Przystępującym, który bagatelizował rolę Pani E. S. w przygotowaniu omawianej dokumentacji. Nadmienić należy, że w świetle art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp nie ma znaczenia czy udział w przygotowaniu postępowania przybierał będzie charakter czynności bezpośrednich czy pośrednich. Istotne znaczenie ma w ogóle sam udział w przygotowaniu postępowania po stronie Zamawiającego, co w niniejszej sprawie miało miejsce.

Po drugie – co należy również podkreślić - Ustawodawca w sposób szeroki określił udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania, uznając że wykluczeniu podlega

wykonawca, który samodzielnie brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, ale również wykonawca którego pracownik bądź inna osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług wykonywała takie czynności na rzecz Zamawiającego – co również miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym, gdyż Panią E. S. łączyła z Przystępującym właśnie umowa cywilnoprawna. Zatem – biorąc pod uwagę treść niniejszego przepisu – stwierdzić należy, że dla wypełnienia przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp nie ma znaczenia rodzaj łączącego wykonawcę stosunku umownego (w tym przypadku Przystępującego) z osoba wykonującą takie czynności (z Panią E. S.), co zostało w sposób bezpośredni wyartykułowane przez Ustawodawcę w niniejszym przepisie i stwierdzone w toku niniejszego postępowania odwoławczego.

Ponadto – co jest istotne z punktu widzenia wykonawcy - skutkiem wypełnienia przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp jest wykluczenie z postępowania, z zastrzeżeniem jednak że udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania musi zakłócać konkurencję. Wobec tego wykluczenie za udział w przygotowaniu postępowania nie może mieć miejsca, gdy spowodowane tym zakłócenie konkurencji może zostać wyeliminowane w inny sposób. W ocenie Izby dokonując dalszej analizy przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp można zatem dojść do wniosków, że udział wykonawcy lub osób pracujących na rzecz wykonawcy – i jednocześnie biorących udział w przygotowaniu postępowania po stronie Zamawiającego - stwarza postać domniemania, które może być – wobec treści art. 24 ust. 10 ustawy Pzp - obalone w wyniku wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę w toku postępowania. Powyższe oznacza, że wykonawca nie może pozbawiony być możliwości złożenia takich wyjaśnień w toku postępowania. Niemniej jednak kierowane przez Zamawiającego wezwanie będzie miało przełożenie na rozkład ciężaru dowodu, a wykonawca – aby nie zostać wykluczonym z postępowania - będzie musiał wykazać zaistnienie wyjątkowych okoliczności niepowodujących zakłócenia konkurencji. W niniejszej sprawie Zamawiający nie zwracał się do wykonawcy Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie o złożenie wyjaśnień. Wykonawca nie otrzymał szansy wytłumaczenia, czy zaistniała sytuacja może zakłócić konkurencję. W ocenie Izby – biorąc pod uwagę treść art. 24 ust. 10 ustawy Pzp – wykluczenie wykonawcy za udział w przygotowaniu postępowania nie może przybrać charakteru czynności automatycznych. Zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania powinien zapewnić mu możliwość wykazania, że jego udział nie zakłóci konkurencji, co oznacza że Zamawiający – w przypadku wypełnienia przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, co zostało wykazane przez Odwołującego w niniejszej sprawie – zobowiązany jest do wezwania wykonawcy w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp o wyjaśnienia celem przedstawienia dowodów, że

wskazana przez niego osoba (przygotowująca postępowanie o udzielenie zamówienia) nie spowoduje w przedstawionych okolicznościach zakłócenia konkurencji, zatem wykonawca powinien otrzymać szansę przedstawienia swojego stanowiska w sprawie.

Powyższe zostało potwierdzone w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE, który zwrócił uwagę, że sytuacja, w której jeden z wykonawców który przygotował dokumentację przetargową następnie bierze udział w postępowaniu na wykonanie robót budowlanych, które mają być zrealizowane na jej podstawie, może naruszać zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. *Tak więc osoba, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych związanych z zamówieniem publicznym na roboty budowlane, dostawy lub usługi (zwana dalej „osobą wykonującą niektóre prace przygotowawcze”) niekoniecznie znajduje się, w odniesieniu do udziału w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia, w jednakowej sytuacji z osobą, która takich prac nie wykonywała. Wobec tego, osoba uczestnicząca w wykonywaniu niektórych prac przygotowawczych może po pierwsze znajdować się w korzystniejszej sytuacji przy sporządzaniu swojej oferty z powodu informacji, które mogła uzyskać w przedmiocie danego zamówienia publicznego w trakcie wykonywania wspomnianych prac przygotowawczych. Wszyscy oferenci powinni mieć jednakowe szanse przy sporządzaniu treści ich ofert. Po drugie, wspomniana osoba może się znaleźć w sytuacji mogącej doprowadzić do konfliktu interesów w tym znaczeniu, że - jak słusznie podkreśla Komisja Wspólnot Europejskich – będąc oferentem w danym zamówieniu publicznym może ona, nawet w sposób niezamierzony, wyrzucić wpływ na jego warunki w sensie dla niej korzystnym. Sytuacja taka prowadziłaby do zniekształcenia konkurencji pomiędzy oferentami (wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 Fabricom SA przeciwko Państwo Belgijskie). W tym samym wyroku Trybunał wskazał także, że automatyczna konieczność wykluczenia z postępowania takiego wykonawcy nie pozostawia osobie wykonującej niektóre prace przygotowawcze żadnej możliwości wykazania, że w jej szczególnym przypadku nie zaistniały problemy, o których mowa wyżej. Trybunał wskazał zatem, że należy umożliwić takiemu wykonawcy wykazanie, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenia nie mogły zniekształcić konkurencji.*

Przekładając powyższe na treść omówionych powyżej przepisów ustawy Pzp stwierdzić należy, że Ustawodawca nie zdecydował się na wykluczenie takiego wykonawcy, bez uprzedniego wezwania go do złożenia wyjaśnień i niewątpliwie automatyczne wykluczenie wykonawcy za udział w przygotowaniu postępowania prowadziłoby do złamania zasady proporcjonalności. Wobec powyższego w ocenie Izby zasadnym było w

okolicznościach niniejszej sprawy nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy Pas-Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp o wyjaśnienia celem udowodnienia, że udział w przygotowaniu postępowania wskazanej przez niego osoby (Pani E. S.) nie zakłóci konkurencji.

Dodatkowo Izba - nie zgodziła się z Przystępującym – uznając, że obowiązek wezwania w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp należy do Zamawiającego i powyższa czynność powinna mieć miejsce w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie zaś na etapie postępowania odwoławczego. W konsekwencji złożone przez wykonawcę Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie wyjaśnienia i dowody powinny być złożone Zamawiającemu, co potwierdza treść art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, z którego wynika że Zamawiający wskazuje w protokole sposób zapewnienia konkurencji. Zatem Izba nie mogła uznać dowodów złożonych przez wykonawcę Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie w toku postępowania odwoławczego, gdyż to Zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie w trybie art. 24 ust. 10 ustawy do złożenia stosownych wyjaśnień i dowodów, następnie dokonania analizy złożonych dowodów i ewentualnego zamieszczenia stosownej informacji w protokole - bądź podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, gdy wykonawca ten nie udowodni Zamawiającemu, że udział wskazanej przez niego osoby nie zakłóci konkurencji w niniejszym postępowaniu.

Na marginesie zauważenia również wymaga, że udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania po stronie Zamawiającego objęty jest procedurą samooczyszczenia, co wynika z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Niemniej jednak Izba nie zgodziła się z Odwołującym, że wykonawca Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie zobowiązany był – przed wezwaniem o wyjaśnienia w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp – do dokonania czynności samooczyszczenia. W ocenie Izby procedura wyjaśniająca – dająca wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania nie zakłóca konkurencji - została odrębnie uregulowana w przepisie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, co oznacza że stanowi samodzielną podstawę dokonania czynności wezwania i nie jest ona w żaden sposób uzależniona i ograniczona procedurą samooczyszczenia (odrębnie uregulowaną w przepisie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp). Zatem Zamawiający niezależnie czy procedura samooczyszczenia miała miejsce, zobowiązany jest do kierowania wezwania w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, dając wykonawcy możliwość – przed wykluczeniem z postępowania – złożenia stosownych wyjaśnień, że udział takiego wykonawcy nie zakłóci konkurencji w danym postępowaniu.

W konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu wezwania wykonawcy Pas-Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp o wyjaśnienia celem udowodnienia przez tego wykonawcę, że udział w przygotowaniu postępowania wskazanej przez niego osoby (Pani E. S.) nie zakłóci konkurencji.

W ocenie Izby potwierdził się również zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Izba zgodziła się z Odwołującym, że żadna z informacji wskazanych przez Przystępującego w jego ofercie oraz składanych dokumentach nie potwierdzała wymogu Zamawiającego dotyczącej powierzchni użytkowej (będącej przedmiotem postawionego warunku udziału w postępowaniu). Zgodzić należało się z Odwołującym, że wykonawca Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie nie wykazał, że dokumentacja projektowa dotycząca Szpitala im. Ks. Anny Mazowieckiej w Warszawie spełnia wymagania Zamawiającego dotyczącej powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 8 000 m². Niemniej jednak Zamawiający wzywał wykonawcę w dniu 6 października 2017 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie dokumentu JEDZ (zawierającego odpowiednie informacje w części II sekcja A i B oraz w części III) – odnoszącego się do postawionego warunku w Rozdziale VIII pkt 4.1. ppkt 1) SIWZ. Ponadto Zamawiający w dniu 16 października 2017 r. zwrócił się do wykonawcy Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie o przedłożenie na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp dokumentów dotyczących postawionego warunku udziału a wykonawca w dniu 25 października 2017 r. w zakresie postawionego warunku w Rozdziale VIII pkt 4.1. ppkt 1) SIWZ złożył wykaz usług odnoszący się do obiektu Szpitala im. Ks. Anny Mazowieckiej w Warszawie oraz referencje, jednak ze złożonych dokumentów nie wynikał wymóg Zamawiającego odnoszący się do powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 8 000 m². Zatem wobec złożenia dokumentów przez wykonawcę Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie Izba uznała za zasadne będzie nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy Pas-Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp o wyjaśnienia w zakresie spełnienia warunku opisanego w Rozdziale VIII pkt 4.1. ppkt 1) SIWZ, to jest wezwanie o wyjaśnienia czy wskazane w złożonych dokumentach powierzchnie odnoszą się do wymaganej przez Zamawiającego powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 8 000 m².

Izba nie mogła uznać dokumentu złożonego przez Przystępującego na rozprawie – poświadczenia z dnia 21 listopada 2017 r. – gdyż dokument ten nie został złożony przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia i nie był przedmiotem badania Zamawiającego.

Odnosząc się jeszcze do zarzutów Odwołującego – a dotyczących złożenia przez wykonawcę Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie nieprawdziwych informacji i naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 ustawy Pzp, Izba uznała, że wobec konieczności wezwania wykonawcy Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie o złożenie wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 oraz art. 24 ust. 10 zarzuty te należało uznać za przedwczesne, zatem nie były one przedmiotem rozpoznania przed Krajową Izbą Odwoławczą w omawianej sprawie.

Wobec powyższego, mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega uwzględnieniu.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 oraz pkt 2 lit. b) 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. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), Izba wobec wniesionego sprzeciwu - na podstawie § 5 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia - zasądziła od Przystępującego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wniesionego wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w łącznej kwocie 18.600 zł.

Przewodniczący:

.....