

WYROK

z dnia 14 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Koniecz

Protokolant: Marta Sioma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2019 r. przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, BLEJKAN S.A. z siedzibą w Szczecinie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie, przy udziale przystępujących po stronie Zamawiającego:

1. wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, INSTAL Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie,,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 22a ust. 6 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności wezwania Odwołującego, w dniu 15 kwietnia 2019 r., do: zastąpienia podmiotu trzeciego (SWEKO Consulting sp. z o.o.) innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się Odwołującego do osobistego wykonania tej części zamówienia oraz wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.1.2 c) IDW;
 - 1.2. ponowną ocenę wyjaśnień Odwołującego z 11 marca 2019 r. w części dotyczącej udziału podmiotu trzeciego (SWEKO Consulting sp. z o.o.) w przygotowaniu postępowania;
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

(Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 765/19

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zadanie IV.2 Budowa kolektora Wiślanego - etap II”, 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 5 października 2018 r., pod nr 2018/S 192-434934.

15 kwietnia 2019 r. Zamawiający wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, BLEJKAN S.A. z siedzibą w Szczecinie („Odwołujący”) do udowodnienia, że udział dwóch osób ujętych w złożonym w Postępowaniu wykazie (W.G. i W.K.) nie zakłóci konkurencji oraz do zastąpienia podmiotu trzeciego - wykonawcy SWECO Consulting sp. z o.o. (dalej „Wykonawca S”) innym podmiotem lub zobowiązania się Odwołującego do osobistego wykonania powierzonych Wykonawcy S części zamówienia oraz do wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu z pkt 5.1.1.2.c) SIWZ

Odwołujący zaskarżył tą czynność odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) 23 kwietnia br., w którym sformułował zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 24 ust. 10 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp przez jego zastosowanie w wyniku błędnego uznania, że wskazane w ofercie Odwołującego osoby, tj. W.G. oraz W.K. brały udział w realizacji umowy dotyczącej „Opracowania dokumentacji geologiczno-inżynierskiej oraz uzgodnienie trasy kolektora Wiślanego na naradzie koordynacyjnej w sprawie uzgodnienia usytuowania projektowanej sieci uzbrojenia terenu”, na podstawie której został opracowany opis przedmiotu zamówienia w Postępowaniu;
2. art. 22a ust. 6 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 i 17 Pzp przez ich zastosowanie w wyniku błędnego uznania, że wobec podmiotu udostępniającego zasoby, tj. Wykonawcy S zachodzi podstawa wykluczenia o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp;
3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, w wyniku czego Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień oraz do uzupełnień.

Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wezwaniu Odwołującego do udowodnienia, że udział W.G. i W.K., którzy brali udział w przygotowaniu Postępowania, nie zakłócił konkurencji;
2. unieważnienia czynności polegającej na wezwaniu Odwołującego do zastąpienia Wykonawcy S innym podmiotem lub zobowiązania się do osobistego wykonania części zamówienia oraz wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.1.2 c) IDW.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Odwołujący złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która została sklasyfikowana na pierwszym miejscu

w rankingu ofert. W wyniku błędnej oceny przez Zamawiającego stanu faktycznego, tj. uznania, że:

1. W.G. i W.K. brali udział w przygotowaniu Postępowania oraz uznania, że doszło do zakłócenia konkurencji, które nie może być wyeliminowane w sposób inny niż przez wykluczenie Wykonawcy S z udziału w Postępowaniu, z uwagi na okoliczność, że podmiot ten, zgodnie z umową zawartą z Zamawiającym, dokonał aktualizacji Programu Funkcjonalno-Użytkowego („PFU”) m.in. w zakresie zadawanych przez wykonawców pytań oraz dokonał aktualizacji wartości szacunkowej przed wszczęciem Postępowania;
2. zarówno w stosunku do W.G. i W.K., jak i w stosunku do Wykonawcy S zachodzi podstawa wykluczenia o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp oraz mając na uwadze konsekwencje płynące z bezpodstawnego zastosowania zarówno art. 24 ust. 1 pkt 19, jak i art. 22a ust. 6 Pzp;

Odwolujący jest uprawniony do kwestionowania czynności Zamawiającego polegającej na skierowaniu wezwania z dnia 15.04.2019 r. do wyjaśnień oraz zmiany podmiotu trzeciego, gdyż w jej wyniku może zostać pozbawiony możliwości zawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Uzasadniając postawione zarzuty Odwołujący argumentował, jak niżej.

I. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 10 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp

Zgodnie z pkt 5.1.1.3 IDW o udzielenie zamówienia publicznego mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki udziału w Postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej (OSOBY), tj.:

„Wykonawcy, którzy skierują Zespół Kluczowych Specjalistów odpowiedzialnych za świadczenie usług, którzy będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, tj. pełnić następujące funkcje:

a) Ekspert nr 1 - Przedstawiciel Wykonawcy (1 osoba) - niniejsza osoba ma posiadać następujące doświadczenie i wykształcenie:

- posiadać wykształcenie wyższe techniczne lub wyższe ekonomiczne lub wyższe menadżerskie lub wyższe prawnicze,
- łącznie co najmniej 36 miesięcy doświadczenia w zarządzaniu kontraktami realizowanymi w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC lub równoważne poprzez pełnienie funkcji Przedstawiciela Wykonawcy lub kierownika zespołu Wykonawcy lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Rezydenta lub Kierownika Kontraktu reprezentującego Zamawiającego, w tym przy realizacji co najmniej 2 (dwóch) inwestycji o wartości umowy na roboty budowlane równej lub większej od kwoty stanowiącej równowartość każdej z tych inwestycji 100.000.000,00 zł (słownie: sto milionów złotych 00/100) bez podatku VAT.

Doświadczenie w pełnieniu ww. funkcji w ramach każdej ze wskazanych zgodnie z wymogiem powyżej inwestycji musi obejmować co najmniej okres następujących po sobie 12-miesięcy. Okresy realizacji ww. inwestycji mogą się pokrywać.

b) Ekspert nr 2 - Projektant branży sanitarnej (1 osoba) - niniejsza osoba ma posiadać następujące uprawnienia i doświadczenie:

- uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, wydane na podstawie obecnie obowiązujących przepisów prawa (lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia),
- łącznie co najmniej 36 miesięcy doświadczenia na stanowisku projektanta w branży sanitarnej, w tym wykonanie (samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego - osoba wymieniona co najmniej w treści projektu), projektu lub projektów budowlanych dla inwestycji obejmujących budowę metodą mikrotunelingu rurociągów, zlokalizowanych w granicach administracyjnych miasta, o średnicy wewnętrznej tych rurociągów wynoszącej co najmniej 1,60 m oraz ich łącznej długości wynoszącej co najmniej 2.000 m, z zastrzeżeniem, że na podstawie projektu/projektów uzyskano prawomocną decyzję o pozwoleniu na budowę dla tej/tych inwestycji.

c) Ekspert nr 3 - Projektant branży konstrukcyjno-budowlanej (1 osoba) - niniejsza osoba ma posiadać następujące uprawnienia i doświadczenie:

- uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, wydane na podstawie obecnie obowiązujących przepisów prawa (lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia),
- łącznie co najmniej 36 miesięcy doświadczenia na stanowisku projektanta w branży konstrukcyjno-budowlanej, w tym: wykonanie (samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego - osoba wymieniona co najmniej w treści projektu), projektu lub projektów budowlanych dla inwestycji obejmujących budowę metodą mikrotunelingu rurociągów, zlokalizowanych w granicach administracyjnych miasta, o średnicy wewnętrznej tych rurociągów wynoszącej co najmniej 1,60 m oraz ich łącznej długości wynoszącej co najmniej 2.000 m, z zastrzeżeniem, że na podstawie projektu/projektów uzyskano prawomocną decyzję o pozwoleniu na budowę dla tej/tych inwestycji.

d) Ekspert nr 4 - Projektant branży elektrycznej (1 osoba) - niniejsza osoba ma posiadać następujące uprawnienia i doświadczenie:

- uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń, wydane na podstawie obecnie obowiązujących przepisów (lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia),
- łącznie co najmniej 36 miesięcy doświadczenia (nabytego przed upływem terminu składania ofert) na stanowisku projektanta w branży elektrycznej, w tym wykonanie (samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego - osoba wymieniona co najmniej w treści projektu), jednego projektu budowlanego obejmującego branżę elektryczną dla budowy przepompowni ścieków lub oczyszczalni ścieków lub kolektora kanalizacyjnego, na podstawie którego uzyskano prawomocną decyzję o pozwoleniu na budowę dla tej inwestycji, o wartości usługi (umowy) związanej ze sporządzeniem wielobranżowego (kompletnego) wskazanego projektu budowlanego równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 1.000.000,00 zł bez podatku VAT.

e) Ekspert nr 5 - Projektant branży AKPiA (1 osoba) - niniejsza osoba ma posiadać co najmniej następujące wykształcenie i doświadczenie:

- posiadać wykształcenie wyższe techniczne w zakresie automatyki,
- łącznie co najmniej 36 miesięcy doświadczenia (nabytego przed upływem terminu składania ofert) na stanowisku projektanta w branży AKPiA, w tym wykonanie (samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego - osoba wymieniona co najmniej

w treści projektu), jednego projektu budowlanego obejmującego branżę AKPiA dla budowy przepompowni ścieków, oczyszczalni ścieków lub kolektora kanalizacyjnego, na podstawie którego uzyskano prawomocną decyzję o pozwoleniu na budowę dla tej inwestycji, o wartości usługi (umowy) związanej ze sporządzeniem wielobranżowego (kompletnego) wskazanego projektu budowlanego równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 1.000.000,00 zł bez podatku VAT.

f) Ekspert nr 6 - Kierownik Robót Sanitarnych (1 osoba) - niniejsza osoba ma posiadać następujące uprawnienia i doświadczenie:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociagowych i kanalizacyjnych, wydane na podstawie obecnie obowiązujących przepisów prawa (lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia),
- łącznie co najmniej 36 miesięcy doświadczenia zawodowego (nabytego przed upływem terminu składania ofert) polegającego na kierowaniu (tj. pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót), w tym przy kierowaniu realizacją jednej lub kilku inwestycji, obejmujących budowę metodą mikrotunelingu rurociągów, zlokalizowanych w granicach administracyjnych miasta, o średnicy wewnętrznej tych rurociągów wynoszącej co najmniej 1,60 m oraz ich łącznej długości wynoszącej co najmniej 2.000 m.

g) Ekspert nr 7 - Kierownik robót konstrukcyjno-budowlanych (1 osoba) - niniejsza osoba ma posiadać następujące uprawnienia i doświadczenie:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności

konstrukcyjno-budowlanej wydane na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów prawa (lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia),

- łącznie co najmniej 36 miesięcy doświadczenia zawodowego (nabytego przed upływem terminu składania ofert) polegającego na kierowaniu (tj. pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót), w tym przy kierowaniu realizacją jednej lub kilku inwestycji, obejmujących budowę metodą mikrotunelingu rurociągów, zlokalizowanych w granicach administracyjnych miasta, o średnicy wewnętrznej tych rurociągów wynoszącej co najmniej 1,60 m oraz ich łącznej długości wynoszącej co najmniej 2.000 m.

h) Ekspert nr 8 - Kierownik robót elektrycznych (1 osoba) - niniejsza osoba ma posiadać następujące uprawnienia i doświadczenie :

- uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych do kierowania robotami budowlanymi wydane na

podstawie obecnie obowiązujących przepisów prawa (lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia),

- łącznie co najmniej 36 miesięcy doświadczenia (nabytego przed upływem terminu składania ofert) polegającego na kierowaniu (tj. pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót), w tym przy kierowaniu realizacją co najmniej 1 inwestycji, w ramach której wykonano budowę przepompowni ścieków, oczyszczalni ścieków lub kolektora kanalizacyjnego, o wartości robót branży elektrycznej równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 1.000.000,00 zł (słownie: jeden milion złotych 00/100) bez podatku VAT.

i) Ekspert nr 9 - Kierownik robót automatyk (1 osoba) - niniejsza osoba ma posiadać następujące wykształcenie i doświadczenie:

- wykształcenie wyższe w zakresie automatyki;

- łącznie co najmniej 36 miesięcy doświadczenia zawodowego (nabytego przed upływem terminu składania ofert) polegającego na kierowaniu robotami związanymi z automatyką, w tym przy kierowaniu realizacją co najmniej 1 inwestycji, w ramach której wykonano budowę przepompowni ścieków, oczyszczalni ścieków lub kolektora kanalizacyjnego, o wartości robót branży AKPiA równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 1.000.000,00 zł (słownie: jeden milion złotych 00/100) bez podatku VAT.

j) Ekspert nr 10 - Kierownik robót drogowych (1 osoba) - niniejsza osoba ma posiadać następujące uprawnienia i doświadczenie:

- uprawnienia budowlane w specjalności inżynierskiej drogowej, do kierowania robotami budowlanymi wydane na podstawie obecnie obowiązujących przepisów prawa (lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia),

- łącznie co najmniej 36 miesięcy doświadczenia (nabytego przed upływem terminu składania ofert) polegającego na kierowaniu (tj. pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót), w tym przy kierowaniu realizacją co najmniej 1 inwestycji obejmującej budowę lub przebudowę drogi klasy GP lub G, o wartości umowy równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 2.000.000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych 00/100) bez podatku VAT.

k) Ekspert nr 11 - Kierownik budowy (1 osoba) - niniejsza osoba ma posiadać następujące uprawnienia i doświadczenie:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych,

wodociągowych i kanalizacyjnych lub konstrukcyjno-budowlanej, wydane na podstawie obecnie obowiązujących przepisów prawa (lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia),

- łącznie co najmniej 36 miesięcy doświadczenia zawodowego (nabytego przed upływem terminu składania ofert) polegającego na kierowaniu (tj. pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót), w tym przy kierowaniu realizacją jednej lub kilku inwestycji,

obejmujących budowę metodą mikrotunelingu rurociągów, zlokalizowanych w granicach administracyjnych miasta, o ich łącznej długości wynoszącej co najmniej 2.000 m".

W celu wykazania spełniania przez Odwołującego warunków określonych w pkt 5.1.1.3 b) i c) IDW, Odwołujący w załączniku nr 4 do oferty (opisie doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia) wskazał odpowiednio W.G. i W.K. W dniu 15.04.2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień na podstawie art. 24 ust. 10 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, z uwagi na fakt, że - według Zamawiającego - wymienione wyżej osoby brały udział w realizacji umowy dotyczącej „Opracowania dokumentacji geologiczno-inżynierskiej oraz uzgodnienie trasy kolektora Wiślanego na naradzie koordynacyjnej w sprawie uzgodnienia usytuowania projektowanej sieci uzbrojenia terenu”, na podstawie której opracowany został opis przedmiotu zamówienia w Postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, że nie na wiedzy, na jakiej podstawie Zamawiający wywodził, jakoby ww. osoby brały udział w realizacji przywołanej wyżej umowy, jednakże nie jest to prawdą. Prace zlecone na podstawie wspomnianej umowy nie były przez nie wykonywane, ich podpisy nie widnieją też na jakiegokolwiek dokumentacji opracowywanej w oparciu o tę umowę. Osoby te nie uczestniczyły również w przewidzianej umową naradzie koordynacyjnej w sprawie uzgodnienia usytuowania projektowanej sieci uzbrojenia terenu.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że zakłócenie konkurencji na etapie ubiegania się o zamówienie mogłoby mieć miejsce jedynie w sytuacji, gdy osoby biorące udział w przygotowaniu Postępowania i pracujące na rzecz Odwołującego będą brały udział w przygotowaniu jego oferty. Tylko uczestnictwo w przygotowaniu oferty może mieć bowiem jakikolwiek wpływ na konkurencję na takim etapie postępowania, jakim jest złożenie ofert i ich ocena przez Zamawiającego. Tym samym wpływu na konkurencję na etapie ubiegania się wykonawców o zamówienie nie może mieć zamiar danego wykonawcy wykorzystania danych osób na etapie realizacji tego zamówienia. Tymczasem Zamawiający zdaje się utożsamiać zamiar skorzystania z usług W.G. i W.K. w trakcie realizacji zamówienia z udziałem w przygotowywaniu oferty wykonawcy. Odwołujący jednoznacznie oświadcza, że ww. osoby nie brały udziału w przygotowaniu oferty Odwołującego, w szczególności w zakresie ceny.

Dodatkowo, na dowód twierdzeń zawartych powyżej Odwołujący wskazał na oświadczenia tych osób, przedstawione w załącznikach do odwołania, z których w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że nie brali oni udziału w wykonywaniu umowy dotyczącej „Opracowania dokumentacji geologiczno-inżynierskiej oraz uzgodnienie trasy kolektora Wiślanego na naradzie koordynacyjnej w sprawie uzgodnienia usytuowania projektowanej sieci uzbrojenia terenu” oraz w przygotowywaniu oferty Odwołującego. Jednakże wiedzę o braku udziału w wykonaniu ww. umowy winien posiadać sam Zamawiający, gdyż dysponuje on wszelkimi dokumentami, które powstały w związku z realizacją wskazanej wyżej umowy i które pozwalają na ustalenie, że nie brali faktycznie udziału w opracowywaniu dokumentacji, na podstawie której opracowany został opis przedmiotu zamówienia w Postępowaniu.

W tym stanie rzeczy, nie ma podstaw do twierdzeń, że zaistniała przesłanka określona w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, w związku z czym Zamawiający nie był uprawniony do skierowania wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 24 ust. 10 Pzp.

II. Zarzut naruszenia art. 22a ust. 6 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 i 17 Pzp

Zgodnie z punktem 5.1.1.2 c) IDW o udzielenie zamówienia publicznego mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej (DOŚWIADCZENIE ZAWODOWE):

„nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali projekt lub projekty budowlane dla inwestycji polegających na budowie metodą mikrotunelingu rurociągów, zlokalizowanych w granicach administracyjnych miasta, o średnicy wewnętrznej tych rurociągów wynoszącej co najmniej 1,60 m oraz o ich łącznej długości co najmniej 2.000 m, z zastrzeżeniem, że na podstawie projektu/projektów uzyskano prawomocną decyzję o pozwoleniu na budowę dla tej/tych inwestycji”.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku, Odwołujący wskazał usługę pn. „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla budowy kolektora Burakowskiego „BIS” K 3,0 m w ul. Marymonckiej na odcinku od ul. Żeromskiego do Trasy Mostu Północnego wraz z odcinkami kanałów łączących kolektor z istniejącą siecią kanalizacyjną na terenie m.st. Warszawy w Dzielnicy Bielany oraz komorami połączeniowymi projektowanego kolektora Burakowskiego „Bis” z istniejącym kolektorem Burakowskim”, zrealizowaną na rzecz Zamawiającego przez Wykonawcę S. Odwołujący przedstawił Zamawiającemu zobowiązanie Wykonawcy S do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia oraz dokument JEDZ dotyczący tego podmiotu.

W dniu 5 marca 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień, na podstawie art. 24 ust. 10 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp. W treści powyższego pisma

Zamawiający wskazał, że Wykonawca S, zgodnie z zawartą z Zamawiającym umową, dokonał aktualizacji Programu Funkcjonalno-Użytkowego m.in. w zakresie zadawanych przez wykonawców pytań i jest nadal związany umowami z Zamawiającym. Ponadto Zamawiający poinformował, że Wykonawca S przed wszczęciem Postępowania dokonał również aktualizacji wartości szacunkowej zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający wezwał Odwołującego do udowodnienia, że udział Wykonawcy S w przygotowaniu Postępowania nie zakłóci konkurencji.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący w piśmie z dnia 11 marca 2019 r. przedstawił szczegółowe uzasadnienie braku zakłócenia konkurencji w związku z udziałem Wykonawcy S w przygotowaniu Postępowania. Między innymi wskazał, że zakłócenie konkurencji na etapie ubiegania się o zamówienie może mieć miejsce jedynie w sytuacji, gdy osoby biorące udział w przygotowaniu postępowania i pracujące na rzecz wykonawcy biorą udział w przygotowaniu jego oferty. Tylko uczestnictwo w przygotowaniu oferty może mieć bowiem jakikolwiek wpływ na konkurencję na takim etapie postępowania, jakim jest złożenie ofert i ich ocena przez zamawiającego. Tym samym wpływu na konkurencję na etapie ubiegania się wykonawców o zamówienie nie może mieć zamiar danego wykonawcy do wykorzystania potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia na etapie realizacji tego zamówienia. Natomiast Wykonawca S nie brał udziału w przygotowaniu oferty Odwołującego, w szczególności w zakresie ceny, na potwierdzenie czego Odwołujący złożył oświadczenie tego podmiotu. Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę, że z informacji zawartej w wezwaniu do wyjaśnień zaangażowanie Wykonawcy S w przygotowanie Postępowania dotyczyło prac w zakresie aktualizacji programu funkcjonalno-użytkowego. Zgodnie z § 15 rozporządzenia

Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego program funkcjonalno-użytkowy służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych. W realizacji inwestycji typu „zaprojektuj i wybuduj” PFU nie może być utożsamiany z projektem budowlanym, a stanowi jedynie wstęp do jego opracowania przez wykonawcę. Celem programu funkcjonalno-użytkowego jest bowiem przedstawienie projektantowi założeń w zakresie wymiarów, wydajności, materiałów konstrukcyjnych, zabezpieczenia, trwałości obiektu itp. Dopiero przygotowanie projektu budowlanego przez wykonawcę pozwoli w sposób ostateczny i wiążący dookreślić wszystkie parametry techniczne planowanego obiektu i zweryfikować poprawność założeń przyjętych w programie funkcjonalno-użytkowym. Oznacza to, że niekiedy może powstać potrzeba dokonania korekty parametrów przyjętych w programie funkcjonalno-użytkowym. Odmienne bowiem, niż w przypadku robót budowlanych prowadzonych na podstawie projektu budowlanego, w zamówieniu realizowanym w modelu „zaprojektuj i wybuduj” to na wykonawcy ciąży odpowiedzialność względem Zamawiającego za osiągnięcie efektu końcowego w postaci wybudowania obiektu spełniającego wymogi zamawiającego opisane w programie funkcjonalno-użytkowym. Tym samym, zakres i specyfika PFU, jako tylko i wyłącznie założeń realizacyjno-koncepcyjnych, powoduje, że jego aktualizacja nawet przez Odwołującego (którym w tym przypadku nie jest przecież Wykonawca S) nie daje faktycznie żadnych przewag konkurencyjnych. Wskazane naruszenie konkurencji mogłyby potencjalnie zaistnieć np. przy modelu inwestycji dzielonej na odrębną projekt i odrębną budowę, kiedy to opracowanie przez Wykonawcę dokumentacji projektowej zdecydowanie może uprzywilejować jego pozycję na etapie ofertowym i następnie realizacyjnym. Na tle przedmiotowej sprawy należy zauważyć, że:

- model „zaprojektuj i wybuduj” faktycznie nie daje przewagi dla autora PFU na etapie ofertowym i wykonawczym;
- Odwołujący (ani żaden z poszczególnych członków konsorcjum) nie jest podmiotem uczestniczącym w procesie tworzenia PFU. Niezależnie od powyższego, sam Zamawiający dokonał czynności, które eliminują potencjalne zakłócenie konkurencji, tj. wyznaczył odpowiedni termin na złożenie ofert przez wykonawców (który wynosił 131 dni), który to termin był wystarczający, aby każdy wykonawca mógł wnikliwie zapoznać się z całością dokumentacji przetargowej, przeprowadzić drobiazgową analizę oraz ewentualnie wytworzyć lub pozyskać dodatkowe opracowania niezbędne do rzetelnego przygotowania oferty. Dlatego też ewentualna wcześniejsza znajomość poszczególnych elementów dokumentacji przetargowej nie mogła tworzyć potencjalnej przewagi konkurencyjnej. Również efekty czynności Wykonawcy S, które w wezwaniu do wyjaśnień wskazał Zamawiający, tj. aktualizacja Programu Funkcjonalno-Użytkowego m.in. w zakresie zadawanych przez wykonawców pytań były udostępniane wszystkim potencjalnym wykonawcom. W przedmiotowej sprawie Zamawiający udostępnił rzeczoną dokumentację wszystkim wykonawcom na jednakowych zasadach a żaden z wykonawców nie kwestionował jej treści i zakresu.

W dniu 15 kwietnia 2019 r. Odwołujący otrzymał wezwanie do zmiany podmiotu trzeciego, w którym Zamawiający bardzo lakonicznie wskazał, że Wykonawca S brał udział w przygotowaniu Postępowania i tym samym podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, w związku z czym Zamawiający zażądał zastąpienia go innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się Odwołującego do osobistego wykonania części zamówienia, którą realizować miał Wykonawca S oraz wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt. 5.1.1.2 c) IDW.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do wyjaśnień Odwołującego złożonych w dniu 11 marca 2019 r., w szczególności nie uzasadnił, dlaczego w jego ocenie Odwołujący nie udowodnił, że udział Wykonawcy S w przygotowaniu Postępowania nie zakłócił konkurencji. Z uwagi na szczególnie sankcyjny charakter przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp i dotkliwe konsekwencje w postaci wykluczenia z postępowania, jego zastosowanie wymaga szczególnej ostrożności i nie może budzić wątpliwości. Dlatego też Zamawiający nie jest uprawniony do żądania zmiany podmiotu trzeciego wyłącznie z uwagi na fakt, że podmiot ten brał udział w przygotowaniu Postępowania, a jedynie taka podstawa wskazana została w piśmie z dnia 15 kwietnia 2019 r. W korespondencji tej Zamawiający nie zawarł stanowiska ani w zakresie braku możliwości wyeliminowania rzekomego zakłócenia konkurencji w inny sposób niż wykluczenie Wykonawcy S z Postępowania ani też w zakresie pisma Odwołującego, w ramach którego Odwołujący udowodnił, że udział Wykonawcy S w jego przygotowaniu nie zakłócił konkurencji.

Dlatego też należy uznać, że czynność Zamawiającego polegająca na wezwaniu do zmiany podmiotu trzeciego była czynnością bezpodstawną, gdyż udział Wykonawcy S w przygotowaniu Postępowania w żaden sposób nie zakłócił konkurencji, co Odwołujący wykazał w piśmie z dnia 11 marca 2019 r.

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania wskazując, że zaistniały podstawy do podjęcia zakwestionowanych w odwołaniu czynności. Podkreślił, że ich zasadność wynika z faktu realizowania przez Wykonawcę S dwóch umów zawartych z Zamawiającym - umowy na opracowanie dokumentacji geologicznej (w której realizację zaangażowane były dwie sporne osoby, będące wówczas w dyspozycji Wykonawcy S) i na aktualizację PFU. Wskazał, że w następstwie wykonania przez Wykonawcę S zamówienia na opracowanie dokumentacji geologicznej, pojawiła się konieczność aktualizacji PFU, która została Wykonawcy S zlecona w trybie zamówienia z wolnej ręki, na dowód czego przedstawił uzasadnienie wyboru tego trybu (dowód Z1). Zamawiający stwierdził, że powyższe okoliczności potwierdzają, że udział Wykonawcy S w Postępowaniu powoduje zakłócenie konkurencji, którego nie można wyeliminować w inny sposób, niż przez żądanie zastąpienia Wykonawcy S innym podmiotem (względnie - zobowiązania się Odwołującego do osobistego wykonania części zamówienia) oraz wykazania spełniania warunku z pkt 5.1.1.2.c) IDW.

Zamawiający dodał, że Odwołujący nie zakwestionował czynności wezwania go, w trybie art. 24 ust. 10 Pzp, do udowodnienia, że udział Wykonawcy S nie zakłóci konkurencji w Postępowaniu, co więcej - w odpowiedzi na kwestionowane w odwołaniu wezwanie - zastąpił Wykonawcę S innym podmiotem. Z powyższego Zamawiający wywodził, że Odwołujący nie legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania.

Z kolei w odniesieniu do W.G. i W.K. (osób, które - zdaniem Zamawiającego - brały udział w przygotowaniu dokumentacji geologiczno-inżynierskiej) Zamawiający stwierdził, że wprawdzie udostępnił tę dokumentację uczestnikom Postępowania, jednak nie zmienia to faktu, że ww. osoby uczestniczyły w przygotowaniu Postępowania.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienia zgłosili:

1. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Wykonawca B”);
2. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, INSTAL Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Konsorcjum I”);

wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba, wobec spełniania przez zgłoszone przystąpienia przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępujących po stronie Zamawiającego.

Wykonawca B, w piśmie procesowym z 13 maja 2019 r., przedstawił następującą argumentację uzasadniającą ten wniosek.

Zamawiający zgodnie z ustawą wezwał Odwołującego do zmiany podmiotu trzeciego

użyczającego mu potencjał w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, tj. Wykonawcy S, wobec ziszczenia się przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt. 19 Pzp, korzystając z dyspozycji art. 22a ust. 6 Pzp oraz dokonując uprzedniego wymaganego wezwania z art. 24 ust. 10 Pzp. Ponadto, mając podstawy, że osoby wymienione w wykazie osób w ofercie Odwołującego tj. W.G. i W.K. brały udział w przygotowaniu Postępowania, Zamawiający ma wręcz konieczność wyczerpania procedury z art. 24 ust. 10 Pzp. Tym samym Zamawiający nie uchybił żadnemu przepisowi Pzp, dokonał niezbędnych i wymaganych prawem czynności, które wprost zmierzają do zachowania zasady uczciwej konkurencji w Postępowaniu.

Po pierwsze, Zamawiający - kierując właściwe wezwania - miał na uwadze dyspozycję przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp. Każdorazowo decyzję o wykluczeniu wykonawcy, a także podwykonawcy (zwłaszcza jeżeli jest podmiotem użyczającym potencjał) Zamawiający podejmuje po uprzednim złożeniu wyjaśnień w trybie art. 24 ust 10 Pzp. Brak wezwań lub wykluczenie bez dania szansy wykonawcy na złożenie wyjaśnień byłoby obarczone błędem. Z pewnością błędnego działania nie sposób przypisać czynnościom należytego wyjaśnienia relacji, które podjął Zamawiający i które kwestionuje teraz Odwołujący.

Jak komentują eksperci, aby doszło do wykluczenia z powodu zaangażowania w przygotowaniu postępowania, zamawiający powinien wziąć pod uwagę, czy wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania dała przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co ma on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiada informacje dodatkowe o okolicznościach związanych realizacją zamówienia. Dla ustalenia wystąpienia naruszenia konkurencji istotne znaczenie ma zakres informacji pozyskanych przez wykonawcę, a także stopień trudności przygotowania oferty. Ocena, czy doszło do uprzywilejowania wykonawcy korzystającego przy sporządzaniu oferty z wiedzy osób uczestniczących w czynnościach na etapie przygotowania postępowania, zależy od okoliczności konkretnej sprawy. Jeżeli wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania dała przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co miał on możliwości przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiadał informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia, przez co miał możliwość głębszej analizy inwestycji, udział wykonawcy będzie mógł być oceniony jako naruszający zasady uczciwej konkurencji. Nie bez znaczenia dla ustalenia wystąpienia naruszenia konkurencji pozostaje zakres informacji pozyskanych przez wykonawcę, jak również stopień trudności przygotowania oferty.

Skoro przesłanki wykluczenia wykonawców na podstawie art. 22a ust. 3 w zw. z art. 25a ust. 3 Pzp stosuje się analogicznie do podmiotów/podwykonawców użyczających potencjał, to tym samym uprzywilejowanie pozycji oraz posiadanie informacji dodatkowych burzących równowagę konkurencyjną powinno być badane, także w odniesieniu do tych podmiotów/podwykonawców. Oczywistym jest, że skoro podmiot trzeci ma większą wiedzę niż każdy inny podmiot biorący udział w Postępowaniu, w tym wykonawcy, to użyczenie przez niego potencjału i realizacja części zamówienia daje wykonawcy korzystającego z takiego podmiotu przewagę w sposobie wyceny oferty i realizacji zamówienia, ograniczając ryzyka kontraktowe. Ponieważ w zamówieniach na roboty czy usługi podmiot użyczający potencjał bierze udział w realizacji części zamówienia, to tym samym pośrednio, wywiera wpływ na kształt i cenę oferty wykonawcy, a następnie na sposób realizacji zamówienia. Dzięki jego „nadzwyczajnej” wiedzy dochodzi do naruszenia konkurencji już na etapie przygotowywania oferty w postaci korzystniejszej wyceny kosztów i ryzyka i trwa przez cały okres realizacji zamówienia.

Nie można jednak sprowadzać przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp jedynie do wpływu na kształtowanie ceny oferty wykonawcy, bowiem przy konstrukcji korzystania z potencjału podmiotu trzeciego nie dochodzi do wspólnego złożenia oferty, a następnie zawarcia umowy przez Zamawiającego z takim podmiotem. Skoro wolą ustawodawcy było wykluczanie podmiotów trzecich na podstawie tych samych przesłanek, co wykonawców, to sprowadzanie ich wyłącznie do wpływu na wycenę oferty oznaczałoby martwość przepisów wobec braku możliwości wykazania, czy udowodnienia takiego faktu. Z całą jednak stanowczością udział w realizacji zamówienia podmiotu trzeciego, który będzie realizował istotną część przedmiotu zamówienia, kształtuje cenę oferty wykonawcy i rzutuje na jego pozycję w zamówieniu, także na etapie realizacji ograniczając znacząco ryzyka kontraktowe po stronie wykonawcy.

Szczególnie wyraźny wpływ ma miejsce przedmiotowej sprawie, co można wnioskować z oferty cenowej złożonej przez Wykonawcę S Wykonawcy B przed wszczęciem Postępowania, a która to oferta nie została przyjęta przez Wykonawcę B właśnie przez ewidentne podstawy do wykluczenia tego podmiotu. Z oferty cenowej wynika, że podmiot ten ma bardzo dużą wiedzę co do przedmiotu zamówienia i zakresu możliwych zmian. Dodatkowo, co jest znamienne, kształtuje cenę swojej oferty jako procent wynagrodzenia wykonawcy z kontraktu. Oznacza to, że Wykonawca S wpływał na wycenę udziału prac projektowych w ofercie Odwołującego, bowiem żaden racjonalny przedsiębiorca nie zgodziłby się na zapłatę procentu od bliżej nieokreślonej sumy.

Dowód: oferta jw. - dowód B1.

Powyższe twierdzenia i dowody są wystarczające do uprawdopodobnienia wystąpienia naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równych szans wykonawców w Postępowaniu, bez konieczności dalszego dowodzenia.

Reasumując, ziściły się przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp w stosunku do Wykonawcy S i nie ma innej możliwości wyeliminowania zakłócenia konkurencji, niż przez wykluczenie tego podmiotu z Postępowania. Zamawiający ma prawo badać przesłankę wykluczenia z pkt 19 w odniesieniu do wykonawcy (z powodu udziału osób zaangażowanych w przygotowanie Postępowania, co czyni w kwestionowanym przez Odwołującego wezwaniu), jak i w odniesieniu do podmiotu trzeciego, którego potencjałem posługuje się Odwołujący (tj. Wykonawcy S, które to wezwanie nie było kwestionowane, Odwołujący potwierdzając prawidłowość wezwania złożył wyjaśnienia, a Zamawiający ocenił wyjaśnienia Odwołującego za niewystarczające).

I. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 10 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp

Zgodnie z pkt 5.1.1.3 SIWZ o udzielenie zamówienia publicznego mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej (OSOBY) szczegółowo opisane w treści SIWZ. Zamawiający słusznie uznał, że osoby wskazane w ofercie Odwołującego naspełnienie warunków z pkt. 5.1.1.3. b i 5.1.1.3.c SIWZ, tj. W.G. i W.K. brały uprzednio udział w realizacji umowy z dnia 11 lipca 2017 r., nr 744/US/PW/PZP-DRZ-WRI/U/17 dotyczącej postępowania pn. „Opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej oraz uzgodnienie trasy kolektora Wiślanego na naradzie koordynacyjnej w sprawie uzgodnienia usytuowania projektowanej sieci uzbrojenia terenu” (dalej jako „Postępowanie na dokumentację”), na podstawie której opracowany został Program Funkcjonalno-Użytkowy dla Postępowania.

Dowód: Wykaz osób złożony z ofertą Odwołującego -dowód B2;

Wykaz osób złożony przez Wykonawcę S w „Postępowaniu na dokumentację”
- dowód B3.

Przedmiotowy stan sprawy spowodował, że w „Postępowaniu na dokumentację” wskazany w ofercie Wykonawcy S Ekspert nr 2 - Projektant branży wodociągowo-kanalizacyjnej, tj. W.G., został również wskazany w ofercie Odwołującego w tej sprawie, również jako ekspert nr 2 - Projektant branży wodociągowo-kanalizacyjnej. Analogicznie przedstawia się sytuacja w zakresie Eksperta nr 3 - projektanta branży konstrukcyjnej, gdzie W.K., została również wskazana w obu postępowaniach. Zaistniały stan faktyczny - z jednej strony - skutkuje zachwianiem konkurencyjności między uczestnikami Postępowania, z drugiej strony - wywołuje konflikt interesów na linii Zamawiający - Wykonawca S względem umowy na nr 744/US/PW/PZP-DRZ-WRI/U/17 oraz na linii Zamawiający - Odwołujący w Postępowaniu.

W związku z faktem, że przedmiotem zamówienia w tej sprawie jest zaprojektowanie i wykonanie określonych robót budowlanych, to zgodnie z art. 31 ust. 2 Pzp, opisu przedmiotu zamówienia dokonuje się za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Oznacza to, że osoby przygotowujące opis przedmiotu zamówienia są także osobami, które brały udział w jego przygotowaniu. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp Zamawiający wyklucza z postępowania 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. Podstawą omawianej przesłanki jest założenie, że udział podmiotów, które nabyły w trakcie przygotowania postępowania wiedzę dotyczącą jego szczegółów, stawia je w uprzywilejowanej sytuacji.

Zdaniem Wykonawcy B znamienne jest, że Wykonawca S, w ramach umowy zawartej w „Postępowaniu na dokumentację”, wykonuje szereg czynności, począwszy od przygotowania dokumentacji stanowiącej część obecnego PFU, obowiązek aktualizacji, korekt i optymalizacji rozwiązań przyjętych w dokumentacji a także pełnienie funkcji konsultanta na etapie projektowania oraz realizacji robót. Oznacza to że podmiot ten brał udział na etapie przygotowania Postępowania, a także weźmie udział na etapie jego realizacji, czego nie można wyeliminować w inny sposób niż wykluczenie tego podmiotu.

Wskazać również należy, że terminy realizacji poszczególnych etapów zamówienia w ramach „Postępowania na dokumentację” zostały określone w samej umowie:

„Strony ustalają następujące terminy realizacji przez Wykonawcę przedmiotu umowy (zwanego łącznie także „pracami”):

- 1) Etap I zostanie wykonany w terminie 9 miesięcy od zawarcia umowy,
- 2) Etap II zostanie wykonany w terminie 12 miesięcy od zawarcia umowy,
- 3) Etap III, tj. pełnienie funkcji konsultanta, zakończy się w terminie odbioru końcowego robót (tj. podpisania Świadectwa Wykonania przez strony umowy na wykonanie robót W zakresie budowy kolektora Wiślanego)“.

Dowód: Umowa (dowód B6) i OPZ (dowód B4) z postępowania na „Opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej oraz uzgodnienie trasy kolektora Wiślanego na naradzie koordynacyjnej w sprawie uzgodnienia usytuowania projektowanej sieci uzbrojenia terenu” (vide § 2 ust 1, str. 2 projektu umowy)

Do wykonywania powyższych czynności w ramach „Postępowania na dokumentację” Zamawiający wymagał zaangażowania Zespołu Kluczowych Specjalistów wymienionych w wykazie osób składanym do oferty. Osoby wskazane w tym wykazie zgodnie z wymogiem SIWZ i ogłoszenia miały być skierowane do realizacji zamówienia, (pkt 6.1.4. SIWZ: „W celu potwierdzenia spełnienia warunku, o którym mowa w pkt. 51.. 1.3 [Wykonawca miał złożyć - przyp. Wykonawcy B] wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi”). Wykonawca S złożył wykaz wskazując jako kluczowych specjalistów skierowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia:

- a) Ekspert nr 1 - Kierownik Zespołu - Projektant branży wodociągowo-kanalizacyjnej: S.M.;
- b) Ekspert nr 2 - Projektant branży wodociągowo-kanalizacyjnej (1 osoba): W.G.;
- c) Ekspert nr 3 - Projektant branży konstrukcyjnej (1 osoba): W.K.

Dowód: wykaz osób stanowiący dowód B3;

fragment SIWZ z „Postępowania na dokumentację” w zakresie warunków udziału w zakresie osób - dowód B5.

Na mocy zawartej umowy dotyczącej „Postępowania na dokumentację” (tj. § 8 ust. 10 oraz § 7) wykonawca miał skierować poza Zespołem Kluczowych Specjalistów również osoby odpowiedzialne za nadzór nad realizacją umowy oraz osoby do kontaktu. W przypadku tych osób Zamawiający zastrzegł, że ich zmiana nie jest zmianą umowy i nie wymaga aneksu do umowy.

Dowód: umowa stanowiąca dowód B6.

W żaden sposób takiego postanowienia nie da się przenieść na Zespół Kluczowych Specjalistów, którzy jak wynika z całokształtu dokumentacji „Postępowania na dokumentację” nie podlegali wymianie, a co najwyżej ich zmiana mogła być rozpatrywana na gruncie ustawy Pzp. Umowa z jednej strony przewidywała zaangażowanie Kluczowych Specjalistów (vide § 8 ust. 10), z drugiej - w postanowieniach co do zmiany umowy nie przewidywała zmiany tego zespołu. Abstrahując już od brzmienia przepisu art. 144 Pzp w chwili zawierania tamtej umowy i samej możliwości zmiany umowy zamówieniowej w tym zakresie, każda zmiana istotna wymagała wprowadzenia jej aneksem do umowy. Zmiany kluczowego Personelu wykonawcy wobec braku odmiennych zapisów musiały być pod rygorem nieważności wprowadzone pisemnym aneksem, bowiem nie sposób uznać ich za zmiany nieistotne umowy w rozumieniu przepisów Pzp. Zmiana jest istotna kiedy modyfikuje essentialia negotii oferty wykonawcy, a taką treścią był złożony wykaz osób. Jak wynika z informacji uzyskanych od Zamawiającego do umowy nr 744/US/PW/PZP-DRZ/VR1/U/17 zostały wprowadzone dwa aneksy obejmujące przede wszystkim zmianę terminów realizacji tej umowy, a żaden dotyczący zmiany Kluczowego Personelu Wykonawcy.

Dowód: umowa jw. - dowód B6;

aneksy do umowy jw. z dnia 11.04.2018 r. oraz z dnia 11.09.2018 r. - dowody B6.1.

Powyższe przesądza o tym, że oświadczenia osób W.G. i W.K., załączone do

odwołania, jakoby nie brali oni udziału w realizacji umowy nr 744/US/PW/PZP-DRZWR1/U/17 są nieprawdziwe. Gdyby osoby te nie zostały skierowane do realizacji zawartej umowy doszłoby do nieprawidłowości wykonywania umowy na opracowanie dokumentacji i konieczności nałożenia sankcji z tego tytułu. Od strony formalnoprawnej osoby te wykonują i są nadal zobowiązane wykonywać umowę nr 744/US/PW/PZP-DRZ-WR1/U/17. Nie sposób też wykluczyć, że osoby te nie będą wykonywać dalszych czynności nadzorczych i konsultacyjnych w związku, że stanowią Zespół Kluczowych Specjalistów aż do zakończenia robót (odbiorów końcowych) związanych z budową kolektora wiślanego. Ponadto, złożone przez Odwołującego oświadczenia osób nie obejmują umowy na aktualizację Programu Funkcjonalno-Użytkowego. Ponieważ aktualizacja odbyła się w ramach „Postępowania na dokumentację” na podstawie odrębnej umowy nr 586/US/PW/PZP-DRZ-WR1/U/18 z dnia 13 czerwca 2016 r., to powinno dojść do zaangażowania tego samego Zespołu Kluczowych Specjalistów.

Dowód: oświadczenie Zamawiającego z dnia 9 maja 2019 r. - dowód B7;

Umowa nr 586/US/PW/PZP-DRZ-WR1/U/18 z dnia 13 czerwca 2016 r.
pomiedzy Zamawiającym a Wykonawcą S na Aktualizację
Programu Funkcjonalno-Użytkowego dla budowy Kolektora Wiślanego -
dowód B8.

Powyższe okoliczności jednoznacznie wskazują na istnienie uzasadnionych podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 19 Pzp, w związku czym Zamawiający wystosował poprzedzające wezwanie z art. 24 ust. 10 Pzp w zakresie osób uczestniczących w przygotowaniu Postępowania i nie sposób z tego czynić zarzutu Zamawiającemu.

II. Zarzut naruszenia art. 22a ust. 6 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 19 i 17 Pzp

W tej sprawie wpływ Wykonawcy S na sposób przygotowania Postępowania, a także prowadzenia jest na tyle rozległy i znaczący, że wszelkie próby zbagatelizowania wpływu na konkurencję lub przywrócenia równowagi przez Zamawiającego nie będzie niemożliwe. Wiąże się to z zaangażowaniem Wykonawcy S m.in. w:

1. opracowanie kompletnej dokumentacji geologiczno-inżynierską dla kolektora Wiślanego stanowiącą podstawę do stworzenia PFU do Postępowania;
2. dokonanie uzgodnienia trasy kolektora Wiślanego;
3. pełnienie funkcji konsultanta na etapie projektowania oraz realizacji robót budowlanych w zakresie wykonania kolektora Wiślanego, w tym m.in.:
 - a) świadczenie doradztwa na rzecz Zamawiającego na etapie przygotowywania Programu Funkcjonalno-Użytkowego, projektowania oraz realizacji robót budowlanych w zakresie ewentualnych zmian do uzgodnionej i zatwierdzonej rasy kolektora Wiślanego oraz w zakresie wyjaśnień dot. dokumentacji geologiczno-inżynierskiej;
 - b) odpowiedzialność za uzupełnienia w uzgodnieniu z Zamawiającym i wnoszenie zmian do SIWZ dot. projektowania i budowy kolektora Wiślanego zgodnie z przyjętymi uzgodnieniami i opracowywanymi w ramach niniejszego zlecenia dokumentami;
 - c) ustalanie z Zamawiającym i wykonawcą robót możliwości wprowadzania rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w uzgodnionej trasie kolektora Wiślanego;
 - d) uczestniczenie w naradach technicznych organizowanych przez Zamawiającego (na każde żądanie Zamawiającego w terminach z nim uzgodnionych);
 - e) doradzanie w innych sprawach dotyczących przedmiotu umowy;
4. aktualizacja Programu Funkcjonalno-Użytkowego dla budowy Kolektora Wiślanego na potrzeby Postępowania;
5. uzupełnienia w uzgodnieniu z Zamawiającym i wnoszenie zmian do SIWZ dot. projektowania i budowy kolektora Wiślanego na etapie po wszczęciu postępowania (na wszystkich etapach, w tym na aktualnym Etapie III);
6. ustalania z Zamawiającym i wykonawcą robót możliwości wprowadzania rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w uzgodnionej trasie kolektora Wiślanego;

7. aktualizacji wartości inwestycji;

8. prowadzenia konsultacji z Zamawiającym w zakresie dotyczącym udzielania wyjaśnień w trybie art. 38 ust. 1 ustawy PZP na etapie postępowania przetargowego.

Dowód: umowa i aneksy stanowiące dowody B6 i B6.1;

Umowa stanowiąca dowód B8.

Najistotniejszym w przedmiotowej sprawie pozostaje fakt, że Wykonawca S jest związany umową z Zamawiającym, co oznacza, że podmiot ten wykonywał, wykonuje i nadal będzie wykonywał czynności w Postępowaniu po stronie Zamawiającego, a jednocześnie występuje i zobowiązuje się zrealizować zamówienie wraz z Odwołującym. Ponieważ Wykonawca S aktywnie uczestniczy na obecnym etapie Postępowania, zarówno po stronie Zamawiającego (dokonywanie modyfikacji SIWZ, aktualizacja PFU, pełnienie funkcji konsultanta), jak i po stronie Odwołującego (podmiot użyczający potencjał, a tym samym wykonujący część przedmiotu zamówienia w zakresie dokumentacji projektowej), to wyeliminowanie zachwiania konkurencji w inny sposób, niż przez wykluczenie podmiotu Wykonawcy S z Postępowania nie jest możliwe.

Znamienny będzie również etap realizacji inwestycji, bowiem zgodnie z zawartą Umową z dnia 11 lipca 2017 r. na opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej oraz uzgodnienie trasy kolektora Wiślanego. Wykonawca S ma pełnić po stronie Zamawiającego funkcję konsultanta do odbioru końcowego robót w zakresie budowy kolektora Wiślanego (co obejmuje obecny Etap II inwestycji a także przyszły Etap III). Tym samym, udział tego podmiotu będzie podwójny i spowoduje, że z jednej strony zrealizuje część robót za Wykonawcę, a jednocześnie będzie nadzorować i oceniać prawidłowość swoich prac po stronie Zamawiającego. Taką kuriozalną wręcz sytuację, całkowicie sprzeczną z zasadami konkurencyjności można wyeliminować tylko przez wykluczenie tego podmiotu z obecnego Postępowania, zważywszy, że umowa Wykonawcy S z Zamawiającym trwa nadal.

1. Przewaga w sposobie realizacji zamówienia i wycenie oferty Odwołującego spowodowana znacznie większą znajomością przedmiotu zamówienia

Odwołujący w treści odwołania nie trafnie wskazuje, że udział Wykonawcy S nie narusza zasad uczciwej konkurencji, bowiem niezależnie od jego udziału w opracowaniu opisu przedmiotu zamówienia, wszyscy uczestnicy tego Postępowania mieli taki sam dostęp do wiedzy i dokumentów przetargowych. Pogląd taki jest niezgodny z prawdą i stanem faktycznym.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że inwestycja w zakresie budowy kolektora Wiślanego została podzielona na trzy etapy, a każdy z wydzielonych etapów jest przedmiotem odrębnego postępowania przetargowego. Potwierdzenie powyższego zawarte jest w samej treści SIWZ Postępowania gdzie w pkt 3.1 zostało określone, że „Przedmiotem zamówienia jest: Zadanie IV.2 Budowa kolektora Wiślanego - etap II. Szczegółowa informacja o wydzieleniu poszczególnych etapów inwestycji zawarta została w PFU Tom I pkt 1 (Informacje ogólne o inwestycji) przez wskazanie:

„Realizacja inwestycji podzielona będzie na trzy etapy obejmujące odcinki:

1. Od przepompowni Powiśle do burzowca Wenedów (bez komory) o długości około 2 km i średnicy DN800-DN1200 - ETAP 1;
2. Od komory połączeniowej z burzowcem Wenedów do komory połączeniowej z kolektorem Bielańskim (z komorami) o długości około 5,5 km i średnicy DN 3,2 m - ETAP II (będący przedmiotem niniejszego PFU);
3. Od komory połączeniowej z kolektorem Bielańskim do Zakładu „Farysa” wraz z przepompownią o długości 1,2 km i średnicy DN 3,2 m oraz przewodów tłocznych 2x DN1000 mm o długości około 0,4 km - ETAP III”.

Zamawiający nie wskazuje kolejności, w jakiej będą realizowane poszczególne etapy inwestycji uzależnione jest to od uwarunkowań zewnętrznych i etapy mogą być realizowane równolegle lub w dowolnej kolejności.

Dowód: Część III SIWZ - Program Funkcjonalno-Użytkowy (PFU), Tom I - „Opis ogólny przedmiotu zamówienia” i II - „Opis wymagań Zamawiającego w stosunku do przedmiotu Zamówienia w Postępowaniu - dowód B9 (str. 7).

Przedmiotowe Postępowanie dotyczy wyłącznie jednego z wskazanych powyżej etapów - Etapu II. Podmioty ubiegające się o uzyskanie zamówienia publicznego otrzymały w ramach Postępowania od Zamawiającego wyłącznie zakres informacji, w tym dokumentację składającą się na PFU dotyczącą zakresu rzeczowego etapu. Jednocześnie koniecznym jest podkreślenie, że na opracowanie oferty, w tym kalkulację ceny oferty istotny wpływ dla wszystkich uczestników Postępowania, z wyłączeniem Odwołującego, miał brak wiedzy o robotach koniecznych do wykonania w tzw. punktach styku poszczególnych etapów, a w związku z faktem, że Postępowanie dotyczy etapu środkowego, oznacza to niepewność zarówno na styku z robotami w ramach Etapu I jak i Etapu III. O ile Etap I jest przedmiotem odrębnego postępowania i dokumentacja do niego jest możliwa do zdobycia, o tyle Etap III pozostaje w sferze domysłów wykonawców, innych niż Odwołujący i Wykonawca S.

Jedynie Odwołujący przez udział w jego ofercie Wykonawcy S, jako współautora dokumentacji PFU dla wszystkich trzech etapów inwestycji dysponuje całkowitą wiedzą w tym zakresie. Pozostali uczestnicy Postępowania w kalkulacji ceny oferty zmuszeni byli do oszacowania dużego ryzyka wynikającego z opisanej powyżej niepewności, przez co ich pozycja w Postępowaniu nie była tożsama z Odwołującym, co już świadczy o zachwianiu równości konkurencyjnej. Przedstawiony pogląd dodatkowo znajduje potwierdzenie w postanowieniach PFU, gdzie w Tomie II w pkt. 4.4.1 określono „W zależności od harmonogramów prowadzonych Robót w ramach Etapu I i Etapu II, Inżynier i Zamawiający mogą zalecić inny sposób prowadzenia i zakres prac w miejscu połączenia obu Etapów.

Podobnie w przypadku konieczności oszacowania ryzyka wynikającego z danych geologicznych, hydrologicznych, uwarunkowań komunikacyjnych w zakresie tymczasowych organizacji ruchu na czas prowadzenia robót, czy wreszcie zagrożeń napotkania na niezidentyfikowane przeszkody historyczne i techniczne jedynie Odwołujący mający przez udział w jego ofercie współautora PFU dla całej inwestycji, tj. wszystkich jej etapów posiadał i nadal posiada niewspółmierne większą wiedzę od pozostałych uczestników Postępowania, co w zasadniczy sposób miało wpływ na sposób i niekonkurencyjny poziom wycen sporządzanych przez poszczególnych oferentów w ramach przedmiotowego Postępowania. Zachwianie równowagi dotyczy obecnego etapu Postępowania, a przez niewykluczenie z udziału w nim Wykonawcy S zachwianie to będzie się powiększać również na najważniejszym etapie, tj. realizacji zamówienia.

2. Przewaga w związku z brakiem wiedzy konkurentów na temat Etapu III co przekłada się na nieporównywalność ofert w zakresie wyceny ryzyka

Wszelkie próby wykazania, że Wykonawca S, a tym samym Odwołujący nie ma większej wiedzy od reszty uczestników albo, że przez długi termin składania ofert jego pozycja została zrównana, jest co najmniej chybione. W żaden sposób inny podmiot lub wykonawca nie nabył w ramach jedynie wycinka wiedzy zawartej w PFU pełnej wiedzy co do całości inwestycji a zwłaszcza Etapu III, który nie został jeszcze ogłoszony. Co więcej, Etap III ma bardzo duży wpływ na obecny Etap II inwestycji i istnieje duże prawdopodobieństwo, że zostanie on zlecony wykonawcy Etapu II w trybie zamówienia uzupełniającego lub zmiany umowy.

Jednocześnie, w Postępowaniu dotyczącym Etapu II w PFU Tom II pkt 9

(„Zamówienia podobne”) Zamawiający zawarł informację wskazującą na możliwość odstąpienia od postępowania przetargowego w zakresie wyłonienia wykonawcy Etapu III inwestycji, przez udzielenie dodatkowego zamówienia na jego realizację wykonawcy wyłonionemu w Postępowaniu: „Zamawiający przewiduje udzielenie zamówień podobnych, o których mowa w art. 134 ust. 6 pkt 3 Pzp, polegających na wykonaniu robót ziemnych, rozbiórkowych, drogowych, ogólnobudowlanych, robót z zakresu sieci i instalacji: technologicznych, sanitarnych, elektrycznych, telekomunikacyjnych, AKPiA i dostawie urządzeń, polegających na powtórzeniu podobnych usług lub robót, jakie ujęto w Tomie I oraz Tomie II Programu Funkcjonalno- Użytkowego na (co najmniej) następujących warunkach: Wykonawca nowego zamówienia, z uwzględnieniem okoliczności dla niego (zamówienia) charakterystycznych, zapewni nie gorszy standard jego wykonania niż zamówienia podstawowego, szczególnie z uwzględnieniem wymagań zawartych w Tomie III i Tomie IV Programu Funkcjonalno- Użytkowego, z zachowaniem, co do zasady, istotnych warunków dotychczasowej umowy, po uzgodnieniu w wyniku negocjacji treści umowy, w tym w szczególności wynagrodzenia i terminu realizacji”.

Dowód: PFU stanowiący dowód B9, Tom II, pkt 9.

Uczestnicy, w tym Wykonawca B, nie mają żadnej szczegółowej wiedzy ponad postanowienia o ogólnym charakterze zawarte w dokumentach przetargowych dla Etapu II o zakresie i warunkach wykonania usług (projektowanie) i robót przewidzianych w Etapie III. Na etapie sporządzania ofert w Postępowaniu nie mieli możliwości uwzględnienia wpływu ewentualnego potencjalnego zamówienia dodatkowego na cenę robót, zważywszy, że cena oferty w tym Postępowaniu będzie wyjściowa do wyceny robót dodatkowych/podobnych.

Zgodnie z zapisami wzoru Kontraktu CZĘŚĆ II.3 WARUNKI SZCZEGÓLNE KONTRAKTU:

13.10 Roboty podobne

W przypadku konieczności wykonania Robót podobnych Zamawiający może wykonanie takich robót powierzyć Wykonawcy odpowiednio zgodnie z przepisami Ustawy Pzp i z wewnętrznymi regulacjami Zamawiającego, a także zgodnie z odpowiednimi wytycznymi dla realizacji projektów w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020. W takim przypadku podstawą do wyceny Robót podobnych są:

(a) stawki przyjęte przez Wykonawcę do ustalenia Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej lub stawki z Wykazu Cen lub stawki według Przejściowych Świadczeń Płatności. W przypadku znaczących zmian cen robót budowlanych, w ramach negocjacji powyższe stawki mogą zostać zwaloryzowane na podstawie wskaźników cen wybranych robót budowlano-montażowych publikowanych przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego”.

Dowód: wzór Kontraktu w Postępowaniu - dowód B10 (str. 57-58).

W zupełnie innej sytuacji jest Odwołujący, który przez fakt współpracy na etapie sporządzanej przez siebie oferty z Wykonawcą S, współautorem PFU dla całej inwestycji, w tym także dla Etapu III, posiada kompletną wiedzę o wszystkich aspektach (zakres, uwarunkowania formalne i inne) dotyczących potencjalnego zamówienia dodatkowego w zakresie robót podobnych stanowiących Etap III inwestycji. Wskazana okoliczność inaczej nakazuje traktować po części tylko prawdziwe twierdzenie Odwołującego jakoby „w niniejszym Postępowaniu Zamawiający udostępnił rzeczoną dokumentację wszystkim wykonawcom na jednakowych zasadach” bowiem Zamawiający udostępnił tylko to, co składało się stricte na Etap II inwestycji mimo, iż inwestycja jest ściśle związana z pozostałymi Etapami.

Również w ramach pytań i odpowiedzi do SIWZ (konsultowanych zgodnie z Umową nr 744/US/PW/PZP-DRZ-WRI/U/17 z Wykonawcą S) Zamawiający udostępniał jedynie wycinki istotnych informacji i dokumentów (choćby odpowiedzi na pytania z dnia 13 grudnia 2018 r., w których Zamawiający udostępnił dokumentację dotyczącą kolektora pod ul. Krasieńskich, dokumentację dotyczącą kanału białeńskiego czy przejścia pod Cytadelą) co przeczy wyeliminowaniu zakłócenia konkurencji w Postępowaniu i zrównania szans wszystkich wykonawców np. poprzez danie jednakowego czasu na przygotowanie ofert. Postępowanie zostało wszczęte w dniu 5 października 2018 r. Składanie ofert nastąpiło w dniu 13 lutego 2019 r. Do połowy grudnia Zamawiający modyfikował istotnie SIWZ w zakresie przedmiotowym, a w zakresie podmiotowym i kryteriów oceny ofert nawet w styczniu 2019 r. Ponieważ Zamawiający udostępniał stopniowo i następnie dokumenty w zakresie trasy kolektora, znane Wykonawcy S znacznie wcześniej, to tym samym każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu nie miał równego dostępu do wszystkich niezbędnych informacji na takich samych zasadach.

3. Przewaga w uzyskaniu pozwolenia na budowę

Brak zachowania fundamentalnej zasady równego traktowania wszystkich uczestników Postępowania dodatkowo wyraża się w uprzywilejowanej pozycji Odwołującego w zakresie oszacowania ryzyka wynikającego z możliwości uzyskania, kluczowej decyzji administracyjnej jaką jest pozwolenie na budowę, w tym niezbędnego czasu i nakładów koniecznych do wyceny z tego tytułu.

Zamawiający w ramach dokumentacji przetargowej w niniejszym Postępowaniu nie przedstawił żadnych dokumentów sporządzanych w przypadku etapowania inwestycji, które potwierdzają prawidłowość dokonanego podziału oraz możliwości uzyskania odrębnych decyzji o pozwoleniu na użytkowanie dla każdego z wyodrębnionych etapów. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł możliwość wyłączenia w dowolnym momencie (projektowanie, okres realizacji) dowolnego zakresu robót do odrębnego pozwolenia na budowę lub zgłoszenia robót.

Dowód: PFU stanowiący dowód B9, Tom I i II, str. 17.

Brak ww. danych wyjściowych stanowił o konieczności oszacowania przez poszczególnych uczestników Postępowania nieporównywalnego ryzyka w zakresie uzyskania decyzji pozwolenia na budowę. Ponadto na pytania wykonawców w tym zakresie Zamawiający nie przedstawił szczegółów w tym projekcie zagospodarowania działki lub terenu, o którym mowa w art. 34 ust. 3 pkt 1, ani jakichkolwiek informacji potwierdzających prawidłowość

etapowania dokonanego przez Zamawiającego, z uwagi iż takie dokumenty nie zostały opracowane na etapie przygotowania Postępowania. Z całą pewnością mimo braku fizycznego wytworzenia tej części dokumentacji, Wykonawca S, jako profesjonalista mający podgląd na całość inwestycji, z pewnością posiadał wiedzę wystarczającą do wyceny ryzyka z tego tytułu.

Dowód: wyjaśnienia SIWZ z dnia 22.11.2018 r. - odpowiedź na pytanie nr 20, 92 i z dnia 26.11.2018 r. - odpowiedź na pytanie nr 104, 105, 106, 110, 128 - dowody B11

Na podstawie przedłożonych przez Zamawiającego danych nie było również możliwe jednoznaczne ustalenie, czy obiekt planowany do wykonania w ramach Etapu II jest obiektem mogącym samodzielnie funkcjonować zgodnie z przeznaczeniem w rozumieniu art. 33 ust. 1 Prawa budowlanego. Powyższe skutkowało koniecznością wyceny przez uczestników Postępowania znaczących dodatkowych nakładów przewidzianych między innymi na sporządzenie projektu zagospodarowania działki lub terenu dla całości inwestycji (łącznie dla trzech etapów). Odwołujący dysponując wiedzą od swojego partnera SWECO, zaangażowanego w opracowanie Dokumentów PFU dla całości inwestycji posiada znacząco większy zakres informacji od wiedzy dostępnej dla innych uczestników Postępowania, co w sposób istotny wpłynęło na nieporównywalność ofert w Postępowaniu.

Co więcej, powyższa sytuacja, mimo że niespowodowana działaniami Zamawiającego a niekonkurencyjnym postępowaniem Odwołującego, doprowadziła do niemożliwości równego konkurencyjnego udziału w Postępowaniu. Poprzez zaangażowanie podmiotu mającego znacznie większą wiedzę od pozostałych, tylko Odwołujący mógł wycenić swoją ofertę opierając się na faktach a nie domysłach.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Odwołującego, Zamawiającego i przystępujących zawarte w odwołaniu i piśmie procesowym Wykonawcy B, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odtowarzone w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania. Tym samym negatywnie oceniona została przeciwna argumentacja Zamawiającego, zasadzająca się na stwierdzeniu, że skoro Odwołujący wykonał wezwanie do zastąpienia Wykonawcy S innym podmiotem, to nie ma interesu we wniesieniu odwołania, o którym mowa w przywołanym powyżej przepisie. W tym zakresie trzeba mieć na względzie, że Odwołujący wprowadził zastosowanie się do wezwania, ale jednocześnie zakwestionował negatywną ocenę możliwości udziału Wykonawcy S w Postępowaniu (zob. pismo Odwołującego z 23 kwietnia 2019 r.) i zdanie to podtrzymał, wnosząc następnie rozpoznawane odwołanie. Ponadto, zmiana podmiotu trzeciego może być dla Odwołującego potencjalnie niekorzystna, zwłaszcza zważywszy na fakt, że z dokumentacji Postępowania nie wynika, aby Zamawiający dokonał już oceny jego sytuacji podmiotowej.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, oferty Odwołującego, pisma Zamawiającego z 5 marca 2019 r. w części dotyczącej wezwania Odwołującego, w trybie art. 24 ust. 10 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, do udowodnienia, że udział Wykonawcy S w Postępowaniu nie zakłóci konkurencji, pisma Odwołującego z 11 marca 2019 r. - odpowiedzi na ww. wezwanie, pisma Zamawiającego z 15 kwietnia 2019 r. - wezwania Odwołującego, na podstawie art. 24 ust. 10 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, do udowodnienia, że udział W.G. i W.K. w Postępowaniu nie zakłóci konkurencji oraz wezwania Odwołującego, na podstawie art. 22a ust. 6 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 i 17 Pzp, do zastąpienia Wykonawcy S innym podmiotem lub zobowiązania się Odwołującego do osobistego wykonania powierzonej Wykonawcy S części zamówienia oraz do wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu z pkt 5.1.1.2 c) SIWZ, pism Odwołującego z 23 i 24 kwietnia 2019 r. - odpowiedzi na ww. wezwania oraz dokumentów załączonych do odwołania i pisma procesowego Wykonawcy B.

Na podstawie ww. materiału dowodowego skład orzekający uznał, że co do zasady pisemne stanowiska Stron i Wykonawcy B oddają brzmienie postanowień SIWZ i treści oferty Odwołującego w sposób kompleksowy i rzetelny, zatem nie wymagają dodatkowego omówienia.

Stan faktyczny należy natomiast uzupełnić o stwierdzenie, że podstawą wezwania Odwołującego z 15 kwietnia 2019 r. do udowodnienia, że udział Wykonawcy S nie zakłóci konkurencji było zawarte w Sekcji C oświadczenia JEDZ tego podmiotu stwierdzenie, że wykonawca ten przygotowywał Postępowanie, bowiem opracował na jego potrzeby m.in. dokumentację geologiczno-inżynierską oraz aktualizację PFU (umowa stanowiąca dowód B8).

W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący wskazał m.in. na długi termin składania ofert (131 dni) oraz na okoliczność, że Zamawiający udostępnił wszystkim wykonawcom dokumentację przygotowaną (zaktualizowaną) przez Wykonawcę S. Stwierdził również, że zakłócenie konkurencji na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia może mieć miejsce w przypadku udziału podmiotu, który przygotowywał Postępowanie w sporządzeniu oferty wykonawcy. Odwołujący oświadczył, że Wykonawca S nie brał w tym udziału. Podkreślił także, że to Zamawiający jest w tej sprawie najbardziej właściwy do stwierdzenia braku zakłóceń konkurencji w Postępowaniu, ponieważ z uwagi na łączącą go z Wykonawcą S umowę, ma najszerzą wiedzę co do zakresu opracowań wytworzonych przez Wykonawcę S i może to zestawzić z zakresem opracowań udostępnionych oferentom. Następnie Odwołujący przytoczył zawartą w odwołaniu argumentację dotyczącą istoty PFU w kontekście formuły „zaprojektuj i wybuduj”, w której realizowane będzie przedmiotowe zamówienie. Do wyjaśnień Odwołujący załączył oświadczenie przedstawiciela Wykonawcy S, z którego treści wynika, że podmiot ten nie przekazywał Odwołującemu jakichkolwiek opracowań wykonywanych na rzecz Zamawiającego oraz nie uczestniczył w przygotowaniu oferty cenowej Odwołującego.

Następnie, 15 kwietnia 2019 r., Zamawiający wezwał Odwołującego do zastąpienia Wykonawcy S innym podmiotem lub zobowiązania się Odwołującego do osobistego wykonania powierzonych Wykonawcy S części zamówienia oraz do wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu z pkt 5.1.1.2 c) SIWZ, przywołując okoliczność udziału Wykonawcy S w przygotowaniu Postępowania. Ponadto, wezwał Odwołującego do udowodnienia, że udział W.G. i W.K. (osoby wskazane przez Odwołującego w wykazie osób na stanowiska eksperta 2 i 3) w Postępowaniu nie zakłóci konkurencji wskazując, że ww. osoby brały udział w realizacji umowy dotyczącej opracowania dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, na podstawie której powstał OPZ w Postępowaniu. Izba ustaliła, że powyższe czynności wykonane zostały na podstawie umowy z Wykonawcą S stanowiącej dowód B4, w ramach której, jak wynika z wykazu osób złożonego przez Wykonawcę S w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zakończonego jej zawarciem (dowód B3), przewidziano skierowanie do realizacji zamówienia m.in. W.G. i W.K.

W odpowiedzi z 23 kwietnia 2019 r. Odwołujący wprowadził zastąpił Wykonawcę S innym podmiotem (ILF Consulting Engineers Polska sp. z o.o.), ale jednocześnie zastrzegł, że nie zgadza się z oceną Zamawiającego, jakoby w stosunku do Wykonawcy S zachodziła przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp. Z kolei w zakresie spomych osób Odwołujący zaprzeczył, jakoby sporządzały dokumentację geologiczno-inżynierską i załączył złożone przez nie oświadczenia na tą okoliczność.

Przed przystąpieniem do merytorycznej oceny zarzutów odwołania skład orzekający uznał za niezbędne przypomnienie co jest istotą postępowania odwoławczego. W jego ramach Izba dokonuje oceny wskazanych w odwołaniu naruszeń przepisów Pzp, uwzględniając odwołanie w przypadkach, gdy miały, bądź mogły mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (argument z art. 192 ust. 2 Pzp). Wspomniane naruszenia przybierają w odwołaniu formę zarzutów względem niezgodnych z Pzp czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu, bądź zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany w świetle przepisów wspomnianej ustawy (zob. art. 180 ust. 1 Pzp). Należy z tego wyprowadzić dwa wnioski, po pierwsze, że przedmiotem orzekania Izby jest ocena zgodności z przepisami określonego działania/zaniechania zamawiającego w toku procedury udzielenia zamówienia. W tym sensie postępowanie odwoławcze jest formą zinstytucjonalizowanej kontroli legalności czynności, bądź zaniechania czynności zamawiającego. Po drugie - niedopuszczalne jest przenoszenie na grunt postępowania odwoławczego czynności właściwych postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przykładowo, dodatkowe uzasadnianie czynności podjętych w procedurze udzielania zamówienia. Izba dokonuje bowiem oceny czynności (zaniechania czynności) zamawiającego w takim kształcie (przy takim uzasadnieniu), w jakim zaistniały one we wspomnianej procedurze.

Przechodząc do meritum podkreślenia wymaga, że sankcji wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp podlega m.in. wykonawca, który brał udział w przygotowaniu Postępowania (na zasadzie art. 22a ust. 3 w zw. z art. 25a ust. 3 Pzp zamawiający jest zobligowany do sprawdzenia, czy przesłanka ta nie zachodzi także względem tzw. podmiotu trzeciego, czyli udostępniającego wykonawcy zasoby). Dodać należy, że choć pojęcie „przygotowania postępowania” jest pojemne znaczeniowo, to z pewnością kryje się pod nim przygotowanie dokumentów składających się na opis przedmiotu zamówienia w danym postępowaniu. Zasadniczo w każdych okolicznościach, w których zamawiający dysponuje wiedzą o wspomnianej okoliczności powinien dokonać sprawdzenia, czy nie zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy (żądania zmiany podmiotu trzeciego, bądź zobowiązania się przez wykonawcę do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia) według poniższych wskazań.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 19 in fine Pzp wymaga, aby zastosowanie wspomnianych sankcji (instrumentów) było poprzedzone rozważeniem, czy spowodowane powyższymi okolicznościami (udziałem podmiotu trzeciego w przygotowaniu postępowania) zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez ich użycie.

Zdaniem składu orzekającego, jako że adresatem tego przepisu nie jest wyłącznie wykonawca, zamawiający powinien zarówno we własnym zakresie rozważyć, czy podjął dostateczne środki przeciwdziałające zakłóceniu konkurencji, jak również zapewnić takiemu wykonawcy możliwość udowodnienia, że udział podmiotu trzeciego w postępowaniu konkurencji nie zakłóci (zob. art. 24 ust. 10 Pzp). Następnie, w razie negatywnej oceny przedstawionych przez wykonawcę argumentów mających uzasadniać brak zakłócenia konkurencji przez udział podmiotu trzeciego w postępowaniu, zamawiający może wezwać do jego zastąpienia innym podmiotem, bądź do zobowiązania się wykonawcy do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, pod warunkiem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie w jakim korzystał z potencjału podmiotu trzeciego podlegającego zastąpieniu (por. przepis art. 22a ust. 6 Pzp). Co ważne, przez wzgląd na wynikający z art. 7 ust. 1 Pzp obowiązek prowadzenia postępowania z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości, zamawiający jest, zdaniem składu orzekającego, zobowiązany do wyjaśnienia wykonawcy z jakich przyczyn nie uznał, że wykonawca udowodnił okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 10 Pzp. Powyższe urzeczywistnia również uprawnienie wykonawcy do korzystania ze środków ochrony prawnej zmierzających do zakwestionowania nieprawidłowej, zdaniem wykonawcy, oceny przedstawionych zamawiającemu wyjaśnień. Zasadność istnienia wspomnianego obowiązku zamawiającego dotyczy przy tym w szczególności sytuacji, w których dysponuje on bezpośrednią wiedzą o okolicznościach mających stanowić podstawę wykluczenia. Ergo wyjaśnienia wykonawcy powinny być ocenione przez pryzmat posiadanych przez zamawiającego informacji, a wyniki tej oceny - zakomunikowane wykonawcy. Nie może on bowiem pozostawać w niepewności co do podstaw negatywnej oceny zamawiającego, zwłaszcza w okolicznościach, w których podstawy wykluczenia dotyczą podmiotu trzeciego, a nie samego wykonawcy, a zamawiający współpracował z podmiotem trzecim przy przygotowaniu postępowania, w którym wykonawca bierze udział.

Kierując się przedstawionymi powyżej zapatrywaniami Izba uznała zasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 22a ust. 6 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, wyrażającego się błędnym uznaniem, że wobec Wykonawcy S zachodzą przesłanki wykluczenia z uwagi na udział tego podmiotu w przygotowaniu Postępowania. Stanowczego podkreślenia wymaga jednak, że podstawą takiego stanowiska składu orzekającego było stwierdzenie, że Zamawiający w istocie nie dokonał oceny argumentacji Odwołującego przedstawionej w piśmie z 11 marca 2019 r. i załączanego do niego oświadczenia Wykonawcy S. Na wniosek taki naprowadza treść wezwań Zamawiającego z 5 marca i 15 kwietnia 2019 r., w których, jako ich podstawę faktyczną, wskazano zasadniczo wyłącznie na udział Wykonawcy S w przygotowaniu Postępowania. Jakkolwiek w przypadku pierwszego z ww. wezwań jest to okoliczność wystarczająca i nota bene niekwestionowana (stąd nie może świadczyć przeciwko Odwołującemu wspomniane przez Zamawiającego zaniechanie kwestionowania wezwania z 5 marca br., ponieważ byłoby to w okolicznościach sprawy wręcz niezrozumiałe, skoro Odwołujący tego faktu nie podważał), o tyle w przypadku drugiego z wezwań ta okoliczność musiała zostać uznana za niewystarczającą. Lektura korespondencji z 15 kwietnia 2019 r. nasuwa wniosek, że Zamawiający a limine przyjął, jakoby udział Wykonawcy S w przygotowaniu Postępowania aktualizował w odniesieniu do tego podmiotu przesłankę z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp. Skład orzekający wyraża jednak zapatrywanie, że nie sposób kierować się automatyzmem w ustalaniu podstaw do wykluczenia (nie tylko z uwagi na sankcyjny charakter przewidujących je przepisów) zwłaszcza w sytuacjach, w których ustawodawca przewiduje dla wykonawcy możliwość uchronienia się przed taką sankcją jeszcze w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (tu - art. 24 ust. 10 Pzp).

Odnosząc się dalej do wezwania z 15 kwietnia br. nie sposób nie zauważyć, że z jego treści można jedynie domyślać się, że złożone przez Odwołującego, w odpowiedzi na uprzednie wezwanie, wyjaśnienia zostały ocenione negatywnie. Treść omawianego wezwania w żaden sposób nie nawiązuje do omówionych w ramach ustaleń faktycznych argumentów z pisma Odwołującego z 11 marca br. Zamawiający, jak wspomniano, powtórnie (jak przy pierwszym wezwaniu) wskazał na udział Wykonawcy S w przygotowaniu Postępowania i odnosząc się do tej okoliczności należy powiedzieć, że nie stanowi ona perse przesłanki do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp. Kluczowe było natomiast ustalenie chociażby tego, o czym Odwołujący mógł dowiedzieć się od Wykonawcy S, który Postępowanie przygotowywał i w jaki sposób mógł tą wiedzę wykorzystywać biorąc w nim udział oraz rozważenie, czy nawet mimo tego w Postępowaniu nie doszło do zakłócenia konkurencji. Okoliczności sprawy wskazują, że ustaleń takich Zamawiający nie podjął.

W konsekwencji, Izba uwzględniła odwołanie w tej części, uznając za zasadne nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania z 15 kwietnia 2019 r. i powrotu do etapu oceny wyjaśnień Odwołującego z 11 marca br., będącej obowiązkiem Zamawiającego, któremu bezpodstawnie uchybił.

Odnosząc się natomiast do obszerniej argumentacji Wykonawcy B i przedstawionych przezeń dowodów mających m.in. potwierdzać duże zaangażowanie Wykonawcy S w przygotowanie Postępowania i wynikającą z tego wiedzę o nieznanym innym wykonawcom szczegółach realizacji nie tylko przedmiotu zamówienia, ale i całej inwestycji,

będącą podstawą jego nieuprawnionego uprzywilejowania (dowody B1, B4-B11)

Skład orzekający uznał, że wykraczają one poza podstawę faktyczną zaskarżonej czynności, wobec czego nie mogły zostać uwzględnione. Izba zaznacza, że nie jest rolą wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego rozszerzanie podstaw faktycznych zakwestionowanych w odwołaniu czynności, a jedynie wspieranie argumentacji zamawiającego, że zaskarżona czynność, w podjętym przez zamawiającego kształcie, jest zgodna z Pzp. Co więcej, przyjęcie odmiennego zapatrywania prowadziłoby do wspomnianego niedopuszczalnego przesunięcia na etap postępowania odwoławczego czynności właściwych postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (tu - poszukiwanie właściwego uzasadnienia dla negatywnej oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego). Z tych samych przyczyn przy rozstrzygnięciu o tym zarzucie odwołania nie został wzięty pod uwagę dowód Z1.

W konsekwencji orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

Izba nie zgadza się natomiast ze stanowiskiem Odwołującego kwestionującym zasadność wezwania go do udowodnienia, że udział W.G. i W.K. nie zakłóci konkurencji w Postępowaniu. W tym przypadku ocenie podlegała kwestia istnienia przesłanek do podjęcia tej czynności, nie zaś weryfikacja dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień i dowodów przedstawionych przez Odwołującego w odpowiedzi na to wezwanie (pismo z 23 kwietnia 2019 r.), co jeszcze nie nastąpiło.

Skład orzekający wyraża przekonanie, że czynność ta była prawidłowa i znajdowała oparcie w informacjach, którymi Zamawiający - jako odbiorca usługi (dokumentacji geologiczno-inżynierskiej), z którą wiąże się wyrażona w treści wezwania z 15 kwietnia 2019 r. wątpliwość - dysponował w dacie podejmowania zaskarżonej przez Odwołującego czynności. Na wniosek taki naprowadza fakt, że sporne osoby zostały wskazane zarówno w wykazie osób, które będą uczestniczyć (podkreślenie Izby) w wykonaniu zamówienia na opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej (dowód B3), które to zamówienie zostało udzielone Wykonawcy S, który wówczas osobami tymi dysponował (umowa - dowód B6), jak i w złożonym w Postępowaniu wykazie osób (dowód B2). Chociażby z uwagi na te okoliczności w dacie kwestionowanego wezwania istniała potrzeba wyjaśnienia, czy w sprawie nie zachodzą przesłanki do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp.

Odwołujący niewątpliwie złożył w tej kwestii wyjaśnienia i załączył dowody (pisma z 23 i 24 kwietnia br.), które to będą przedmiotem oceny Zamawiającego w ramach Postępowania. Stąd, w omawianym zakresie, Izba poddała merytorycznej kontroli jedynie prawidłowość wystosowania do Odwołującego wezwania na podstawie art. 24 ust. 10 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, nie stwierdzając ich naruszenia przez Zamawiającego i oddalając odwołanie w tej części (pkt 2 sentencji wyroku).

Oddaleniu podlegał również zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Jakkolwiek został on przez Zamawiającego przywołany w podstawie prawnej wezwania z 15 kwietnia 2019 r., tym niemniej z jego treści nie wynika, aby Zamawiający badał przesłanki do wykluczenia Odwołującego z uwagi na okoliczności wskazane w tym przepisie.

O kosztach postępowania (pkt 3 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2018.972 j.t.).

Przewodniczący: