

WYROK
z dnia 5 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 5 września 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2023 r. przez: **Strabag spółka akcyjna z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasto Elk z siedzibą w Elku, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 4**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych w Elku Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elku, ul. Kolonia 1** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2500/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Strabag spółka akcyjna z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Strabag spółka akcyjna z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Strabag spółka akcyjna z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 na rzecz Gminy Miasto Elk z siedzibą w Elku, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 4 kwotę 3 600 zł. 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t. j. z 2023 r., poz. 1605 z późn. 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:.....

Sygn. akt KIO 2500/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1) ustawy pn. „Budowa ciągu dróg gminnych ulicy Piłsudskiego i ulicy Fieldorfa Niła w Elku” zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych Numer ogłoszenia: ogłoszenie nr 2023/BZP 00134000/01 z dnia 14.03.2023

W dniu 18 sierpnia 2023 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty – wybrana została oferta PRD

W dniu 23 sierpnia 2023 r. odwołanie wniósł Strabag SA z siedzibą w Pruszkowie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 23 sierpnia 2023 r. udzielone przez dwóch prokurentów. Do odwołania dołączono dowód przekazania odwołania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 108 ust. 1 pkt 6) ustawy w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania PRD i odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, w której PRD podlega wykluczeniu z postępowania w związku z faktem wcześniejszego zaangażowania prokurenta PRD w osobie Pana P. L. w przygotowanie postępowania przez wykonanie przez Pana P. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Projektowa „Drogownictwo” L. P. (dalej: „P. L.”) dokumentacji projektowej postępowania, które to zaangażowanie zakłóciło konkurencję i nie może być wyeliminowane w inny sposób jak w drodze wykluczenia PRD;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PRD, a w konsekwencji jej wybór jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której oferta ta podlega odrzuceniu, gdyż została złożona przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania w związku z wystąpieniem podstawy wykluczenia opisanej w treści art. 108 ust. 1 pkt 6) ustawy;

3) art. 85 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy przez zaniechanie przez zamawiającego podjęcia na etapie

poprzedzającym wybór najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu odpowiednich środków w celu zagwarantowania, że udział PRD ze względu na wcześniejsze zaangażowanie jego prokurenta - P. L. nie zakłóci konkurencji, a w szczególności wezwania PRD do udowodnienia, że ww. okoliczność nie zakłóci konkurencji w Postępowaniu i w dalszej kolejności wykluczenia tego wykonawcy;

4)art. 16 pkt 1 i 2 ustawy przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty PRD, które podlega wykluczeniu, a przez to nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji, przez co też postępowanie straciło walor przejrzystości.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez PRD, jako oferty najkorzystniejszej,
- 2.podjęcie środków przewidzianych przepisem art. 85 ust. 1 i 2 ustawy i wezwanie PRD do udowodnienia, że zaangażowanie PRD w przygotowanie postępowania za pośrednictwem wykonania P. L. dokumentacji projektowej postępowania nie zakłóca konkurencji;
- 3.powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w Postępowaniu,
- 4.wykluczenie PRD z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie oferty tego wykonawcy,
- 5.dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Niezależnie od powyższego odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania oraz przedstawionych na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy w złożeniu odwołania. Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, a złożona przez niego oferta została sklasyfikowana na miejscu drugim miejscu w rankingu złożonych ofert. Prawidłowa ocena ofert powinna prowadzić jednak do odrzucenia oferty złożonej przez PRD, sklasyfikowanej przed ofertą odwołującego. W rezultacie oferta odwołującego powinna zostać sklasyfikowana na miejscu pierwszym. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego i odrzucenia oferty PRD, za najkorzystniejszą zostałaby uznana oferta odwołującego. Wskutek naruszenia wskazanych przepisów ustawy przez zamawiającego, odwołujący pozbawiony został możliwości wykonania zamówienia, pomimo że złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu. Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że objęte odwołaniem czynności zamawiającego prowadzą do poniesienia szkody przez odwołującego, polegającej na uniemożliwieniu odwołującemu, w sposób niezgodny z prawem, uzyskania zamówienia.

Dokumentacja projektowa Inwestycji została opracowana przez Pana P. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Projektowa „Drogownictwo” L. P. (nr NIP: 8481551550).

Dowód:

Dokumentacja projektowa (w aktach postępowania)

Wydruk z CEIDG dot. P. L.

W dniu 18.08.2023 r. zamawiający poinformował, że dokonał wyboru oferty PRD, jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

P. L., czyli projektant dokumentacji Inwestycji, jest zaangażowany w działalność PRD i co najmniej od grudnia 2020 r. pozostaje prokurentem tego wykonawcy. Pomimo tego faktu zamawiający w toku postępowania nie podjął żadnych działań w celu zagwarantowania, że udział ww. wykonawcy nie zakłóci konkurencji. W szczególności zamawiający nie wdrożył procedury przewidzianej w art. 85 ust. 2 ustawy wzywając PRD do udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania w drodze wykonania dokumentacji projektowej przez prokurenta tego wykonawcy nie zakłóci konkurencji.

Dowód:

Wydruk z KRS dot. PRD

Protokół postępowania (w aktach postępowania)

Uzasadnienie zarzutów nr 1 i 2 - zaangażowanie wykonawcy w przygotowanie postępowania jako podstawa wykluczenia.

W Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”) zamawiający przewidział jedynie obligatoryjne przesłanki wykluczenia wskazane w art. 108 ust. 1 ustawy. W pkt X SWZ zamawiający wskazał, że nie przewiduje wykluczenia na podstawie którejkolwiek z przesłanek zawartych w art. 109 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 6) ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, 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 16.02.2007 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.

Art. 85 ust. 1 ustawy stanowi zaś, że jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, 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.

„Przesłanka wykluczenia wykonawcy z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy ma na celu wyeliminowanie niebezpieczeństwa, że wykonawca, który wcześniej doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, na skutek pozyskanej w ten sposób wiedzy złoży korzystniejszą ofertę w postępowaniu bądź wywrze wpływ na warunki zamówienia. Bez znaczenia pozostaje zakres i stopień zaangażowania wykonawcy w przygotowanie postępowania, jeżeli tylko w jego wyniku wykonawca może uzyskać przewagę konkurencyjną. Takie zaangażowanie wykonawcy musi ostatecznie spowodować zakłócenie konkurencji w postępowaniu”.

Warto zwrócić uwagę, że ww. przepisy ustawy stanowią implementację do polskiego porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. f) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zgodnie z którym instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji: jeżeli zakłócenie konkurencji wynikające z wcześniejszego udziału wykonawców w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 41, nie może zostać wyeliminowane za pomocą mniej inwazyjnych środków. Zgodnie zaś z art. 41 ww. dyrektywy: jeżeli kandydat, oferent lub przedsiębiorstwo powiązane z kandydatem lub oferentem doradzają instytucji zamawiającej - niezależnie od tego, czy odbywa się to w kontekście art. 40, czy nie - lub w inny sposób są zaangażowane w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, instytucja zamawiająca podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział danego kandydata lub oferenta nie zakłóca konkurencji.

Na gruncie ww. dyrektywy o zaangażowaniu w proces przygotowania postępowania można mówić nie tylko w odniesieniu do samego wykonawcy (tj. kandydata, czy oferenta), lecz również przedsiębiorstwa z nim powiązanego (przy czym dyrektywa nie zawiera w tym względzie definicji legalnej przedsiębiorstwa powiązanego).

Trafnie dostrzega się w literaturze, że „w odróżnieniu od prawa polskiego, wprost wymienia się w katalogu osób zaangażowanych w przygotowanie postępowania również osoby prawne i nie ogranicza się powiązań z wykonawcą wyłącznie do innych umów o świadczenie usług. Nie ulega wątpliwości, że intencją ustawodawcy unijnego było jak najszerze wyeliminowanie konsultacji pomiędzy wykonawcami wewnątrz rynku i stąd dążenie do wystąpienia domniemania zakłócenia konkurencji zawsze, gdy wykonawca lub podmiot z nim powiązany był zaangażowany w przygotowanie postępowania. Z powyższego można wywnioskować, że domniemanie o zakłóceniu konkurencji w postępowaniu występuje zawsze, przy każdej formie udziału wykonawcy w przygotowaniu postępowania, obejmującej również podmioty trzecie, podwykonawców, współpracowników. Przy czym, wystąpienie tego domniemania nie wyłącza obowiązku zamawiającego w badaniu, czy zakłócenie konkurencji rzeczywiście wystąpiło.

W takiej sytuacji wydaje się, że ograniczanie przepisów art. 85 i 108 ust. 1 pkt 6) ustawy jedynie do wykonawcy i podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, stanowiłoby nieprawidłową wykładnię i pozostawało w sprzeczności z regulacjami unijnymi. Zawężająca wykładnia przytoczonych regulacji ustawy w zakresie przesłanki podmiotowej (wykonawca lub podmiot pozostający z nim w grupie kapitałowej) umożliwiłaby stosunkowo proste obejście prawa z wykorzystaniem swoistej luki wpływając negatywnie na zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania w szczególności w sytuacji, gdy w danym postępowaniu zamawiający nie przewiduje wykluczenia na podstawie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 6) ustawy, jak ma to miejsce w tym postępowaniu.

Aby lepiej zrozumieć problem wspomnianej luki odwołując się przykładem: członkowie zarządu spółki X zawierają umowę spółki cywilnej i w ramach niej przygotowują dokumentację projektową na wykonanie zadania A. Następnie spółka X (z tymi samymi członkami zarządu) bierze udział w przetargu na realizację zadania A i tenże przetarg wygrywa. W sytuacji wyłączenia w przetargu na realizację zadania A fakultatywnej podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 6) ustawy i zawężającej wykładni art. 108 ust. 1 pkt 6) i 85 ustawy pomimo, że członkowie zarządu X znacząco byli zaangażowani w proces przygotowania postępowania i dysponują wiedzą uzyskaną w ramach tego procesu, X nie byłby traktowany jako zaangażowany i posiadający przewagę względem konkurencji. Trudno wyobrazić zaś sobie, że członkowie zarządu X wiedzy i danych uzyskanych i opracowanych na etapie przygotowania dokumentacji projektowej dla zadania A nie wykorzystają przy w prowadzeniu spraw spółki X - czym w tym przypadku będzie przygotowanie oferty w przetargu na realizację zadania A. Wszak są oni zobowiązani na gruncie choćby przepisów ksh do jak najlepszego prowadzenia spraw spółki X i ponoszą w tym względzie odpowiedzialność.

Powracając na grunt tej sprawy odwołujący nie przeczy, że PRD nie było autorem dokumentacji projektowej Inwestycji. Nie można jednak w tej sprawie abstrahować od związku, który łączy PRD i P. L. i sprowadza się do pełnienia przez tego ostatniego funkcji prokurenta w PRD jednocześnie będąc podmiotem odpowiedzialnym za dokumentację projektową Inwestycji.

W tym względzie istotna jest zależność jaka istnieje pomiędzy PRD i P. L., która wynika z faktu udzielenia prokury. Doktryna cywilistyczna wyjaśnia, że: „prokura stanowi szczególny rodzaj pełnomocnictwa (...) usytuowanie przepisów art. 1091 i n. KC oraz wyraźne określenie prokury w komentowanym przepisie jako pełnomocnictwa przesądza o tym, że mechanizm przypisywania mocodawcy skutków działania prokurenta - zgodnie z przyjętą polską doktryną teorią reprezentacji - jest taki sam, jak w przypadku innych rodzajów przedstawicielstwa (zastępstwa bezpośredniego; zob. przykładowo: orz. SN z 23.1.1936 r., IIC 2085/35, OSP 1937, poz. 351; wyr. SN z 30.4.1997 r., II UKN 82/97, OSNP 1998 Nr 7, poz. 217 oraz komentarz do art. 95, Nb 9-13). Prokurent składa wprawdzie własne oświadczenie woli, ale dzięki posiadanej kompetencji (umocowaniu) dokonuje czynności w imieniu i na rzecz mocodawcy. Czynność prawna zdziałana przez prokurenta w zakresie umocowania wywiera zatem bezpośrednie skutki w sferze prawnej mocodawcy. Prokurent w ramach swojej funkcji zobowiązany jest przekazywać na zewnątrz wolę mocodawcy (dysponenta) i reprezentować przedsiębiorcę w stosunkach prawnych z podmiotami trzecimi, tym samym jego obowiązkiem jest działanie na korzyść przedsiębiorcy. Ów stosunek szczególnego pełnomocnictwa stanowi więc powiązanie pomiędzy prokurentem, a przedsiębiorcą, z którym może wiązać się obowiązek podejmowania danych czynności, a więc stosunkiem zależności.

Odwołujący nie przesądza kwestii istnienia i treści stosunku podstawowego pomiędzy PRD, a P. L., niemniej w jego ocenie fakt istnienia takiej prokury samoistnie obliguje prokurenta, by podejmowane w imieniu i na rzecz przedsiębiorcy czynności wiązały się z korzyścią dla tego ostatniego. W świetle uczynionych powyżej wywodów dotyczących przepisów ustawy na gruncie tego postępowania uzasadniony jest wniosek, że PRD za pośrednictwem swojego prokurenta było zaangażowane w przygotowanie postępowania, a przynajmniej takie zaangażowanie miało miejsce w odniesieniu do podmiotu, który jest powiązany z PRD.

W orzecznictwie Izby wskazuje się, że przygotowanie dokumentacji projektowej może znacząco wpływać na realizację zamówienia, a jej opracowanie rzutować na przygotowanie postępowania i złożone przez wykonawców ofert, co w dalszej kolejności może zakłócać konkurencję. Wynika to choćby z faktu, że autor dokumentacji projektowej składającej się na opis przedmiotu zamówienia może mieć informacje dające mu przewagę nad innymi wykonawcami, konkurującymi o zamówienie w postępowaniu opartym na wspomnianej dokumentacji.

Odwołujący uważa, że fakt pozostawiania przez P. L. - wykonawcy dokumentacji projektowej w relacji prokury z PRD (co stanowi o zaangażowaniu wykonawcy w proces przygotowania postępowania) stanowi o zakłóceniu konkurencji. Wszak nie ulega wątpliwości w świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego, że dysponowanie w ramach swojej kadry przez PRD osobą, która wykonywała dokumentację projektową postępowania daje istotną przewagę rynkową nad pozostałymi konkurentami przez możliwość konsultowania chociażby rozwiązań lub technologii zamiennych, w stosunku do tych, które przewidziane są wspomnianą dokumentacją. Co więcej, PRD posiada istotną przewagę w zakresie kalkulacji ryzyk związanych z realizacją robót, które każdy z wykonawców musi oszacować biorąc pod uwagę, że Inwestycja ma być realizowana w zamian za wynagrodzenie ryczałtowe. Innymi słowy, PRD nie musi zakładać hipotetycznych ryzyk, gdyż je już zna, a przynajmniej mogło znać korzystając z wiedzy prokurenta. Jednocześnie PRD ma możliwość już na etapie złożenia oferty zoptymalizować koszty realizacji zamówienia, posiadając wiedzę, że autor dokumentacji zgodzi się na zmiany w toku realizacji, co jest kolejnym wyrazem przewagi konkurencyjnej PRD.

W przypadku gdyby okazało się, że po stronie P. L. pozostały także autorskie prawa majątkowe, PRD uzyskałoby dalszą przewagę nad konkurencją wykorzystując rozwiązania projektowe nie przewidziane w dokumentacji i uzyskując na to zgodę od swojego prokurenta.

Reasumując, odwołujący uważa, że w odniesieniu do PRD (na skutek zaangażowania prokurenta tego wykonawcy w proces przygotowania dokumentacji projektowej Inwestycji w Postępowaniu) zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 85 ust. 1 i 2. Zakłócenie konkurencji ze względu na opisane we wcześniejszych fragmentach okoliczności jest na tyle znaczące, że nie może być wyeliminowane inaczej niż w drodze wykluczenia tego wykonawcy. Z tego względu PRD winno zostać wykluczone na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6) ustawy (po wcześniejszym wezwaniu zamawiającego stosownie do art. 85 ust. 2 ustawy), a jego oferta odrzucona.

Uzasadnienie zarzutu nr 3 - zaniechanie czynności zamawiającego w celu przeciwdziałania zakłóceniu konkurencji.

Niezależnie od zarzutów związanych z wykluczeniem PRD i odrzuceniem oferty tego wykonawcy, odwołujący w ramach zarzutu nr 3 zaskarżył zaniechanie podjęcia przez zamawiającego czynności przewidzianych w art. 85 ust. 1 i 2 ustawy, gwarantujących zachowanie konkurencji w postępowaniu.

W poprzednim fragmencie tego pisma odwołujący wskazał na okoliczności wyczerpujące dyspozycje art. 85 ust. 1 ustawy, które determinowały po stronie zamawiającego konieczność podjęcia odpowiednich środków eliminujących

zakłócenie konkurencji, względnie gwarantujących, że udział PRD w postępowaniu nie zakłóci konkurencji.

Z protokołu z postępowania wynika, że zamawiający żadnych takich czynności nie podejmował.

Dowód:

Protokół z postępowania (w aktach postępowania)

Zamawiający nie wzywał więc również wykonawcy do udowodnienia stosownie do art. 85 ust. 2 ustawy, że jego zaangażowanie za pośrednictwem P. L. w przygotowanie postępowania nie zakłóci konkurencji. Tymczasem w sytuacji uczestniczenia w postępowaniu wykonawcy zaangażowanego wcześniej w przygotowanie postępowania, zamawiający ma obowiązek podjąć działania w celu zagwarantowania braku zakłócenia konkurencji.

Zaniechanie tych czynności w ocenie odwołującego nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy. Konsekwencją tego jest dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, która powinna zostać odrzucona.

Brak podjęcia tego rodzaju czynności w ocenie odwołującego skutkuje tym, że zamawiający nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wszystkich wykonawców (de facto aprobując uprzywilejowaną pozycję wykonawcy), a zarazem uchybił zasadzie przejrzystości postępowania.

Nadto, odwołujący podnosi, że ze względu na stopień zakłócenia konkurencji w postępowaniu, zamawiający winien był przede wszystkim wezwać PRD do udowodnienia, że zaangażowanie w przygotowanie postępowania nie zakłóca konkurencji.

Uzasadnienie zarzutu nr 4.

W świetle argumentów przedstawionych w poprzednich fragmentach odwołania, postępowanie, które zakończyło się wyborem oferty PRD nie może być uznanej jako przeprowadzone z dochowaniem reguł uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości. Ocena, a następnie wybór oferty PRD nastąpiły w oderwaniu od okoliczności, że prokurent tego wykonawcy był bezpośrednio zaangażowany w przygotowanie dokumentacji projektowej do postępowania, co stawia PRD w pozycji uprzywilejowanej względem pozostałych wykonawców.

Powyższa sytuacja wynika nie tylko z samej przewagi PRD, ale również z zaniechań zamawiającego, który nie zidentyfikował należyte okoliczności wcześniejszego zaangażowania wykonawcy w proces przygotowania postępowania (za pośrednictwem prokurenta) i nie podjął wymaganych przepisami ustawy działań gwarantujących zachowanie konkurencji.

W dniu 25 sierpnia 2023 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 28 sierpnia 2023 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych w Elku Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elku, ul. Kolonia 1 wnosząc o oddalenie odwołania. Przedsiębiorstwo Robót Drogowych w Elku Sp. z o.o. ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Gmina Miasto Elk, ul. Marsz. J. Piłsudskiego 4, 19-300 Elk, albowiem interes Przedsiębiorstwo Robót Drogowych w Elku Sp. z o.o. wynika z faktu iż zamawiający dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej jego oferty. interes przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego wynika z faktu, iż zamawiający dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej jego oferty, a odrzucił ofertę odwołującego. Odwołujący jest więc bezpośrednio zainteresowany utrzymaniem w mocy ww. czynności oraz uważa, że są one prawidłowe. Ewentualne uwzględnienie odwołania przez KIO miałoby bezpośredni i negatywny wpływ na sytuację przystępującego – tj. uniemożliwiłoby przystępującemu realizację przedmiotu zamówienia publicznego, a tym samym uzyskanie z tego tytułu wynagrodzenia. Podniesione w odwołaniu zarzuty są niezasadne zarówno z prawnego, jak i faktycznego punktu widzenia – tym samym nie mogą stanowić podstawy dla uwzględnienia wniosków odwołującego. Nie sposób jest podzielić stanowiska odwołującego, iż już samo przygotowanie dokumentacji projektowej przez Pracownię Projektową „DROGOWNICTWO” P. L., będącego od grudnia 2020 r. prokurentem PRD w Elku Sp. z o.o., którego ofert została wybrana jako najkorzystniejsza, rodzi domniemanie, że w postępowaniu doszło do zakłócenia konkurencji. Zgodnie z dyspozycją art. 85 ust. 1 ustawy zamawiający w przypadku zaangażowania wykonawcy w przygotowanie postępowania podejmuje odpowiednie środki mające na celu wyeliminowanie zakłócenia konkurencji. W tym postępowaniu zamawiający przewidział termin składania ofert dłuższy niż wymagany ustawą w art. 283.

Ponadto, zamawiający udostępnił wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu przygotowaną m.in. przez Pana P. L., dokumentację projektową. Nie ulega zatem wątpliwości, że zamawiający dołożył należytej staranności aby wyeliminować czynniki, które mogłyby mieć wpływ na zakłócenie konkurencji w postępowaniu. W celu wykazania, że podjęte środki były niewystarczające odwołujący powinien co najmniej uprawdopodobnić, że pomimo ich zastosowania Pan P. L. jako prokurent PRD w Elku Sp. z o.o. był w posiadaniu informacji dodatkowych, powodujących że przystępujący uzyskał przewagę nad innymi wykonawcami w procesie składania oferty, czego odwołujący nie wykazał. Przystępujący zauważył, że dokumentacja projektowa została wykonana na podstawie umowy 12/ZI/2015 z dnia 27.04.2015 r. zawartej z Gminą Miasto Elk w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr sprawy O-ZP.271.13.2015.

Dokumentację projektową zmieniono w zakresie przebudowy sieci energetycznych SN i NN na podstawie umowy

5/ZI/2022 z dnia 05.04.2022 r. zawartej z Gminą Miasto Elk. Przedmiotowa dokumentacja powstała zatem zanim Pan P. L. stał się prokurentem PRD w Elku Sp. z o.o.

Jak wynika z informacji KRS PRD w Elku Sp. z o.o., Pan P. L. pozostaje prokurentem

dopiero od grudnia 2020 r. Dodatkowo zaznaczył, że odwołujący nie kwestionował prawidłowości postępowania zamawiającego we wcześniejszych przetargach, tj. w których oferta PRD w Elku Sp. z o.o. została wybrana jako najkorzystniejsza, tj. w 2021 r. PRD w Elku Sp. z o.o. wygrała przetarg na Przebudowę drogi powiatowej nr 1925N na odc. Szarejki - Nowa Wieś Elcka - etap I. Dokumentację projektową wykonała Pracownia Projektowa "DROGOWNICTWO" L. P.. Odwołujący nie wnosił wówczas odwołania. Podobnie, w 2022 r. PRD w Elku Sp. z o.o. wygrała przetarg na Przebudowę drogi powiatowej nr 1859N na odcinku Królowa Wola - Woszczule. Dokumentację projektową wykonała Pracownia Projektowa "DROGOWNICTWO" L. P.. Odwołujący również wtedy nie wnosł żadnych zastrzeżeń dotyczących przedmiotowego postępowania. Przystępujący zwrócił uwagę, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 października 2021 r., KIO 2640/21, że "Przygotowanie dokumentacji stanowiącej opis przedmiotu zamówienia zawsze będzie wiązało się ze znajomością po stronie tworzącej takie dokumenty pewnych założeń i przyjęciu określonych rozwiązań. Nie powoduje to jeszcze uzyskania przewagi nad innymi wykonawcami, którzy z zastosowanymi rozwiązaniami mogli zapoznać się na etapie ogłoszonego postępowania".

Zgłoszenie zostało wniesione przez prezesa zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom.

W dniu 4 września 2023 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

1. oddalenie odwołania,

2. zasądzenie od odwołującego się na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego wedle norm przepisanych.

1) zarzut naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 6) ustawy w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy w zw. art. 16 pkt 1) ustawy przez zaniechanie wykluczenia z Postępowania PRD i odrzucenia oferty tego Wykonawcy w sytuacji, w której PRD podlega wykluczeniu z Postępowania w związku z faktem wcześniejszego zaangażowania prokurenta PRD w osobie Pana P. L. w przygotowanie Postępowania poprzez wykonanie przez Pana P. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Projektowa „Drogownictwo” L. P. (dalej: „P. L.”) dokumentacji projektowej Postępowania, które to zaangażowanie zakłóciło konkurencję i nie może być wyeliminowane w inny sposób jak w drodze wykluczenia PRD.

Odpowiedź:

Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej „PZP”) ust. 1 art. 85 odwołuje się do definicji grupy kapitałowej z pkt 14) art 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którą przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Odwołując się do powyższej definicji, nie można stwierdzić, że Przedsiębiorca Pracownia Projektowa „DROGOWNICTWO” L. P. (dalej „P. L.”) i Przedsiębiorstw Robót Drogowych w Elku Sp. z o. o. (dalej „PRD”) należą do tej samej grupy kapitałowej. Z wypisu z Krajowego Rejestru Sądowego PRD wynika wprost, że PRD nie należy do grupy kapitałowej z żadnym przedsiębiorcą.

Projekt budowlany na „Budowę ulicy płk. Witolda Pileckiego oraz drogi 3KZ i 5 KDL w Elku wraz z infrastrukturą” (który w całości stanowił załącznik do Specyfikacji Warunków Zamówienia przedmiotowego postępowania) został wykonany przez Pana P. L., który jest niezależnym przedsiębiorcą. Pan P. L. wykonywał projekt na podstawie zawartej umowy z dnia 27.04.2015 roku, zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. W roku 2022 zlecono dla P. L. wykonanie projektu zamiennego na ograniczenie przebudowy sieci energetycznych (związku z charakterem projektu zamiennego, wykonywany był przez osobę z uprawnieniami branżowymi, a nie samego Pana P. L.) W czasie zawarcia umowy, jak i jej wykonywania Pan P. L. nie był prokurentem w PRD. Pan P. L. został wpisany jako prokurent w PRD dopiero w dniu 30.12.2020 roku.

Odwołujący podnosi również, że gdyby okazało się, że po stronie P. L. pozostały także autorskie prawa majątkowe, PRD uzyskałoby dalszą przewagę nad konkurencją wykorzystując rozwiązania projektowe nie przewidziane w dokumentacji i uzyskując na to zgodę od swojego prokurenta. Dywagacja ta jest niezasadna, albowiem zamawiający, w zawartej umowie z Panem P. L. na wykonanie projektu, zastrzegł przeniesienie całości autorskich praw majątkowych do przedmiotu zamówienia, oraz prawo własności do nośników na których je utrwalono, oraz wykonawca (P. L.) zgodził się na wykonywanie przez zamawiającego autorskich praw zależnych.

Zamawiający zwrócił także uwagę, iż sytuacja o której mowa w art. 85 ust. 1 ustawy zachodzi, gdy wykonawca albo podmiot należący do tej samej grupy kapitałowej doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia. Wybrany wykonawca PRD ani Pan P. L., nie uczestniczyli na żadnym etapie przygotowania Specyfikacji Warunków Zamówienia na BUDOWĘ CIĄGU DRÓG GMINNYCH ULICY PILECKIEJ I ULICY FIELDORFA NILA W ELKU.

Według zamawiającego nadmiernym jest uznanie, że wykonanie projektu na podstawie umowy zawartej w roku 2015. jest czynnością bezpośrednio związana z przygotowaniem przedmiotowego postępowania, ogłoszonego w roku 2023. Abstrahując od powyższego, gdyby nawet przyjąć stanowisko odwołującego, zamawiający zwrócił uwagę, że art. 85 ust. 1 mówi, że 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.

Wykonawca nie uzyskał żadnych istotnych informacji w związku z wykonaniem usługi projektowania przez P. L., ponadto zamawiający dochował wszelkich starań aby prowadzone przedmiotowe postępowanie było przeprowadzone z zachowaniem przejrzystości i uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Powyższe w postępowaniu przejawia się następującymi elementami:

- ogłoszenie o zamówieniu zostało ogłoszone w dniu 14.03.2023 roku oraz w tym samym dniu, na stronie prowadzonego postępowania (ezamowienia.gov.pl), została opublikowana Specyfikacja Warunków Zamówienia wraz ze wszystkimi załącznikami, w tym projektem budowlanym;

- otwarcie ofert nastąpiło w dniu 08.08.2023 r. - wykonawcy na zapoznanie się z dokumentacją przetargową, w tym projektem budowlanym i przygotowanie oferty mieli 146 dni;

- w trakcie postępowania wpływały do zamawiającego pytania o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, w tym także od odwołującego, na które zgodnie z przepisami ustawy wykonawcy, w tym odwołujący, otrzymali odpowiedzi opublikowane na stronie prowadzonego postępowania;

- w prowadzonym postępowaniu do upływu terminu składania ofert wpłynęło 6 ofert.

Nie bez znaczenia jest fakt, że postępowanie, którego przedmiotem zamówienia była BUDOWA CIĄGU DRÓG GMINNYCH ULICY PILECKIEGO I ULICY FIELDORFA NILA W EŁKU, było wcześniej ogłaszane dwukrotnie, tj.:

- w dniu 25.04.2022 r., Ogłoszenie o zamówieniu nr 2022/BZP 00133715/01, Identyfikator postępowania (ezamowienia.gov.pl): ocds-148610-9534b186-c47c-11ec-b879-9a86e5ac3946

- w dniu 15.06.2022 r., Ogłoszenie o zamówieniu nr 2022/BZP 00210038/01, Identyfikator postępowania (ezamowienia.gov.pl): ocds-148610-d7560e57-ec76-11ec-9a86-f6f4c648a056

Wyżej wymienione postępowania zostały unieważnione ze względu na to, że ceny oferty przewyższyły posiadane przez zamawiającego środki finansowe. W powyższych dwóch postępowaniach odwołujący składał oferty, w związku z czym posiadał pełną wiedzę na temat przedmiotu zamówienia, w tym znał projekt budowlany co najmniej od roku 2022.

3)zarzut naruszenia art. 85 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy przez zaniechanie przez zamawiającego podjęcia na etapie poprzedzającym wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu odpowiednich środków w celu zagwarantowania, iż udział PRD ze względu na wcześniejsze zaangażowanie jego prokurenta - P. L. nie zakłóci konkurencji, a w szczególności wezwania PRD do udowodnienia, że ww. okoliczność nie zakłóci konkurencji w Postępowaniu i w dalszej kolejności wykluczenia tego Wykonawcy;

4)naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty PRD, które podlega wykluczeniu, a przez to nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji, przez co też postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odpowiedź:

Twierdzenie odwołującego, że zamawiający nie wdrożył procedury przewidzianej w art. 85 ust. 2 ustawy jest niezasadne, ponieważ zamawiający, jak opisał powyżej, zachował wszelkie zasady uczciwej konkurencji we wcześniejszych swoich działaniach, w tym w trakcie prowadzonego postępowania (m.in. przekazywanie informacji - Specyfikacja Warunków Zamówienia wraz pełną dokumentacją projektową, odpowiedź na pytania - wszystkim wykonawcom na równych zasadach oraz wyznaczył odpowiednio długi czas na składanie ofert) i tym samym nie był zobowiązany do przeprowadzenia procedury o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy.

Powyższe działania, jako zapobiegające zakłóceniu konkurencji potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.02.2022 r. (KIO 241/22), w którym czytamy:

„W sytuacji uczestniczenia w postępowaniu wykonawcy zaangażowanego wcześniej w przygotowanie postępowania, zamawiający ma obowiązek podjąć działania w celu zagwarantowania braku zakłócenia konkurencji. Przy czym zarówno w przepisach Prawa Zamówień Publicznych, jak i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, jako właściwe dla osiągnięcia tego celu wymienia się w szczególności: przekazywanie pozostałym wykonawcom istotnych informacji znanych już wykonawcy zaangażowanemu w przygotowanie postępowania oraz wyznaczenie odpowiedniego terminu składania ofert.

Powyższe potwierdza także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.09.2020 r. (KIO 2129/20), w którym czytamy:

„Działania, mające na celu wyeliminowanie zakłócenia konkurencji mogą zostać podjęte uprzednio przez samego

zamawiającego np. przez przekazanie na równych zasadach wszystkim potencjalnym wykonawcom takich samych informacji, które posiada podmiot biorący udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bądź następnie przez wykonawcę przez wykazanie, że jego udział nie zakłóci konkurencji. W sytuacji, gdy zamawiający na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokonał działań, mających na celu zniwelowanie zakłócenia konkurencji, wykonawca zostaje zwolniony z konieczności samodzielnego podejmowania działań w tym zakresie

Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22.10.2018 r. (KIO 2038/18),

„Skoro obiektywnie istnieje możliwość złożenia oferty w sposób przewidziany przepisami prawa zamówień publicznych przez więcej niż jednego wykonawcę, to znaczy iż nie nastąpiło zakłócenie konkurencji.”

Pomimo tego, że zamawiający uważa, że P. L. nie uczestniczył w czynnościach przygotowania przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego to i tak w związku z powyższym, nie może być mowy o tym, że w przedmiotowym postępowaniu dochodzi do zakłócenia uczciwej konkurencji oraz zachodzi przesłanka wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 6) ustawy w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy w zw. art. 16 pkt 1) ustawy, w odniesieniu do wykonawcy PRD.

2) zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PRD, a w konsekwencji jej wybór jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której oferta ta podlega odrzuceniu, gdyż została złożona przez Wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania w związku z wystąpieniem podstawy wykluczenia opisanej w treści art. 108 ust. 1 pkt 6) ustawy;

oraz 4) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty PRD, które podlega wykluczeniu, a przez to nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji, przez co też postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odpowiedź

Zarzuty naruszenia, które podnosi Odwołujący w pkt 2) i 4), są niezasadne. Zamawiający w punkcie 1) wykazał, że wykonawca PRD nie podlegał wykluczeniu a jego oferta nie podlegała odrzuceniu, tym samym wybór oferty PRD nie naruszył zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a postępowanie prowadzone było w sposób przejrzysty.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła jako dowody dokumenty zamówienia tj. SWZ wraz z załącznikami, pytania, wyjaśnienia i modyfikację treści SWZ w odpowiedzi na pytania wykonawców, informacji z otwarcia ofert, odpisu w KRS Przedsiębiorstwa Robót Drogowych w Elku spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, informacji udostępnionych w drodze dostępu do informacji publicznej, informacji o wyniku postępowania, protokołu postępowania oświadczeń P. L. i G. K.ma.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Z umowy nr 12/ZI/2015 z 27 kwietnia 2015 r. wynika, że zamawiający zawarł z P. L. przedsiębiorcą prowadzącym działającym pod firmą Pracownia Projektowa „Drogownictwo” umowę o prace projektowe.

Przedmiotem zamówienia jest opracowanie projektu budowy ul. Pileckiego oraz drogi łączącej ulicę Kolonia z przejazdem przez obwodnicę miasta Elku o długości łącznie ok. 804 mb.

W obszarze objętym projektem obowiązuje miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego „Elk - Obwodnica północna”.

W granicach pasa drogowego zaprojektować należy:

- jezdnię z chodnikami i ścieżką rowerową,
- kanalizację deszczową,
- kanalizację sanitarną,
- wodociąg,
- oświetlenie uliczne,
- kanalizację teletechniczną (bez oprze wodowania),
- zieleń.

Projekt drogowy oraz oświetleniowy wykonać zgodnie z warunkami wydanymi przez Wydział Mienia Komunalnego - pismo MK-D.7234.19,2015 z dnia 3.02.2015.

Projekt wodociągu oraz projekt kanalizacji sanitarnej wykonać należy zgodnie z warunkami wydanymi przez PWiK Sp. z o.o. w Elku-pismo DT/2233/04/01/15 z dnia 29.01.2015 r. Zasilanie energetyczne linii oświetlenia wykonać zgodnie z warunkami wydanymi przez PGE Rejon Energetyczny Elk - pismo RE4-4/94/2015/1501 z dnia 11.02.2015 r.

Kanalizację teletechniczną zaprojektować należy zgodnie z „Warunkami do projektowania i wykonania kanalizacji teletechnicznej w ul. Pileckiego w Elku”.

Projektant zobowiązany będzie do uzyskania pozytywnej opinii Zespołu Opiniującego Projekty Inwestycyjne działającego przy Urzędzie Miasta Elku, jak również wszystkich uzgodnień, pozwoleń i decyzji administracyjnych niezbędnych do zrealizowania budowy, w tym również decyzji pozwolenia na budowę.

W opracowanym projekcie wykonawca uwzględni włączenie ul. Pileckiego i ul. 3KZ i 5.KD-L do ul. Kolonia zgodnie z opracowanym projektem przebudowy ul. Kolonia.

W związku z tym, iż dokumentacja wykorzystana zostanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych, Wykonawca zobowiązany jest wykonać tę dokumentację zgodnie z wymogami, o których mowa w art. 29 i 30 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907z póź zm.), pod rygorem

poniesienia konsekwencji finansowych z tytułu ewentualnych korekt finansowych nałożonych przez instytucje współfinansujące, w wysokości nałożonych korekt finansowych, w przypadku dofinansowania inwestycji ze środków zewnętrznych.

W ramach opracowania wykonawca dostarczy:

- 1)mapę do celów projektowych,
- 2)badania geotechniczne posadowienia obiektu,
- 3)projekt zagospodarowania terenu
- 4)projekt drogowy
- 5)projekt kanalizacji deszczowej
- 6)projekt wodociągu i kanalizacji sanitarnej
- 7)projekt kanalizacji teletechnicznej
- 8)projekt oświetlenia
- 9)projekt przebudowy urządzeń kolidujących (w przypadku wystąpienia kolizji z sieciami elektroenergetycznymi, których właścicielem jest PGE dokumentację na usunięcie tych kolizji należy wykonać w odrębnym opracowaniu)
- 10)projekt zieleni
- 11)projekt stałej organizacji ruchu
- 12)Szczegółową Specyfikację Techniczną
- 13)przedmiar robót
- 14)kosztorys inwestorski
- 15)Zbiornicze Zestawienie Kosztów
- 16)pozwolenie na budowę

Projekty należy opracować w 6 egz., SST, przedmiar, kosztorys w 2 egz. oraz w wersji elektronicznej.

Przeniesienie praw autorskich §5

1.Z chwilą podpisania przez strony protokołu, o którym mowa w § 4 ust. 1, Wykonawca przenosi na Zamawiającego całość autorskich praw majątkowych do przedmiotu zamówienia, oraz prawo własności nośników na których je utrwalono .Wykonawca zgadza się na wykonywanie przez Zamawiającego autorskich praw zależnych.

2.Zamawiający uprawniony jest w szczególności do:

- 1)powielania przedmiotu umowy lub jej części dowolną techniką,
- 2)publicznego wykonywania lub odtwarzania przedmiotu umowy,
- 3)wprowadzania przedmiotu umowy do pamięci komputera,
- 4)wykorzystywania przedmiotu umowy w sieci Internet lub innych sieciach komputerowych,
- 5)wystawiania i wyświetlania przedmiotu umowy,
- 6)wykorzystywania przedmiotu umowy w innych postępowaniach związanych z wykonywaniem projektowanego przedsięwzięcia inwestycyjnego , w szczególności poprzez włączenie przedmiotu umowy lub jej części do specyfikacji istotnych warunków umowy oraz udostępnienia przedmiotu umowy lub jej części wszystkim zainteresowanym wykonaniem przedmiotowej inwestycji;
- 7)udostępniania przedmiotu umowy osobom trzecim w celu wykonania przez nie nadzoru nad wykonywaniem prac realizowanych na podstawie tych projektów,
- 8)wykonania na jej podstawie, samodzielnie lub zlecając innemu podmiotowi prac projektowych i wykonawczych.

Z umowy nr 5/ZI/2022 z dnia 5 kwietnia 2022 r. zawartej przez zamawiającego z P. L. - przedsiębiorcą działającym pod firmą Pracownia Projektowa "Drogownictwo" 1.

Przedmiotem zamówienia jest opracowanie projektu zamiennego na ograniczenie przebudowy sieci energetycznych Sn i nn w rejonie ulic Witolda Pileckiego i Fieldorfa Nila w Ełku wg projektu „Budowa ul. płk Witolda Pileckiego oraz drogi 3KZ i 5KDL w Ełku wraz z infrastrukturą.

Zgodnie z Protokołem konieczności z dnia 31.03.2022 r. Zamawiający rezygnuje z wykonania kontenerowej stacji transformatorowej, montażu 3 słupów linii Sn, ogranicza budowę linii kablowej Sn o ok. 1500 mb i linii nn o ok. 300 mb. W miejsce kontenerowej stacji transformatorowej montaż słupowej stacji transformatorowej.

Zakres zamówienia obejmuje opracowanie:

-projektu zamiennego w zakresie przebudowy kolidujących linii napowietrznych

- Szczegółowej Specyfikacji Technicznej Wykonania i odbioru Robót Budowlanych,
- przedmiaru robót
- kosztorysu inwestorskiego.

Projekt należy uzgodnić z PGE oraz uzyskać zmianę decyzji pozwolenia na budowę w zakresie przebudowy kolidujących linii napowietrznych.

Dokumentację należy sporządzić w wersji papierowej w 5 egzemplarzach, SST, przedmiar i kosztorys w 3 egz. oraz w wersji elektronicznej (wersja edytowalna i wersja pdf) na trwałym nośniku cyfrowym.

W związku z tym, iż dokumentacja wykorzystana zostanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych, Wykonawca zobowiązany jest wykonać tę dokumentację zgodnie z wymogami, o których mowa w art. 99 - 103 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm), pod rygorem poniesienia konsekwencji finansowych (w pełnych wysokościach) z tytułu ewentualnych korekt finansowych, nałożonych na zamawiającego przez instytucje współfinansujące.

Przeniesienie praw autorskich §5

1. Z chwilą podpisania przez strony protokołu, o którym mowa w § 4 ust. 1, Wykonawca przenosi na Zamawiającego całość autorskich praw majątkowych do przedmiotu zamówienia, oraz prawo własności nośników na których je utrwalono. Wykonawca zgadza się na wykonywanie przez Zamawiającego autorskich praw zależnych.

2. Zamawiający uprawniony jest w szczególności do:

- 1) powielania przedmiotu umowy lub jej części dowolną techniką,
- 2) publicznego wykonywania lub odtwarzania przedmiotu umowy,
- 3) wprowadzania przedmiotu umowy do pamięci komputera,
- 4) wykorzystywania przedmiotu umowy w sieci Internet lub innych sieciach komputerowych,
- 5) wystawiania i wyświetlania przedmiotu umowy,
- 6) wykorzystywania przedmiotu umowy w innych postępowaniach związanych z wykonywaniem projektowanego przedsięwzięcia inwestycyjnego, w szczególności poprzez włączenie przedmiotu umowy lub jej części do specyfikacji istotnych warunków umowy oraz udostępnienia przedmiotu umowy lub jej części wszystkim zainteresowanym wykonaniem przedmiotowej inwestycji;
- 7) udostępniania przedmiotu umowy osobom trzecim w celu wykonania przez nie nadzoru nad wykonywaniem prac realizowanych na podstawie tych projektów,
- 8) wykonania na jej podstawie, samodzielnie lub zlecając innemu podmiotowi prac projektowych i wykonawczych.

Projekt zagospodarowania terenu opracowała Pracownia Projektowa „DROGOWNICTWO” L. P.

Projektant :

branża drogowa mgr inż. P. L. nr upr. WAM/0045/POOD/09

Projektant :

branża sanitarna mgr inż. C. W. nr upr. WAM/0070/PWOS/12

Projektant :

branża elektryczna mgr inż. M. R. nr upr. WAM/0024/PBE/19

Elk, październik 2019 r.

Informacja Dotycząca Bezpieczeństwa i Ochrony Zdrowia

Sporządził: mgr inż. P. L. ul. Tuwima 1/10 19-300 Elk

Projekt architektoniczno--budowlany branża drogowa mgr inż. P. L. we współpracy z mgr inż. A. W. październik 2019 r.

Projekt architektoniczno--budowlany projekt stałej organizacji ruchu mgr inż. P. L. we współpracy z mgr inż. A. W. czerwiec 2017

Szczegółowe Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych branża drogowa mgr inż. P. L. we współpracy z mgr inż. A. W. lipiec 2017

Szczegółowe Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych kanalizacja deszczowa i kanalizacja sanitarna – brak informacji o osobie opracowującej

Szczegółowa Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych branża elektryczna opracował M. R. kwiecień 2019

Projekty sieci kanalizacji deszczowej, sanitarnej i wodociągowej oraz branży elektrycznej sporządzili mgr inż. C. W. nr upr. WAM/0070/PWOS/12 - listopad 2017 i mgr inż. M. R. nr upr. WAM/0024/PBE/19 oświetlenie październik 2019 przebudowa linii napowietrznych kwiecień 2022 z Pracowni Projektowej „DROGOWNICTWO” L. P.

Przedmiary robót branża drogowa Nila i branża drogowa Pileckiego opracował Zespół Inwestycji sp. z o.o. przedmiary kanalizacji deszczowej, oświetlenia ulicznego, robót teletechnicznych nie zawierają danych pozwalających na ustalenie, kto je opracował, przedmiar przebudowa linii napowietrznych opracował R. R..

Ustalenia wartości szacunkowej zamówienia dokonał W. W..

SWZ zatwierdził A. U.

SWZ Rozdział XVI Sposób i termin składania ofert

2. Termin składania ofert

Oferty należy składać do dnia 12.04.2023 r. do godz. 09:00.

XXI . Sposób obliczenia ceny

1. Cena oferty uwzględnia wszystkie zobowiązania, musi być podana w PLN cyfrowo i słownie, i jest ona ryczałtowa.
2. Cena musi być podana do dwóch miejsc po przecinku.
3. Cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia w tym podatki.
4. Cena może być tylko jedna.

XXII . Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów, i sposobu oceny ofert

1. Kryteria oceny ofert

Wybór oferty dokonany zostanie na podstawie niżej przedstawionych kryteriów (nazwa kryterium, waga, sposób punktowania):

Cena 60

Gwarancja 40

Z wzoru umowy wynika:

Przedmiot i termin wykonania umowy § 1

1. Przedmiotem zamówienia jest budowa ulicy płk Witolda Pileckiego i ulicy Fieldorfa Nila w Elku. Zadanie otrzymało dofinansowanie z Rządowego Funduszu Rozwoju Dróg. W ramach budowy ulic mają zostać wykonane nowe nawierzchnie jezdni bitumicznych, chodników, wjazdów i miejsc postojowych z kostki brukowej betonowej gr. 8 cm oraz ścieżki rowerowej o nawierzchni bitumicznej koloru czerwonego. Łączna długość ulic do wybudowania to ok. 723 mb, w tym ulica Pileckiego ok. 331,5 mb i ulica Nila ok. 391,5 mb. W ramach zadania ma zostać wybudowana kanalizacja deszczowa, oświetlenie uliczne w technologii LED, kanalizacja teletechniczna a także przebudowa urządzeń kolidujących z inwestycją (kolizje PGE). Na wybudowanym obiekcie należy wykonać oznakowanie pionowe i poziome.

1.1 Zakres zamówienia obejmuje:

I. Opracowanie i zatwierdzenie projektu czasowej organizacji ruchu na czas budowy. Wykonanie i utrzymanie dróg dojazdowych i objazdowych na czas budowy oraz po wykonaniu wszystkich robót doprowadzenie terenu przyległego do stanu pierwotnego.

II. Wykonanie robót budowlanych na podstawie dokumentacji projektowej, w tym m.in.:

1. (...)

Uwaga: 1.1. W związku ze zmianą zakresu przebudowy kolizji z siecią elektroenergetyczną, wszystkie kolizje przebudowy sieci elektroenergetycznych uwidocznione w Projekcie budowlanym – projekt zagospodarowania należy traktować jako nieaktualne. Zakres przebudowy kolizji sieci elektroenergetycznych przedstawia projekt zamienny.

1.2. Ulica Pileckiego została wybudowana w okresie wcześniejszym na odcinku od km 0+000 do km 0+050 w zakresie jezdni bitumicznej, zjazdów, chodnika (zlokalizowanego po stronie prawej na tym odcinku), oświetlenia ulicznego (3 latarnie), pozostałe roboty do wykonania zgodnie z dokumentacją projektową.

(...)1. 3. Roboty branży sanitarnej: Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Projekt wykonawczy oraz SST. W zakres prac do wykonania wchodzi rozbudowa sieci kanalizacji deszczowej z przykanalikami w obszarze ulicy Pileckiego oraz ulicy Fieldorfa Nila w Elku, zgodnie z dokumentacją projektową pn. „Budowa ulicy płk. Witolda Pileckiego oraz drogi 3KZ i 5KDLw Elku wraz z infrastrukturą – branża sanitarna”:

3.1. SIEĆ KANALIZACJI DESZCZOWEJ (...) Uwaga! Część sieci została już wykonana na odcinku Di1-D02 wraz z przykanalikiem i wpustem W1 – wyłączono z realizacji (zgodnie z załącznikiem graficznym).

3.2. SIEĆ KANALIZACJI SANITARNEJ WRAZ Z PRZYŁĄCZAMI – Wyłączono z zakresu prac dla Wykonawcy (zgodnie z załącznikiem graficznym). Uwaga! Sieć ks jest obecnie w trakcie budowy przez Użytkownika PWiK Elk a tok jej realizacji wygląda następująco:

- Odcinek S08-Si1 wraz z przyłączami jest już wykonany;
- Odcinki sieci S9-S11, S08-S14, S13-S28
- do wykonania przez Użytkownika w trakcie kontraktu;
- Odcinki S15-S19 oraz S15-S24 wraz z pompownią ścieków - nie są przewidziane do realizacji.

3.3 SIEĆ WODOCIĄGOWA WRAZ Z PRZYŁĄCZAMI – Wyłączono z zakresu prac dla Wykonawcy (zgodnie z załącznikiem graficznym).

Uwaga! Sieć wodociągowa jest obecnie w trakcie budowy przez Użytkownika PWiK Elk a tok jej realizacji wygląda następująco: - Odcinek W03-W05-W07 wraz z przyłączami i hydrantami jest już wykonany; - Odcinki sieci W05-Hp05, W04-Hp04 - do wykonania przez Użytkownika w trakcie kontraktu. Ze względu na konieczną deniwelację terenu oraz

powiązanie prac elektroenergetycznych, Użytkownik PWiK Elk zamierza wykonać ww prace montażowe w trakcie trwania kontaktu i sfinansować je ze środków własnych. Wykonawca musi przewidzieć podczas realizacji kontraktu, że prace zarezerwowane dla użytkownika muszą być przez niego prowadzone równolegle z tokiem budowy i uwzględni je w harmonogramie. Wykonawca udostępni zatem teren budowy w zakresie możliwym do zrealizowania prac przez użytkownika sieci wod-kan i będzie z nim na bieżąco koordynował działania.

Zamawiający dopuszcza zastosowanie rur PVC SN12 dla wszystkich średnic rur kanalizacji deszczowej. Wymagania szczegółowe dot. materiału PVC zgodne z parametrami w dokumentacji projektowej.

Zamawiający dopuszcza zastosowanie studni betonowych zamiennie dla studni GRP dla kanalizacji deszczowej. Wymagania szczegółowe dot. materiału studni bet.: beton min. C35/45/W8/F150, dennica monolityczna z kinetą o wys. 2/3 i przejściami szczelnymi, kręgi łączone na zamek z uszczelką wyposażone w systemowe stopnie złazowe w otulinie, zwieńczenie zwężką o nośności min. 300kN. Jednocześnie wymaga się przy ich zamianie, aby studnie nr: D03,D04,D08,D10,D11 miały średnicę wewn. min. 1500mm, a pozostałe min. 1200mm.

III. Wykonanie dokumentacji powykonawczej w 2 egzemplarzach, w tym między innymi:

Szczegółowy zakres robót do wykonania przedstawiają projekty budowlane oraz projekty techniczne dołączone do SWZ.

2. Wykonawca przedmiot umowy wykona na podstawie: a) dokumentacji projektowej, SSTWiOR b) Specyfikacji Warunków Zamówienia c) oferty cenowej Wykonawcy Dokumenty będące częściami umowy traktuje się jako wzajemnie wyjaśniające i w przypadku rozbieżności powinny być czytane i interpretowane w kolejności ustanowionej powyżej.

Zmiana umowy § 11

2. Na podstawie art. 455 ust.1. pkt. 1 ustawy Pzp, Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmian
12

postanowień zawartej Umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy oraz określa warunki tych zmian:

2.1 Zamawiający dopuszcza zmianę sposobu wykonania przedmiotu zawartej umowy w przypadku modyfikacji przedmiotu zamówienia w związku z wystąpieniem robót nieprzewidzianych a koniecznych do wykonania w celu prawidłowej realizacji robót, robót dodatkowych lub zamiennych, których nie można było przewidzieć przed zawarciem umowy, wprowadzonych na wniosek Zamawiającego.

2.2 Zmianę terminu wykonania umowy dopuszcza się w przypadku:

a) wystąpienia robót nieprzewidzianych, dodatkowych lub zamiennych, koniecznych do wykonania prawidłowej realizacji robót,

b) postojów spowodowanych koniecznością usuwania nieumyślnych uszkodzeń istniejących urządzeń, nie oznakowanych w dokumentacji projektowej,

2.5 Strony dopuszczają zmianę wysokości wynagrodzenia w przypadku wystąpienia robót nieprzewidzianych, dodatkowych lub zamiennych, koniecznych do wykonania prawidłowej realizacji robót

Zapytania do treści SWZ kierowali następujący wykonawcy: Unibep, Instalator, PDM, Strabag, Prosystem.

Wyjaśnienia i modyfikacje SWZ na pytania wykonawców z 4-7 kwietnia 2023 r.

5 w punkcie XV I (Sposób oraz termin składania ofert), podpunkt 2 (Termin składania ofert) otrzymuje następujące brzmienie:

„Oferty należy składać do dnia 08.08.2023 r. do godz. 09:00”

Odpowiedzi na pytania wykonawców udzielał M. H..

W dniu 8 sierpnia 2023 r. zamawiający poinformował:

Zamawiający informuje, że:

1.Kwota przeznaczona na realizację zamówienia to: 8 499 361,40 PLN brutto.

2.Otwarto oferty złożone przez następujących Wykonawców:

a. KAPIBARA Sp. z o.o. Sp. k. (Kapibara), ul. Floriana 7, 44-190 Knurów, cena: 9 225 000,00 PLN, gwarancja: 60 miesięcy.

b. UNIBEP SPÓŁKA AKCYJNA, ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski, cena: 9 609 228,42 PLN, gwarancja: 60 miesięcy.

c. WNORTEX SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ (WNORTEX), ul. Spółdzielcza 1 lokal H, 1 Dywity, cena: 8 445 600,79 PLN, gwarancja: 60 miesięcy.

d. Transport Ciężarowy K. W. (TCW.), Wieniawskiego 6, 19-400 Olecko, cena: 10 420 000,00 PLN, gwarancja: 60 miesięcy.

e. STRABAG Sp. z o.o. (STRABAG), Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, cena: 7 459 329,29 PLN, gwarancja: 60 miesięcy.

f. Przedsiębiorstwo Robót Drogowych w Elku Sp. z o.o., ul. Kolonia 1, 19-300 Elk, cena: 7 071 363,07 PLN, gwarancja: 60 miesięcy.

W dniu 18 sierpnia 2023 r. zamawiający poinformował o wyborze Przedsiębiorstwa Robót Drogowych w Elku spółka z

ograniczoną odpowiedzialnością jako najkorzystniejszej. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

Z KRS - Numer KRS: 0000177259 dla Przedsiębiorstwa Robót Drogowych w Elku spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wynika, że prokurentem samoistnym jest P. L..

Informacje z protokołu postępowania:

Osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania lub osoby mogące wpłynąć na wynik postępowania, w tym osoby wykonujące czynności związane z przygotowaniem postępowania

(jeżeli czynności związane z przeprowadzeniem postępowania lub czynności związane z przygotowaniem postępowania zostały powierzone osobie trzeciej lub jednemu z zamawiających wspólnie udzielających zamówienia - oprócz imion i nazwisk osób faktycznie wykonujących czynności należy również podać nazwę albo imię i nazwisko osoby trzeciej lub nazwę zamawiającego, jeżeli osoby wykonujące czynności w postępowaniu reprezentują zamawiających innych niż wskazany jako prowadzący postępowanie)

A. Osoby wykonujące czynności w postępowaniu:

1. Kierownik zamawiającego (imię i nazwisko, imiona i nazwiska osób wchodzących w skład organu)

T. A.

☐ wykonuje/wykonują czynności w postępowaniu i złożył/złożyli oświadczenia określone w art. 56 ust. 4 ustawy

X nie wykonuje/nie wykonują czynności w postępowaniu i przekazał/przekazali upoważnienie do dokonania następujących czynności w postępowaniu:

wszystkie czynności (podać zakres czynności)

Pani/Panu A. U., M. H.

(imię i nazwisko pracownika zamawiającego, któremu kierownik zamawiającego powierzył wykonanie zastrzeżonych dla siebie czynności w postępowaniu)

Pracownik zamawiającego, któremu kierownik zamawiającego powierzył wykonanie zastrzeżonych dla siebie czynności w postępowaniu, złożył oświadczenia określone w art. 56 ust. 4 ustawy.

2. Komisja przetargowa:

X została powołana w dniu 24 grudnia 2020 r. na podstawie Zarządzenia nr 676.2020 Prezydenta Miasta Elku z dnia 24 grudnia 2020 r. w sprawie powołania komisji przetargowej oraz nadania regulaminu pracy komisji.

(załączyć odpowiedni dokument)

w składzie:

1)M. R. - przewodniczący,

2)S. S. - sekretarz,

3)C. W. - członek,

4)H. B. - członek,

5)M. D. - członek,

6)W. W. - członek.

Członkowie komisji złożyli oświadczenia określone w art. 56 ust. 4 ustawy.

3.Biegli:

☐ zostali powołani (imiona i nazwiska biegłych):

Biegli złożyli oświadczenia określone w art. 56 ust. 4 ustawy.

X nie zostali powołani

4.Inne osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania:

(wskazać osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania, inne niż określone w pkt 1-3, oraz podać zakres czynności)

Inne osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania złożyły oświadczenia określone w art. 56 ust. 4 ustawy.

B. Osoby mogące wpłynąć na wynik postępowania:

(wskazać osoby mogące wpłynąć na wynik postępowania, w tym osoby wykonujące czynności związane z przygotowaniem postępowania, należy wskazać osoby, które faktycznie dokonywały dane czynności oraz podać zakres tych czynności)

Z. P. sprawdzenie umowy pod względem formalno-prawnym

M. S.pracownik Biura Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Elku,

uczestniczy m.in. w otwarciu ofert

(imię i nazwisko)(czynność w postępowaniu)

Osoby mogące wpłynąć na wynik postępowania, w tym osoby wykonujące czynności związane z przygotowaniem postępowania, złożyły oświadczenia określone w art. 56 ust. 4 ustawy.

C. Osoby udzielające zamówienia

(imię i nazwisko)(stanowisko)

Osoby udzielające zamówienia złożyły oświadczenia określone w art. 56 ust. 4 ustawy.

D. Informacje o istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 56 ust. 2 ustawy, oraz - jeżeli dotyczy - o podjętych w związku z tym środkach zaradczych.

E. Informacje o istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 56 ust. 3 ustawy, oraz - jeżeli dotyczy - o podjętych w związku z tym środkach zaradczych.

Z oświadczenia podpisanego przez P. L. wynika, że dokumentacja projektowa została przez niego opracowana na podstawie umowy z dnia 27 kwietnia 2015 r. Oświadczył, że nie uczestniczył w przygotowaniu oferty przez w/w Spółkę, nie przekazywał osobom zajmującym się przygotowaniem oferty żadnych informacji posiadanych przez niego w związku z przygotowywaniem dokumentacji na potrzeby danego postępowania, nie doradzał i nie konsultował tej oferty.

Z oświadczenia podpisanego przez G. K. wynika, że wspólnie z M. S. uczestniczyła w przygotowaniu oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Drogowych w Elku sp. z o.o. Przygotowana oferta nie była na żadnym etapie konsultowana z P. L.. Pan L. nie uczestniczył w przygotowywaniu oferty przez w/w Spółkę, nie przekazywał osobom zajmującym się przygotowaniem oferty żadnych informacji posiadanych przez niego w związku z przygotowywaniem dokumentacji na potrzeby danego postępowania, nie doradzał i nie konsultował tej oferty.

Na podstawie tych ustaleń Izba ustaliła, że ze zgromadzonego materiału bezspornie wynika, że Pracownia Projektowa Drogownictwo prowadzona przez P. L. była zaangażowana w opracowanie dokumentacji projektowej oraz Specyfikacji technicznych w okresie od kwietnia 2015 do kwietnia 2022. Jak można bowiem ustalić na podstawie dokumentacji zamówienia umowa o prace projektowe została zawarta z P. L. w 2015, projekty i specyfikacje były wykonywane na przestrzeni czerwca 2017 do października 2019 natomiast co do projektu zamiennego przebudowy linii napowietrznych to umowa również była zawarta z P. L., a projekt i przedmiar oraz specyfikację techniczną wykonano w 2022 r. Izba ustaliła także, że niektóre dokumenty, jak dwa przedmiary branży drogowej wykonywał inny podmiot niż P. L. czyli Zespół Inwestycji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. W przygotowywaniu wniosku o wszczęcie postępowania, szacowaniu wartości szacunkowej zamówienia, opracowaniu SWZ oraz w udzielanych wyjaśnieniach do treści SWZ uczestniczyły osoby wymienione w protokole postępowania działające w imieniu zamawiającego. Zamawiający przekazał posiadaną przez siebie dokumentację projektową, przedmiarową, graficzne załączniki obrazujące zmiany zaszłe od momentu opracowania dokumentacji projektowej, pisma i opinie przez niego pozyskane. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia podał informacje o zmianie zakresu przedmiotu zamówienia zaistniałej w stosunku do dokumentacji projektowej, uwzględnił roboty już wykonane, czy dopuścił możliwości zastosowania rozwiązań zamiennych. Zamawiający udzielał odpowiedzi na pytania wykonawców, a także przedłużało termin składania ofert, który ostatecznie wyniósł, aż 146 dni. Biorąc pod uwagę, że spośród wykonawców zadających pytania byli wykonawcy, którzy nie złożyli oferty Instalator, PDM, Prosystem, a wśród wykonawców, którzy złożyli oferty byli wykonawcy, którzy nie składali pytań do SWZ – Wnortex, Transport Ciężarowy K. W., Kapibara, to Izba nie mogła ustalić jaki wpływ na możliwość sporządzenia oferty miały wyjaśnienia zamawiającego. Nie mniej jednak należało ustalić, że możliwe było złożenie ważnej oferty przez wykonawców, którzy nie zadawali pytań do SWZ i w przypadku jednego z tych wykonawców zaoferowana przez niego cena była bardzo zbliżona do wartości przeznaczonej przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, co oznacza, że ten wykonawca nie miał trudności w zidentyfikowaniu przedmiotu zamówienia i rozpoznaniu ryzyk.

Izba ustaliła, że P. L. przeniósł majątkowe prawa autorskie i zależne do dokumentacji projektowej podstawowej i zamiennie także w zakresie wykorzystywania przedmiotu umowy w innych postępowaniach związanych z wykonywaniem projektowanego przedsięwzięcia inwestycyjnego, w szczególności poprzez włączenie przedmiotu umowy lub jej części do specyfikacji istotnych warunków umowy oraz udostępnienia przedmiotu umowy lub jej części wszystkim zainteresowanym wykonaniem przedmiotowej inwestycji; udostępniania przedmiotu umowy osobom trzecim w celu wykonania przez nie nadzoru nad wykonywaniem prac realizowanych na podstawie tych projektów, wykonania na jej podstawie, samodzielnie lub zlecając innemu podmiotowi prac projektowych i wykonawczych. Z żadnej z umów dotyczących dokumentacji projektowej nie wynika, że P. L. miał obowiązek pełnienia nadzoru autorskiego w przypadku wykonawstwa robót budowlanych na podstawie opracowanej przez niego dokumentacji, nie zobowiązywał się także do uczestniczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych w zakresie czy to opracowania opisu przedmiotu zamówienia, ustalenia warunków udziału w postępowaniu, czy kryteriów oceny ofert, udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców, czy w charakterze biegłego. Zamawiający zaś we wzorze umowy na wykonanie robót budowlanych przewidział możliwość wykonania robót nieprzewidzianych dokumentacją, dodatkowych lub/i zamiennych, z możliwością przedłużenia czasu realizacji umowy, a także za dodatkowym wynagrodzeniem. Pomędzy stronami nie było sporu, że PRD w Elku spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i P. L. nie stanowią grupy kapitałowej w rozumieniu art. 4 ust. 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, sporna zaś była wykładnia tego

pojęcia na gruncie art. 85 ust. 1 i art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525 ust. 1 – 3 ustawy.

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek określonych w art. 528 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 108 ust. 1 pkt 6) ustawy w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy w zw. art. 16 pkt 1) ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania PRD i odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, w której PRD podlega wykluczeniu z postępowania w związku z faktem wcześniejszego zaangażowania prokurenta PRD w osobie Pana P. L. w przygotowanie postępowania przez wykonanie przez Pana P. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Projektowa „Drogownictwo” L. P. (dalej: „P. L.”) dokumentacji projektowej postępowania, które to zaangażowanie zakłóciło konkurencję i nie może być wyeliminowane w inny sposób jak w drodze wykluczenia PRD

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty PRD, a w konsekwencji jej wybór jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której oferta ta podlega odrzuceniu, gdyż została złożona przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania w związku z wystąpieniem podstawy wykluczenia opisanej w treści art. 108 ust. 1 pkt 6) ustawy

Zarzut zostały rozpoznane łącznie z uwagi na jednorodną podstawę faktyczną obu zarzutów i oba nie zasługują na uwzględnienie. Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, 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.

Z kolei, zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy 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. poz. 275), 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. Odwołując się do definicji grupy kapitałowej wskazanej w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, to zgodnie z art. 4 pkt 14 tej ustawy przez grupą kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę.

Natomiast zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wywodził, że rozumienie grupy kapitałowej należy wyklądać z uwzględnieniem prounijnej wykładni prawa i odwoływał się do art. 41 dyrektywy 2014/24/UE, który stanowi, że Jeżeli kandydat, oferent lub przedsiębiorstwo powiązane z kandydatem lub oferentem doradzają instytucji zamawiającej – niezależnie od tego, czy odbywa się to w kontekście art. 40, czy nie – lub w inny sposób są zaangażowane w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, instytucja zamawiająca podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział danego kandydata lub oferenta nie zakłóca konkurencji.

Wspomniane środki obejmują przekazywanie pozostałym kandydatom lub oferentom istotnych informacji wymienianych w ramach lub w wyniku zaangażowania kandydata lub oferenta w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia oraz wyznaczanie odpowiednich terminów składania ofert. Danego kandydata lub oferenta wyklucza się z udziału w postępowaniu wyłącznie w przypadku, gdy nie ma innego sposobu zapewnienia zgodności z obowiązkiem przestrzegania zasady równego traktowania.

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

Odwołujący wskazywał, że nie ma definicji przedsiębiorstwa powiązanego. Jednak nie należy zapominać, że prawo europejskie charakteryzuje się duży przywiązaniem do rozumienia pojęć ew. jego obszarze funkcjonujących. Zatem nie można tracić z pola widzenia, że na unijne prawo pierwotne składa się również orzecznictwo TSUE, które omówiło znaczenie przedsiębiorstwa powiązanego. Zgodnie z nim, "przedsiębiorstwo powiązane oznacza przedsiębiorstwo, na

które koncesjonariusz może wywierać, bezpośrednio lub pośrednio, dominujący wpływ, lub przedsiębiorstwo, które może wywierać dominujący wpływ na koncesjonariusza, lub przedsiębiorstwo, które wspólnie z koncesjonariuszem podlega dominującemu wpływowi innego przedsiębiorstwa z uwagi na własność, zaangażowanie finansowe lub reguły określające jego działanie. Domniemywa się istnienie dominującego wpływu ze strony przedsiębiorstwa wobec innego przedsiębiorstwa, jeżeli to pierwsze przedsiębiorstwo, bezpośrednio lub pośrednio: 1) posiada większość kapitału udziałowego tego przedsiębiorstwa, lub 2) kontroluje większość głosów przypadających na akcje emitowane przez to przedsiębiorstwo, lub 3) może powołać ponad połowę członków organu administracji, zarządu lub nadzoru tego przedsiębiorstwa" (wyr. TSUE z 19.5.2009 r., C-538/07, Assitur Srl v. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, Zb.Orz. 2009, s. I-04219). Ta definicja w ocenie Izby odpowiada definicji grupy kapitałowej w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy o uokik. Co więcej ustawodawca zrezygnował z pierwotnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 1 starej ustawy tj. z postępowania wyklucza się również wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31a ust. 1, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji; przepisu nie stosuje się do wykonawców, którym udziela się zamówienia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 2 lub art. 67 ust. 1 pkt 1 i 2. W zamian tego przepisu ustawodawca przewidział fakultatywną przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 6 ustawy, której bezspornie w tym postępowaniu zamawiający nie przewidział w dokumentacji zamówienia. te okoliczności świadczą o niezasadności zarzutów odwołania. Dodatkowo Izba wskazuje, że podobne stanowisko zajęła Izba w sprawie sygn. akt KIO 2084/23 w wyroku z dnia 4 sierpnia 2023 r. sygn. akt KIO 2084/23 i 2096/23 str. 42-47 uzasadnienia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 85 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy przez zaniechanie przez zamawiającego podjęcia na etapie poprzedzającym wybór najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu odpowiednich środków w celu zagwarantowania, że udział PRD ze względu na wcześniejsze zaangażowanie jego prokurenta - P. L. nie zakłóci konkurencji, a w szczególności wezwania PRD do udowodnienia, że ww. okoliczność nie zakłóci konkurencji w Postępowaniu i w dalszej kolejności wykluczenia tego wykonawcy;

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby nawet gdyby nie stanowisko Izby wyrażone w rozstrzygnięciu dwóch zarzutów poprzedzających, to i tak stanowisko odwołującego o niezgodnym z ustawą zaniechaniu zastosowania odpowiednich środków w celu zagwarantowania, że udział przystępującego nie zakłóci postępowania, byłoby niezasadne. W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę na to, że wykluczenie wykonawcy z uwagi na zakłócenie konkurencji jest ostatecznością. W pierwszej kolejności sam zamawiający powinien podjąć kroki zmierzające do ochrony konkurencyjności postępowania, które ustawodawca wymienia przykładowo w art. 85 ust. 1 ustawy, czyli przekazać pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania. Drugim krokiem jest umożliwienie wykonawcy udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Przy czym niesporne było, że to nie wykonawca był zaangażowany w przygotowanie postępowania, ale jego prokurent.

W ocenie Izby jednak w analizowanej sprawie wystarczyło zbadać jakie czynności podjął sam zamawiający. Zamawiający przekazał informacje pozyskane od P. L., co więcej nie przekazywał ich w sposób bezkrytyczny, ale w opisie przedmiotu zamówienia we wzorze umowy wskazywał na zmiany, jakie zaszły w stosunku do pierwotnie opracowanej dokumentacji, dopuszczał rozwiązania zamienne, zlecił sporządzenie dokumentacji zamiennej w sytuacji zaistniałej konieczności, zlecił opracowanie - na pewno w zakresie części drogowej - nowych przedmiarów innemu niż P. L. podmiotowi – Zarząd Inwestycji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, przekazywał informacje o zmianach pozyskane od innych instytucji zaangażowanych w proces inwestycyjny, udzielał wykonawcom wyjaśnień co do treści SWZ, w tym w zakresie możliwych do przyjęcia rozwiązań materiałowych i w tym zakresie nie ma choćby cienia dowodu, że informacje te były w pierwszej kolejności dostępne P. L.. Co do zlecenia opracowania co najmniej części przedmiarów innemu podmiotowi, to w ocenie Izby było to działanie racjonalne zamawiającego, który miał świadomość upływu czasu pomiędzy wykonaniem podstawowej dokumentacji projektowej, a wszczęciem zamówienia na wykonanie robót budowlanych. Wykonawcy mieli 146 dni na sporządzenie oferty, a we wzorze umowy zamawiający określił także sytuacje wystąpienia odstępstw od projektu w przypadkach nieprzewidzianych umożliwiając wykonawcom wnioskowanie o przedłużenie terminu realizacji zamówienia i zwiększenie wynagrodzenia. W ocenie Izby te wszystkie czynności zostały podjęte przez zamawiającego w celu zagwarantowania uczciwej konkurencji w postępowaniu. W ocenie Izby te okoliczności świadczą, że zamawiający działał w sposób zgodny z ustawą. Nie ma też podstaw do przyjęcia, że P. L. będzie wykonywał nadzór autorski, nie zobowiązuje go do tego żadna z zawartych umów, a zamawiający zagwarantował sobie możliwość samodzielnego lub zlecając innemu podmiotowi wykonania prac projektowych i wykonawczych, gdyby zaszła taka potrzeba. Izba dostrzegła również, że w umowach o prace projektowe P. L. był obowiązany do dokonania takiego opisu prac projektowych, aby uwzględniał on wymogi art. 29 i 30 starej ustawy i 99 – 103 nowej ustawy w

zakresie neutralności opisu przedmiotu zamówienia pod rygorem odszkodowania z tytułu korekt finansowych, co pośrednio także wskazuje, że na każdym etapie postępowania przygotowawczego zamawiający dążył do zachowania konkurencyjności postępowania. Tym samym już czynności podjęte przez samego zamawiającego ograniczały ryzyko wystąpienia zakłócenia konkurencyjności postępowania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 16 pkt 1 i 2 ustawy przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty PRD, które podlega wykluczeniu, a przez to nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji, przez co też postępowanie straciło walor przejrzystości

Zarzut ten był zarzutem wynikowym opartym na założeniu przez odwołującego, że udział przystępującego, którego prokurentem jest twórca dokumentacji projektowej prowadzi do zakłócenia konkurencyjności postępowania. Skoro w ocenie Izby nie doszło do zakłócenia konkurencyjności postępowania z uwagi na zaangażowanie P. L. w przygotowanie dokumentacji postępowania, to zarzut nie potwierdził się. Jedynie dodatkowo Izba zwraca uwagę na stanowisko Komisji Europejskiej, która wskazuje, że wykluczenie oferentów, którzy uczestniczyli w przygotowaniu projektu, byłoby nieproporcjonalną reakcją, a niekiedy nawet byłoby niewykonalne, zwłaszcza w sytuacji, gdy na przedmiotowym rynku jest niewielu odpowiednio wykwalifikowanych konkurentów. Zadowalająca rekompensata dla uczestników rynku w przypadku zaistnienia omawianej sytuacji może zdaniem Komisji polegać np. na wprowadzeniu obowiązku ujawnienia wszystkim startującym oferentom wszelkich uprzywilejowanych informacji, jakie oferent znajdujący się w korzystniejszej sytuacji uzyskał w wyniku wcześniejszego udziału w pracach związanych z projektem (Zielona Księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych. W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień, Bruksela, 2.1.2011 r., KOM(2011) 15 wersja ostateczna).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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) na podstawie par. 8 ust. 2 zd. 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczanego wpisu odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrot kosztów wydatków pełnomocnika na podstawie złożonej faktury.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: