Sygn. akt: KIO 1974/18

WYROK
z dnia 25 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Paweł Trojan**

Członkowie: **Monika Szymanowska**

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **1 października 2018 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** oraz **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A., Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *„Wykonanie robót budowlanych oraz opracowanie dokumentacji projektowej wraz z wykonaniem robót dla zabudowy koryta balastowego w torze nr 1 wraz z nawierzchnią kolejową na tłuczniu oraz robotami towarzyszącymi, związanymi z poprawą bezpieczeństwa na kolejowym Moście Gdańskim w Warszawie w ramach projektu pn.: „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na sieci kolejowej - Prace na moście Gdańskim w Warszawie"* (nr ref.: IREZAlf-216-24/18). przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **INTOP Warszawa Spółka z o.o., ul. Łukasza Drewny 70, 02-968 Warszawa** oraz **MOSTOSTAL Kielce S.A., ul. Ściegiennego 280, 25-116 Kielce** zgłaszających przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania w wysokości **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie** tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie** na rzecz podmiotów zamawiających - **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** oraz **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A., Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa** kwotę w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przed Izbą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 20 lipca 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……

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

do wyroku z dnia 25 października 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1974/18

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa oraz

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A., Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonanie robót budowlanych oraz opracowanie dokumentacji projektowej wraz z wykonaniem robót dla zabudowy koryta balastowego w torze nr 1 wraz z nawierzchnią kolejową na tłuczniu oraz robotami towarzyszącymi, związanymi z poprawą bezpieczeństwa na kolejowym Moście Gdańskim w Warszawie w ramach projektu pn.: „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na sieci kolejowej - Prace na moście Gdańskim w Warszawie" (nr ref.: IREZAlf-216-24/18).

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 02.05.2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2018/S 084 - 190434.

W dniu 21.09.2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

2. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 01.10.2018 r. w formie pisemnej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie wobec następujących czynności i zaniechań:

1.czynności wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INTOP Warszawa Sp. z o.o. oraz Mostostal Kielce

S.A. (dalej „Konsorcjum INTOP"), jako najkorzystniejszej z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp;

2.zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia Konsorcjum INTOP z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy PZP z uwagi na to, że osoby wykonujące na rzecz Konsorcjum INTOP pracę na podstawie umowy o świadczenie usług brały udział w przygotowaniu Postępowania;

3.zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia Konsorcjum INTOP z

Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy PZP z uwagi na to, że Konsorcjum INTOP w wyniku zamierzonego działania, a co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd poprzez zatajenie informacji w zakresie udziału wskazanych przez Konsorcjum INTOP projektantów Pana P. S. oraz Pana P. Ż. w przygotowaniu dokumentacji Postępowania i podlegania wykluczeniu przez Konsorcjum INTOP na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp; lub

4.zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia Konsorcjum INTOP z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy uwagi na to, że Konsorcjum INTOP w wyniku lekkomyślności, a co najmniej niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w zakresie, w jakim osoby wykonujące na rzecz Konsorcjum INTOP pracę na podstawie umowy o świadczenie usług brały udział w przygotowaniu Postępowania, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1.art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wybranie oferty złożonej przez Konsorcjum INTOP, jako oferty najkorzystniejszej, pomimo tego, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z
Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 lub 19 ustawy Pzp;

2.art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum INTOP z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp z uwagi na to, że osoby wykonujące na rzecz Konsorcjum INTOP pracę na podstawie umowy o świadczenie usług brały udział w przygotowaniu
Postępowania;

3.art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum INTOP z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z uwagi na to, że Konsorcjum INTOP w wyniku zamierzonego działania, a co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez zatajenie informacji w zakresie udziału wskazanych przez Konsorcjum INTOP projektantów Pana P. S. oraz

Pana P. Ż. w przygotowaniu dokumentacji Postępowania i podlegania wykluczeniu przez Konsorcjum IN TOP na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy
Pzp; lub

4.art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum INTOP z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z uwagi na to, że Konsorcjum INTOP w wyniku lekkomyślności, a co najmniej niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w zakresie, w jakim osoby wykonujące na rzecz Konsorcjum INTOP pracę na podstawie umowy o świadczenie usług brały udział w przygotowaniu Postępowania, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu.

W związku z powyższym, w imieniu Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości poprzez nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp:

1.unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum INTOP, jako oferty najkorzystniejszej;
2.wykluczenie Konsorcjum IN TOP z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 i 19 ustawy Pzp;
3.powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Wniosek o zasądzenie kosztów

Ponadto, Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Interes odwołującego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp

Jak wskazał Odwołujący naruszenie przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp ma istotny wpływ na wynik Postępowania, bowiem gdyby Zamawiający nie naruszył wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, oferta Konsorcjum INTOP nie byłaby wybrana, jako oferta najkorzystniejsza. Co, za tym idzie, Odwołujący uzyskałby zamówienie objęte Postępowaniem. Oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą ofertą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, która została złożona przez wykonawcę, który nie podlega wykluczeniu z Postępowania. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia polega na tym, że Odwołujący oferuje wykonanie zamówienia w niniejszym Postępowaniu, którego wynikiem będzie zawarcie z Zamawiającym umowy, a w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania szanse

Odwołującego na uzyskanie zamówienia znacząco wzrosną. Z kolei naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może wyrządzić Odwołującemu szkodę w postaci utraconych korzyści przychodów z nieuzyskanego zamówienia. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, że jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

Termin na wniesienie odwołania

Odwołujący wskazał, że otrzymał informację o czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Konsorcjum INTOP, jako oferty najkorzystniejszej w dniu 21.09.2018 r., a więc niniejsze odwołanie składane jest z zachowaniem 10dniowego terminu przewidzianego w przepisach ustawy Pzp. Zatem Odwołujący wniósł niniejsze Odwołanie zgodnie z terminem wyznaczonym w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu nr 2018/S 084-190434 zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu
02.05.2018 r. oraz zostało umieszczone na stronie internetowej Zamawiającego:

Następnie wskazał również, że z uwagi na datę opublikowania ogłoszenia, zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych
(Dz. U. 2016, poz. 1020) do niniejszego postępowania odwoławczego oraz Postępowania stosuje się przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym po wejściu w życie tejże ustawy, tj. po dniu 28 lipca 2016 r.

UZASADNIENIE ODWOŁANIA

I. Stan faktyczny

Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem są roboty budowlane. W ramach Postępowania oferty złożyli następujący wykonawcy:

1.Odwołujący;
2.Konsorcjum INTOP;
3.Warszawskie Przedsiębiorstwo Mostowe Mosty Sp. z o.o. Budownictwo Sp. K., G.-

Budownictwo Komunikacyjne i Przemysłowe Sp. z o.o.

W dniu 21.09.2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty Konsorcjum INTOP, jako najkorzystniejszej.
Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 21.09.2018 r.

Zdaniem Odwołującego wybór oferty Konsorcjum INTOP jest nieprawidłowy, a wykonawca ten winien być wykluczony z Postępowania, a zatem czynność Zamawiającego jest nieprawidłowa.

II. Zarzuty

1. Udział współpracowników Konsorcjum INTOP w przygotowaniu postępowania

Zgodnie z 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. W Części III sekcji C pkt 6 JEDZ INTOP Warszawa Sp. z o.o. jak i Mostostal Kielce S.A. - złożonymi wraz z ofertą, jak i uzupełnionymi na żądanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Konsorcjum INTOP wskazało, że żadna z osób zaangażowanych po stronie Konsorcjum INTOP nie brała udziału w przygotowaniu Postępowania.
Dowód:

-JEDZ INTOP z dnia 13.06.2018 r. (w aktach Postępowania)
-JEDZ Mostostal Kielce z dnia 13.06.2018 r. (w aktach Postępowania)
-Uzupełniony JEDZ INTOP z dnia 13.06.2018 r. (w aktach Postępowania)
-Uzupełniony JEDZ Mostostal Kielce z dnia 13.06.2018 r. (w aktach Postępowania)

W złożonym Zamawiającemu na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wykazie osób Konsorcjum INTOP wskazało na dysponowanie w zakresie osób na stanowisko:

1.Projektanta w branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych p. P. S. dysponowanie bezpośrednie na podstawie umowy cywilno-prawnej;

2.Projektant w branży mostowej p. P. Ż. dysponowanie bezpośrednie na podstawie umowy cywilno-prawnej;

Pismem z dnia 14.09.2018 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum INTOP oudzielenie wyjaśnień w następującym zakresie:
„Na pytanie w części III lit C JEDZ o treści:

„Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał(-o) instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był(-o) w inny sposób zaangażowany(-e) w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat" Wykonawca udzielił odpowiedzi negatywnej, podczas gdy z informacji zawartych w Wykazie osób wynika, że wykazani przez Państwa Projektanci tj.: Pan P. S. oraz Pan P. Ż. brali udział w opracowaniu dokumentacji pn. : Prace na moście Gdańskim w Warszawie wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w trakcie realizacji robót w ramach projektu „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacji zagrożeń eksploatacyjnych na sieci kolejowej".
Jednocześnie podkreślenia wymaga, że zgodnie z wiedzą posiadaną przez Zamawiającego nie ulega wątpliwości, że ww. osoby są współautorami ww. dokumentacji o czym dowodnie świadczą strony tytułowe projektów wykonawczych stanowiących Załącznik nr 8 do Programu Funkcjonalno-Użytkowego, na których ww. osoby zostały wskazane jako projektanci. Przedmiotowa dokumentacja została udostępniona na stronie Zamawiającego w ramach przedmiotowego przetargu.
W świetle powyższych ustaleń, Zamawiający działając na podstawie:
- art. 24 ust. 10 Ustawy, celem zbadania przesłanki wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Ustawy, zwraca się do Państwa o złożenie wyjaśnień wraz z ewentualnymi dowodami, że udział Wykonawcy w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji, - art, 26 ust. 3 Ustawy wzywa Państwa do uzupełnienia prawidłowo wypełnionego Jednolitego Dokumentu INTOP Warszawa Sp. z o.o. w zakresie oświadczenia, o którym mowa powyżej".
Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 14.09.2018 r.

Konsorcjum INTOP udzieliło Zamawiającemu wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 17.09.2018 r., jednak pismo to zostało przez Konsorcjum INTOP w całości zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa. W dniu 21.09.2018 r. Zamawiający postanowił odtajnić wskazane pismo Konsorcjum INTOP z dnia 17.09.2018 r., jednak do dnia złożenia niniejszego odwołania nie udostępnił Odwołującemu jego treści z uwagi na brak upływu terminu na wniesienie odwołania na tę czynność przez Konsorcjum INTOP.
Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 21.09.2018 r.

Następnie Odwołujący wskazał, że zakres dokumentów przygotowanych przez Projektantów Konsorcjum INTOP tj. Pana P. S. oraz Pana P. Ż. wskazuje na to, że osoby te nie tylko mogły dać Konsorcjum INTOP przewagę konkurencyjną nad pozostałymi wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia m.in. w zakresie możliwości optymalizacji zakresu prac opisanych w PFU oraz w zakresie wcześniejszego niż pozostali wykonawcy przygotowania się do ubiegania się o udzielenie zamówienia, ale osoby te będą także sprawować nadzór autorski w trakcie wykonywania robót budowlanych przez Konsorcjum INTOP. Tym samym, nie tylko doszło do nieodwracalnej sytuacji uzyskania przez Konsorcjum INTOP niedopuszczalnej przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi wykonawcami w postępowaniu, ale w toku realizacji zamówienia Konsorcjum INTOP będzie mieć zapewnioną przychylność osób sprawujących nadzór autorski nad realizacją zamówienia. Wskazani projektanci będą bowiem zarówno w roli osób przygotowujących dokumenty projektowe leżące w gestii wykonawcy, ale także będą sprawować na rzecz Zamawiającego nadzór autorski na projektowaniem i wykonywaniem robót budowlanych przez Konsorcjum INTOP.

W konsekwencji, zakłócenia konkurencji wywołanego przez zaangażowanie przez Konsorcjum INTOP osoby, które brały udział w przygotowaniu Postępowania, nie da się wykluczyć w inny sposób niż poprzez wykluczenie tego wykonawcy z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22.02.2018 r. (sygn. akt KIO 233/18 i KIO 234/18), w sytuacji, w której wykonawca z jednej strony wykonuje określone zadanie na podstawie przygotowanej przez siebie dokumentacji, a z drugiej strony w imieniu zamawiającego dokonuje nadzoru poprawności wykonywania tego zadania, dochodzi do zakłócenia konkurencji w takim stopniu, że wyeliminowanie tego zakłócenia może nastąpić jedynie poprzez wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, co winno mieć miejsce także w niniejszej sprawie.

Nadto Odwołujący podniósł z ostrożności, że Konsorcjum INTOP nie było uprawnione do dokonania pismem z dnia 17.09.2018 r. zmiany osób wskazanych na stanowisko projektantów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem przepis ten ma zastosowanie wyłącznie wówczas, gdy wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu. W niniejszym stanie faktycznym, Konsorcjum INTOP wykazało się dysponowaniem osobami dedykowanymi na stanowisko projektanta o wymaganych w IDW kwalifikacjach, a więc zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - z własnej inicjatywy, czy na wezwanie Zamawiającego - jest niedopuszczalne i nie może sanować przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Ponadto, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, a także orzeczeniem TSUE w sprawie Esaprojekt, niedopuszczalna jest zmiana własnych zasobów wykonawcy potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, a wyjątkiem od tejże zasady jest jedynie możliwość uzupełnienia zasobów w trybie art. 22a ust. 6 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Konsorcjum INTOP wskazało zaś na dysponowaniem ww. projektantami bezpośrednio. Tym samym, zdaniem Odwołującego, zmiana tych osób przez Konsorcjum INTOP była niedopuszczalna w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

2. Podanie informacji wprowadzających w błąd

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pk16 ustawy Pzp z postepowania wyklucza się wykonawców, którzy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa zataili przed Zamawiającym informacje w zakresie udziału wskazanych przez Konsorcjum INTOP projektantów Pana P. S. oraz Pana P. Ż. w przygotowaniu dokumentacji Postępowania i podlegania wykluczeniu przez Konsorcjum INTOP na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Z kolei jak wskazała Izba w wyroku z dnia 14.11.2017 r. (sygn. akt KIO 2292/17) przesłanki, których zaistnienie warunkuje zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp to:

a)przedstawienie przez wykonawcę informacji, które wprowadzają zamawiającego w błąd;
b)okoliczność, że informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego;
c)okoliczność, że informacje te zostały przedstawione przez wykonawcę w wyniku jego lekkomyślności lub niedbalstwa.

Zdaniem Odwołującego, w niniejsze sprawie zachodzi zbieg obu powyższych podstaw wykluczenia Konsorcjum INTOP z Postępowania, a co najmniej zasadne jest wykluczenie Konsorcjum INTOP na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Ad. a) Zatajenie lub przedstawienie informacji wprowadzających w błąd

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO i sądów okręgowych, podanie informacji wprowadzających w błąd może nastąpić zarówno przez podanie informacji, jak i ich zatajenie, w tym nawet poprzez nieprzetłumaczenie fragmentu dokumentu, który znajdował się w ofercie w języku obcym (tak KIO w wyroku z dnia 7.11.2016 r., sygn. akt KIO 1942/16 i KIO 1952/16, a także sąd Okręgowy w Krakowie XII Wydział Gospodarczy-Odwoławczy w wyroku z dnia 08.03.2017 r., sygn. akt XII Ga 1019/16). Za informacje wprowadzające w błąd może być więc z pewnością także uznane zatajenie

przez wykonawcę udziału wskazanych przez Konsorcjum INTOP projektantów Pana P. S. oraz Pana P. Ż. w przygotowaniu dokumentacji Postępowania i podlegania wykluczeniu przez Konsorcjum INTOP na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp.

Wskazując w Części III sekcji C pkt 6 JEDZ, że żadna z osób zaangażowanych po stronie Konsorcjum INTOP nie brała udziału w przygotowaniu Postępowania, Konsorcjum INTOP podało informacje wprowadzające w błąd. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 18.04.2018 r. (sygn. akt 576/17) „przez przedstawienie nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) należy rozumieć m.in. złożenie przez wykonawcę własnego oświadczenia wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy". Podobnie Izba wskazała w wyroku z dnia 25.09.2017 r. (sygn. akt KIO 1901/17). Jeszcze precyzyjnie wskazała KIO w wyroku z dnia 12.11.2018 r. (sygn. akt KIO 2007/17, KIO 2014/17) "Ustawodawca odmiennie ukształtował przesłankę wykluczenia wykonawcy wyrażoną w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp - dla jej zaistnienia wystarczające jest samo przedstawienie (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) informacji "wprowadzających w błąd" zamawiającego, które to informacje mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Z powyższego wynika, że po stronie zamawiającego nie musi powstać mylne wyobrażenie o faktach, na skutek przedstawionych przez wykonawcę informacji, wystarczającym jest, iż takie wyobrażenie mogło powstać. Istotna jest zatem sama treść informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło" (podobnie Izba w wyroku z dnia 07.06.2017 r., sygn. akt KIO 1004/17).
Niewątpliwie, zdaniem Odwołującego, w wyniku wskazania przez Konsorcjum INTOP, że żadna z osób zaangażowanych po stronie Konsorcjum INTOP nie brała udziału w przygotowaniu Postępowania, Zamawiający mógł błędnie przyjąć, iż Konsorcjum IN TOP nie podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art, 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp.

Ad. b) Wpływ na decyzje Zamawiającego o niewykluczeniu Konsorcjum INTOP z Postępowania
Niewątpliwie zatajenie (podanie) przez Konsorcjum INTOP wskazanych powyżej informacji wprowadzających w błąd miało istotny wpływ na wynik Postępowania, bowiem zatajenie informacji o tym, że osoby zaangażowane po stronie Konsorcjum INTOP brały udział w przygotowaniu Postępowania mogło wprowadzić Zamawiającego w błąd w zakresie podstaw wykluczenia wykonawcy.

Ad. c) Charakter działania Konsorcjum INTOP

Jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie XII Wydział Gospodarczy-Odwoławczy w wyroku z dnia 08.03.2017 r. (sygn. akt XII Ga 1019/16) „Na podstawie art. 14 Zam PublU do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 ś 1 KC dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por, uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por, uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 5 2 KC precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości (tak Krajowa Izba
Odwoławcza w wyroku z dnia 17 maja 2016 r. w sprawie do sygn. akt KIO 673/16, Legalis 1482148)".
Jak wskazał Odwołujący z pewnością Konsorcjum INTOP miało pełną świadomość, że Pan P. S. oraz Pan P. Ż. brali udział w opracowaniu dokumentacji pn.: Prace na moście Gdańskim w Warszawie wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w trakcie realizacji robót w ramach projektu „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacji zagrożeń eksploatacyjnych na sieci kolejowej", a zatem przygotowali część dokumentacji Postępowania. Świadomie lub co najmniej lekkomyślnie, a z pewnością w wyniku rażącego niedbalstwa, Konsorcjum INTOP wskazało w swoim JEDZ, że żadna osoba zaangażowana przez Konsorcjum INTOP nie

brała udziału w przygotowaniu Postępowania. Zatem, podanie informacji wprowadzających w błąd nastąpiło w wyniku zamierzonego działania, bądź w wyniku lekkomyślności, a co najmniej rażącego niedbalstwa ze strony Konsorcjum INTOP.

W ocenie Odwołującego należy w konsekwencji wskazać, że wobec zaistnienia wszystkich przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wobec Konsorcjum INTOP, wykonawca ten winien być wykluczony z Postępowania na tej podstawie prawnej przez Zamawiającego. Zaniechując tej czynności Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO oraz Sądów Okręgowych, przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie można sanować w wyniku uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał przy tym, że uwzględnienie przez Zamawiającego całości zarzutów niniejszego odwołania stosownie do art. 186 ust. 2 ustawy Pzp przed otwarciem rozprawy, umożliwi usunięcie występującej wady postępowania, a KIO będzie uprawniona do umorzenia postępowania odwoławczego. Zamawiający, zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt. 2 lit. b) ustawy Pzp nie będzie zaś obciążony kosztami postępowania odwoławczego. Jak podniósł Odwołujący zasadne byłoby więc uwzględnienie zarzutów niniejszego odwołania przez Zamawiającego w całości w odpowiedzi na odwołanie, jeszcze zanim KIO merytorycznie rozpatrzy sprawę na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (Instrukcją Dla Wykonawców i załącznikami do niej), ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu w rankingu ofert podnosząc zarzuty wobec oferty uznanej za najkorzystniejszą ekonomicznie. W przypadku zaś uwzględniania odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

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, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba dopuściła również i przeprowadziłam następujące dowody:

I. Dowody zawnioskowane i złożone przez Odwołującego w postaci:

1. Dokument zatytułowany „warunki zamówienia" dla postępowania znak IREZA1n-21682/16;
2. SIWZ Tom III Opis przedmiotu zamówienia dla postępowania znak IREZA1n-216-82/16;
3. Załącznik nr 3 do Warunków Zamówienia – Projekt Umowy dla postępowania znak IREZA1n-216-82/16;
4. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej (oferty Schuessler-Plan Inżynierzy Spółka z o.o.) w ramach postępowania znak IREZA1n-216-82/16;
5. Akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (zawnioskowanych w treści odwołania) obejmujących m.in. formularz JEDZ Przystępującego (w tym uzupełnionego), wezwania do złożenia wyjaśnień oraz odpowiedzi Przystępującego z dnia 17.09.2018 r., jak również załączników do Programu Funkcjonalno-Użytkowego w postaci dokumentacji projektowej.

II. Dowody zawnioskowane i złożone przez Przystępującego w postaci:

1.dowód z dokumentu w postaci opinii, której autorem jest prof. dr hab. Inż. H. Z. – traktując ten dokument jako stanowisko własne Przystępującego;
2.Fotografie opatrzone numerami od 1 do 11, z podziałem na dwie grupy, fotografie od numeru 1 do numeru 7 prezentują technologię konstrukcji opartą o mostownice, zaś fotografie o nr od 8 do 11 technologię opartą o koryto balastowe.
3.Dowód, obejmujący oświadczenie obu projektantów, z którego wynika, że osoby te nie brały udziału w przygotowaniu oferty Przystępującego.
4.Dowód w postaci oświadczenia Schuessler-Plan z 14.09.2018, z którego treści wynika, że ten podmiot nie pomagał Przystępującemu w przygotowaniu oferty;
5.Dowód w postaci oświadczenie drugiego członka konsorcjum, tj. Mostostal Kielce S.A., z

którego wynika, że jako podmiot dysponujący dużym zapleczem materiałowym i doświadczeniem, to właśnie zaangażowanie tego podmiotu przez wykonanie konstrukcji mostowej pozwoliło na skrócenie terminu.
6.Jednocześnie wskazuje, że Odwołujący ma również w swojej historii współpracę z tymi osobami, na dowód czego przedkłada dowód w postaci formularza ofertowego oraz wykazu osób z innego postępowania.
7.Dowód w postaci kopii oferty Intercor Spółka z o.o. z dnia 12.03.2015 r. dotyczącego zadania pn.: „Likwidacja wąskich gardeł poprzez poprawę stanu technicznego obiektów inżynieryjnych „Poprawa bezpieczeństwa na kolejowym Moście Gdańskim w Warszawie"" wraz z załączonym wykazem osób, w którym ujęto p. P. S. oraz p. P. Ż. odpowiednio jako projektanta branży kolejowej i projektanta branży mostowej.

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

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.
W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania jest „Wykonanie robót budowlanych oraz opracowanie dokumentacji projektowej wraz z wykonaniem robót dla zabudowy koryta balastowego w torze nr 1 wraz z nawierzchnią kolejową na tłuczniu oraz robotami towarzyszącymi, związanymi z poprawą bezpieczeństwa na kolejowym Moście Gdańskim w Warszawie w ramach projektu pn.: „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na sieci kolejowej - Prace na moście Gdańskim w Warszawie".

Jak wynika z Tomu II „Warunki umowy" (§ 1 ust. 1) *Przedmiotem umowy jest wykonanie dokumentacji projektowej, uzyskanie niezbędnych decyzji administracyjnych oraz realizacja na podstawie tejże dokumentacji robót budowlanych i wykonanie dokumentacji powykonawczej* (…).
Stosownie do treści § 1 ust. 2 warunków umowy *Strony są zgodne, że Program Funkcjonalno – Użytkowy (…) zawiera opis wytycznych i zakładanych funkcjonalności, niezbędnych do realizacji przedsięwzięcia. Szczegółowe rozwiązania techniczno – materiałowe, zgodność z odrębnymi przepisami i normami, określone będą w projekcie budowlanym/projekcie wykonawczym sporządzonym przez Wykonawcę.* (…).

Izba ustaliła również, że Tom II Instrukcji Dla Wykonawców (dalej: „IDW") stanowi Program

Funkcjonalno – Użytkowy (dalej „PFU") w ramach którego zawarto m.in. następujące wytyczne:
-na str. 31 PFU w akapicie 4, gdzie Zamawiający wskazał na konieczność przeprojektowania całego rozwiązania w związku ze zmianą technologii na koryto balastowe wraz z nawierzchnią torową na podkładach i podsypce tłuczniowej;
-w pkt 2 ppkt 5) PFU zostało wskazane, że w przypadku opracowania dokumentacji projektowej przez wykonawcę wówczas nadzór autorski będzie pełniony przez ten podmiot, który opracował od podstaw dokumentacje projektowa a nawet, w zakresie optymalizacji dokumentacji pierwotnej;
-Zamawiający zawarł postanowienia pozostawiając wykonawcom swobodny wybór obejmujący optymalizację dostarczonej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej lub opracowanie jej od podstaw (pkt 2.1. Opis przedmiotu zamówienia – Instrukcja Dla
Wykonawców (dalej „IDW") – Tom I SIWZ oraz pkt 3.3.5. Programu Funkcjonalno-

Użytkowego).

W ramach opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał, że optymalizacja przekazanej dokumentacji projektowej może się odbyć na koszt i ryzyko wykonawcy (str. 5 IDW – Tom I).

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania Odwołujący złożył ofertę z cena ofertowa wynoszącą

98.872.901,13 złotych brutto, zaś wykonawca Konsorcjum INTOP Warszawa Spółka z o.o. oraz Mostostal Kielce S.A. złożył ofertę z ceną ofertową wynoszącą
93.210.379,76 złotych brutto.
W toku postępowania Przystępujący przedłożył formularz JEDZ, w którym na str. 9 (część III sekcji C poz. 5 i 6 – dokument dla obu członków Konsorcjum) przy oświadczeniach:

Poz. 5. Czy wykonawca wie i jakimkolwiek konflikcie interesów spowodowanym jego udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia?
Poz. 6. Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał(-o) instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był(-o) w inny sposób zaangażowany(-e) w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia?

- udzielił w obu wypadkach odpowiedzi negatywnej.

W uzupełnionym dokumencie JEDZ dla obu członków Konsorcjum Przystępujący w część III sekcji C poz. 6 dokonał zmiany zaznaczając odpowiedź „TAK" i uzupełniając tę pozycję informacją o następującej treści:
„Pan P. Ż. oraz Pan P. S. uczestniczyli w opracowaniu na rzecz Zamawiającego części dokumentacji projektowej w zakresie projektu wykonawczego dla branży architektura, dokumentacja geotechniczna, obiekty inżynieryjne oraz układ torowy, a także w projektach technologicznych. Szczegółowe informacje na ten temat w piśmie z dnia 17 września 2018 roku."

Przystępujący pismem z dnia 23.07.2018 r. złożył Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie z dnia 06.07.2018 r. dokumenty, w tym przedstawił wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego (załącznik nr 9 do UDW) w którym w poz. 7 na stanowisko projektanta został wskazany p. P. S. oraz w poz. 8 na stanowisko projektanta w branży mostowej został wskazany p. P. Ż..
Poz. 7. Projektant w branży kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych p. P. S. dysponowanie bezpośrednie na podstawie umowy cywilno-prawnej;
Poz. 8. Projektant w branży mostowej p. P. Ż. dysponowanie bezpośrednie na podstawie umowy cywilno-prawnej;

Pismem z dnia 14.09.2018 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum INTOP o udzielenie wyjaśnień w następującym zakresie:

„Na pytanie w części III lit C JEDZ o treści:

„Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał(-o) instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był(-o) w inny sposób zaangażowany(-e) w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat" Wykonawca udzielił odpowiedzi negatywnej, podczas gdy z informacji zawartych w Wykazie osób wynika, że wykazani przez Państwa Projektanci tj.: Pan P. S. oraz Pan P. Ż. brali udział w opracowaniu dokumentacji pn. : Prace na moście Gdańskim w Warszawie wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w trakcie realizacji robót w ramach projektu „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacji zagrożeń eksploatacyjnych na sieci kolejowej".
Jednocześnie podkreślenia wymaga, że zgodnie z wiedzą posiadaną przez Zamawiającego nie ulega wątpliwości, że ww. osoby są współautorami ww. dokumentacji o czym dowodnie świadczą strony tytułowe projektów wykonawczych stanowiących Załącznik nr 8 do Programu Funkcjonalno-Użytkowego, na których ww. osoby zostały wskazane jako projektanci. Przedmiotowa dokumentacja została udostępniona na stronie Zamawiającego w ramach przedmiotowego przetargu.
W świetle powyższych ustaleń, Zamawiający działając na podstawie:

- art. 24 ust. 10 Ustawy, celem zbadania przesłanki wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Ustawy, zwraca się do Państwa o złożenie wyjaśnień wraz z ewentualnymi dowodami, że udział Wykonawcy w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji, - art, 26 ust. 3 Ustawy wzywa Państwa do uzupełnienia prawidłowo wypełnionego Jednolitego Dokumentu INTOP Warszawa Sp. z o.o. w zakresie oświadczenia, o którym mowa powyżej".

Przystępujący pismem z dnia 17.09.2018 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 14.09.2018 r. uzupełnił poprawiony dokument JEDZ oraz w drugim piśmie z tego samego dnia złożył wyjaśnienia związane z przesłanką wykluczenia określoną w art. 24 ust.
1 pkt 19 ustawy Pzp zastrzegając je jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W dniu 21.09.2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą została uznana oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia INTOP Warszawa Sp. z o.o. oraz Mostostal Kielce S.A.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp

Krajowa Izba Odwoławcza mając na uwadze zakres sporu pomiędzy Stronami, co do rozumienia przepisu regulującego instytucję wykluczenia wykonawcy z postępowania ze względu na udział jego lub osób, którymi się posłużyli na etapie składania oferty w przygotowaniu postępowania postanowiła poddać ocenie otoczenie prawne związane z ww. instytucją wykluczenia rozpoczynając analizę od przepisów prawa UE.

Jak wynika z Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Tekst mający znaczenie dla EOG) (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65; 02014L0024 — PL — 01.01.2018 —
002.001 — 1) kwestia ta została uregulowana w kilku, powiązanych ze sobą, przepisach.

Pierwszym z nich jest Artykuł 24 zatytułowany „Konflikty interesów" zgodnie z którym *Państwa członkowskie zapewniają podjęcie przez instytucje zamawiające odpowiednich środków, by skutecznie zapobiegać konfliktom interesów, a także rozpoznawać i likwidować je, gdy powstają w związku z prowadzeniem postępowań o udzielenie zamówień, by nie dopuścić do ewentualnego zakłócenia konkurencji i zapewnić równe traktowanie wszystkich wykonawców.*

Pojęcie konfliktu interesów obejmuje co najmniej każdą sytuację, w której członkowie personelu instytucji zamawiającej lub dostawcy usług w zakresie obsługi zamówień działającego w imieniu instytucji zamawiającej biorący udział w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia lub mogący wpłynąć na wynik tego postępowania mają, bezpośrednio lub pośrednio, interes finansowy, ekonomiczny lub inny interes osobisty, który postrzegać można jako zagrażający ich bezstronności i niezależności w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia.

Izba poddając analizę powyższą regulacją uznała, ze zawarta w niej definicja „Konfliktu interesów" jest bardzo pojemna, a nadto opiera się ona na pewnego rodzaju domniemaniu – a więc założeniu, że niemal każdy udział osób zaangażowanych w przygotowanie i prowadzenie postępowania po stronie wykonawcy jest zagrożeniem dla konkurencji, o ile istnieje jedynie przypuszczenie, że może to mieć wpływ na bezstronność takich osób i ich niezależność.

Kolejnym przepisem powiązanym z regulacjami związanymi z konfliktem interesów jest zawarty w ROZDZIALE II zatytułowanym „Przeprowadzenie postępowania" w S e k c j i 1 zatytułowanej „P r z y g o t o w a n i e" Artykuł 40 - Wstępne konsultacje rynkowe, który stanowi, że:

Przed rozpoczęciem postępowania o udzielenie zamówienia instytucje zamawiające mogą przeprowadzićkonsultacje rynkowe z zamiarem przygotowania zamówienia i poinformowania wykonawców o swoich planach i wymaganiach dotyczących zamówienia. W tym celu instytucje zamawiające mogą, np. szukać lub korzystać z doradztwa niezależnych ekspertów lub władz albo uczestników rynku. Doradztwo to może być wykorzystane przy planowaniu i przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia, pod warunkiem że tego rodzaju doradztwo nie powoduje zakłócenia konkurencji ani naruszenia zasad niedyskryminacji i przejrzystości.

Kolejnym przepisem związanym z wyżej wskazanymi jest Artykuł 41 – „Wcześniejsze zaangażowanie kandydatów lub oferentów" stanowiący, że:

Jeżeli kandydat, oferent lub przedsiębiorstwo powiązane z kandydatem lub oferentem doradzają instytucji zamawiającej – niezależnie od tego, czy odbywa się to w kontekście art. 40, czy nie – lub w inny sposób są zaangażowane w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, instytucja zamawiająca podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział danego kandydata lub oferenta nie zakłóca konkurencji.

Wspomniane środki obejmują przekazywanie pozostałym kandydatom lub oferentom istotnych informacji wymienianych w ramach lub w wyniku zaangażowania kandydata lub oferenta w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia oraz wyznaczanie odpowiednich terminów składania ofert. Danego 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.

Przed każdym takim wykluczeniem kandydaci lub oferenci muszą mieć możliwość udowodnienia, że ich zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie jest w stanie zakłócić konkurencji. Podjęte środki dokumentuje się w indywidualnym sprawozdaniu wymaganym zgodnie z art. 84.

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że przygotowanie dokumentacji projektowej stanowiącej opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu, gdzie przedmiotem jest realizacji robót budowlanych w oparciu o dołączoną przez podmiot zamawiający dokumentację projektową wpisują się w działania ujęte we wskazanym wyżej art. 40.
Jak wynika z normy ujętej w art. 41 pierwszym podmiotem zobligowanym do podjęcia działań przeciwdziałających naruszeniu konkurencji jest zamawiający, zaś wykluczenie wykonawcy jest ostatecznością i winno być poprzedzone postępowaniem gwarantującym prawo wykonawcy udowodnienia, że jego udział w postępowaniu nie doprowadzi do zakłócenia konkurencji.

Następnie w P o d s e k c j i 1 zatytułowanej „K r y t e r i a k w a l i f i k a c j i p o d m i o t o w e j" zawarty został Artykuł 57 – „Podstawy wykluczenia, którego ust. 4 stanowi, co następuje.
Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji:
e)jeżeli za pomocą mniej inwazyjnych środków nie można skutecznie zlikwidować konfliktu interesów w rozumieniu art. 24;
f)jeżeli zakłócenie konkurencji wynikające z wcześniejszego udziału wykonawców w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 41, nie może zostać wyeliminowane za pomocą mniej inwazyjnych środków.

Przepis ten reguluje dwie niezależne podstawy wykluczenia, jedną mająca swoje źródło w konflikcie interesów (a więc sytuacji kwalifikowanego udziału) oraz w samym udziale wykonawców w przygotowaniu postępowania, który to udział może lecz nie musi wiązać się z konfliktem interesów, choć wpływa on na konkurencję postępowania.
Regulacje powyższe znalazły w wyniku nowelizacji w związku z wejściem w życie z dniem 28.07.2016 r. nowelizacji zawartej w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy –
Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020) dokonującej implementacji do krajowego porządku prawnego dyrektyw 2014/24/UE oraz 2014/25/UE.

W związku z implementacją do krajowego porządku prawnego regulacji ww. dyrektywy w art.

24 ust. 2 skreślono pkt 1 i do art. 24 ust. 1 ustawy Pzp dodano pkt 19 mający następujące brzmienie:
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.
Poddając analizie powyższy przepis wskazać należy, że ujęta tam norma prawna swym zakresem dookreślającym sytuacje wpisujące się w jej hipotezę obejmuje nie tylko samych wykonawców, lecz również ich pracowników oraz inne osoby związane z wykonawcą umowami cywilnoprawnymi. Tym samym, tak jak w dyrektywie 2014/24/UE podstawą takich powiązań może być każda relacja wykonawcy z taką osobą.
Co do skutku udziału wykonawcy lub osób z nim powiązanych w przygotowaniu postępowania Izba w niniejszym składzie przychyla się do stanowiska prezentowanego przez Odwołującego. Wynika to z faktu, iż udział wykonawcy lub tych osób w przygotowaniu postępowania jest przez ustawodawcę traktowany każdorazowo jako zakłócenie konkurencji. Oznacza to, że jak wskazywał Odwołujący, mamy w tym przypadku do czynienia z funkcjonowaniem pewnego rodzaju domniemania, które zakłada, że każdy taki udział jest zakłóceniem konkurencji – niezależnie od jego wymiaru, zakresu, formy, czy też rodzaju. W ogóle ustawodawca nie wypowiada się w tym zakresie ograniczając konstrukcję hipotezy tej normy do samego faktu „*udziału w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia"* dwukrotnie używając tego zwrotu w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Udział ten jest zatem wystarczający do uznania, że do zakłócenia konkurencji doszło, gdyż takie założenie wynika wprost ze sposobu zredagowania treści art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Powyższe stanowisko wynika wprost z jednoznacznej wykładni literalnej tego przepisu, gdzie po hipotezie normy prawnej ujętej w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp następuje zwrot „*chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji"*, który jest zwrotem kategorycznym – a zatem przesądzającym o faktycznych konsekwencjach udziału wykonawcy, jego pracowników lub innych osób w przygotowaniu postępowania.

Analogiczna wykładnia wyłania się z analizy prawnoporównawczej poprzednio obowiązującego przepisu stanowiącego odpowiednik obecnego art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, tj. art. 24 ust. 2 pkt 1, który stanowił, że:
Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31a ust. 1, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji (…).

Obie normy zawierają całkowicie odmienne rozwiązanie konstrukcyjne związane z udziałem takiego wykonawcy w postępowaniu i samymi skutkami takiego udziału. W treści art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp Ustawodawca przyjął, że już sam udział takiego wykonawcy w przygotowaniu postępowania jest zakłóceniem konkurencji, w drugim przypadku (art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp) Ustawodawca udziału wykonawcy w przygotowaniu postępowania nie utożsamiał z zakłóceniem konkurencji, gdyż dopuszczał także możliwość udziału bez jej zakłócenia.

W ramach obecnie obowiązującego przepisu udział wykonawcy w postępowaniu jest zakłóceniem konkurencji, który powinien uprzednio, lub następczo zostać wyeliminowany przez dokonanie działań zaradczych – o której to kwestii Izba wypowie się w dalszej części uzasadnienia. W ramach poprzednio obowiązującej regulacji sam udział wykonawcy w postępowaniu był możliwy bez naruszenia konkurencji i nie wymagało to podejmowania jakichkolwiek dodatkowych działań, jeżeli z istniejących okoliczności prawnych i faktycznych wynikało, że konkurencja na tym nie ucierpi. Obecnie, za regulacjami dyrektywy 2014/24/UE, konieczne jest zapewnienie takich środków przez podmiot zamawiający (vide przywołany wyżej art. 24 i 41 dyrektywy 2014/24/UE) lub okoliczność podjęcia stosownych działań i w konsekwencji ich udziału w postępowaniu bez negatywnego wpływu na konkurencję muszą udowodnić sami wykonawcy (vide przywołany wyżej art. 41 dyrektywy 2014/24/UE). W ramach podsumowania sprowadzając mechanizmy ujęte w ww. dyrektywach i obecnie obowiązującej ustawie Pzp do jednej kwestii wskazać należy, że zawarte tam regulacje wyeliminowanie zakłócenia konkurencji spowodowanej udziałem wykonawcy w przygotowaniu postępowania utożsamiają z podjęciem adekwatnych działań zaradczych (wskazując także ich przykłady). Bez tych działań wyeliminowanie zakłócenia konkurencji nie jest możliwe.

Dlatego też przywołane przez Przystępującego i Zamawiającego orzecznictwo odnoszące się w przeważającej części do poprzedniego stanu Izba uznała za nieadekwatne do istniejącego stanu faktycznego i prawnego. Za nadal aktualny pogląd należy przyjąć brak automatyzmu w wykluczeniu wykonawcy, na co wskazała Izba m.in. w wyroku z dnia 19 października 2018 r. (sygn. akt KIO 2037/18) jednakże, ze względu na zmianę regulacji krajowej inaczej należy ocenić kwestię uznania, że doszło do zakłócenia konkurencji już na skutek udziału wykonawcy w przygotowaniu postępowania.

W tym miejscu Izba w niniejszym składzie za zasadne uznała przywołanie w szerszym zakresie wywodów Izby zawartych w orzeczeniu wydanym w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt KIO 2037/18 uznając je za własne:

Skład orzekający Izby podziela prezentowany w orzecznictwie pogląd, iż sam fakt brania udziału w przygotowaniu postępowania, który polegał na opracowaniu w ramach postepowania o udzielenie zamówienia dokumentacji projektowej, nie oznacza automatycznie zaistnienia przesłanki wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania (podkreślenie Izby)*, w którym Zamawiający udzielać będzie zamówienia na wykonanie robót budowlanych na podstawie tej dokumentacji (por. m.in. wyrok KIO z dnia 22 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 233/18, 234/18). Nie sposób zaprzeczyć, że wykonawca przygotowując postepowanie o udzielenie zamówienia, nabywa informacje o przedmiocie zamówienia, które na pewnym etapie nie są znane jeszcze innym potencjalnym uczestnikom postępowania, nie oznacza to jednak, że powstałego na tym tle zakłócenia konkurencji nie da się wyeliminować poprzez podjęcie w postępowaniu odpowiednich czynności.*

W ocenie Izby, mając na uwadze sankcyjny charakter przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 Ustawy Pzp i wynikające z niego dotkliwe dla wykonawcy konsekwencje w postaci wykluczenia z postępowania, zastosowanie tego przepisu wymaga zachowania przez Zamawiającego szczególnej ostrożności i nie może budzić wątpliwości. Wykluczenie wykonawcy biorącego udział w przygotowaniu postępowania traktować należy jako rozwiązanie ostateczne, które może mieć miejsce jedynie, kiedy spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób. Za taką właśnie interpretacją tego przepisu, zdaniem składu orzekającego, przemawia art. 57 ust. 4 lit. f i art. 41 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE.L Nr 94, str. 65, dalej jako „Dyrektywa klasyczna"). Zgodnie z treścią art. 57 ust. 4 lit. f Dyrektywy klasycznej „Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji: jeżeli zakłócenie konkurencji wynikające z wcześniejszego udziału wykonawców w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 41, nie może zostać wyeliminowane za pomocą mniej inwazyjnych środków." Z kolei w myśl art. 41 Dyrektywy klasycznej „Jeżeli kandydat, oferent lub przedsiębiorstwo powiązane z kandydatem lub oferentem doradzają instytucji zamawiającej - niezależnie od tego, czy odbywa się to w kontekście art. 40, czy nie - lub w inny sposób są zaangażowane w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, instytucja zamawiająca podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział danego kandydata lub oferenta nie zakłóca konkurencji. Wspomniane środki obejmują przekazywanie pozostałym kandydatom lub oferentom istotnych informacji wymienianych w ramach lub w wyniku zaangażowania kandydata lub oferenta w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia oraz wyznaczanie odpowiednich terminów składania ofert. Danego 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. Przed każdym takim wykluczeniem kandydaci lub oferenci muszą mieć możliwość udowodnienia, że ich zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie jest w stanie zakłócić konkurencji. Podjęte środki dokumentuje się w indywidualnym sprawozdaniu wymaganym zgodnie z art. 84." Wskazane przepisy wprost odnoszą się do konieczności przedsięwzięcia przez instytucję zamawiającą odpowiednich środków celem wyeliminowania zakłócenia konkurencji i wykluczenia oferenta z udziału w postępowaniu wyłącznie w przypadku, gdy nie ma innego sposobu, aby zapewnić zachowanie zasady równego traktowania wykonawców.

Z powyższego stanowiska, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie wynika, że doktryna i orzecznictwo uznawały, że udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania nie zawsze zakłóca konkurencję, lecz, że wykluczenie takiego wykonawcy należy traktować jako ostateczność i umożliwić mu wykazanie, że zakłócenie konkurencji zostało zniwelowane.

Wracając do kwestii domniemania ujętego w treści normy zawartej w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp można jednak założyć, jako wyjątek od zawartej tam zasady zakłócenia konkurencji ze względu na udział wykonawcy lub jego personelu w przygotowaniu postępowania, że do jego powstania nie dochodzi wówczas, gdy to podmiot zamawiający uprzednio dokonał działań niwelujących przewagę konkurencyjną takiego wykonawcy, czy to przez udostępnienie pozostałym wykonawcom określonych informacji, czy przez ustalenie adekwatnego terminu składania ofert, bądź też na skutek podjęcia innych czynności zaradczych. Wówczas zakłócenie to jest eliminowane już na etapie przygotowania postępowania (a więc następczo) przez samego zamawiającego, co jednocześnie zwalnia wykonawcę od konieczności samodzielnego podejmowania działań w tym zakresie.

Przechodząc w dalszej kolejności na kanwę istniejącego sporu należy ustalić, czy udział wykonawców Konsorcjum INTOP Warszawa Spółka z o.o. oraz MOSTOSTAL Kielce S.A., którzy w ramach wykazu personelu wskazali na udzia przy realizacji przedmiotu zamówienia personel w postaci m.in. osób p. P. S. oraz p. P. Ż., którzy brali udział przy sporządzeniu tzw. pierwotnej dokumentacji projektowej odnoszącej się do remontu Mostu Gdańskiego w Warszawie (był to fakt bezsporny – nie kwestionowany przez żadną ze Stron i Uczestnika postępowania) wymagał podjęcia przez ten podmiot działań mających na celu wyeliminowanie zakłócenia konkurencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 24 ust. 10 ustawy Pzp *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.*

Kolejnym przepisem, który odnosi się do kwestii wyeliminowania udziału wykonawcy w postępowaniu na zakłócenie konkurencji jest art. 31d stanowiący, że: *Jeżeli istnieje możliwość, że o udzielenie zamówienia będzie ubiegał się podmiot, który uczestniczył w przygotowaniu postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający zapewnia, że udział tego podmiotu w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom informacje, które uzyskał i przekazał podczas przygotowania postępowania oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.*

Poddając analizie zakres zarzutów zawartych w odwołaniu w zakresie argumentacji Odwołującego odnoszącej się do działań i zaniechań Zamawiającego i Przystępującego, w tym stanowiska, że dowody złożone przez tego ostatniego winny zostać złożone na wezwanie Zamawiającego i są one spóźnione Izba nie podzieliła w tym zakresie argumentacji Odwołującego.

W ocenie Izby zarówno przepisy Dyrektywy 2014/24/UE i w ślad za nimi art. 24 ust. 1 pkt 19 oraz powiązane z nim art. 24 ust. 10 i art. 31d ustawy Pzp nie precyzują, który podmiot jest wyłącznie odpowiedzialny za podjęcie działań przeciwdziałających zakłóceniu konkurencji, w przypadku udziału wykonawcy w postępowaniu biorącego wcześniej bezpośrednio lub pośrednio udział w jego przygotowaniu. W ocenie Izby w niniejszym składzie takie działania mogą zostać podjęte uprzednio przez samego zamawiającego (np. przez wskazywane w regulacjach Dyrektywy i przepisach krajowych przekazanie informacji oraz wyznaczenie odpowiedniego terminu na składanie ofert) lub następczo przez samego wykonawcę, który co prawda ma mniejsze możliwości niż zamawiający w tym zakresie i na którego dodatkowo nałożono obowiązek udowodnienia podjęcia takich działań lub, co istotne, udowodnienia, że jego udział nie zakłóci konkurencji (a więc, że istnieją obiektywne czynniki za tym przemawiające).

W ocenie Izby w niniejszym przypadku to Zamawiający podjął takie działania, które należy uznać za wystarczające dla zachowania konkurencji w postępowaniu. Działania te wpisują się w treść normy prawnej ujętej w art. 31d ustawy Pzp. Po pierwsze Zamawiający dokonał wyboru formuły *„zaprojektuj i wybuduj"* cedując na wykonawców w zasadzie

obowiązek sporządzenia od nowa dokumentacji projektowej (ściśle projektu wykonawczego) i realizacji robót budowlanych zgodnie z technologią narzuconą w ramach opisu przedmiotu zamówienia. Ten drugi aspekt jest w tym wypadku, pod względem swojej wagi dla oceny niniejszego stanu faktycznego, nie mniej istotny od wyboru formuły realizacji zamówienia. Narzucenie przez Zamawiającego sposobu realizacji zamówienia (wybór technologii koryta balastowego wraz z nawierzchnią kolejową na tłuczniu dla obiektu kolejowego Mostu Gdańskiego w Warszawie) przesądza o okolicznościach na które zwracał uwagę w toku rozprawy Zamawiający i Przystępujący. Powyższe znalazło m.in. swoje odzwierciedlenie na str. 31 PFU w akapicie 4, gdzie Zamawiający wskazał na konieczność przeprojektowania całego rozwiązania w związku ze zmianą technologii na koryto balastowe wraz z nawierzchnią torową na podkładach i podsypce tłuczniowej.

W tym zakresie Izba uwzględniła również dowód (załącznik nr 2 tom e rys. nr 14.1.12 do PFU) w postaci rysunku technicznego odwzorowującego różnice pomiędzy rozwiązaniem konstrukcyjnym pomiędzy rozwiązaniem opartym o mostownice (rycina lewa) i widocznym na prawym rysunku rozwiązaniem opartym o koryto balastowe, w tym widocznymi na nim różnicami obciążeń obu rozwiązań. Izba w tym zakresie uwzględniła również, uznając je za stanowisko własne Przystępującego, dokument w postaci opinii prof. dr hab. Inż. H. Z., w którym zawarto racjonalne, zdaniem Izby, argumenty, że pierwotna dokumentacja projektowa nie może być w całości wykorzystana przy realizacji przedsięwzięcia – ze względu na zmianę konstrukcji nawierzchni kolejowej z mostownic na koryto balastowe tłuczniowe wymagającą zmiany projektu wykonawczego w zakresie mostowym i torowym, w tym konieczności wykonania zupełnie nowej analizy modelowej ze względu na wymóg zaprojektowania nowej konstrukcji o większej nośności.

Dodatkowo Izba uwzględniła i oceniła dowód złożony przez Przystępującego w postaci dokumentacji fotograficznej prezentującej oba rozwiązania i związane z nimi charakterystyczne elementy konstrukcyjne.

Wykonawcom bowiem pozostawiono swobodny wybór obejmujący optymalizację dostarczonej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej lub opracowanie jej od podstaw (vide pkt 2.1. Opis przedmiotu zamówienia – Instrukcja Dla Wykonawców (dalej „IDW") – Tom I SIWZ oraz pkt 3.3.5. Programu Funkcjonalno-Użytkowego). W ramach opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał, że optymalizacja przekazanej dokumentacji projektowej może się odbyć na koszt i ryzyko wykonawcy (str. 5 IDW – Tom I).

Jak wyżej wskazano wykonawcom pozostawiono swobodę w wyborze sposobu realizacji przedsięwzięcia inwestycyjnego w ten sposób, że mogą oni bazować na dokumentacji opracowanej uprzednio (pierwotnie) dla Zamawiającego i dokonać na własne ryzyko i koszt jej optymalizacji licząc się z tym, że wszelkie zmiany będą oni musieli uzgadniać z projektantami dokumentacji pierwotnej lub opracować projekt od podstaw, co spowoduje, że dotychczasowa dokumentacja projektowa utraci swoje znaczenie – zaś, co niezwykle istotne w kontekście argumentacji Odwołującego, wówczas nadzór autorski będzie pełniony przez wykonawcę, który opracował od podstaw dokumentację projektową a nawet, w zakresie optymalizacji dokumentacji pierwotnej (pkt 2.5. PFU). W zakresie najistotniejszego elementu w postaci koryta balastowego oraz, jak wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, konieczności przeprojektowania jego odwodnienia wykonawcy będą zmuszeni wykonać w tym zakresie prace projektowe od podstaw. Jednak nawet jeżeli przyjmą oni niektóre elementy pierwotnej dokumentacji projektowej bez zmian nie doprowadzi to do żadnego konfliktu interesów, gdyż ewentualna zgoda jej autorów będzie konieczna tylko w przypadku optymalizacji – a więc zmiany już istniejącej dokumentacji.

Tym samym, w ocenie Izby, kwestia zgody na optymalizację i podnoszona przez Odwołującego kwestia nadzoru autorskiego może w ogóle nie wystąpić, nawet gdy zamówienie zostanie udzielone wykonawcy, który nie uczestniczył w przygotowaniu postępowania. Zdaniem Izby analiza ofert Przystępującego i Odwołującego nie pozwala na przyjęcie, że zawarte tam różnice cenowe mogą świadczyć o przewadze lub dyskryminacji jednego z wykonawców. W tym zakresie Izba podzieliła argumentację Zamawiającego zawartą w odpowiedzi na odwołanie (w tym analizę porównawczą cen zawartych o obu ofertach). Sama zaś problematyka nadzoru autorskiego jest elementem realizacji przedmiotu zamówienia i wystąpić może ona jedynie w przypadku wyboru oferty Przystępującego, zatem nie wpływa ona negatywnie na sytuację innych wykonawców. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane
(tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 1202 z późn. zm.) zakaz łączenia funkcji dotyczy osób pełniących funkcję kierownika budowy i inspektora nadzoru inwestorskiego.

Wracając do kwestii zgody wskazać należy, że zgoda na optymalizację może być przez innych wykonawców wyeliminowana w przypadku oparcia się w części na pierwotnej dokumentacji bez jej zmian i opracowaniu pozostałej

dokumentacji samodzielnie przez wykonawcę – co jak wynika z treści PFU powoduje przejście na niego obowiązków związanych z nadzorem. Jeżeli wykonawca opracuje projekt od podstaw kwestia nadzoru autorskiego, czy zgody na optymalizację w ogóle nie wystąpi.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała zatem, że Zamawiający podjął wystarczające działania zaradcze wpisujące się w treść art. 31d ustawy Pzp i ty samym zniwelował mogące powstać zakłócenie konkurencji w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp.

Wyjaśnienia z dnia 17.09.2018 r. oraz obowiązek dowodowy

Izba w niniejszym składzie podzieliła w całej rozciągłości stanowisko Przystępującego oraz co istotne, stanowisko Izby wyrażone w przywołanym przez Zamawiającego na rozprawie orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 października 2018 r. sygn. akt KIO 2037/18, że brak jest co do zasady możliwości wykazania okoliczności negatywnych przez wykonawcę w kontekście art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, gdyż tego rodzaju dowody mogą być przedstawione jedynie w przypadku określonych pozytywnych działań wykonawcy zmierzających do zniwelowania następstw zakłócenia konkurencji.

Jednakże, jak wyżej wskazano, działania podjęte uprzednio przez Zamawiającego doprowadziły do sytuacji, że wykonawca nie miał obowiązku podejmowania żadnych działań zaradczych i tym bardziej ich dowodzenia, zaś dowodzenie okoliczności, że działania podjęte uprzednio przez Zamawiającego doprowadziły do sytuacji, że do naruszenia konkurencji nie doszło, stanowiłyby *de facto* przeprowadzenie dowodów na okoliczności negatywne (fakty nie istniejące). Tym samym Izba za wystarczającą uznała zawartą w piśmie
Przystępującego z dnia 17.09.2018 r. argumentację odnosząca się do istniejącego stanu rzeczy.

Przystępujący w powyższym piśmie wskazał m.in., że: osoby te nie uczestniczyły w pracach związanych z przygotowaniem ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, że wykonawca dysponuje też innymi osobami o podobnych kwalifikacjach i doświadczeniu, jak również to, że samo opracowanie dokumentacji projektowej stanowi jedynie odzwierciedlenie wymagań Zamawiającego i osoby, które dokonują tego opracowania nie mają więc wpływu na zasadniczy kształt opisu przedmiotu zamówienia.

Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp

Powyższe ustalenia poczynione przez Izbę jak również dokonane przez Izbę wykładnia przepisów prawa krajowego i analiza przepisów dyrektywy 2104/24/UE pozwala na przyjęcie, że podjęte przez Zamawiającego działania mogły skłonić Przystępującego do uznania, że nie ma on obowiązku w formularzu JEDZ wskazania, że dysponuje on na podstawie umów cywilnoprawnych osobami p. P. S. oraz p. P. Ż..

Zdaniem Izby powyższe założenie można wywieść z treści pytania ujętego na str. 9 JEDZ w Części III sekcja C poz. 7, które swoim zakresem podmiotowym odnosi się do wykonawcy lub przedsiębiorstwa związanego z wykonawcą – nie zaś do personelu samego wykonawcy. Wszakże Przystępujący dla projektantów wskazał na dysponowanie bezpośrednie na podstawie umów cywilnoprawnych.
Dodatkowo wykonawca ten na wezwanie Zamawiającego przedstawił wykaz osób, które będą brały udział w realizacji przedmiotu zamówienia wskazując, że osoby te wchodzą w skład licznego zespołu projektowego. Oznacza to, że taka wiedza, co do Ich udziału po stronie wykonawcy, została Zamawiającemu przekazana i jak słusznie wskazywał Przystępujący, gdyby ich udział miał dać mu jakąkolwiek przewagę konkurencyjną współpraca ta nie zostałaby ujawniona na tym etapie postępowania. Zgodzić się również należy z Przystępującym, że zawarta w piśmie z dnia 17.09.2018 r. (zawierającym wyjaśnienia) propozycja wymiany tych osób, gdyby Zamawiający uznał, że wykonawca podlega jednak wykluczeniu, może być odczytana w ten sposób, że jest on w stanie wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie personelu przy pomocy innych osób, tj. że osoby te mogą, lecz nie muszą być ujęte w wykazie – a zatem ich dobrowolne wskazanie jest wyrazem transparentności działań wykonawcy w stosunku, zarówno do Zamawiającego, jak i innych uczestników postępowania.
Ich ewentualną „przychylność" w stosunku do Przystępującego, co wskazywał Odwołujący,

Izba poddała ocenie dopuszczając dowód z oferty Odwołującego z innego postępowania odnoszącego się *de facto* do tego samego obiektu (vide: dowód oferta w postępowaniu pn.:
„Likwidacja wąskich gardeł poprzez poprawę stanu technicznego obiektów inżynieryjnych „Poprawa bezpieczeństwa na kolejowym Moście Gdańskim w Warszawie" wraz z wykazem osób), gdyż w tym wypadku u podstaw zarzutów postawionych w treści odwołania leżały indywidualne relacje wykonawców z tymi osobami w kontekście naruszenia zasad zamówień publicznych, w tym ich równego traktowania oraz uczciwej konkurencji. Nie jest zatem prawdą, jak twierdził w toku rozprawy Odwołujący, że jego sytuacja podmiotowa (dosł.: „oferta") w tym wypadku nie powinna

podlegać ocenie, gdyż istotą leżącą u podstaw zarzutu z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp są właśnie relacje interpersonalne mogące wpływać, bądź w sposób dyskryminujący, bądź stanowiący uprzywilejowanie poszczególnych wykonawców. Stąd też Izba uznała, że w tych konkretnych okolicznościach, na skutek podjęcia przez Zamawiającego stosownych działań w oparciu o art. 31d ustawy Pzp, przy uwzględnieniu ujawnienia osób projektantów w złożonym wykazie personelu, jak również w wyniku oceny wyjaśnień z dnia 17.09.2018 r. brak jest podstaw do przypisania Przystępującemu działań obejmujących wprowadzenia w błąd Zamawiającego. Nie sposób bowiem uznać, że Zamawiający nie miał świadomości, że wykonawca posłużył się tymi osobami celem wykazania warunków udziału w postępowaniu oraz, że osoby te będą brały udział w realizacji przedmiotu zamówienia. Stąd też wykonawca umożliwił Zamawiającemu poddanie ocenie tej okoliczności, nawet przy założeniu, że wezwanie do złożenia wyjaśnień było wezwaniem wystosowanym z daleko posuniętej ostrożności i miało jedynie zagwarantować transparentność postępowania. Wszakże w ramach postępowania odwoławczego Izba ocenie poddaje czynności i zaniechania podmiotu zamawiającego mające miejsce na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – zatem w takim zakresie, odnosząc się do zarzutu z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, oceniła pozytywnie ujawnienie przez Zamawiającego wyjaśnień wykonawcy z dnia 17.09.2018 r.

Jednocześnie Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Zamawiający bowiem dysponował wiedzą o zamiarze wykorzystania projektantów, którzy sporządzili projekt pierwotny, w realizacji zamówienia – a zatem nie można mówić w tym wypadku o sytuacji, że pozostawał on w błędzie, co do istotnych okoliczności mogących mieć wpływ na przebieg postępowania. Dowodem dysponowania tymi informacjami było wystosowanie do Przystępującego wezwania opartego o treść art. 24 ust. 10 ustawy Pzp. Okoliczność ta miała miejsce jeszcze przed czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej, a więc Zamawiający dokonując tej ostatniej czynności posiadał pełną wiedzę w tym przedmiocie.

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

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) 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:

……

Członkowie:

……

……