

WYROK
z dnia 1 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Zuzanna Idzkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2018 r. przez wykonawcę **Agis Management Group Sp. z o.o.** z siedzibą w Gdyni przy ul. Świętojańskiej 51/1 (81-391 Gdynia) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Pomorską Specjalną Strefę Ekonomiczną Sp. z o.o.** z siedzibą w Sopocie przy ul. Władysława IV 9 (81-703 Sopot)

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - **Agis Management Group Sp. z o.o.** z siedzibą w Gdyni i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - **Agis Management Group Sp. z o.o.** z siedzibą w Gdyni, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego - **Agis Management Group Sp. z o.o.** z siedzibą w Gdyni na rzecz Zamawiającego – **Pomorskiej Specjalnej Strefy Ekonomicznej Sp. z o.o.** z siedzibą w Sopocie kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Pomorska Specjalna Strefa Ekonomiczna Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, zwana dalej: „zamawiającym” prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Świadczenie usług zarządzania oraz administrowania nieruchomościami wraz z usługami towarzyszącymi* (nr sprawy: GPNT/2/PN/2017), zwane dalej: „postępowaniem”.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 listopada 2017 r. pod nr 2017/S 229-477518. W dniu 26 stycznia 2018 r. zamawiający opublikował informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty i przekazał ją wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu.

W dniu 5 lutego 2018 r. wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia tj. Agis Management Group Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni zwany dalej „odwołującym” wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 24 ust. 1 pkt. 19 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PSSE Media Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku pomimo, że prezes zarządu w/w wykonawcy p. D. Ż. brał udział w przygotowaniu postępowania, będąc zatrudnionym u zamawiającego na stanowisku Dyrektora Finansowego, co skutkowało zakłóceniem uczciwej konkurencji w przedmiotowym postępowaniu;
3. art. 24 ust. 10 Pzp poprzez zaniechanie wezwania PSSE Media Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku do złożenia wyjaśnień i udowodnienia, że udział w przygotowaniu postępowania p. D. Ż. nie zakłócił uczciwej konkurencji;
4. z ostrożności art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PSSE Media Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, pomimo, że wraz z ofertą nie złożono Załącznika nr 8 - Wykaz osób, który to załącznik był niezbędny w celu oceny punktowej oferty.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty PSSE Media Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku;
2. wezwania PSSE Media Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku w trybie art. 24 ust 10 Pzp o wyjaśnienie celem udowodnienia, że udział w przygotowaniu postępowania D. Ż. nie zakłóci konkurencji;
3. dokonania ponownej oceny i badania ofert;
4. ewentualnie odrzucenia oferty PSSE Media Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
5. w przypadku uwzględnienia odwołania: przyznanie odwołującemu od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie z § 3 pkt 1 oraz pkt 1 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010, Nr 41 poz. 238) w kwocie 18.600,00 zł.

Odwołujący podał, że posiada interes prawny do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp ponieważ jego oferta zajęła drugie miejsce w rankingu punktacji złożonych w postępowaniu ofert. W wyniku ewentualnego uwzględnienia odwołania, oferta obecnie wybrana jako najkorzystniejsza powinna zostać odrzucona, a co za tym idzie odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W ocenie odwołującego, zamawiający niezgodnie z prawem zaniechał wezwania wykonawcy PSSE Media Operator Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 10 Pzp tj. w zakresie udowodnienia, że udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania nie zakłócił konkurencji.

Odwołujący, który w okresie poprzedzającym ogłoszenie postępowania o udzielenie zamówienia na obsługę techniczną i administracyjną obiektów zamawiającego współpracował z zamawiającym i w ramach tej współpracy pozyskał informację, że D. Ż. będący prezesem zarządu wykonawcy PSSE Media Operator Sp. z o.o., którego oferta wybrana została w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejsza zajmował jednocześnie u zamawiającego stanowisko Dyrektora Działu Ekonomicznego - Finansowego. Oczywistym jest natomiast, że działy finansowe u podmiotów zobowiązanych do udzielania zamówień w trybie Pzp mają istotny udział w przygotowywaniu warunków tych postępowań, zarówno w zakresie kwot przeznaczonych na ich realizację, oczekiwanych referencji oraz zakresu zamówień, a tym samym bezpośrednio wpływają na przygotowanie postępowania.

Wskazał, że zależność ta mogła bezpośrednio wpłynąć na ustalenie kryteriów oceny

ofert w przedmiotowym postępowaniu i sformułowanie ich w taki sposób aby zarządzana przez D. Ż. spółka - PSSE Media Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, której 100% udziałów przysługuje zamawiającemu, przy spełnieniu innych warunków udziału w postępowaniu mogła przedstawić w postępowaniu konkurencyjną w stosunku do innych wykonawców ofertę.

Wyjaśnił, że o naruszeniu konkurencji świadczy m.in. niskie wymaganie co do dotychczasowego doświadczenia potencjalnych wykonawców, określone w pkt 8.6.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dalej zwanej „SIWZ”. Zamawiający wymagał bowiem od oferentów wykazania, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał, w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje usługę w skład której wchodziły usługi polegające na zarządzaniu nieruchomościami na użytek własny lub na zlecenie osób trzecich, w obrębie której wykonawca zarządzał obiektami o funkcji biurowej oraz usługowej lub produkcyjno-magazynowej o łącznej powierzchni użytkowej obiektów nie mniejszej niż 10.000 m², przez okres nie krótszy niż 6 miesięcy.

Z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, że wykonawca PSSE Media Operator Sp. z o.o. nie ma doświadczenia pozwalającego na wykazanie spełnienia powyższego warunku w okresie dłuższym niż 6 miesięcy. Co w ocenie odwołującego istotne, PSSE Media Operator Sp. z o.o. wykazuje się wyłącznie referencjami wystawionymi przez zamawiającego, w których to referencjach brak jest szczegółowego zakresu realizowanych usług.

Wskazał jednocześnie, że zamawiający w analogicznym postępowaniu prowadzonym w kwietniu 2016 r. w trybie zapytań ofertowych wymagał od potencjalnych wykonawców doświadczenia w tożsamym zakresie jednakże minimalny okres świadczonych usług określił na 12 miesięcy. W kolejnym zaś postępowaniu prowadzonym w lipcu 2017 r. zamawiający wymagał od wykonawców wykazania świadczenia usług zarządzania budynkiem o powierzchni min. 20.0000 m² przez okres min 4 miesięcy, w skład którego wchodziła powierzchnia laboratoryjna.

Dodatkowo podał, że zarówno w postępowaniu prowadzonym w 2016 r. jak i w 2017 r. zamawiający wymagał od potencjalnych wykonawców uprawnień do wykonywania działalności lub czynności określonych przedmiotem zamówienia (tj. zarządzania nieruchomością) potwierdzonych licencją zawodową zarządcy nieruchomości wydaną przez organ państwowy lub świadectwo dyplomowanego zarządcy wystawione przez Polską Federację Stowarzyszeń Zawodów Nieruchomościowych (PFSZN), Polską Federację Organizacji Zarządców i Administratorów Nieruchomości (PFOZIAN) lub Polską Federację Zarządców Nieruchomości (PFZN).

Wyjaśnił, że przedmiotowym postępowaniu zamawiający, pomimo iż umowa, która ma zostać zawarta w następstwie rozstrzygnięcia niniejszego postępowania ma obowiązywać przez okres 24 miesięcy, odstąpił od wcześniej wymaganych warunków i znacząco obniżył wymagania w zakresie kompetencji i doświadczenia potencjalnego wykonawcy, na co w ocenie odwołującego mogła mieć wpływ zależność finansowa i osobowa występująca pomiędzy zamawiającym a PSSE Media Operator Sp. z o.o., co prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

Mając na uwadze powyższe okoliczności za uzasadnione uznał żądanie od zamawiającego dokonania czynności polegającej na wezwaniu do złożenia przez PSSE Media Operator Sp. z o.o. wyjaśnień w zakresie o jakim mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 oraz ust. 10 Pzp i w konsekwencji wykazanie, że udział D. Ź. oraz ewentualnie innych osób z Działu Finansowo-Ekonomicznego działającego u zamawiającego w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

Stwierdził, że celem art. 24 ust. 1 pkt 19 oraz art. 24 ust. 10 Pzp jest 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 lub też podmiotów, które bezpośrednio mogły mieć wpływ na kształtowanie warunków udziału i kryteriów oceny ofert w postępowaniu. W przypadku natomiast, w którym wykonawca w trybie art. 24 ust. 10 Pzp nie wykaże, że jego udział w przygotowaniu postępowania nie naruszy konkurencji, zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania (obligatoryjna przesłanka wykluczenia). Zatem zamawiający, aby wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 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 SIWZ, przy czym nie ma znaczenia czy udział w przygotowaniu ma charakter pośredni czy bezpośredni (tak też: KIO w wyroku z dnia 6 grudnia 2017 r., KIO 2397/17). Izba w ww. wyroku trafnie wskazuje, że udział takiego wykonawcy będzie miał wpływ na konkurencję, również w przypadku, w którym to pracownik lub inna osoba wykonująca pracę na podstawie mowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług wykonywała takie czynności na rzecz zamawiającego. Udział takiej osoby w przygotowaniu postępowania w ocenie Izby rodzi domniemanie naruszenia konkurencji i obalenie tego domniemania może nastąpić w trybie art. 24 ust. 10 Pzp poprzez obligatoryjne wezwanie takiego wykonawcy do złożenia wyjaśnień. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający takich wyjaśnień od PSSE Media Operator Sp. z o.o. nie zażądał, wobec czego za zasadne uznać należy żądanie odwołującego odnoszące się do

unieważnienia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownej oceny i badania ofert, w tym do wezwania PSSE Media Operator Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień.

Wyjaśnił, że Izba w ww. wyroku wskazuje, iż czynność taka może zostać dokonana wyłącznie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia i zgodnie z art. 24 ust. 10 Pzp powinna zostać odnotowana w protokole, tym samym wniosek o unieważnienie czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty uznać należy za uzasadnione.

Mając świadomość, że w przypadku uwzględnienia powyższych zarzutów, dalsze zarzuty odnoszące się do treści oferty PSSE Media Operator Sp. z o.o. mogą zostać uznane za przedwczesne, z ostrożności zarzucił zamawiającemu zaniechanie czynności polegającej na odrzuceniu oferty PSSE Media Operator Sp. z o.o. w związku z nieprzedłożeniem wraz z ofertą Załącznika nr 8 - Wykaz osób, który zgodnie z treścią formularza oferty stanowiącej Załącznik nr 3 do SIWZ niezbędny był celem dokonania punktowej oceny oferty. Jak zostało bowiem wskazane w pkt. I b formularza oferty *Podana liczba lat doświadczenia zawodowego musi odpowiadać informacjom podanym przez Wykonawcę w wykazie osób. W przypadku pojawienia się rozbieżności, w treści oferty i wykazu osób Zamawiający przyzna 0 punktów w danym kryterium.* Z powyższego wynika zatem wprost, że wykonawca powinien już na etapie składania oferty przedstawić Załącznik nr 8 do SIWZ, który pozwalałby na zweryfikowanie czy oświadczenia złożone w treści oferty odpowiadają innym dokumentom. Jak określa sam zamawiający ocena punktowa dokonywana będzie po porównaniu treści formularza oferty z Załącznikiem nr 8 o do SIWZ - Wykazem osób. W ocenie odwołującego zamawiający po ustaleniu rankingu ofert oraz wezwaniu wykonawcy/wykonawców trybie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia dokumentów i oświadczeń nie ma możliwości zmiany punktacji dokonanej oferty. Tym samym dokonane przez zamawiającego zastrzeżenie, że ewentualne rozbieżności pomiędzy ofertą a wykazem osób skutkować będą przyznaniem 0 punktów w danym kryterium jednoznacznie wskazuje, że wykonawca powinien te okoliczności potwierdzić już na tym etapie. Podkreślić należy, że interpretacji formularza oferty w sposób przedstawiony powyżej dokonał nie tylko odwołujący, który wraz z ofertą przedstawił Załącznik nr 8. - Wykaz osób, ale również trzeci z oferentów - Orange Real Estate Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Brak formalny oferty w postaci Załącznika nr 8 - Wykaz osób, w ocenie odwołującego uniemożliwił prawidłową ocenę oferty PSSE Media Operator Sp. z o.o.

Zgodnie natomiast z treścią ustawy oraz bieżącego orzecznictwa KIO zamawiający nie ma możliwości wezwania wykonawcy do uzupełnienia takiego braku w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (por. KIO z dnia 2 grudnia 2016 r., sygn. KIO 2200/16), w związku czym ofertę PSSE Media Operator Sp. z o.o. należałoby odrzucić.

W dniu 27 lutego 2018 r. na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, zamawiający złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie, którą wcześniej przesłał za pomocą poczty elektronicznej w dniu 16 lutego 2018 r., wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od odwołującego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, w tym biorąc pod uwagę pisemne stanowiska stron, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole stanowiska stron, ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem pismem z dnia 8 lutego 2018 r. w tym w szczególności z treści:

- ogłoszenia o zamówieniu;
 - SIWZ wraz załącznikami;
 - oferty odwołującego;
 - oferty wykonawcy PSSE Media Operator sp. z o.o.;
 - wyjaśnień przedłożonych przez wykonawcę PSSE Media Operator sp. z o.o. pismem z dnia 19 stycznia 2018 r. wraz z załącznikami na wezwanie zamawiającego odnośnie złożenia dokumentów i oświadczeń;
 - informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 26 stycznia 2018 r.;
 - protokołu z postępowania oraz oświadczeń złożonych na drukach ZP-1;
- przedstawionej w toku rozprawy przez odwołującego:
- korespondencji kierowanej za pomocą poczty elektronicznej przez odwołującego do zamawiającego w dniach 26-29 stycznia 2018 r.;
- oraz przedstawionego w toku rozprawy przez zamawiającego:
- protokołu z postępowania o numerze sprawy GPNT/1/PN/2017, którego przedmiotem było świadczenie usług zarządzania oraz administrowania nieruchomościami wraz z usługami towarzyszącymi;

stwierdzając, że stan faktyczny sprawy został przedstawiony w ww. pismach procesowych adekwatnie i nie wymaga odrębnego omówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że pan D. Ż. u zamawiającego pełni funkcję dyrektora Biura Finansowo-Księgowego, a przedmiotowe Biuro podlega Działowi Ekonomiczno-Finansowemu. Funkcję tę pełni w wymiarze 1/6 etatu. Natomiast w spółce PSSE Media Operator Sp. z o.o., której oferta w postępowaniu została wybrana jako najkorzystniejsza jest prezesem zarządu. Ponadto z przedstawionej Izbie dokumentacji przetargowej nie wynika, aby pan D. Ż. brał udział w przygotowaniu postępowania przede wszystkim nie był członkiem komisji przetargowej powołanej na potrzeby postępowania, nie został odnotowany w protokole postępowania jako osoba przygotowująca: opis przedmiotu zamówienia, opis warunków udziału w postępowaniu, opis kryteriów oceny ofert oraz nie został podany jako osoba ustalająca wartość zamówienia. Osoby wykonujące ww. czynności w postępowaniu wymienione w protokole z postępowania złożyły oświadczenia na podstawie art. 17 Pzp na drukach ZP-1.

Izba zważyła co następuje.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 19 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. W związku z tym, aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania zamawiający musi dokonać analizy czy zostały spełnione łącznie następujące przesłanki: po pierwsze - stwierdzić udział wykonawcy lub jego pracownika, a także osoby wykonującej pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług w przygotowaniu prowadzonego postępowania, po drugie - ustalić, czy spowodowane tym ewentualne zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Czynności związane z przygotowaniem postępowania opisane są w rozdziale 2 działu II Pzp. Najważniejsze z nich to opisanie przedmiotu zamówienia, ustalenie wartości zamówienia i sporządzenie SIWZ w tym przede wszystkim jego kluczowych elementów takich jak ustalenie warunków udziału w postępowaniu oraz opis kryteriów oceny ofert. Jak wynika z powyższych ustaleń Izba nie znalazła potwierdzenia w zgromadzonym materiale

dowodowym, aby pan D. Ż. wykonywał czynności związane z przygotowaniem postępowania.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp to strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W przedmiotowej sprawie ciężar wykazania spełnienia przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, spoczywał na odwołującym. W tym miejscu Izba podkreśla, że z uwagi na szczególnie sankcyjny charakter przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp i dotkliwe dla wykonawcy konsekwencje w postaci wykluczenia z postępowania, jego zastosowanie wymaga szczególnej ostrożności i nie może budzić wątpliwości. W szczególności z samego faktu pracy danej osoby u zamawiającego i wykonawcy nie można wywodzić, iż zamawiający naruszył 24 ust. 1 pkt 19 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Kwestię wykluczenia z postępowania z powodu udziału wykonawcy lub jego pracowników w przygotowaniu postępowania regulują także przepisy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z późn. zm.). Szczegółowo odnosi się do tej sprawy jej art. 41, który traktuje wykluczenie wykonawcy z postępowania na skutek zakłócenia konkurencji jako ostateczność: „kandydata lub oferenta wyklucza się z udziału w postępowaniu wyłącznie w przypadku, gdy nie ma innego sposobu zapewnienia zgodności z obowiązkiem przestrzegania zasady równego traktowania”.

Odwołujący nie przedstawił, żadnych konkretnych dowodów potwierdzających udział pana D. Ż. w przygotowaniu postępowania, a swoją argumentację budował na przypuszczeniach, które nie znalazły potwierdzenia w zebranych materiałach dowodowych.

Ponadto przedstawioną przez odwołującego argumentację dotyczącą określenia przez zamawiającego zbyt niskich wymagań odnośnie doświadczenia wykonawców należy uznać za spóźnioną. Ogłoszenie o zamówieniu dotyczące przedmiotowego postępowania zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 listopada 2017 r. zatem termin do kwestionowania przez wykonawców postanowień dotyczących warunków udziału w postępowaniu już upłynął.

Podsumowując powyższe odwołujący nie wykazał, że doszło do spełnienia przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp dlatego też Izba nie znalazła podstaw do uznania skuteczności zarzutu naruszenia tego przepisu.

W konsekwencji oddalenia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp nie ma także racji bytu zarzut naruszenia art. 24 ust. 10 Pzp. Przepis ten stanowi, że w przypadkach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowaniu o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. W związku z

niepotwierdzeniem się zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, zamawiający nie miał obowiązku stosować dyspozycji zawartej w art. 24 ust. 10 Pzp, zatem i ten zarzut w ocenie Izby należy oddalić.

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PSSE Media Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, pomimo, że wraz z ofertą nie złożono Załącznika nr 8 - Wykaz osób, który to załącznik był niezbędny w celu oceny punktowej oferty to był to zarzut sformułowany z tzw. „ostrożności procesowej” na wypadek nieuwzględnienia pozostałych zarzutów. Niemniej i ten zarzut Izba oddaliła.

Zdaniem Izby zamawiający w sposób zrozumiały wskazał w rozdziale 15 pkt 15.1 SIWZ kompletny wykaz dokumentów i oświadczeń składających się na ofertę. Wśród dokumentów i oświadczeń tam wymienionych nie figurował wykaz osób. Jednocześnie w rozdziale 9 pkt 9.5 SIWZ zamawiający wyjaśnił, iż (...) „przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w Jednolitym Dokumentacie”. Ponadto w pkt 9.7 rozdziału 9 SIWZ wymienione są dokumenty i oświadczenia wymagane od wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym w ppkt 9.7.3. znajduje się informacja o wykazie osób. W związku z tym Izba stwierdza, że z postanowień SIWZ wynika, iż do złożenia wykazu osób zobligowany był tylko wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona dopiero po otrzymaniu stosownego wezwania od zamawiającego, tak jak to miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Z treści SIWZ wynika, że punktacja w kryteriach doświadczenie osobowe nr 1, 2, 3 i 4 była przyznawana na podstawie informacji zawartych w formularzu oferty. Wobec tego twierdzenie odwołującego, iż w przedmiotowym postępowaniu możliwe było wyłącznie równoczesne złożenie wykazu osób wraz z ofertą nie znajduje poparcia w dokumentacji przetargowej w tym przede wszystkim w SIWZ w związku z tym Izba oddaliła przedmiotowy zarzut.

W konsekwencji niepotwierdzenia się żadnego z powyższych zarzutów Izba uznała także, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z tym Izba uznała, że i ten zarzut należy oddalić.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący: