Sygn. akt: KIO 3235/21

WYROK

z dnia 26 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący Aleksandra Patyk

Członkowie: Monika Kawa - Ogorzałek

Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant:

Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DTŚ S.A. z siedzibą w Katowicach oraz CONY Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Poznań, w imieniu i na rzecz którego działają Poznańskie Inwestycje Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

przy udziale:

A. wykonawcy SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (Francja) zgłaszającego

przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

B. wykonawcy Sweco Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1, 2 i 3 petitum odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (Francja) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b, pkt 4 oraz pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę wnoszącego sprzeciw - SAFEGE

S.A.S. z siedzibą w Nanterre (Francja) i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DTŚ S.A. z siedzibą w Katowicach oraz CONY Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tytułem

wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od Wykonawcy wnoszącego sprzeciw - SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (Francja) na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DTŚ S.A. z siedzibą w Katowicach oraz CONY Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późń. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 3235/21

Zamawiający - Miasto Poznań, w imieniu i na rzecz którego działają Poznańskie Inwestycje Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na pełnienie obowiązków Inżyniera Kontraktu wraz ze świadczeniem usług nadzoru inwestorskiego przy przygotowaniu i realizacji Zadania Inwestycyjnego pn.: „Budowa zintegrowanego węzła

transportowego Grunwaldzka w miejscu przejazdu przez linię kolejową E20" (znak postępowania: PIM/07/21/ZP37/2016-85).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej w dniu 16 lipca 2021 r. pod numerem 2021/S 136-361286.

W dniu 2 listopada 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia DTŚ S.A. z siedzibą w Katowicach oraz CONY Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu [dalej „Odwołujący"] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913 j.t. ze zm., dalej: „uznk")

w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 204 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SAFEGE mimo, że oferta tego wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk;

2. art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 2 ustawy

z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r., poz. 1740 j.t. ze zm., dalej:

„k.c.") w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 1ustawy Pzp w zw. z art. 204 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SAFEGE pomimo tego, że oferta tego wykonawcy, jako sprzeczna z zasadami współżycia społecznego, jest nieważna;

3. art. 116 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy

Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 204 ustawy Pzp poprzez wybór oferty SAFEGE jako najkorzystniejszej w Postępowaniu w sytuacji, gdy Zamawiający powinien był uznać, że wykonawca ten nie posiada wymaganych zdolności do realizacji zamówienia, co spowodowane jest posiadaniem przez tego wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności wobec jego zaangażowania (jako podwykonawca) w realizację zadania inwestycyjnego wykonywanego przez Generalnego Wykonawcę robót budowlanych, co z kolei może mieć negatywny wpływ na realizację przedmiotowego zamówienia;

4. art. 85 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 204 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SAFEGE mimo, że oferta została złożona przez SAFEGE, który to wykonawca powinien był zostać wykluczony z Postępowania, ponieważ doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie Postępowania o udzielenie tego zamówienia, uzyskując przewagę nad innymi wykonawcami, a Zamawiający nie podjął odpowiednich środków w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w Postępowaniu nie zakłóci konkurencji, a zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w Postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wnieśli o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty SAFEGE jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

2. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu, a w ramach tej czynności nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty SAFEGE na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 lub 4 lub 2 ustawy Pzp;

3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z fakturą, która zostanie złożona przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący przedstawili stan faktyczny sprawy.

Odnośnie zarzutu 1. Odwołujący wskazali, iż w dniu 9 września 2021 r. skierowali do Zamawiającego pismo, w którym poinformowali, że wykonawca SAFEGE jest podwykonawcą Generalnego Wykonawcy (BUDIMEX S.A.) dla zadania inwestycyjnego pod nazwą: „Budowa zintegrowanego węzła transportowego Grunwaldzka w miejscu przejazdu przez linię kolejową E20". SAFEGE, jako podwykonawca Generalnego Wykonawcy, wykonuje dokumentację projektową dla wyżej wymienionego zadania inwestycyjnego. Przygotowana przez SAFEGE dokumentacja projektowa ma być z kolei przedmiotem nadzoru w niniejszym Postępowaniu. W skierowanym do Zamawiającego piśmie Odwołujący wskazali, że SAFEGE (jako podmiot wykonujący dokumentację projektową dla Generalnego Wykonawcy robót budowlanych) ma sprzeczny interes w wykonaniu zamówienia, które to zamówienie polega na koordynacji dokumentacji projektowej, nadzorze nad nią i jej weryfikacji, a na dalszym etapie także na nadzorze nad robotami budowlanymi, realizowanymi w oparciu o tę dokumentację. Podmiot, który wykonuje dokumentację projektową, nie może prawidłowo i obiektywnie wykonać zamówienia publicznego polegającego na nadzorze nad wykonaniem tej dokumentacji i jej weryfikacji, a w kolejnym etapie nadzorze nad wykonaniem robót. Odwołujący wskazali, że wobec tego SAFEGE podlega wykluczeniu na podstawie art. 85 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zamawiający, w dniu 10 września 2021 r., przekazał SAFEGE pismo Odwołującego z dnia 9 września 2021 r. i wezwał go do zajęcia stanowiska w tym zakresie. SAFEGE w dniu 29 września 2021 r. przedstawił Zamawiającemu swoje stanowisko.

Odwołujący wskazali, że abstrahując od faktu, że SAFEGE, wbrew swoim twierdzeniom, był zaangażowany w przygotowanie Postępowania, wskazać należy, że Zamawiający winien był odrzucić ofertę tego wykonawcy jako złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, tj. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący przywołał brzmienie art. 3 ust. 1 uznk wraz z orzecznictwem sądów powszechnych i KIO.

Odwołujący akcentowali, iż w niniejszej sprawie połączenie roli nadzorującego i wykonawcy dokumentacji projektowej materializuje się w obrębie jednego podmiotu, czyli właśnie wykonawcy SAFEGE. Tym bardziej znajduje tu zastosowanie argumentacja (o której mowa w uchwale KIO/KD 38/16), która, choć zapadła na gruncie poprzednich przepisów, zachowuje aktualność. Dodatkowo, SAFEGE będzie też nadzorował czynności samego

Generalnego Wykonawcy, który formalnie jest oczywiście podmiotem odrębnym, ale pomiędzy tymi podmiotami pozostaje zależność gospodarcza i finansowa z uwagi na relację: Generalny Wykonawca - podwykonawca.

Odwołujący zarzucali, że już samo złożenie oferty przez SAFEGE w Postępowaniu, a ponadto określony w ofercie sposób realizacji zamówienia, są sprzeczne z dobrymi obyczajami, ponieważ SAFEGE będzie jednocześnie firmą wykonawczą i firmą nadzorującą tę samą dokumentację. Nadto, nadzorować też będzie sposób wykonywania robót budowalnych przez Generalnego Wykonawcę. Wobec tego nie są możliwe do uniknięcia powiązania celów gospodarczych, tj. realizacja obu usług w taki sposób, by maksymalizować zysk i minimalizować straty SAFEGE oraz BUDIMEX S.A. - na niekorzyść Zamawiającego i środków publicznych.

Jak to już zostało wskazane na wstępie, podstawowym celem przedmiotowego zamówienia jest zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego. Zamawiający w pkt 5 Opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) wskazał, jakie obowiązki będą spoczywać na Inżynierze Kontraktu wyłonionym w Postępowaniu. Wśród tych ogólnych obowiązków Zamawiający zastrzegł między innymi: 7) Inżynier Kontraktu jest zobowiązany świadczyć Usługę z należytą starannością, zgodnie z najlepszą praktyką zawodową i doświadczeniem oraz w zakresie swojej kompetencji. Inżynier Kontraktu odpowiada za wszystkie podmioty, przy pomocy których wykonuje zobowiązania wynikające z Umowy; 8) Inżynier Kontraktu jest zobowiązany działań na rzecz Zamawiającego w okresie realizacji Usługi; 9) Inżynier Kontraktu jest zobowiązany do niezwłocznego informowania Zamawiającego o każdej okoliczności, która mogłaby stanowić przeszkodę lub zagrożenie w prawidłowej realizacji Zadania inwestycyjnego wraz z określeniem wpływu na harmonogram i termin zakończenia Umowy na Roboty, nie później jednak niż w terminie 7 dni od wystąpienia takiej okoliczności; 10) Inżynier Kontraktu jest zobowiązany nie angażować się w jakąkolwiek działalność pozostającą w konflikcie z jego zobowiązaniami wobec Zamawiającego wynikającymi z Umowy; 11) Inżynier Kontraktu oraz wszystkie podmioty, przy pomocy których wykonuje zobowiązania wynikające z Umowy, zobowiązani są wstrzymać się od wszelkich zachowań sprzecznych z interesem Zamawiającego lub mogących mieć negatywny wpływ na należyte wykonanie Umowy; 12) Inżynier Kontraktu zobowiązany jest działać w najlepszej wierze w stosunku do Zamawiającego oraz ujawniać Zamawiającemu wszelkie możliwości konfliktu interesów poprzez bezzwłoczne informowanie Zamawiającego o wszelkich okolicznościach mogących wpłynąć na jakość świadczonej usługi.

Dobre obyczaje, do których odnosi się przepis art. 3 ust. 1 uznk, powinny wyrażać się w uczciwości, szacunku dla drugiej strony, rzetelności, zaufaniu, lojalności, szczerości, fachowości, poszanowaniu godności, prywatności, interesów drugiej strony czy niewprowadzaniu w błąd (tak np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2021 r., sygn. akt: KIO 338/21). Wykonawca SAFEGE, który wcześniej zaangażował się w przedsięwzięcie gospodarcze w ramach współpracy z Generalnym Wykonawcą i następnie składa ofertę w Postępowaniu, którego cel i istota sprowadza się do nadzoru nad pracami Generalnego Wykonawcy, jednoznacznie działa w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami. Inżynier Kontraktu, który powinien działać na rzecz Zamawiającego w okresie realizacji całego zadania i powinien czuwać nad prawidłowym przebiegiem całej inwestycji, będzie znajdował się w sytuacji ciągłego konfliktu interesu: z jednej strony Zamawiającego, z drugiej strony Generalnego Wykonawcy, a tym samym i własnego (jako wykonawcy usług projektowych), co z góry poddaje w wątpliwość jego rzetelność, lojalność, fachowość wykonawcy. W warunkach zaangażowania w wykonanie usług projektowych na rzecz Generalnego Wykonawcy dobrym obyczajem byłoby powstrzymanie się od złożenia oferty w Postępowaniu, co byłoby wyrazem najwyższej staranności wykonawcy i jego profesjonalizmu.

Niezależnie od zapisów samego OPZ, Odwołujący zwrócili uwagę na art. 25 i 26 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane i uzasadniali, że wykonawca SAFEGE, chcąc należycie realizować przedmiotowe zamówienie, musiałby sprawdzać i nadzorować roboty budowlane wykonane przez podmiot, na rzecz którego świadczy usługi, w tym także wydawać mu polecenia, które (mając na uwadze realia procesu inwestycyjnego) często są

przedmiotem sporów na linii: inwestor - wykonawca robót. SAFEGE będzie też np. odpowiedzialny za rozpatrywanie roszczeń zgłoszonych przez Generalnego Wykonawcę, co

po stronie Zamawiającego winno generować niepokój, co do tego, czyj interes wykonawca będzie w takiej sytuacji rozpatrywał (np. sytuacja żądania wydłużonego czasu na projektowanie, zwiększonego wynagrodzenia z tytułu robót dodatkowych). Odwołujący podkreślali, że SAFEGE weryfikowałby dokumentację projektową, którą uprzednio sam tworzył lub współtworzył, co niejako z góry wyłącza obiektywizm i bezstronność.

Odwołujący wskazali, że przepisy Prawa budowlanego wskazują wprost na zakaz

łączenia funkcji kierownika budowy i inspektora nadzoru (vide: art. 25 Prawa budowlanego), ale w znaczeniu celowościowym, w odniesieniu do zarzutu złamania przez SAFEGE dobrych obyczajów, przepis ten należy również odnieść do niniejszego stanu faktycznego.

Zdaniem Odwołujących SAFEGE, jako podwykonawca BUDIMEX S.A. w zakresie dokumentacji, ma w takim przypadku oczywisty konflikt interesów. Z jednej strony ma bowiem pełnić obowiązki inspektora nadzoru inwestorskiego w interesie Zamawiającego poprzez kontrolę realizacji inwestycji przez Generalnego Wykonawcę (vide: pkt 5 OPZ). Z drugiej zaś strony, w interesie SAFEGE leży dobra współpraca z BUDIMEX S.A. w celu realizacji przyszłych kontraktów i uzyskania związanych z tym zysków, a ponadto, nieujawnianie okoliczności związanych z ewentualnymi nieprawidłowościami w zakresie wykonanej przez siebie dokumentacji. Powyższe stoi w sprzeczności z dobrymi praktykami wynikającymi z zasad współżycia społecznego i naraża interes publiczny. Zamawiający zamierza przy tym udzielić zamówienia wykonawcy, który poprzez swoje zaangażowanie w inne przedsięwzięcie, nie daje gwarancji świadczenia usługi tej samej jakości co wykonawca, który nie jest w jakikolwiek sposób powiązany z Generalnym Wykonawcą robót budowalnych. Takie działanie świadczy nie tylko o naruszeniu przez Zamawiającego art. 17 ust. 1 Pzp, ale też o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, która została wyrażona w art. 16 pkt 1 Pzp. Decydując się na wybór oferty SAFEGE Zamawiający albo rezygnuje wprost z obowiązku przestrzegania części zapisów OPZ (przede wszystkim te, dotyczące konfliktu interesów) albo godzi się na to, żeby zapisy te nie dotyczyły określonych wykonawców. Oczywistym jest przy tym, że z uwagi na ujawnione powiązania wykonawcy SAFEGE pewnych postanowień OPZ nie będzie on mógł dotrzymać, co wskazuje na nierówne traktowanie wykonawców w Postępowaniu.

W ocenie Odwołujących zgodna z prawem i dobrymi obyczajami byłaby sytuacja, gdyby podmiot kontrolujący był niezależny od podmiotu kontrolowanego, co gwarantowałoby niezależność podmiotu kontrolującego i rzetelność przeprowadzonej kontroli - w interesie

Zamawiającego i finansów publicznych. Zgodnie z powyższą argumentacją, przyjęcie odmiennego stanowiska zaprzeczyłoby samej istocie kontroli, polegającej na weryfikacji działań lub zaniechań innego podmiotu i prowadziłoby do nieobiektywnych wyników kontroli - a więc z punktu widzenia Zamawiającego realizacja zamówienia przez SAFEGE nie gwarantuje realizacji istoty przedmiotu zamówienia. Wobec tego występuje zagrożenie

interesu gospodarczego Odwołujących (nieuzyskanie przedmiotowego zamówienia), ale przede wszystkim samego Zamawiającego.

Odwołujący podkreślali, że Zamawiający może nie tylko ponieść konsekwencje związane z nieprawidłową realizacją niniejszego Postępowania (np. w przypadku działań odpowiednich organów kontroli), ale też związane z realizacją projektu pn. „Budowa zintegrowanego węzła transportowego Grunwaldzka w miejscu przejazdu przez linię kolejową E20". Tak istotne zarzuty mogą w konsekwencji doprowadzić do stwierdzenia nieprawidłowości i zastosowania korekty finansowej nałożonej z powodu naruszenia ustawy Pzp w ramach postępowania przetargowego. Ewentualny audyt w celu weryfikacji skutecznego funkcjonowania systemu zarządzania i kontroli, doprowadzi w tej sprawie, zdaniem Odwołujących, do stwierdziła nieprawidłowości skutkujących nałożeniem korekty finansowej wydatków kwalifikowalnych, zgodnie z Taryfikatorem korekt finansowych załączonym do umowy Zamawiającego w przedmiocie dofinansowania ze środków UE, za naruszenie wskazanych przez Odwołujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych a zwłaszcza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W zakresie zarzutu 2. Odwołujący wskazali, że okoliczności faktyczne podniesione ramach zarzutu 1. odwołania wskazują dodatkowo, że oferta SAFEGE powinna być odrzucona także z uwagi na spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Oferta złożona przez Odwołującego jest bowiem nie tylko sprzeczna z dobrymi obyczajami, ale także z zasadami współżycia społecznego. Z kolei przepis art. 58 § 2 k.c. stanowi, że: nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

Odwołujący przywołali wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2018 r.

sygn. akt: 507/18 oraz wyrok SA w Szczecinie sygn. akt: I ACa 454/20 oraz wyrok SA w Krakowie z dnia 5 listopada 2019 r. sygn. akt: I ACa 1106/18. Ponadto Odwołujący podkreślali, że w doktrynie akcentuje się nieważne są czynności prawne sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, czyli takie, w wyniku których powstaje obowiązek lub uprawnienie do postępowania zakazanego przez normę moralną bądź takie, które służą osiągnięciu stanu rzeczy, który podlega negatywnej ocenie moralnej (zob. red. prof. dr hab.

E. Gniewek, prof. dr hab. P. Machnikowski, Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2021).

Zasadami współżycia społecznego, do których odnosi się przepis art. 58 § 2 k.c., są więc oceny moralne (aprobata lub dezaprobata) pewnego postępowania wobec innych osób i podmiotów.

Mając na uwadze całokształt okoliczności faktycznych i argumentów natury prawnej wskazanych powyżej (które przywołuje się w tym miejscu), oczywistym jest, że oferowanie przez SAFEGE świadczenie usług nadzoru nad przebiegiem zadania inwestycyjnego, w które wykonawca ten jest zaangażowany, jest zachowaniem moralnie nagannym, podlegającym dezaprobacie, jako godzące w interes klienta (tu: Zamawiającego). Oferta złożona w takich okolicznościach powinna więc zostać odrzucona jako godząca w zasady współżycia społecznego, a tym samym nieważna.

Odnośnie zarzutu 3. Odwołujący wskazali, że Zamawiający, zawarł w SWZ bardzo rozbudowane wymogi w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawcy. Odwołujący zwracali również uwagę, że przepisy Pzp wprost umożliwiają zamawiającym przeciwdziałanie sytuacjom, w których zaangażowanie wykonawcy w inne przedsięwzięcie gospodarcze zagraża realizacji przedmiotu zamówienia (art. 116 ust. 2 ustawy Pzp). Odwołujący powołali się na fragment komentarza UZP dotyczącego ww. przepisu wskazujący, że ratio legis przepisu art. 116 ust. 2 jest ocena zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy rozumianej szeroko, czyli również zdolności do realizacji zamówienia w sposób nieobarczony konfliktem interesu. Chodzi więc o obiektywną zdolność do realizacji zamówienia w warunkach braku konfliktu interesu. Nie chodzi więc wyłącznie o to, aby dysponować określonym personelem, ale też o to, aby personel ten mógł wykonywać swoje czynności w sposób nieskrępowany, rzetelny, profesjonalny, czyli właśnie w sytuacji braku konfliktu interesu. Z tych właśnie powodów wykonawca SAFEGE nie ma wymaganej zdolności technicznej i zawodowej. Wykonawca SAFEGE, ubiegający się o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem ma być pełnienie obowiązków Inżyniera Kontraktu wraz ze świadczeniem usług nadzoru inwestorskiego w ramach zadania inwestycyjnego, w którego realizację SAFEGE jest już przecież zaangażowany jako podwykonawca Generalnego Wykonawcy. Pomiędzy Generalnym Wykonawcą a SAFEGE istnieje więc powiązanie zawodowe i finansowe. Pomijając już samo ryzyko, że zespół projektowy w ramach wykonywania robót budowlanych i zespół kontrolujący pracę projektantów po stronie Inżyniera Kontraktu, to mogą być te same osoby, ale nawet jeżeli nie są to te same osoby fizyczne, to jednak są to osoby zrzeszone w ramach jednej organizacji (SAFEGE), a sama usługa świadczona jest przez jednego wykonawcę (SAFEGE). Jak w takich warunkach możliwe jest zachowanie bezstronności i obiektywizmu swoich działań, np. w sytuacji ujawnienia ewentualnych błędów na etapie projektowania? Zamawiający zdaje się nie rozumieć, że ten sam podmiot będzie np. weryfikował dokumentację projektową, którą sam wcześniej wykonał. Ten sam podmiot będzie też oceniał jakość robót wykonanych przez swojego partnera biznesowego w ramach zadania inwestycyjnego. W końcu, ten sam podmiot rozpatrywać będzie roszczenia, zgłoszone przez Generalnego Wykonawcę, dla którego wykonawca realizuje usługi projektowe w ramach tego samego przedsięwzięcia. Takiej sytuacji Zamawiający, który realizuje zadanie inwestycyjne przy użyciu środków unijnych, powinien bezwzględnie przeciwdziałać, bowiem należyte wykonanie usług nadzoru, w sposób zgodny z SWZ, obiektywny i bezstronny jest poważnie zagrożone.

Odwołujący wskazali, że zaniechanie skorzystania przez Zamawiającego z przepisu art. 116 ust. 2 ustawy Pzp, a przede wszystkim wybór oferty SAFEGE jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, stoi przy tym w całkowitej sprzeczności z zasadą jakości i efektywności, jaka została zawarta w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołujących w sytuacji, w której wykonawca, wybrany do zarządzania i sprawowania nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego, będzie de facto nadzorował i oceniał swoje własne czynności oraz działania podejmowane przez Generalnego Wykonawcę, na rzecz którego wykonawca świadczy usługi projektowe i otrzymuje z tego tytułu wynagrodzenie, Zamawiający nie otrzymuje oferty, która umożliwia maksymalizację jakości i efektów zamówienia. Działając w warunkach konfliktu interesów, zachowanie odpowiedniej jakości usługi świadczonej przez wykonawcę wyłonionego w Postępowaniu jest co najmniej wątpliwie. Oczywistym jest przy tym, że lepszą jakość i lepsze efekty działań, jest w stanie zaoferować wykonawca, który nie pozostaje w jakikolwiek sposób powiązany z Generalnym Wykonawcą, dzięki czemu może w sposób nieskrępowany wykonywać swoje obowiązki. W tych warunkach wybór oferty SAFEGE jako najkorzystniejszej prowadzi także do nierównego traktowania wykonawców w Postępowaniu, bowiem Zamawiający, decydując się na wybór tej oferty, godzi się tym samym na to, aby część warunków postawionych w OPZ (np. zakaz angażowana się w jakąkolwiek działalność pozostającą w konflikcie z zobowiązaniami wobec Zamawiającego lub nakaz powstrzymywania się od wszelkich zachowań sprzecznych z interesem Zamawiającego lub mogących mieć negatywny wpływ na należyte wykonanie umowy) nie były przestrzegane. Taki obowiązek nie został jednak wyłączony względem innych wykonawców, którzy składając swoją ofertę w Postępowaniu, przyjmowali, że postanowienia te będą ich dotyczyć, w związku z czym np. nie angażowali się w inne przedsięwzięcia, które mogłyby być uznane za sprzeczne z interesem

Zamawiającego.

W przedmiocie zarzutu 4. Odwołujący podnieśli, że niezależnie od twierdzeń i zarzutów przedstawionych powyżej, nie polega nawet na prawdzie twierdzenie SAFEGE, że nie był zaangażowany w przygotowanie przedmiotowego Postępowania, czego Zamawiający również nie dostrzegł, dokonując wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Odwołujący wskazali, że SAFEGE był zaangażowany w przygotowanie Postępowania, bowiem uczestniczył w przygotowaniu dokumentacji postępowania na wybór generalnego wykonawcy, a dokumentacja ta jest również elementem dokumentacji dla niniejszego Postępowania. Tymczasem, Zamawiający zdaje się nie zważać, że wiedza zdobyta przez SAFEGE w związku z przygotowaniem postępowania dała przewagę temu wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co miał on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach oraz posiadał dodatkowe informacje o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia, przez co miał możliwość głębszej analizy inwestycji, a więc udział wykonawcy SAFEGE naruszają zasady uczciwej konkurencji. Jako podmiot zaangażowany w przygotowanie dokumentacji postępowania na wybór Generalnego Wykonawcy, a w konsekwencji także niniejszego Postępowania, SAFEGE posiada np. większą wiedzę na temat warunków, w jakich będzie realizowana inwestycja (np. na jego zlecenie była wykonywana dokumentacja geologiczna) i całej dokumentacji projektowej, dzięki czemu może przewidzieć potencjalne problemy, z jakimi będzie musiał zmagać się na etapie realizacji zamówienia. Dzięki temu z kolei może lepiej oszacować zaangażowanie czasowe i kadrowe na potrzeby Postępowania, co oczywiście przekłada się też na kalkulację ceny ofertowej. SAFEGE, będąc jednocześnie podwykonawcą Generalnego Wykonawcy, będzie miał też najpewniej krótszą ścieżkę korespondencyjną (wymianę informacji), co również przekłada się na mniejsze zaangażowanie, a tym samym niższe koszty świadczenia usługi. Poza tym, uczestnicząc po stronie Zamawiającego w przygotowaniu dokumentów postępowania na wybór Generalnego wykonawcy, w tym PFU, SAFEGE posiada większą wiedzę na temat samego kontraktu, siłą rzeczy zna lepiej dokumentację, którą sam przygotowywał lub współtworzył. Dzięki temu czas potrzebny na analizowanie i nadzorowanie procesu projektowego w tym przypadku będzie zasadniczo krótszy niż innych wykonawców.

Po drugie, omówione wcześniej połączenie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego oraz autora dokumentacji projektowej, dają SAFEGE przewagę niedostępną innym wykonawcom i niemożliwą do usunięcia na całym etapie realizacji zamówienia, a więc preferencyjne warunki realizacji umowy. SAFEGE ma zatem możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach oraz posiada i będzie sukcesywnie nabywał informacje dodatkowe o okolicznościach związanych realizacją zamówienia. Dzięki jego „nadzwyczajnej" pozycji i wiedzy dochodzi do naruszenia konkurencji już na etapie przygotowywania oferty w postaci korzystniejszej wyceny kosztów i ryzyka, a naruszenie to trwać będzie przez cały okres realizacji zamówienia. Reasumując, ziściły się przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w stosunku do Wykonawcy SAFEGE i nie ma innej możliwości wyeliminowania zakłócenia konkurencji niż przez wykluczenie tego podmiotu z Postępowania.

Odwołujący wskazali, że Zamawiający w dniu 10 września 2021 r. (przekazując SAFEGE pismo Odwołującego z dnia 9 września 2021 r.) umożliwił wykonawcy udowodnienie, że jego zaangażowanie w przygotowanie Postępowania nie zakłóci konkurencji, czemu SAFEGE nie sprostał. Wykonawca ograniczył się do gołosłownego zaprzeczenia okoliczności zaangażowania w przygotowanie Postępowania. Nie przedstawił natomiast żadnych dowodów w zakresie środków podjętych dla zapewnienia uczciwej konkurencji. Za całkowicie nieprzekonujące należy przy tym uznać twierdzenie wykonawcy co do odrębności Działu zajmującego się wykonaniem prac projektowych od Działu, który odpowiedzialny byłby za wykonanie zamówienia udzielonego w toku Postępowania. Są to nadal dwa Działy tego samego przedsiębiorcy, zarządzanego przez jeden zarząd, realizującego wspólny interes. Nawet w przypadku wykonywania i nadzorowania prac projektowych przez różne osoby (co nie zostało nawet udowodnione), to osoby te funkcjonują nadal w ramach jednej organizacji i łączą je więzi towarzyskie, koleżeńskie. Rzetelne i obiektywne ocenianie pracy kolegi (kolegów), a szerzej także i własnego pracodawcy lub zleceniodawcy, wydaje się być zadaniem niemożliwym, a co najmniej bardzo trudnym. Jest to bowiem działanie w sytuacji niewątpliwego konfliktu interesu. SAFEGE nie przedstawił wiarygodnych wyjaśnień i dowodów, które potwierdzałyby, że przygotowując ofertę w Postępowaniu, nie uzyskał przewagi nad swoimi konkurentami, a zatem powinien podlegać wykluczeniu z Postępowania. Co więcej, SAFEGE przerzucił ten ciężar na Zamawiającego, wskazując, że „sam Zamawiający zniwelował możliwość przewagi takiego wykonawcy nad pozostałymi oferentami poprzez rzetelny, profesjonalny sposób przeprowadzenia Postępowania na nadzór". Odwołujący zwracał uwagę, że nawet sam wykonawca wskazuje, że czynności Zamawiającego jedynie „zniwelowały", a nie „wyeliminowały" przewagę SAFEGE nad innymi wykonawcami w Postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 listopada 2021 r. oświadczył, że uwzględnia zarzuty odwołania w całości.

Pismem z dnia 22 listopada 2021 r. wykonawca SAFEGE wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

Odnośnie zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji SAFEGE wskazał, że złożenie oferty przez SAFEGE w postępowaniu nie narusza dobrych obyczajów, a tym samym nie spełnia przesłanek z art. 3 ust. 1 uznk.

SAFEGE wskazał, iż fakt pozowania w relacjach biznesowych przez dwa podmioty prywatne nie może sam w sobie wiązać się z naruszeniem dobrych obyczajów. Nie jest niczym niestandardowym na rynku usług, którego dotyczy niniejsze postępowanie, że podmioty świadczące usługi projektowe/nadzoru nad zadaniami inwestycyjnymi współpracują z wykonawcami realizującymi roboty budowlane. Kontrakty w formule „zaprojektuj i wybuduj" są często wybierane przez zamawiających jako forma realizacji zadań inwestycyjnych. Niemal każdy z wykonawców, który świadczy usługi projektowe lub z obszaru zarządzania projektami, w tym pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu, współpracował w przeszłości, współpracuje lub w przyszłości będzie współpracował z podmiotami, którzy specjalizują się w realizacji robót budowlanych. Należy podkreślić, że na rynku polskim istnieje ograniczona (skończona) ilość podmiotów mogących zarówno świadczyć usługi związane z wykonywaniem tak złożonych dokumentacji projektowych, realizacją skomplikowanych oraz znacznych wartościowo robót budowlanych, jak i pełnieniem funkcji Inżyniera Kontraktu. Niemal każdy z podmiotów realizujących usługi Inżyniera Kontraktu współpracował lub współpracuje z określonym wykonawcą robót budowlanych. Przyjmując zatem stanowisko Odwołującego należałoby uznać, że każdy przypadek współpracy wykonawcy świadczącego usługi projektowe z określonym wykonawcą robót budowlanych rodzi powstanie relacji obejmującej nawiązanie kontaktów handlowych, znajomość personelu, powstanie określonej zależności finansowej. W każdym zatem takim przypadku oferta wykonawcy w postępowaniu, którego przedmiotem są usługi Inżyniera Kontraktu i nadzór nad realizacją inwestycji powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Niezależnie bowiem od tego czy dotyczy akurat tej inwestycji czy innej realizowanej bądź zrealizowanej we współpracy z wykonawcą robót budowlanych relacja biznesowa zaistniała i może budzić wątpliwości co do wykonania innego zamówienia, którego przedmiotem są usługi Inżyniera Kontraktu w ramach których nadzorem miałaby być objęta inwestycja wykonywana przez wykonawcę robót budowlanych. Jak było natomiast wskazane powyżej, sytuacja taka występuje na rynku usług objętych niniejszym postępowaniem. Złożenie zatem oferty przez Uczestnika postępowania w sytuacji pozostawania w relacji gospodarczej z generalnym wykonawcą nie uzasadnia uznania, że doszło do naruszenia dobrych obyczajów w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk. Działanie SAFEGE nie jest bowiem sprzeczne z tak opisaną praktyką gospodarczą.

Wykonawca stwierdził, że wykonywanie weryfikacji dokumentacji projektowej będzie jednym z wielu zadań realizowanych przez Inżyniera Kontraktu. Jak wynika z opisu czynności powołanego na str. 5-7 odwołania obowiązkiem Inżyniera Kontraktu będzie zarządzanie rzeczowo - finansowe nad zadaniem inwestycyjnym, koordynacja działań, zarządzanie techniczne projektem, zarządzanie środowiskowe, w tym m.in. przygotowanie i przekazanie Zamawiającemu raportu otwarcia, ustalenie z wykonawcą robót budowlanych obiegu informacji, wzorów dokumentów oraz innych kwestii, prowadzenie z wykonawcą robót budowlanych konsultacji oraz uzgadnianie zakresu przygotowywanych opracowań i stosowanych rozwiązań technicznych, weryfikacja przekazanych przez Zamawiającego dokumentów, opiniowanie projektów organizacji ruchu, proponowanie alternatywnych rozwiązań technicznych służących optymalizacji czasowej, kosztowej inwestycji, weryfikacji i zatwierdzenia planu zagospodarowania przestrzennego, weryfikacja kompletności i prawidłowości dokumentów złożonych przez wykonawcę, organizowanie rad budowy a także innych spotkań z udziałem przedstawicieli Zamawiającego, wykonawcy oraz innych uczestników procesu budowlanego. W zakresie obowiązków z obszaru nadzoru inwestorskiego do zadań Inżyniera Kontraktu będzie należało weryfikowanie dokumentów rozliczeniowych, weryfikowania propozycji zmian do HRF, analiza roszczeń wykonawcy, identyfikowanie ryzyk etc.

Uzasadniał, że nie można z góry założyć, że nawiązanie relacji gospodarczej z generalnym wykonawcą uniemożliwia należyte i rzetelne wykonanie umowy z Zamawiającym. Podwykonawca może być podmiotem w każdym momencie zmienionym przez generalnego wykonawcę. W wyjaśnieniach z dnia 29 września 2021 r. SAFEGE wskazał, że dział zajmujący się realizacją umowy z Zamawiającym to odrębna jednostka od działu zajmującego się wykonaniem umowy z generalnym wykonawcą. Mamy do czynienia z dwoma niezależnymi działami oraz z dwoma różnymi ośrodkami decyzyjnymi. Personel zaangażowany w ramach umowy na świadczenie usług Inżyniera kontraktu nie jest zasobem

skierowanym do wykonania umowy podwykonawczej.

Okoliczność, że osoby skierowane do wykonania umowy z Zamawiającym nie będą osobami zaangażowanymi w wykonanie umowy z wykonawcą jest istotna z punktu specyfiki usług projektowych. Wykonawca przywołał art. 95 ustawy Prawo budowlane wprowadzający osobistą odpowiedzialność osób wykonujących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie. Ponadto wskazał na art. 12 ustawy Prawo budowlane. Uzasadniał, że nie jest zatem tak jak wskazuje Odwołujący, iż np. projektanci na zasadzie koleżeństwa i lojalności wewnątrz organizacji SAFEGE będą wzajemnie ukrywać swoje błędy - błędy w projektowaniu, niedbałość w pełnieniu swoich obowiązków, uchylanie się od nadzoru autorskiego lub niedbałość w tym zakresie stanowi podstawę do odpowiedzialności personalnej tych konkretnych osób. Analogiczne wnioski należy wywieść w stosunku do pozostałych osób zaangażowanych w wykonywanie nadzoru inwestorskiego, których również obowiązuje odpowiedzialność zawodowa za rzetelne wykonywanie swoich obowiązków. Nie sposób zatem uznać, że złożenie oferty w tych uwarunkowaniach jest czynem nieuczciwej konkurencji polegającym na działaniu sprzecznym z dobrymi obyczajami, co miałoby zagrażać interesom Zamawiającego. Zamawiający w SWZ nie wskazał, że wykonawca, który jako podwykonawca w określonym zakresie inwestycji na roboty budowlane nie może brać udziału w niniejszym postępowaniu. Zamawiający w dokumentacji postępowania wskazał jakie warunki muszą spełnić wykonawcy aby skutecznie ubiegać się o udzielenie zamówienia i SAFEGE te wymagania spełnia.

Wykonawca wskazał, że z tych samych względów nie można podzielić stanowiska Odwołującego, iż oferta Uczestnika postępowania podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów prawa - tj. jako sprzeczna z zasadami współżycia społecznego (art. 58 §2 kc). Podniósł, że uzasadnienie zarzutu sprowadza się do ogólnego stwierdzenia naruszenia „zasad współżycia społecznego" bez wskazania konkretnych z nich, które miałaby uzasadniać odrzucenie oferty jako nieważnej na podstawie art. 58 §2 kc. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że zarzut nieważności czynności prawnej z powodu sprzeczności jej treści lub celu z zasadami współżycia społecznego nie może polegać na powołaniu się ogólnie na bliżej nieokreślone zasady współżycia społecznego, lecz wymaga wskazania, jaka konkretna zasada współżycia społecznego została naruszona (por. uzasadnienia wyroków Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2001 r., sygn. akt V CKN 1335/00, Lex nr 52392; z dnia 23 maja 2002 r., sygn. akt IV CKN 1095/00, Lex nr 57209; z dnia 7 maja 2003 r., sygn. akt IV CKN 120/01, Lex nr 141394; z dnia 20 grudnia 2006 r., sygn. akt IV CSK 263/06, Monitor Prawniczy 2007, nr 2, s. 60). Tym samym, nie można uznać, że złożenie oferty przez SAFEGE stanowi została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 uznk czy też, że jej złożenie stanowi naruszenie zasad współżycia społecznego (art. 58 §2 kc).

Odnośnie zarzutu dotyczącego braku posiadania wymaganych zdolności do realizacji zamówienia SAFEGE wskazał, że nie posiada sprzecznych interesów polegających na zaangażowaniu zasobów wykonawcy w inne przedsięwzięcie gospodarcze. Zaangażowanie części zasobów SAFEGE w opracowanie dokumentacji projektowej na rzecz Budimex S.A. nie powoduje, że wykonawca nie ma potencjału ani faktycznych możliwości wykonania niniejszego zamówienia, które obejmuje nie tylko weryfikację dokumentacji projektowej, ale także nadzór nad robotami budowlanymi wykonywanymi przez generalnego wykonawcę. Potencjał SAFEGE umożliwia realizację tych zadań, a personel zaangażowany do realizacji przedmiotowej umowy nie pokrywa się w żaden sposób z personelem, który wykonuje umowę podwykonawczą na rzecz Budimex S.A. Personel SAFEGE skierowany do realizacji tych zadań to inne działy przedsiębiorstwa podlegające pod nadzór innych dyrektorów. Ocena zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy w oparciu o art. 116 ust. 2 ustawy Pzp nie powinna być oderwana od treści sformułowanych warunków udziału w postępowaniu. To oznacza, że skoro w przedmiotowej sprawie personel Inżyniera Kontraktu będzie odmienny od zaangażowanego w wykonanie innego przedsięwzięcia gospodarczego (nie będą to te same osoby), to nie można mówić, że wykonawca SAFEGE nie posiada wymaganych zdolności. Przesłanki wykluczenia i oceny posiadania zasobów należy odnosić do konkretnych zasobów, które są wymagane w postępowaniu oraz potencjału, który wskazuje wykonawca na potwierdzenie spełniania wymagań. Wykonawca SAFEGE przywołał wyrok KIO z dnia 3 lutego 2020 r. sygn. akt: KIO 105/20, wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2019 r. sygn. akt: KIO 1469/19 oraz wyrok KIO z dnia 11 lutego 2020 r. sygn. akt: KIO 148/20.

Wykonawca wskazał, iż sprzeczność interesów, o której mowa w art. 116 ust. 2 ustawy Pzp należy odnosić do konfliktu zaangażowania konkretnego potencjału (w tym przypadku konkretnych osób) w inne równolegle realizowane projekty. Jak było wskazane powyżej, Odwołujący nie wykazał, że SAFEGE nie będzie dysponować odpowiednim personelem zdolnym do wykonania niniejszego zamówienia. Personel zaangażowany do wykonania umowy z Zamawiającym nie będzie pokrywać się z personelem zaangażowanym w sporną inwestycję. SAFEGE wykazał posiadanie niezbędnego personelu do realizacji niniejszego zamówienia publicznego. Nie sposób zatem uznać, że Uczestnik postępowania nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu i powinien podlegać wykluczeniu ze

względu na konflikt z innym przedsięwzięciem gospodarczym.

Odnośnie zarzutu dotyczącego udziału w przygotowaniu postępowania SAFEGE wskazał, że stanowisko Konsorcjum DTŚ jest nieprawidłowe, gdyż sam fakt iż określona część dokumentacji w postaci Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU), która została wytworzona w ramach innego postępowania o udzielenie zamówienia, a jednocześnie została wykorzystana przez Zamawiającego nie oznacza, że SAFEGE podlega wykluczeniu. PFU, którego autorem jest SAFEGE to dokument, który powstał w ramach odrębnego postępowania, którego przedmiotem były roboty budowlane. Zgodnie z art. 103 ust. 2 ustawy Pzp (art. 31 ust. 2 ustawy z 2004 r.) „jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego". Przedmiotem niniejszego postępowania są natomiast usługi polegające na pełnieniu obowiązków Inżyniera Kontraktu wraz ze świadczeniem usług nadzoru inwestorskiego. Dokumentacja PFU ma wyłącznie charakter poglądowy. Okoliczność, że w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Uczestnik postępowania wykonał PFU nie powoduje, że można mówić o braniu udziału w przygotowaniu tego postępowania przetargowego tylko z tego względu, że PFU został dołączony do SWZ jako załącznik. PFU nie powstał na potrzeby przygotowania tego postępowania, a zatem nie można stwierdzić, że SAFEGE był zaangażowany w jego przygotowanie. Innymi słowy, w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie zaktualizowała się przesłanka wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w postaci doradzania lub zaangażowania w przygotowanie postępowania. Doradzanie lub zaangażowanie w przygotowanie postępowania może przybrać różną formę, ale nie może mieć charakteru abstrakcyjnego. Przekazanie przez Zamawiającego dokumentów wytworzonych na potrzeby innego postępowania, którego przedmiotem były roboty budowlane nie oznacza, że udział SAFEGE automatycznie dotyczy tego postępowania. Inna byłaby sytuacja, gdyby wykonawca złożył ofertę w postępowaniu na wykonanie projektu budowlanego/ wykonawczego i jednocześnie był autorem np. koncepcji, która powstała w celu przygotowania postępowania docelowego na wykonanie projektu budowlanego/ wykonawczego. W niniejszej sprawie PFU nie powstało w celu przygotowania postępowania na usługi Inżyniera Kontraktu w związku z czym, brak jest podstaw do uznania, że SAFEGE był zaangażowany w przygotowanie tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia.

SAFEGE wskazał, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że udział SAFEGE w postępowaniu doprowadził do zakłócenia konkurencji oraz nie udowodnił na czym miałaby polegać przewaga Uczestnika postępowania w związku z wcześniejszym wykonaniem PFU. Zarzut sformułowany przez Konsorcjum DTŚ jest ogólnikowy i opiera się na gołosłownych twierdzeniach jakoby udział w przygotowaniu dokumentacji dotyczącej zaprojektowania i wykonania robót budowlanych z automatu powodował przewagę w innym postępowaniu, którego przedmiotem są usługi Inżyniera Kontraktu.

Przystępujący uzasadniał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przekazał wszelką niezbędną dokumentację dotyczącą zamówienia pozwalającą na dokonanie rzetelnej wyceny oferty. Odpowiadał na pytania wykonawców - w pytaniach wykonawców dominował temat warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert a nie naruszenia konkurencji poprzez zaniechanie udostępnienia przez Zamawiającego informacji na temat opisu przedmiotu zamówienia. W każdym przypadku Zamawiający udzielał stosownych, wyczerpujących odpowiedzi i w dużej mierze przychylał się do wniosków wykonawców oraz dokonywał modyfikacji treści SWZ. Pytania nie dotyczyły naruszenia konkurencji, równego traktowania wykonawców lub zasady jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w związku z treścią udostępnionego PFU. Przedłużał termin składania ofert - łącznie od daty publikacji postepowania wykonawcy mieli 45 dni na weryfikację dokumentacji, przygotowanie i złożenie oferty. Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska SAFEGE wskazał na wyrok KIO z dnia 11 września 2020 r. sygn. akt: KIO 1985/20.

Przystępujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu wpłynęło aż 8 ofert, co świadczy o wysokim poziomie konkurencji, a udział SAFEGE w postępowaniu tego faktu nie zmienia. Co więcej, argument Odwołującego o znacznej przewadze Uczestnika postępowania w związku ze znajomością dokumentacji projektowej co miało dać przełożenie na lepsze oszacowanie ceny ofertowej również nie jest zasadny. Należy wskazać, że oferta Konsorcjum DTŚ uplasowała się na drugim miejscu pod względem rankingu cenowego i jest droższa od oferty SAFEGE jedynie o ok. 43.000 zł brutto - różnica pomiędzy ofertami wynosi ok. 4%. Powyższe potwierdza, że nie doszło do zakłócenia konkurencji, a wręcz przeciwnie - ilość złożonych ofert oraz rywalizacja pomiędzy wykonawcami potwierdza, że przedmiotowe postępowanie cechuje się znaczną konkurencyjnością.

Przystępujący wskazał, iż nie sposób również zgodzić się z twierdzeniem, że SAFEGE będzie miał krótszą ścieżkę korespondencyjną jako podwykonawca generalnego wykonawcy. Opis i zasady świadczenia usług są określone w umowie z Zamawiającym

i wykonawca będzie zobowiązany do świadczenia usług w sposób zgodny z warunkami określonymi w dokumentacji postępowania. Twierdzenia w tym zakresie są sformułowane wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego i oparte na nieudowodnionym twierdzeniu o „nadzwyczajnej" pozycji i wiedzy SAFEGE. Twierdzeniom takim przeczy chociażby różnica cenowa pomiędzy ceną oferty SAFEGE a cenę oferty zaproponowaną przez Konsorcjum DTŚ.

Przystępujący podniósł, że Zamawiający w toku postępowania wezwał SAFEGE do udzielenia wyjaśnień a Uczestnik postępowania złożył w dniu 29 września 2021 r. odpowiedź wskazując na brak naruszenia konkurencji. Jeżeli Odwołujący uważa, że w postępowaniu nie powzięto wystarczających środków w celu zachowania konkurencji, to w takiej sytuacji zarzut konkurencyjnego wykonawcy powinien być nakierowany nie tyle na zaistnienie okoliczności udziału innego wykonawcy w przygotowaniu postępowania czy brak zasadności wyjaśnień przedstawionych przez tego wykonawcę, lecz na niewystarczający charakter działań podjętych przez zamawiającego celem wyeliminowania zakłócenia konkurencji (analogicznie KIO w wyroku z dnia 22 marca 2021 r. KIO484/21).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiadają interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 3 listopada 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (Francja) [dalej „SAFEGE"] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 8 listopada 2021 r. po stronie Zamawiającego oraz wykonawcę Sweco Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 8 listopada 2021 r. po stronie Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę wykonawcy SAFEGE wraz z pismem z dnia 29 września 2021 r., a także pismo Zamawiającego z dnia 10 września 2021 r. oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 21 października 2021 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Odwołującego i SAFEGE złożone ustnie oraz pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 22 listopada 2021 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest pełnienie obowiązków Inżyniera Kontraktu wraz ze świadczeniem usług nadzoru inwestorskiego przy realizacji zadania inwestycyjnego pod nazwą: „Budowa zintegrowanego węzła transportowego Grunwaldzka w miejscu przejazdu przez linię kolejową E20".

Zgodnie z zapisami rozdziału V ust. 2 SWZ przedmiotowa usługa ma być świadczona w dwóch etapach:

1) Etap 1 - nadzór nad przygotowaniem przez Generalnego Wykonawcę pełnej

dokumentacji projektowej oraz uzyskanie wszystkich wykonalnych decyzji realizacyjnych

niezbędnych do realizacji zadania inwestycyjnego;

2) Etap 2 - realizacja robót.

W rozdziale V ust. 3 SWZ Zamawiający wskazał też cel świadczenia usługi, jakim jest zarządzanie i sprawowanie nadzoru nad realizacją zadania inwestycyjnego, a w szczególności:

1) pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu zgodnie z Umową oraz warunkami umowy;

2) zarządzania rzeczowo- finansowe, w szczególności kompleksowa obsługa kontaktu w zakresie rozliczania, monitorowania i sprawozdawczości rzeczowo- finansowej;

3) zarządzanie techniczne, w tym w szczególności wykonywanie obowiązków Inspektowa

nadzoru inwestorskiego kontraktu;

4) koordynacja wszystkich działań, mających za zadanie prawidłową realizację umowy, w tym w szczególności koordynacja i nadzór działań Wykonawcy w zakresie współpracy ze stroną kolejową (Spółki z grupy PKP);

5) prowadzenie nadzoru środowiskowego.

Szczegółowy zakres obowiązków Inżyniera Kontraktu został zawarty w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 15 do SWZ) oraz we wzorze umowy (załącznik nr 1 do

SWZ).

Zgodnie z punktem 5 opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 15 do SWZ) zawierającym ogólne obowiązki Inżyniera Kontraktu:

1. Inżynier Kontraktu jest zobowiązany świadczyć Usługę z należytą starannością, zgodnie z najlepszą praktyką zawodową i doświadczeniem oraz w zakresie swojej kompetencji. Inżynier Kontraktu odpowiada za wszystkie podmioty, przy pomocy, których wykonuje zobowiązania wynikające z Umowy;

2. Inżynier Kontraktu jest zobowiązany działać na rzecz Zamawiającego w okresie realizacji Usługi;

3. Inżynier Kontraktu jest zobowiązany do niezwłocznego informowania Zamawiającego o każdej okoliczności, która mogłaby stanowić przeszkodę lub zagrożenie w prawidłowej realizacji Zadania inwestycyjnego wraz z określeniem wpływu na harmonogram i termin zakończenia Umowy na Roboty, nie później jednak niż w terminie 7 dni od wystąpienia takiej okoliczności;

4. Inżynier Kontraktu jest zobowiązany nie angażować się w jakąkolwiek działalność pozostającą w konflikcie z jego zobowiązaniami wobec Zamawiającego wynikającymi

z Umowy;

5. Inżynier Kontraktu oraz wszystkie podmioty, przy pomocy, których wykonuje zobowiązania wynikające z Umowy, zobowiązani są wstrzymać się od wszelkich zachowań sprzecznych z interesem Zamawiającego lub mogących mieć negatywny wpływ na należyte wykonanie

Umowy;

6. Inżynier Kontraktu jest zobowiązany działać w najlepszej wierze w stosunku do Zamawiającego oraz ujawniać Zamawiającemu wszelkie możliwości konfliktu interesów, poprzez bezzwłoczne informowanie Zamawiającego o wszelkich okolicznościach mogących wpłynąć, na jakość świadczonej Usługi.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło 8 wykonawców, w tym Odwołujący i SAFEGE.

W dniu 10 września 2021 r. Zamawiający poinformował SAFEGE o wpływie pisma Odwołującego z dnia 9 września 2021 r. dotyczącego spełnienia podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 85 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Jednocześnie Zamawiający zwrócił się do SAFEGE z prośbą o zajęcie stanowiska w zakresie korespondencji przedstawionej przez konkurenta.

Pismem z dnia 29 września 2021 r. SAFEGE ustosunkował się do przekazanego przez Zamawiającego pisma konkurencyjnego wykonawcy.

W dniu 21 października 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy SAFEGE S.A.S. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 204 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SAFEGE mimo, że oferta tego wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 2 k.c. w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 204 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SAFEGE pomimo tego, że oferta tego wykonawcy, jako sprzeczna z zasadami współżycia społecznego, jest nieważna.

W ocenie Izby oferta wykonawcy SAFEGE została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, przez co podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp.

W myśl art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty oraz proporcjonalny. Z kolei zgodnie z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Stosownie do treści art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W świetle art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis ten stanowi tzw. klauzulę generalną, co też oznacza, że każde działanie mające taki charakter powinno być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Powyższe potwierdza stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 r. sygn. akt: III CKN 271/01, w którym wskazano, iż „Uznanie konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym, przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu szczegółowego, ujętego w ramach Rozdziału 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ("Czyny nieuczciwej konkurencji", art. 5-17) lub deliktu w nim nie ujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 ustawy.” Wskazać należy, iż pojęcie dobrych obyczajów jest klauzulą generalną, która nie posiada legalnej definicji. Dominuje pogląd, że klauzula dobrych obyczajów, podobnie jak klauzula zasad współżycia społecznego, nakazuje dokonać oceny w świetle norm pozaprawnych, przy czym chodzi w tym wypadku o normy moralne i obyczajowe, powszechnie akceptowane albo znajdujące szczególne uznanie w określonej sferze działań, na przykład w obrocie profesjonalnym, w określonej branży, w stosunkach z konsumentem itp. Szczególne znaczenie mają te oceny zachowań podmiotów w świetle dobrych obyczajów, które odwołują się do takich wartości jak: szacunek wobec partnera, uczciwość, szczerość, zaufanie, lojalność, rzetelność i fachowość. Dobre obyczaje należy więc ujmować jako normy obyczajowe, wyznaczające standardy uczciwych i rzetelnych zachowań stron w praktyce kontraktowej (por. wyrok SOKiK z dnia 18 października 2018 r. sygn. akt: XVII AmA 17/16).

Mając na względzie powyższe rozważania prawne wskazać należy, iż w okolicznościach rozpoznawanej sprawy wykonawca SAFEGE, który wykonuje

dokumentację projektową jako podwykonawca generalnego wykonawcy, tj. Budimex S.A. dla zadania inwestycyjnego pod nazwą: „Budowa zintegrowanego węzła transportowego Grunwaldzka w miejscu przejazdu przez linię kolejową E20", będzie działał w warunkach konfliktu interesów, a jego działanie narusza dobre obyczaje, tj. rzetelność, lojalność czy fachowość. Zauważyć należy, iż wykonawca SAFEGE w ramach niniejszego zamówienia publicznego będzie m.in. weryfikował dokumentację projektową, którą wcześniej wykonał. Ten sam podmiot - SAFEGE będzie oceniał jakość robót budowlanych wykonanych przez swojego partnera biznesowego, tj. Budimex S.A. w ramach zadania inwestycyjnego, jak również rozpatrywał roszczenia zgłoszone przez generalnego wykonawcę, w tym wydawał polecenia podmiotowi, na rzecz którego SAFEGE wykonuje określone usługi projektowe w ramach tego samego przedsięwzięcia. W okolicznościach przedmiotowej sprawy mamy zatem do czynienia z połączeniem roli nadzorującego oraz wykonawcy dokumentacji projektowej w ramach jednego podmiotu, podczas gdy pożądaną winna być sytuacja, w której podmiot kontrolujący jest niezależny od podmiotu kontrolowanego, po to aby podmiot kontrolujący mógł działać w warunkach pełnej niezależności, nieskrępowanej relacjami biznesowymi z podmiotem kontrolowanym. Przyjęcie odmiennego stanowiska w ocenie Izby stanowiłoby w istocie zaprzeczenie idei kontroli, polegającej na sprawdzaniu działań czy też zaniechań innego podmiotu i mogłoby prowadzić do wypaczenia wyników kontroli z jednoczesną szkodą dla Zamawiającego. Podkreślić należy, iż powyższe ryzyka dostrzegł sam Zamawiający, który w treści specyfikacji wymagał, od przyszłego wykonawcy zamówienia, by Inżynier Kontraktu nie angażował się w jakąkolwiek działalność pozostającą w konflikcie z jego zobowiązaniami wobec Zamawiającego wynikającymi z umowy, jak również by Inżynier Kontraktu oraz wszystkie podmioty, przy pomocy, których wykonuje zobowiązania wynikające z umowy, powstrzymali się od wszelkich zachowań sprzecznych z interesem Zamawiającego lub mogących mieć negatywny wpływ na należyte wykonanie umowy (pkt 5 opisu przedmiotu zamówienia).

Izba wskazuje, że Inżynier Kontraktu winien działać na rzecz Zamawiającego podczas realizacji niniejszego zamówienia publicznego oraz czuwać nad prawidłowym przebiegiem całej inwestycji. Tymczasem w tych warunkach SAFEGE będzie znajdował się w sytuacji ciągłego konfliktu interesu: z jednej strony będąc powiązanym gospodarczo i finansowo ze swoim partnerem tj. Budimex S.A., z którym współdziała przy realizacji zadania inwestycyjnego, z drugiej zaś strony świadcząc usługi kontroli na rzecz Zamawiającego w ramach, której SAFEGE będzie weryfikował sam siebie w zakresie wykonanej dokumentacji projektowej, jak również poddając ocenie działania czy też zaniechania swojego partnera biznesowego. Takie działanie jest nieuczciwe i przekracza standardy rzetelnych zachowań stron w praktyce kontraktowej. Jednocześnie Izba wskazuje, że Zamawiający dokonując wyboru oferty SAFEGE jako najkorzystniejszej naruszył fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w art. 16 i 17 ustawy Pzp. Wybór oferty SAFEGE - podmiotu zaangażowanego w inne przedsięwzięcie - w tych okolicznościach faktycznych - nie daje gwarancji świadczenia usługi tej samej jakości, która zostałaby osiągnięta w przypadku wyboru oferty wykonawcy niepowiązanego biznesowo z generalnym wykonawcą robót budowalnych. Ponadto niesporne powiązania wykonawcy SAFEGE z generalnym wykonawcą robót budowlanych już na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyłączają możliwość przestrzegania obowiązków nałożonych na Inżyniera Kontraktu w punkcie 5. opisu przedmiotu zamówienia, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Za niewiarygodną i nieprzekonującą Izba uznała argumentację SAFEGE, który podnosił, że personel Wykonawcy zaangażowany w ramach umowy na świadczenie usług Inżyniera kontraktu nie jest zasobem skierowanym do wykonania umowy podwykonawczej zawartej z Budimex S.A. oraz że dział SAFEGE zajmujący się realizacją umowy z Zamawiającym to odrębna jednostka od działu zajmującego się wykonaniem umowy z generalnym wykonawcą, co oznacza, iż mamy do czynienia z dwoma niezależnymi działami oraz z dwoma różnymi ośrodkami decyzyjnymi.

Odnosząc się do powyższego po pierwsze wskazać należy, iż wbrew regule wynikającej z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp nie zostało wykazane przez SAFEGE, iż personel zaangażowany do wykonania przedmiotowego zamówienia publicznego nie będzie pokrywał się z personelem zaangażowanym w zadanie inwestycyjne. Po drugie, nie zostało udowodnione, że dział SAFEGE zajmujący się realizacją umowy z Zamawiającym stanowi odrębną jednostkę od działu zajmującego się wykonaniem umowy z generalnym wykonawcą. Po trzecie, gdyby nawet personel SAFEGE dedykowany do realizacji niniejszego zamówienia publicznego nie pokrywał się z personelem świadczącym usługi na rzecz Budimex S.A., czego nie udowodniono, to nadal mamy do czynienia z dwoma działami tego samego przedsiębiorcy, zarządzanego przez jeden zarząd, realizującego wspólny interes. Osoby te funkcjonują w ramach jednej organizacji, łączą je więzi towarzyskie, koleżeńskie, pozostają pod nadzorem tego samego podmiotu (pracodawcy) dążącego do maksymalizacji zysków w ramach prowadzonej działalności gospodarczej.

Wziąwszy pod rozwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy w ocenie Izby

oferta wykonawcy SAFEGE została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na działaniu sprzecznym z dobrymi obyczajami, zagrażającego lub naruszającego interes Zamawiającego (klienta), przez co podlegała odrzuceniu na podstawie

art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W konsekwencji powyższego stwierdzić należy, iż spełniona została przesłanka odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Z kolei w myśl art. 58 § 2 k.c. nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Jak wynika z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2001 r. sygn. akt: IV CKN 1756/00 „treść zasad współżycia społecznego nie jest zdefiniowana. Przy uwzględnieniu, iż Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji RP z dnia 2.4.1997 r.), należy przyjąć, że odwołanie się do zasad współżycia społecznego oznacza odwołanie się do idei słuszności w prawie i do powszechnie uznawanych wartości w kulturze naszego społeczeństwa. Ujmując rzecz ogólnie, można przyjąć, że przez zasady współżycia społecznego należy rozumieć podstawowe zasady etycznego i uczciwego postępowania.” Ponadto jak wskazano w wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 29 lipca 2014 r. sygn. akt: I ACa 353/14 „Przez zasady współżycia społecznego rozumie się na ogół obowiązujące w stosunkach między ludźmi reguły postępowania, które za podstawę mają uzasadnienie aksjologiczne (ocenne), a nie (prawne). Odwołują się one do powszechnie uznawanych w całym społeczeństwie lub w danej grupie społecznej wartości i ocen właściwego, przyzwoitego, rzetelnego, lojalnego czy uczciwego zachowania. Zasady te obejmują nie tylko reguły moralne, lecz także obyczajowe (por. np. Z. Radwański (w:) System prawa prywatnego, t. 2, 2002, s. 240 i n.; M. Safjan (w:) K. Pietrzykowski, Komentarz, t. I, 2008, s. 327). W wyr. z dnia 2 października 2003 r. SN wyjaśnił, że w relacjach pomiędzy przedsiębiorcami zasady współżycia społecznego należy rozumieć jako zasady rzetelności i lojalności w stosunku do partnera umowy. W innym orzeczeniu SN stwierdził, że ewentualne nadużycie kontraktowe może podlegać weryfikacji na podstawieiKC. W płaszczyźnie stosunków kontraktowych zasady te wyrażają się istnieniem powszechnie akceptowanych reguł przyzwoitego zachowania się wobec kontrahenta. Szczególne znaczenie mają reguły uczciwości i rzetelności tzw. kupieckiej, których należy wymagać od przedsiębiorcy - profesjonalisty na rynku, a mianowicie przestrzegania dobrych obyczajów, zasad uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania czy lojalności i zaufania. Każda ze stron umowy powinna zatem powstrzymać się od wszelkich zachowań, które świadczą o braku respektu dla interesów partnera lub wywołują uszczerbek w tych interesach (wyr. SN z dnia 22 czerwca 2010 r., .”

W ocenie Izby całokształt okoliczności niniejszej sprawy prowadzi do wniosku, że oferowanie przez SAFEGE świadczenia usług nadzoru nad przebiegiem zadania inwestycyjnego, w które wykonawca jest zaangażowany jest moralnie naganne i nie zasługuje na ochronę prawną jako godzące w interes Zamawiającego będącego klientem. Zdaniem Izby działanie wykonawca SAFEGE, w tych okolicznościach faktycznych, narusza reguły uczciwości i lojalności kupieckiej oraz zasady uczciwego obrotu, będące fundamentem w relacjach na linii zamawiający wykonawca. Tym samym oferta SAFEGE jako sprzeczna z zasadami współżycia społecznego jest nieważna i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Na uwzględnienie zasługiwał zarzut naruszenia art. 116 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 204 ustawy Pzp poprzez wybór oferty SAFEGE jako najkorzystniejszej w Postępowaniu w sytuacji, gdy Zamawiający powinien był uznać, że wykonawca ten nie posiada wymaganych zdolności do realizacji zamówienia.

Stosownie do treści art. 116 ust. 2 ustawy Pzp, oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Uwzględniając okoliczności faktyczne szeroko opisane w ramach zarzutu dotyczącego złożenia przez SAFEGE oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji wskazać należy, iż w niniejszej sprawie zachodziła również podstawa do odrzucenia oferty

Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 116 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodzić należy się z Odwołującymi, że ratio legis przepisu art. 116 ust. 2 ustawy Pzp jest ocena zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy rozumianej m. in. jako zdolność do realizacji zamówienia w sposób nieobarczony konfliktem interesów. Tym samym chodzi o obiektywną zdolność do realizacji danego zamówienia publicznego w warunkach wolnych od konfliktu interesów. A zatem okoliczność, iż wykonawca posiada personel wymagany przez zamawiającego nie jest każdorazowo wystarczająca do uznania, że wykonawca posiada wymagane zdolności. Istotne jest również to, aby dany personel mógł wykonywać swoje czynności w sposób nieskrępowany, rzetelny, profesjonalny, czyli właśnie w sytuacji braku konfliktu interesu.

Zdaniem Izby okoliczność, że Przystępujący jest zaangażowany jako podwykonawca w realizację zadania inwestycyjnego wykonywanego przez generalnego wykonawcę robót budowlanych, z którym jest powiązany biznesowo i finansowo, oznacza, że SAFEGE będzie działał w warunkach konfliktu interesów, co z kolei może mieć negatywny wpływ na realizację niniejszego zamówienia publicznego. Ponadto gdyby nawet realizacją obu zamówień zajmował się inny personel - co nie zostało wykazane przez SAFEGE, to osoby te pozostają zrzeszone w ramach jednego podmiotu, a sama usługa jest świadczona przez jednego wykonawcę. Tym samym w sytuacji, gdy dokumentację projektową będzie weryfikował jej autor, ten sam podmiot będzie oceniał jakość robót budowlanych wykonanych przez generalnego wykonawcę robót oraz rozpatrywał roszczenia zgłoszone przez generalnego wykonawcę, nie jest możliwe zachowanie pełnego obiektywizmu w świadczeniu usług na rzecz Zamawiającego. Zatem posiadanie przez SAFEGE sprzecznych interesów może skutkować otrzymaniem przez Zamawiającego oferty niegwarantującej zachowanie najlepszej jakości usług oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, co może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Naturalnym jest, że lepszą jakość świadczonych usług i ich efekty winien zaoferować wykonawca wolny od konfliktu interesów i niepowiązany z generalnym wykonawcą robót, który w sposób nieskrępowany będzie wykonywał swoje obowiązki. Jednocześnie dostrzec trzeba, iż sam Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wymagał od przyszłego wykonawcy zamówienia, by Inżynier Kontraktu nie angażował się w jakąkolwiek działalność pozostającą w konflikcie z jego zobowiązaniami wobec Zamawiającego wynikającymi z umowy, jak również by Inżynier Kontraktu oraz wszystkie podmioty, przy pomocy, których wykonuje zobowiązania wynikające z umowy, powstrzymali się od wszelkich zachowań sprzecznych z interesem Zamawiającego lub mogących mieć negatywny wpływ na należyte wykonanie umowy.

Podsumowując powyższe stwierdzić należy, iż wybór oferty SAFEGE w tych warunkach naruszał także podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w art. 16 i 17 ustawy Pzp. Wobec tego oferta wykonawcy SAFEGE winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 116 ust. 2 ustawy Pzp w zw.

w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 85 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw.

z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 204 ustawy Pzp

poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SAFEGE mimo, że oferta została złożona przez SAFEGE, który to wykonawca powinien był zostać wykluczony z Postępowania, ponieważ doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie Postępowania o udzielenie tego zamówienia, uzyskując przewagę nad innymi wykonawcami, a Zamawiający nie podjął odpowiednich środków w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w Postępowaniu nie zakłóci konkurencji, a zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w Postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r., doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji. Z kolei w myśl ust. 2 ww. przepisu, wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż

przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Jednocześnie stosownie do treści art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jeżeli, w przypadkach, o których mowa w doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp).

Osią sporu w zakresie ww. zarzutu było to, czy wykonawca SAFEGE, który brał udział w przygotowaniu części dokumentacji postępowania (program funkcjonalno - użytkowy) na wybór generalnego wykonawcy robót budowlanych, był jednocześnie zaangażowany w przygotowanie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na okoliczność, iż dokumentacja zamówienia przygotowana przez SAFEGE w ramach zamówienia dotyczącego robót budowlanych była elementem dokumentacji niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia. Powyższa okoliczność - w ocenie Odwołujących - dawała SAFEGE przewagę nad pozostałymi uczestnikami postępowania, co doprowadziło do zakłócenia konkurencji, którego nie można inaczej wyeliminować niż poprzez wykluczenie Wykonawcy z postępowania.

Rozważając całokształt okoliczności niniejszej sprawy Izba doszła do przekonania, że stanowisko prezentowane przez Odwołujących nie zasługiwało na aprobatę. Przede wszystkim podkreślić należy, że okoliczność, iż wykonawca SAFEGE wykonał pewien zakres dokumentacji (programu funkcjonalno - użytkowego) wytworzonej w ramach innego postępowania o udzielenie zamówienia, a która decyzją Zamawiającego została wykorzystana w niniejszym postępowaniu nie przesądza a priori, że SAFEGE był zaangażowany w przygotowanie przedmiotowego postępowania. Takiej okoliczności nie dostrzegł zresztą sam Zamawiający, który w protokole postępowania nie wskazał środków mających na celu zapobieżeniu zakłóceniu uczciwej konkurencji w przypadku, o którym mowa w art. 85 ust. 1 ustawy Pzp (pkt 4 protokołu).

Dalej wskazać należy, iż przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia są usługi polegające na pełnieniu obowiązków Inżyniera Kontraktu wraz ze świadczeniem usług nadzoru inwestorskiego. Z kolei jak wynika z art. 103 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Tym samym program funkcjonalno - użytkowy stanowi opis przedmiotu zamówienia w przypadku robót budowlanych, a nie usług. Zdaniem składu orzekającego słusznie argumentował Przystępujący, że przekazanie przez Zamawiającego w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia dokumentacji wytworzonej przez SAFEGE na potrzeby innego postępowania nie oznacza automatycznego zaangażowania SAFEGE w przygotowanie przedmiotowego zamówienia. Inaczej rzecz biorąc, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie można stwierdzić, że stworzony przez SAFEGE program funkcjonalno - użytkowy powstał w celu przygotowania niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia na usługi Inżyniera Kontraktu, co przekłada się na brak podstaw do uznania, iż Wykonawca był zaangażowany w przygotowanie tego postępowania.

Niezależnie od powyższego dodać należy, że jak wynika z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, przed wykluczeniem wykonawcy z postępowania po stronie zamawiającego leży obowiązek zapewnienia wykonawcy możliwości udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający nie zrealizował powyższego obowiązku. Poinformowanie SAFEGE o wpływie pisma Odwołującego z dnia 9 września 2021 r. połączone z prośbą o ustosunkowanie się do treści zarzutów w nim zawartych nie oznacza, że Zamawiający zrealizował spoczywające na nim obowiązki ustawowe i wezwał Wykonawcę w trybie określonym w ustawie Pzp do możliwości udowodnienia, że zaangażowanie wykonawcy w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie nie zaktualizowała się przesłanka wykluczenia SAFEGE z postępowania, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Tym samym ww. zarzut podlegał oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 7 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 7 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba uwzględniła zarzuty zawarte w punkcie 1, 2 i 3 petitum odwołania oraz oddaliła zarzut zawarty w punkcie 4 petitum odwołania. Z uwagi na rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę oraz ich wagę dla rozstrzygnięcia Izba odstąpiła od rozdzielenia kosztów w sposób, o którym mowa w § 7 ust. 2 pkt 2 w zw. z ust. 3 ww. rozporządzenia. Wobec powyższego Izba zasądziła od Wykonawcy wnoszącego sprzeciw na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....