

**WYROK**

**z dnia 22 grudnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 grudnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 8 grudnia 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Europrojekt Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Opracowanie dokumentacji technicznej (projektowej) polegającej na wykonaniu koncepcji wielobranżowej, programu funkcjonalno-użytkowego oraz studium wykonalności dla zadania pt. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku Godziszewo – węzeł autostrady A1 w Stanisławie (nr postępowania 59/2014/PN/WPI)*

prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy: **Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego S.A. z siedzibą w Gdańsku** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Gdańsku unieważnienie wykluczenia z postępowania odwołującego – Europrojekt Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku, a także powtórzenie dalszych czynności z uwzględnieniem oferty złożonej przez tego wykonawcę.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – Europrojekt Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **zamawiającego – Zarządu Dróg Wojewódzkich w Gdańsku** na rzecz **odwołującego – Europrojekt Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku** kwotę **11947 zł 35 zł** (słownie: jedenaście tysięcy dziewięćset czterdzieści siedem złotych trzydzieści pięć groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonych wpisów od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący: .....

## Uzasadnienie

Zamawiający: Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”}, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Opracowanie dokumentacji technicznej (projektowej) polegającej na wykonaniu koncepcji wielobranżowej, programu funkcjonalno-użytkowego oraz studium wykonalności dla zadania pt. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku Godziszewo – węzeł autostrady A1 w Stanisławie* (nr postępowania 59/2014/PN/WPI).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 8 września 2014 r. pod nr 2014/S\_997562-2014, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej {www.zdw-gdansk.pl}, na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

2 grudnia 2014 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu: Europrojekt Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku {dalej również w skrócie „Europrojekt”} zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego S.A. z siedzibą w Gdańsku {dalej również w skrócie „BPBK”}, a także o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

8 grudnia 2014 r. Odwołujący wniósł – w formie pisemnej – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 24 ust. 2 pkt. 1 w zw. z art. 7 ust. 1, art. 14 i art. 6 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”} – przez wykluczenie Odwołującego z powołaniem się na to, że wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania, podczas gdy Odwołujący nie wykonywał takich czynności, a ponadto wykluczenie na takiej podstawie może nastąpić wyłącznie w takim przypadku, gdy udział wykonawcy w tych czynnościach utrudni zachowanie uczciwej konkurencji, czego Zamawiający nie udowodnił.
2. Art. 7 ust. 3 – przez wybór oferty Biura Projektów Budownictwa Komunalnego S.A. z siedzibą w Gdańsku, mimo że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy

wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia decyzji o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Biura Projektów Budownictwa Komunalnego S.A. z siedzibą w Gdańsku.
2. Unieważnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty.
3. Przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący ponadto sprecyzował zarzut przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Na wstępie Odwołujący podniósł, że decyzja jego wykluczeniu jest wadliwa, gdyż, po pierwsze – czynności weryfikacyjne prowadzone przez niego {w innym postępowaniu} nie mają bezpośredniego związku z zakresem przedmiotu zamówienia określonego w tym postępowaniu, po drugie – Zamawiający nie udowodnił w jaki sposób wykonywanie tych czynności przez Odwołującego mogło wpłynąć na utrudnienie uczciwej konkurencji, choć to na Zamawiającym spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie.

Odwołujący oświadczył, że wykonywane przez niego czynności weryfikacyjne nie dają mu żadnej przewagi konkurencyjnej nad innymi wykonawcami, a ich wykonywanie było jawne i każdy zainteresowany mógł uzyskać na ich temat informację.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że czynności weryfikacyjne wykonywane przez niego w ramach umowy nr 493/2013/2015 z 11 października 2013 r. dotyczyły innego zakresu przedmiotowego niż przedmiot zamówienia określony w tym postępowaniu.

Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 4 SIWZ przedmiotem zamówienia w tym postępowaniu jest wykonanie:

1. *Uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia.*
  - *Wniosek wraz z materiałami do decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia (KIP).*
  - *Raport o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko.*
2. *Uzyskanie zezwolenia na zniszczenie chronionych gatunków roślin, zwierząt lub grzybów (fakultatywnie).*
3. *Mapy do celów projektowych (zweryfikowanie i rozszerzenie mapy).*
4. *Dokumentacji geotechnicznej (zweryfikowanie i fakultatywnie rozszerzenie dokumentacji).*
5. *Inwentaryzacji stanu istniejącego (zweryfikowanie i uzupełnienie inwentaryzacji).*
6. *Analizy i prognozy ruchu.*
7. *Oceny BRD.*
8. *Przeprowadzenie konsultacji społecznych.*

9. *Koncepcji wielobranżowej wykonanej na podstawie warunków technicznych, wytycznych, materiałów wyjściowych.*

10. *Koncepcji projektu stałej organizacji ruchu.*

11. *Kosztorysu inwestorskiego dla wykonanej koncepcji wielobranżowej.*

12. *Programu funkcjonalno-użytkowego.*

13. *Studium wykonalności.*

Natomiast przedmiotem pierwotnego zamówienia na wykonanie dokumentacji projektowej dla zadania *Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku Godziszewo - węzeł autostrady A1 Stanisławie*, którego wykonawcą była DGN Pracownia Drogowa sp. z o.o. (na podstawie umowy nr 202/2013/2014 z 19 marca 2013 r.), której wstępny projekt był przedmiotem weryfikacji przez Odwołującego było wykonanie bądź uzyskanie:

1. *Uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia.*

– *Wniosek wraz z materiałami do decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia (KIP).*

– *Raport o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko.*

2. *Uzyskanie zezwolenia na zniszczenie chronionych gatunków roślin, zwierząt lub grzybów (fakultatywnie).*

3. *Mapy do celów projektowych.*

4. *Dokumentacji geotechnicznej.*

5. *Inwentaryzacji stanu istniejącego.*

6. *Analizy i prognozy ruchu.*

7. *Oceny BRD.*

8. *Uzyskanie pozwolenia wodnoprawnego (fakultatywnie).*

9. *Uzyskanie pozwolenia na prowadzenie badań archeologicznych (fakultatywnie).*

10. *Projektu budowlanego wraz z niezbędnymi opiniami, uzgodnieniami i decyzjami administracyjnymi oraz opracowanie materiałów do złożenia wniosku o uzyskanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID).*

11. *Planu działań środowiskowych.*

12. *Projektu wykonawczego wraz z:*

– *specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robot budowlanych (STWiORB),*

– *przedmiarem robót,*

– *projektem stałej organizacji ruchu.*

13. *Kosztorysu ofertowego i kosztorysu inwestorskiego.*

Odwołujący zestawiając tak opisane zakresy obu postępowań stwierdził, że zakresem pierwotnego zamówienia, którego wykonywanie zostało przerwane z uwagi na odstępnie przez Zamawiającego od umowy, było wykonanie projektu wykonawczego i budowlanego

(których wstępne wersje po tym odstąpieniu były następnie weryfikowane przez Odwołującego). Natomiast zakresem obecnego zamówienia jest wykonanie koncepcji architektonicznej i programu funkcjonalno użytkowego (dalej również w skrócie „PFU”). Koncepcja i PFU są opracowaniami ogólnymi, które staną się dopiero podstawą do wykonania właściwego projektu budowlanego i wykonawczego będącego przedmiotem kolejnego zamówienia na udzielenie zamówienia publicznego w formule zaprojektuj i wybuduj – co wskazuje na fakt, że zakres jaki mało opracować DGN Pracownia Drogowa sp. z o.o., a zweryfikować Europrojekt, będzie realizowany dopiero w kolejnym etapie i nie jest elementem obecnego postępowania.

Odwołujący wyjaśnił, że po odstąpieniu od umowy z DGN Pracownią Drogową sp. z o.o. Zamawiający zrezygnował z dokumentacji projektowej sporządzonej przez tego wykonawcę, lub być może pojawił się problem związany z prawami autorskimi do tej dokumentacji, co mogło utrudnić lub uniemożliwić wprowadzanie do niej zmian. Wskutek tego Zamawiający zdecydował się na wykonanie nowej koncepcji architektonicznej, która znacząco różni się od założeń przyjętych do wykonania weryfikowanego wstępnego projektu budowlanego.

W konsekwencji uczestnictwo Odwołującego w weryfikacji pierwotnej wstępnej dokumentacji projektowej, stworzonej na podstawie pierwotnego zakresu zamówienia, nie ma przełożenia na obecny przedmiot zamówienia.

Niezależnie od tego koncepcja architektoniczna jest ogólnym opracowaniem, tworzącym co najwyżej założenia, wytyczne dla właściwej dokumentacji projektowej. Z uwagi na swoją ogólność wykonawcy koncepcji architektonicznej nie są zobowiązani, ani nie mają możliwości uwzględniania w swoim opracowaniu wszystkich ewentualnych odrębności z projektowanym obiektem.

W związku z powyższym ewentualna szczegółowa wiedza na temat wcześniejszych rozwiązań projektowych (ostatecznie nieprzyjętych przez Zamawiającego) nie tworzy żadnej przewagi konkurencyjnej Odwołującego.

Ponadto koncepcja nie obejmuje większości zakresu pierwotnego zamówienia (który był przedmiotem weryfikacji przez Odwołującego).

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji nie wyjaśnił, ani nie udowodnił, że czynności wykonywane przez Odwołującego mogą w jakikolwiek sposób utrudnić konkurencję, a zgodnie z utrwalonym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej dowód zaistnienia wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 pzp spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny (art. 190 ust. 1 pzp) {tak m.in. w wyroku Izby z 19 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1334/13}. Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, że Odwołujący uczestniczył w czynnościach związanych z przygotowaniem

postępowania, ale to nie jest wystarczająca przesłanka do wykluczenia wykonawcy.

Mimo to Odwołujący zdecydował się odnieść szczegółowo do poszczególnych zakresów przedmiotu zamówienia objętego tym postępowaniem (powyżej przytoczony pkt 4 SIWZ), aby stwierdzić, czy wiedza zdobyta w trakcie weryfikacji wstępnego projektu budowlanego objętego pierwotnym przetargiem może tworzyć jakąkolwiek przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami.

Ad 1. Uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia – należy sporządzić nowe wnioski i przeprowadzić procedurę uzyskiwania decyzji od nowa. Nie ma znaczenia, czy zostały już sporządzone wstępne opracowania projektowe.

Ad 2. Uzyskanie zezwolenia na zniszczenie chronionych gatunków roślin, zwierząt lub grzybów (fakultatywnie) – nie zostało wykonane.

Ad 3. - 5. Mapy do celów projektowych (zweryfikowanie i rozszerzenie mapy), dokumentacja geotechniczna (zweryfikowanie i fakultatywnie rozszerzenie dokumentacji), inwentaryzacja stanu istniejącego (zweryfikowanie i uzupełnienie inwentaryzacji) – mapa, dokumentacja geologiczna i protokół z inwentaryzacji są ogólnie dostępne i zostały załączone do SIWZ w tym postępowaniu.

Ad 6. Analizy i prognozy ruchu – należy zrobić od nowa, wskazując datę i godzinę pomiaru oraz przy wykorzystaniu ogólnodostępnych materiałów o pomiarze generalnym. Niezależnie od powyższego Odwołujący nie weryfikował analizy i prognozy ruchu w przedstawionym wstępnym projekcie budowlanym.

Ad 7. Oceny BRD – ocenie ma być poddana koncepcja architektoniczna, której nie ma i nie było. Dodatkowo ocenie BRD nie był poddawany zakres opracowania wykonanego przez DGN Pracownię Drogową sp. z o.o.

Ad 8. Przeprowadzenie konsultacji społecznych – należy je przeprowadzić ponownie, mimo że były przeprowadzone przy poprzednim postępowaniu. Weryfikatorzy nie brali udziału w konsultacjach. Każdy ma prawo brać udział w konsultacjach społecznych. To, czy konsultacje zostały przeprowadzone nie ma znaczenia, gdyż nie sposób przewidzieć kto przyjdzie na nowe konsultacje i jakie wniesie uwagi.

Ad 9. Koncepcja wielobranżowa wykonana na podstawie warunków technicznych, wytycznych, materiałów wyjściowych – nowy element w stosunku do poprzedniego postępowania.

Ad 10. Koncepcja projektu stałej organizacji ruchu – nowy element, niewykonywany w ramach poprzedniego zamówienia, który nie był weryfikowany.

Ad 11. Kosztorys inwestorski dla wykonanej koncepcji wielobranżowej – nowy element, niewykonywany w ramach poprzedniego zamówienia, który nie był weryfikowany.

Ad 12. Program funkcjonalno-użytkowy – nowy element, który nie był wykonywany w ramach

poprzedniego zamówienia, a w konsekwencji nie był weryfikowany.

Ad 13. Studium wykonalności – nowy element, który nie był wykonywany w ramach poprzedniego zamówienia, a w konsekwencji nie był weryfikowany.

Odwołujący podsumował, że powyższa analiza wskazuje na brak jego przewagi konkurencyjnej.

Odwołujący wyjaśnił, że w trakcie pełnienia funkcji weryfikatora miał dostęp do materiałów jakie opracowywano na etapie projektu budowlanego i wykonawczego, natomiast nie miał dostępu do materiałów tajnych lub poufnych (które mogły ewentualnie zawierać jakieś charakterystyczne rozwiązania, specyficzne technologie itp.). Materiały, które mogły mieć jakiegokolwiek znaczenie były omawiane na radach projektu, które nie są spotkaniami zamkniętymi, a z których sporządzane były notatki służbowe, które każdy zainteresowany mógł pozyskać chociażby w drodze wezwania do udzielenia informacji publicznej.

Odwołujący oświadczył jednocześnie, że weryfikowany wstępny projekt nie zawierał żadnych nietypowych rozwiązań, autorskich koncepcji projektowych (których znajomość może mieć wpływ na sporządzenie i wycenę oferty), a projektowany obiekt jest obiektem standardowym wymagającym zastosowania standardowych rozwiązań.

Zdaniem Odwołującego podstawa faktyczna wykluczenia nie jest zgodna z podaną podstawą prawną, gdyż osoby, które uczestniczyły w weryfikacji wstępnego projektu budowlanego wykonanego przez DGN Pracownia Drogowa sp. z o.o. nie posiadały żadnej szczególnej wiedzy tworzącej po stronie Odwołującego przewagę konkurencyjną.

Odwołujący powołał się na to, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że nawet wykonanie dokumentacji projektowej przez wykonawcę, która następnie zostanie użyta przez zamawiającego do opracowania założeń do przetargu nie może automatycznie eliminować wykonawcy z postępowania.

W wyroku z dnia 7 lipca 2014 r. (sygn. akt KIO 1228/14) Izba wskazała, co następuje:

*1. Fakt, że dokumentacja opracowana przez przystępującego wykonawcę została wykorzystana przez zamawiającego, jako materiał źródłowy do przedmiotowego postępowania nie może wpływać negatywnie na przystępującego, gdy nie wiedział on ani nie miał wpływu na zakres wykorzystanej przez zamawiającego dokumentacji. 2. Przystępujący opracowując dokument realizuje założenia innej umowy i nie może wpływać na decyzję zamawiającego co do ostatecznego wykorzystania tej dokumentacji w innym postępowaniu. Powyższe oznacza, że przystępujący nie bierze czynnego ani biernego udziału w przygotowywaniu dokumentacji przedmiotowego postępowania, dlatego też nie ziszcila się przesłanka z art. 24 ust 2 pkt 1 p.z.p. do wykluczenia przystępującego z postępowania.*

Zdaniem Odwołującego z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w tym

postępowaniu. Odwołujący wykonał czynności weryfikacyjne na podstawie odrębnej umowy nr 493/2013/2015 z 11 października 2013 r., która została podpisana w wyniku odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, niezwiązanego w postępowaniem objętym postępowaniem odwoławczym. Odwołujący nie mógł przewidywać w jaki sposób zostanie wykorzystane jego opracowanie weryfikacyjne, nie wiedział, czy będzie podstawą do stworzenia założeń dla nowego postępowania, w którym zresztą określono inny zakres przedmiotowy, odmienny od zakresu pierwotnego.

Z kolei w wyroku z 2 listopada 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1341/09), wskazano: *Nie można uznać, iż wykonawca uczestniczy w przygotowaniu postępowania, jeżeli nie wykonuje on żadnych czynności wskazujących na jego udział w pracach nad przygotowaniem postępowania. Czynnością tą zdecydowanie nie jest wykonanie odrębnego zamówienia stanowiącego jedynie część przedmiotowego zamówienia, przy czym dla ustalenia bezpośredniego udziału wykonawcy w przygotowaniu postępowania znaczenie ma przede wszystkim cel wykonywanych czynności.*

Odwołujący podniósł, że celem umowy nr 493/2013/2015 z 11.10. 2013 r. była przede wszystkim weryfikacja dokumentacji projektowej wykonanej przez DGN Pracownia Drogowa sp. z o.o. pod kątem rzetelności zawodowej i zgodności z obowiązującymi przepisami, a nie przygotowanie nowego postępowania lub wskazanie nowych rozwiązań, które mogłyby zostać wykorzystane w nowym postępowaniu. Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący stwierdził, że tak naprawdę nie wykonywał bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania, gdyż zawarta z nim umowa obejmowała inne postępowanie, mające inny cel i zakres.

Co więcej, zgodnie z orzecznictwem Izby nawet faktyczne, bezpośrednie uczestniczenie w przygotowaniu danego postępowania nie stanowi automatycznej przesłanki do wykluczenia wykonawcy. W wyroku Izby z 27 grudnia 2012 r. (sygn. akt KIO 2749/12) wskazano: *1. Sam fakt udziału w przygotowaniu postępowania nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy, niezbędną przesłanką wykluczenia jest wpływ na konkurencyjność postępowania. Niewystarczające jest wskazanie, że podstawą wykluczenia jest fakt sporządzenia dokumentacji postępowania oraz opracowanie zestawienia kosztów, koniecznym jest stwierdzenie utrudniania uczciwej konkurencji. To na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania utrudnienia uczciwej konkurencji to jest na przykład wykazanie, że wykonawca pozyskał dodatkowe informacje o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia. Są to okoliczności, które mogą zapewniać przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania. Przewaga ta może się wyrażać w możliwości szybszego i precyzyjniejszego przygotowania oferty. Zakłócenie uczciwej konkurencji polegać może również na możliwości dokonania głębszej analizy inwestycji, zatem istotny*

*jest zakres informacji pozyskanych przez wykonawcę w toku przygotowywania postępowania i niedostępnych dla innych uczestników postępowania. 2. Samo skorzystanie z doświadczenia osoby, która uczestniczyła w przygotowywaniu dokumentacji wykorzystanej następnie w postępowaniu nie potwierdza „posługiwania się taką osobą w celu sporządzenia oferty”. Określenie „w celu sporządzenia oferty” nie można interpretować tak szeroko, aby obejmowało również przypadki, gdy dana osoba została wskazana na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy jako podwykonawca na etapie realizacji zamówienia. niezależnie od tego, czy miała ona jakkolwiek rzeczywisty wpływ na treść oferty wykonawcy. Obecne przepisy dopuszczają w szerokim zakresie powoływanie się na zdolności innych podmiotów, co jeszcze nie oznacza, iż podmioty te poza wskazaniem ich w ofercie w określonym kontekście w jakikolwiek sposób mają wpływ na jej treść.*

Odwołujący zarzucił, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający automatycznie, bez żadnego uzasadnienia uznał sam fakt bezpośredniego uczestniczenia w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania za wystarczającą przesłankę do wykluczenia. Pomijając, iż zdaniem Odwołującego nie brał udziału w takich czynnościach, Odwołujący powołał się na to, że według stanowiska orzecznictwa taki automatyzm jest niedopuszczalny. W wyroku z 5 lutego 2013 r. (sygn. akt KIO 134/13) stwierdzono: *Formułowanie ogólnych zasad co do tego, że w każdym wypadku osoby, które przygotowywały materiały do prowadzonego postępowania nie powinny składać oferty, ponieważ co do zasady narusza to uczciwą konkurencję jest nieuprawnione w obowiązującym brzmieniu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).*

15 grudnia 2014 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie {pismo datowane na 12 grudnia 2014 r.}, w której wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

{1) *Realizacja weryfikacji dokumentacji projektowej*}

Zamawiający podniósł, że od 11 października 2013 r. Odwołujący realizuje na jego rzecz umowę na wykonanie weryfikacji czterech dokumentacji technicznych (projektowych), w tym dla zadania *Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku Godziszewo - węzeł autostrady A1 Stanisławie*, na podstawie umowy nr 493/2013/2015 z 11 października 2013 r. {zał. nr 1 do odpowiedzi na odwołanie}.

Zgodnie z pkt 1.2. opisu przedmiotu zamówienia (dalej również w skrócie: „OPZ”) {zał. nr 2 do odpowiedzi na odwołanie}, stanowiącym załącznik do ww. umowy, celem weryfikacji dokumentacji technicznej (projektowej) jest sprawdzenie poprawności wykonanej dokumentacji technicznej (projektowej) i materiałów przetargowych przed przekazaniem ich

wykonawcom, którzy będą brać udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane.

Jednocześnie zgodnie z pkt 1.4. OPZ Odwołujący działał we współpracy z Zamawiającym i na jego rzecz w całym okresie realizacji zamówienia na wykonanie dokumentacji technicznej (projektowej), zapewniając stałą wymianę informacji oraz koordynację swojej działalności z wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący uczestniczył w Radach Projektu (RP nr 4 w dn. 23.12.2013 r., RP nr 5 w dn.11.03.2014 r., RP nr 6 w dn. 05.06.2014 r.) {listy obecności na RP – zał. nr 3 do odpowiedzi na odwołanie} i udzielał wsparcia Zamawiającemu, polegającego na opiniowaniu przedstawianych przez wykonawcę dokumentacji projektowej – DGN Pracownię Drogową sp. z o.o.: rozwiązań projektowych, problemów wymagających rozstrzygnięcia i rozwiązań wariantowych wymagających wyboru jednego spośród nich.

Odwołujący przeprowadzał bieżącą kontrolę proponowanych rozwiązań projektowych, w celu sprawdzenia ich poprawności (w zakresie zgodności z przepisami i ogólnie rozumianą sztuką inżynierską, wzajemnej zgodności i kompletności składających się na te dokumentacje elementów oraz dokonywanie kontroli obliczeń). Odwołujący jako weryfikator miał – za pośrednictwem Zamawiającego – stały dostęp do prac projektowych wykonywanych przez wykonawcę dokumentacji technicznej. W toku bieżącej kontroli Odwołujący sporządzał raporty etapowe zawierające:

- uwagi do rozwiązań projektowych, zaprezentowanych i wykonanych przez jednostkę projektującą,
- opinie odnośnie zgłoszonych podczas rady projektu problemów wymagających rozstrzygnięcia i rozwiązań wariantowych wymagających wyboru, wraz z rekomendacją dla Zamawiającego odnośnie decyzji do podjęcia, zidentyfikowane (jeśli wystąpią) problemy, ryzyka, zagrożenia dla prawidłowej realizacji kontraktu i propozycje działań naprawczych;
- ocenę zaawansowania prac projektowych w stosunku do przyjętego harmonogramu, wnioski z pełnionej bieżącej kontroli rozwiązań projektowych
- które stanowiły m.in. tematy do omówienia na kolejnych radach projektu. Raporty etapowe były przekazywane Zamawiającemu.

Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie (załącznik nr 4) raporty z weryfikacji dokumentacji wykonanie przez Odwołującego jako weryfikatora:

- *Raport z bieżącej kontroli prac projektowych z 27.11.2013 r. – Etap: Projektowanie wstępne. Stan na dzień 27.11.2013 r.*
- *Raport etapowy z dnia 16.05.2014 r. – Etap: Uzyskanie decyzji środowiskowej.*
- *Raport etapowy z maja 2014r. - Etap: Materiały wyjściowe, pomiary, badania, obliczenia i ekspertyzy.*

– *Raport etapowy z 25.09.2014 r. – Etap: Materiały do projektu budowlanego i wykonawczego, opracowania środowiskowe, korespondencja.*

*{2) Przyczyny przyspieszenia wszczęcia kolejnego postępowania na wykonanie dokumentacji projektowej}*

Zamawiający wyjaśnił, że po odstąpieniu 30 czerwca 2014 r. od umowy na wykonanie dokumentacji technicznej {pismo o odstąpieniu od umowy – zał. nr 5 do odpowiedzi na odwołanie} podjął decyzję o przystąpieniu do niezwłocznego przygotowywania kolejnego zamówienia na wykonanie dokumentacji projektowej dla tego odcinka drogi (jednego z czterech objętych umową z Odwołującym na wykonanie weryfikacji dokumentacji). Pilność ogłoszenia kolejnego postępowania wynikała z faktu, że zadanie jest dofinansowane ze środków unijnych, co ściśle wiąże się z przyjętymi terminami jego realizacji oraz konieczności wywiązania się z osiągnięcia wskaźników produktu i wskaźnika rezultatu wskazanego w Decyzji o dofinansowaniu projektu nr UDA-RPPM.04.01.00-00-006/12-01 {zał. nr 6 do odpowiedzi na odwołanie}. Termin rozpoczęcia realizacji projektu został ustalony na 19.03.2013 r., a zakończenia na 30.12.2014 r., co bardzo ograniczyło możliwość Zamawiającemu osiągnięcie założonego celu. Z uwagi na fakt uzyskania wstępnej zgody Instytucji Zarządzającej RPO WP na zmianę terminu rzeczowego zakończenia projektu na 31.08.2015 r. {zał. nr 7 do odpowiedzi na odwołanie} Zamawiający niezwłocznie przystąpił do ogłoszenia ponownego postępowania o udzielenie zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu ze względu na bardzo krótki czas na wykonanie dokumentacji zrezygnowano z wykonywania dokumentacji projektowej w zakresie projektu budowlanego i wykonawczego, a przedmiot zamówienia ograniczono do uzyskania decyzji środowiskowej, wykonania szczegółowej koncepcji wielobranżowej oraz programu funkcjonalno-użytkowego oraz studium wykonalności, przygotowując inwestycję do realizacji w systemie „zaprojektuj i wybuduj”.

Ponadto Zamawiający podkreślił, że Odwołujący jako wykonawca weryfikacji dokumentacji technicznej (projektowej) dla zadania pn. „*Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku Godziszewo - węzeł autostrady A1 Stanisławie*” wyraził wolę kontynuacji weryfikacji zadania w zmienionym charakterze, co jednocześnie oznacza, że w przypadku wyboru oferty Odwołującego byłby on jednocześnie autorem i weryfikatorem przedmiotowej dokumentacji {pismo Zamawiającego z 20.10.2014 r. w sprawie. zmiany zakresu weryfikacji nr 4.2212.5.389.14.2013.DS z dnia 20.10.2014r. – zał. nr 8 do odpowiedzi na odwołanie; pismo Europrojektu z 31.10.2014 r. – załącznik nr 9 do odpowiedzi na odwołanie}.

*{3) W zakresie udostępnienia części materiałów wyjściowych przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu}*

Zamawiający podał, że zgodnie z umową na wykonanie dokumentacji projektowej nr

201/2013/2014 z 19.03.2013 r. (zawartej z wykonawcą DGN Pracownia Drogowa sp. z o.o.) nabywa autorskie prawa majątkowe do opracowań projektowych wykonanych w ramach umowy w momencie odbioru i zapłaty za odebrany element. Zgodnie z §14 tej umowy: (...) *W ramach nabytych praw majątkowych Zamawiający będzie mógł bez zgody Wykonawcy i bez dodatkowego wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy oraz bez żadnych ograniczeń czasowych i ilościowych: a. rozporządzać projektem i wykorzystywać go na własny użytek, w tym przekazywać projekt lub jego dowolną część, także jego kopie: – innym wykonawcom jako podstawę lub materiał wyjściowy do wykonania innych opracowań projektowych, (...); b. wykorzystywać projekt lub jego dowolną część do prezentacji; c. wprowadzać projekt lub jego części do pamięci komputera na dowolnej liczbie stanowisk; d. zwielokrotnić projekt lub jego części dowolną techniką.(...)*

Zamawiający wskazał że w okresie od 30 czerwca do 14 października 2014 r. trwały prace związane z ustaleniem zakresu prac wykonanych przez DGN oraz stopnia ich zaawansowania, w celu dokonania ostatecznego rozliczenia umowy, a więc odbioru oraz zapłaty za wykonane elementy.

Elementy dokumentacji, do jakich Zamawiający posiadał autorskie prawa majątkowe w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania, czyli 8 września 2014 r. (odebrane i zapłacone), zostały dołączone do SIWZ – mapa do celów projektowych, dokumentacja geologiczna i inwentaryzacja stanu istniejącego.

Zamawiający podniósł, że inne materiały wykonane przez DGN nie mogły być udostępnione wszystkim wykonawcom, ponieważ w dniu wszczęcia postępowania nie były jeszcze własnością Zamawiającego, który uzyskał prawa do dodatkowych opracowań w momencie ostatecznej za nie zapłaty. Natomiast z tymi materiałami na bieżąco zapoznawał się Odwołujący.

Na potwierdzenie powyższych okoliczności Zamawiający załączył do odpowiedzi na odwołanie:

- protokół odbioru częściowego z 29.05.2014 r. (zał. nr 10),
- pismo z 15.07.2014 r. w sprawie rozliczenia elementów dokumentacji (zał. nr 11),
- tabela elementów rozliczeniowych z 17.07.2014 r. (zał. nr 12),
- fakturę VAT nr 05/07.2014 z 17.07.2014 r. wraz z potwierdzeniem zapłaty (zał. nr 13),
- fakturę VAT nr 01/06.2014 z 03.06.2014 r. wraz z potwierdzeniem zapłaty (zał. nr 14),
- pismo z 14.10.2014 r. w sprawie rozliczenia pozostałych elementów dokumentacji (zał. nr 15),
- protokół odbioru końcowego z 06.11.2014r. (zał. nr 16),
- fakturę VAT nr 04/11.2014 z 06.11,2014r. wraz z potwierdzeniem zapłaty (zał. nr 17).

{4} *Przedmiot i zakres obu postępowań na wykonanie dokumentacji projektowej*

Zamawiający podał, że w przedmiotowym postępowaniu 59/2014/PN/WPI – zgodnie z postanowieniami SWIZ z rozdziału IV. *Opis Przedmiotu Zamówienia* {zał. nr 18 do odpowiedzi na odwołanie} pkt 1: (...) *Przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie m.in.:*

1. *Uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia.*
  - *Wniosek wraz z materiałami do decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia (KIP).*
  - *Raport o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko.*
2. *Uzyskanie zezwolenia na zniszczenie chronionych gatunków roślin, zwierząt lub grzybów (fakultatywnie).*
3. *Mapy do celów projektowych (zweryfikowanie i rozszerzenie mapy).*
4. *Dokumentacji geotechnicznej (zweryfikowanie i fakultatywnie rozszerzenie dokumentacji).*
5. *Inwentaryzacji stanu istniejącego (zweryfikowanie i uzupełnienie inwentaryzacji).*
6. *Analizy i prognozy ruchu.*
7. *Oceny BRD.*
8. *Przeprowadzenie konsultacji społecznych.*
9. *Koncepcji wielobranżowej wykonanej na podstawie warunków technicznych, wytycznych, materiałów wyjściowych.*
10. *Koncepcji projektu stałej organizacji ruchu.*
11. *Kosztorysu inwestorskiego dla wykonanej koncepcji wielobranżowej.*
12. *Programu funkcjonalno-użytkowego.*
13. *Studium wykonalności (...)*

Zamawiający podniósł, że przedmiot zamówienia pokrywa się z przedmiotem zamówienia postępowania przetargowego nr ZDW-6/1ODP/2012 – w całości w zakresie pkt 1, 2, 6, 7, 8, częściowo – w zakresie pkt: 3, 4, 5,9, 10 i 11.

Zamawiający podał, że w zakresie opisanym w ppkt 2.2.1 {(...) *Przedmiotowe zadanie ma polegać na przebudowie istniejącego układu drogowego poprzez dopasowanie parametrów technicznych drogi dla klasy G w szczególności: – przebudowie skrzyżowań dróg wojewódzkich nr 222 i nr 224, – przebudowie skrzyżowań z innymi drogami, – korekcie luków poziomych, – korekcie niwelety (przekroju podłużnego), – korekcie przekroju poprzecznego drogi (korony drogi), wzmocnieniu konstrukcji nawierzchni do nośności 115kN/oś, – przebudowie poboczy gruntowych (utwardzonych), – budowie i przebudowie chodników, – budowie/przebudowie oświetlenia ulicznego na terenach zabudowanych, – budowie/przebudowie zjazdów, – przebudowie istniejących zatok autobusowych i budowie nowych zatok w miejscach wynikających z analizy ruchowej, – wykonaniu odwodnienia drogi, – budowie drogi rowerowej lub ciągów pieszo-rowerowych, – wprowadzeniu organizacji*

*ruchu drogowego, uwzględniającej elementy bezpieczeństwa ruchu drogowego, m.in. wyspy uspokajające ruch, azyle dla pieszych oraz zatoki autobusowe, – budowie sygnalizacji świetlnej (jeżeli zajdzie taka potrzeba), – budowie/przebudowie niezbędnej infrastruktury – obiektów inżynierskich (mosty, przepusty, murki oporowe, ogrodzenia, schody, konstrukcje wsporcze itd.) w zakresie zapewniającym poprawne rozwiązanie zarówno nowoprojektowanych jak i przebudowywanych elementów, –przebudowie kolidującego uzbrojenia podziemnego i naziemnego w zakresie wynikającym z potrzeb przedmiotowej inwestycji oraz uzasadnionych wymogów poszczególnych administratorów sieci, – wycince drzew i krzewów, wynikającej z zakresu przedmiotowej inwestycji, –zagospodarowaniu ziemi w granicach projektowanego pasa drogowego, – wykonaniu miejsc przeznaczonych do kontroli ruchu i transportu drogowego, w szczególności do ważenia pojazdów (jeżeli zajdzie taka potrzeba).}* – zakres przedsięwzięcia w postępowaniu nr 59/2014/PN/WPI obejmuje cały zakres poprzedniego postępowania oraz dodatkowy odcinek drogi o długości ok 500 m.

Zamawiający dodał, że prace projektowe mają obejmować wykonanie koncepcji wielobranżowej, przy czym zgodnie z postanowieniami rozdziału IV OPZ: *Szczegółowość koncepcji dla branży drogowej i mostowej powinna odpowiadać szczegółowości projektu budowlanego. Koncepcje drogową należy uzgodnić z właściwym zarządcą drogi, koncepcję branży mostowej z zamawiającym. Projekty branżowe należy wykonać w oparciu o uzyskane warunki techniczne. Na branżę odwodnienia drogowego należy uzyskać zgodę na zrzut wód. Dla pozostałych projektów branżowych, nie jest wymagane uzyskanie uzgodnień.*

Zamawiający podniósł, że wykonanie dokumentacji projektowej w zakresie koncepcji wielobranżowej, a dla branż wiodących (drogowej i mostowej) w szczególności projektu budowlanego, pokrywa się bezpośrednio z zakresem prac wykonywanych w trakcie realizacji poprzedniej umowy dla tego odcinka drogi wojewódzkiej nr 224 na podstawie umowy nr 201/2013/2014 z DGN Pracownia Drogowa Sp. z o.o., a weryfikowanych przez Odwołującego.

*{Uzasadnienie wykluczenia – okoliczności faktyczne przewagi odwołującego nad innymi uczestnikami postępowania}*

W związku z powyższym według Zamawiającego Odwołujący wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, gdyż występując w roli weryfikatora przedmiotu umowy nr 201/2013/2014 brał czynny udział w całym procesie realizacji dokumentacji projektowej w obszarze: ustalania zakresu inwestycji, opiniowania rozwiązań projektowych, kontroli obliczeń oraz ustalania zaawansowania prac i zgodności ich realizacji w odniesieniu do harmonogramu – zgodne z umową nr 493/2013/2015 z 11 października 2013 r.. Jako weryfikator miał dostęp do

materiałów wstępnych – koncepcyjnych, a także bardziej szczegółowych, zarówno prezentowanych na radach projektu, jak również opiniowanych na wniosek Zamawiającego. W trakcie realizacji weryfikacji przedmiotu umowy Odwołujący miał dostęp do przygotowywanej dokumentacji projektowej w zakresie planów sytuacyjnych wraz z rozwiązaniami wariantowymi, profili, przekrojów normalnych, a także w zakresie postępowania środowiskowego: materiałów do wniosku o wydanie decyzji środowiskowej oraz elementów raportu oddziaływania na środowisko.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący posiadał zatem wiedzę szczegółową co do przyjętych rozwiązań projektowych, uwarunkowań lokalizacyjnych, możliwości zastosowania konkretnych rozwiązań geometrycznych oraz posiadał wiedzę na temat prowadzonych uzgodnień z gestorami sieci infrastruktury technicznej np. w zakresie odbiorników wód deszczowych. Stanowi to element większej wiedzy posiadanej przez Odwołującego w stosunku do pozostałych wykonawców. Odwołujący miał dostęp do informacji szczególnych, nieujawnionych innym wykonawcom, zatem posiadał w trakcie przygotowywania swojej oferty wiedzę, *która może go stawiać w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu*. Odwołujący nabył w trakcie realizacji weryfikacji dodatkowe wiadomości w takim zakresie, że uzyskał przewagę merytoryczną nad pozostałymi wykonawcami uczestniczącymi w postępowaniu.

W opinii Zamawiającego Odwołujący rzeczywiście posiadał dostęp do dodatkowych dokumentów oraz posiadał większą wiedzę na temat przedmiotu zamówienia. Informacje te mogły mieć wpływ na cenę oferty (Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną), a co za tym idzie zaszyły faktyczne okoliczności, które mają wpływ na konkurencyjność postępowania.

Pismem z 10 grudnia 2014 r. Zamawiający poinformował, że 8 grudnia 2014 r. przesłał faksem kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

10 grudnia 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło – w formie pisemnej – zgłoszenie przez Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego S.A. z siedzibą w Gdańsku przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania – a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Izba nie miała podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego, gdyż zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy pzp jest możliwe wyłącznie w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy:

W sprawie znacznie mają 3 postępowania o udzielenie zamówienia prowadzone przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku {dalej zwany również w skrócie „ZDW”} w związku z przygotowaniem do realizacji inwestycji dotyczącej rozbudowy drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku Godziszewo – węzeł autostrady A1 Stanisławie:

- 1) postępowanie zakończone zawarciem 19 marca 2013 r. z DGN Pracownią Drogową sp. z o.o. z siedzibą w Skowarczy {spółkę zwaną również dalej w skrócie „DGN”} umowy nr 201/2013/2014 na opracowanie dokumentacji technicznej (projektowej);
- 2) postępowanie zakończone zawarciem 11 października 2013 r. z Europrojektem Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku umowy nr 493/2013/2015 na weryfikację powyższej dokumentacji projektowej {oprócz tego umowa obejmuje również weryfikację takiej dokumentacji dla trzech innych inwestycji};
- 3) aktualnie prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia na opracowanie dokumentacji technicznej (projektowej), wszczęte 8 września 2014 r. w związku z niepowodzeniem realizacji zamówienia opisanego w pkt 1.

W zakresie opisu przedmiotu zamówienia w poszczególnych postępowaniach oraz postanowień umów zawartych w wyniku dwóch pierwszych z nich, przywołane w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie postanowienia odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy.

{wyciągi z s.i.w.z., umowy załączone do odwołania, dalszego pisma Odwołującego lub odpowiedzi na odwołanie – załączniki nr 1, 2 i 18}

W s.i.w.z. aktualnie prowadzonego postępowania Zamawiający określił w szczególności, że:

*Szczegółowość koncepcji dla branży drogowej i mostowej powinna odpowiadać szczegółowości projektu budowlanego.*

*Koncepcję drogową należy uzgodnić z właściwym zarządcą drogi, koncepcję branży mostowej z zamawiającym.*

*Projekty branżowe należy wykonać w oparciu o uzyskane warunki techniczne. Na branżę odwodnienia drogowego należy uzyskać zgodę na zrzut wód. Dla pozostałych projektów branżowych, nie jest wymagane uzyskanie uzgodnień.*

{s.i.w.z. zawarta w dokumentacji prowadzonej przez Zamawiającego}

Pismem z 26 czerwca 2014 r. (doręczonym adresatowi 30 czerwca 2014 r.) ZDW odstąpił od umowy z DGN, z uwagi na niewywiązywanie się przez tego wykonawcę z obowiązków umownych, w tym niedostateczny stan zaawansowania prac projektowych oraz niewystarczające zaangażowanie w realizację umowy.

{pismo – załącznik nr 5 do odpowiedzi na odwołanie}

Uprzednio, 29 maja 2014 r. ZDW w ramach odbioru częściowego postanowiło odebrać trzy opracowania przekazane przez DGW 21 marca i 3 kwietnia 2014 r.: (1) mapę do celów projektowych, (2) dokumentację geotechniczną, (3) inwentaryzację stanu istniejącego, które następnie zostały udostępnione jako załączniki do s.i.w.z. w aktualnie prowadzonym postępowaniu.

{protokół – załącznik nr 10 do odpowiedzi na odwołanie}

Powyższy odbiór częściowy poprzedzała weryfikacja dokumentacji projektowej przez Europrojekt, który do tego czasu sporządził trzy raporty z bieżącej kontroli prac projektowych: (1) raport z 27 listopada 2013 r. – etap wstępnego projektowania, (2) raport z 16 maja 2014 r. – etap uzyskania decyzji środowiskowej i (3) raport z maja 2014 r. – etap materiałów wyjściowych, pomiarów, badań, obliczeń i ekspertyz.

Przedmiotem pierwszego z raportów była dokumentacja we wczesnej fazie realizacji obejmująca plan orientacyjny oraz plany sytuacyjne z zakresu rozwiązań branży drogowej. W części szczegółowej przeanalizowano 16 elementów, dla których stwierdzono: w 9 przypadkach błędy projektowe, w kolejnych 4 usterki istotne (w tym dwie ewentualnie do

wyjaśnienia), a dla pozostałych – drobne usterki. W podsumowaniu oceniono, że przedstawiona dokumentacja jest niedopracowana i wymaga uzupełnień; brak podania prędkości projektowej dla obszarów zabudowanych uniemożliwia przeprowadzenie kompleksowej weryfikacji przyjętych rozwiązań geometrycznych; po dostarczeniu pełnej dokumentacji nie wykluczono rozszerzenia listy usterek drobnych, usterek istotnych i błędów projektowych.

Przedmiotem drugiego z raportów była karta informacyjna przedsięwzięcia oraz wnioski o wydanie decyzji środowiskowej. W części szczegółowej przeanalizowano w 4 pkt kartę informacyjną, w każdym przypadku stwierdzając błąd: po pierwsze – niezidentyfikowanie żadnego z oddziaływań, zamiast tego opisanie ich jako niewpływających na środowisko, co w odniesieniu do zakresu inwestycji jest nieuzasadnione; po drugie – brak oszacowania oddziaływania w zakresie hałasu i powietrza, pomimo przebiegania inwestycji przez tereny zabudowy mieszkaniowej; po trzecie – w wypadku uzyskania postanowienia o braku konieczności sporządzenia raportu, warunki określone do etapu realizacji inwestycji w części środowiskowej skutecznie utrudniłyby realizację inwestycji; po czwarte – w zakresie środowiska właściwie całkowity brak informacji, które pozwalają na weryfikację wpływu inwestycji. W podsumowaniu oceniono, że przedstawiona karta informacyjna jest niekompletna i nie wyczerpuje tematu, a jakość materiału powoduje, że zakres do raportu będzie dość obszerny, co może wpływać na terminy realizacji całości dokumentacji.

Przedmiotem trzeciego raportu były: opinia geotechniczna z dokumentacją badań podłoża gruntowego, mapy do celów projektowych w wersji papierowej, inwentaryzacja zieleni oraz inwentaryzacja stanu istniejącego. W części szczegółowej w stosunku do mapy do celów projektowych stwierdzono trzy drobne usterki, z zastrzeżeniem, że jedna z nich – dotycząca uwidocznienia mniejszej liczby przekrojów poprzecznych niż wymagana wg SIWZ – może okazać się błędem projektowym, jeżeli pomiary pokazane na mapie są wszystkimi, jakimi dysponuje DGN. Natomiast w odniesieniu do inwentaryzacji stanu istniejącego stwierdzono błąd projektowy, polegający na dokonaniu wyłącznie ilościowej inwentaryzacji nawierzchni bitumicznej, a w konsekwencji brak podstawy do obliczenia wzmocnienia konstrukcji nawierzchni lub usunięcia istniejących warstw nawierzchni. W podsumowaniu oceniono, że pokazane na mapie do celów projektowych przekroje poprzeczne nie umożliwiają prawidłowego zaprojektowania wzmocnienia nawierzchni; alternatywnie jeżeli DGN posiada pomiary powierzchni pomierzone zgodnie z SIWZ, zaproponowano uznanie mapy za kompletną, gdyż braki stwierdzone w części szczegółowej można uzupełnić na etapie projektowania lub potrzebne informacje są w innych opracowaniach. Opinię geotechniczną oceniono jako kompletną i mogącą stanowić podstawę do dalszych prac projektowych, a także podstawę dla dokumentacji geologiczno-inżynierskiej, która zdaniem

opiniującego będzie wymagana z uwagi na złożone warunki gruntowe w pasie drogowym. Inwentaryzacja zieleni oraz inwentaryzacja stanu istniejącego zostały uznane za wykonane prawidłowo i mogące służyć jako materiał do dalszych prac projektowych. Natomiast brakujące dane o grubościach i stanie istniejących warstw konstrukcyjnych można uzupełnić na etapie wykonania projektu konstrukcji nawierzchni.

{raporty – załącznik nr 4 do odpowiedzi na odwołanie}

Natomiast już po wszczęciu aktualnie prowadzonego postępowania, a przed upływem terminu składania ofert (3 października 2014 r.), powstał czwarty raport, datowany na 25 września 2014 r.

Przedmiotem weryfikacji w ostatnim raporcie były: materiały do projektu budowlanego i wykonawczego branży drogowej, materiały do projektu budowlanego i wykonawczego branży energetycznej, karta informacyjna przedsięwzięcia wraz z raportem oddziaływania na środowisko oraz korespondencja.

W części poświęconej szczegółowym uwagom:

- zgłoszono szereg uwag do raportu akustycznego, karty informacyjnej przedsięwzięcia oraz karty informacyjnej przedsięwzięcia w zakresie środowiska przyrodniczego, a istotność usterek oceniono w każdym z tych trzech przypadków jako błąd;
- do materiałów projektu w branży elektroenergetycznej zgłoszono następujące uwagi, które skutkowały oceną usterek jako istotnych: brak obliczeń parametrów elektrycznych sieci oświetleniowej, brak obliczeń fotometrycznych (nie wiadomo na jakiej podstawie projektant dokonał odpowiednio: doboru kabli oświetleniowych oraz rozmieszczenia słupów oświetleniowych);
- do materiałów projektowych w branży elektroenergetycznej zgłoszono następujące uwagi, które skutkowały oceną usterek jako istotnych na etapie projektu wykonawczego: brak szczegółowych rozwiązań projektowych, takich jak profile skrzyżowań sieci elektroenergetycznej z układem drogowym; brak jakichkolwiek obliczeń (dobór przekrojów kabli, dobór słupów itp.); brak uzgodnień z właścicielem sieci elektroenergetycznej, dokumentacja zawiera jedynie warunki usunięcia kolizji (brak uzgodnień uniemożliwia przebudowę);
- do materiałów projektowych w branży elektroenergetycznej – zasugerowano doświetlenie akcentowe przejść dla pieszych (niewymagane przepisami), co skutkowało oceną usterki jako drobnej;
- do korespondencji zgłoszono, że brak jest uzgodnienia lub warunków technicznych na usunięcie kolizji z trzema podmiotami: Orange, Powiatowym Zarządem Dróg w Starogardzie Gdańskim i Zarządzie Zlewni Żuław i Rzek Przymorza Wschodniego – co oceniono jako

błąd, gdyż brak jest podstawy do sporządzenia projektu budowlanego i wykonawczego;

- do materiałów projektu w branży drogowej dla przekrojów konstrukcyjnych zgłoszono brak obliczeń dla przyjętych konstrukcji nawierzchni, brak pokazania wzmocnienia podłoża gruntowego, co oceniono jako błąd, gdyż konstrukcje nie mogą być zweryfikowane;
- do materiałów projektu w branży drogowej – stwierdzono ponadto brak spisu treści, brak opisu, a w zakresie przekrojów podłużnych – nieczytelność opisów spowodowana ich nachodzeniem na siebie, co oceniono jako usterki.

Jako uwagi i spostrzeżenia ogólne do branży energetycznej odnotowano, że:

- dokumentacja zawiera dużo prawidłowych rozwiązań technicznych, ale niestety brakuje szczegółowych obliczeń i rozwiązań;
- istniejące sieci elektroenergetyczne i oświetleniowe zostały dokładnie zinwentaryzowane, a przedstawione rozwiązania budowlane wydają się być dobre, ale brakuje uszczegółowienia projektu oraz uzgodnień.

Jako uwagi i spostrzeżenia ogólne do branży energetycznej odnotowano, że:

- w momencie zerwania umowy przedstawiono tylko plan sytuacyjny, obecnie do weryfikacji przekazano: plan orientacyjny, plan sytuacyjny, przekroje podłużne, przekroje normalne i przekroje konstrukcyjne;
- zmiany naniesione na planie sytuacyjnym w odniesieniu do wersji przekazanej przed zerwaniem umowy: projektowane powierzchnie zostały pokolorowane, naniesiono parametry wierzchołów i łuków;
- brak spisu treści i opisu.

W odniesieniu do branży energetycznej podsumowano w szczególności, że pokazane na planach sytuacyjnych rozwiązania nie są pełnym projektem wykonawczym, rozwiązania techniczne należy podeprzeć obliczeniami i uszczegółwić, a dokumentację projektową należy uzgodnić z odpowiednimi instytucjami. {pkt 2 punktory 1 -3}

W odniesieniu do branży drogowej podsumowano, że:

- *Plan drogowy jest przemyślany, praktycznie uzgodniony i może stanowić podstawę do dalszych prac projektowych*
- *Skrzyżowanie z drogą DW 222 wymaga ponownej analizy*
- *Zakres przedstawionych materiałów, jak na rok pracy biura projektowego, jest skromny, brakuje rysunków ogólnych do projektu budowlanego i szczegółowych do projektu wykonawczego*
- *Brakuje opisu, w którym zawarte powinny być informacje o stanie istniejącym i projektowanym, obliczeń konstrukcji i innych informacji o projekcie.*
- *Nie przewidziano projektu zagospodarowania terenu. Nie rozpoczęto prac nad*

*projektami branżowymi (za wyjątkiem oświetlenia ulicznego), przebudowy wymaga sieć wodociągowa i gazowa; na sieć teletechniczną i melioracyjną nie przedstawiono warunków przebudowy.*

W podsumowaniu całości wskazano, że: po pierwsze – plan sytuacyjny stanowi dobrą bazę pod dalsze projektowanie; po drugie – przedstawione materiały wskazują na wstępny okres projektowania, projekt budowlany wymaga znacznych uzupełnień (opis, projekt zagospodarowania terenu, projekty branżowe, rysunki ogólne do projektu drogowego) oraz uzgodnienia z właścicielami sieci oraz ZUDP, a projektu wykonawczego praktycznie nie ma; po trzecie – czas uzyskania decyzji środowiskowej jest trudny do określenia.

{raporty – załącznik nr 4 do odpowiedzi na odwołanie}

W piśmie z 14 października 2014 r. skierowanym do DGN Zamawiający ustalił ostatecznie, na podstawie powyższego raportu oraz analizy przekazanych materiałów, z uwzględnieniem dokonanego uprzednio odbioru częściowego, a co następnie znalazło odzwierciedlenie w protokole odbioru końcowego z 6 listopada 2014 r., następujące zaawansowanie prac wykonanych przez DGN w zakresie poszczególnych elementów rozliczeniowych:

- 0% dla: materiałów do uzyskania zezwolenia na zniszczenie chronionych roślin, zwierząt lub grzybów wraz z uzyskaniem decyzji; operatów wodno prawnych wraz z uzyskaniem pozwolenia wodno prawnego; materiałów do uzyskania pozwolenia na prowadzenie badań archeologicznych wraz z uzyskaniem pozwolenia; materiałów do złożenia wniosku o uzyskaniu decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID); projektu wykonawczego wraz ze specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiORB), przedmiarem robót, projektem stałej organizacji ruchu oraz planem działań środowiskowych dla odcinka; kosztorysu ofertowego i kosztorysu inwestorskiego.
- 10% dla: materiałów o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia wraz z uzyskaniem decyzji, a także projektu budowlanego wraz z niezbędnymi opiniami, uzgodnieniami i decyzjami administracyjnymi – co przełożyło się na zapłatę stanowiącą odpowiednio 0,6% i 1,9% wartości całej umowy;
- 100% dla: mapy dla celów projektowych, dokumentacji geotechnicznej; inwentaryzacji stanu istniejącego – co przełożyło się na zapłatę stanowiącą odpowiednio 24,8%, 18,6% i 9,3% wartości całej umowy.

{pismo – załącznik nr 15 do odpowiedzi na odwołanie, protokół z tabelą elementów rozliczeniowych – załącznik nr 16 do odpowiedzi na odwołanie}

W aktualnie prowadzonym postępowaniu wpłynęło 7 ofert, w tym: Odwołującego

z ceną 177.858,00 zł, Przystępującego z ceną 190.650,00 zł, a pozostałe 5 ofert z cenami w przedziale od 289.000,00 zł do 561.489,10 zł

{protokół postępowania}

W piśmie z 20 października 2014. Zamawiający zapytał Europrojekt, czy będzie kontynuował weryfikację dokumentacji technicznej (projektowej) dla *Rozbudowy drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku Godziszewo – węzeł autostrady A1 w Stanisławie*, polegającej na wykonaniu koncepcji wielobranżowej i programu funkcjonalno-użytkowego, i czy będzie to wymagało zmiany wynagrodzenia.

Zamawiający wskazał, że dotychczasowa weryfikacji polegała na bieżącej kontroli prac projektowych na etapie wstępnych prac projektowych, a większość weryfikacji nad dotychczasową dokumentacją projektową pozostała jeszcze do wykonania, przez co kontynuacja weryfikacji dokumentacji o zmienionym charakterze dla systemu „zaprojektuj i buduj” nie spowoduje zwiększenia prac.

{pismo – załącznik nr 8 do odpowiedzi na odwołanie}

Pismem z 31 października 2014 r. Europrojekt odpowiedział, że jest zainteresowany taką kontynuacją weryfikacji, przy czym uważa za uzasadnione rozliczenie dotychczas wykonanych weryfikacji.

{pismo – załącznik nr 9 do odpowiedzi na odwołanie}

W zawiadomieniu o rozstrzygnięciu postępowania z 2 grudnia 2014 r. jako uzasadnienie faktyczne wykluczenia Zamawiający podał, że Europrojekt wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, gdyż nadal realizuje umowę nr 494/2013/2015 z 11 października 2013 r. na wykonywanie weryfikacji czterech dokumentacji technicznych (projektowych), w tym dla zadania pn. *Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 224 na odcinku Godziszewo – węzeł autostrady Stanisławie*, przy czym szczegółowy zakres obowiązków w tym zakresie określa opis przedmiotu zamówienia stanowiący załącznik do tej umowy.

*Europrojekt Gdańsk S.A. poprzez wskazany personel (weryfikatorów i ekspertów) wykonywała bieżącą kontrolę prac projektowych (...) polegającą na:*

- uczestnictwie w radach projektów podczas których wyrażali opinie do przedstawionych przez jednostkę projektującą rozwiązań projektowych, wypowiadali się na temat problemów wymagających rozstrzygnięcia i rozwiązań wariantowych wymagających wyboru,
- wykonywaniu weryfikacji wstępnych roboczych wersji dokumentacji projektowej taki jak plany, sytuacyjne, przekroje podłużne (profile), przekroje normalne, materiały do uzyskania

*decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, przekazanych przez wykonawcę projektu elementów projektu (mapy do celów projektowych, dokumentacji geotechnicznej i inwentaryzacji stanu istniejącego), w celu sprawdzenia poprawności rozwiązań projektowych (w zakresie zgodności z warunkami technicznymi i ogólnie rozumianą sztuką inżynierską, wzajemnej zgodności i kompletności składających się na tę dokumentację elementów oraz dokonywanie obliczeń, w celu stwierdzenia ewentualnych błędów) – z czego powstawały raporty,*

*– wykonywaniu weryfikacji przekazanych przez wykonawcę projektu wykonanych prac projektowych do dnia odstąpienia od umów przez ZDW w Gdańsku (czasu wstrzymania prac projektowych przez wykonawcę projektu) w celu sprawdzenia jak powyżej – z czego powstał raport, oddzielny dla każdego z projektów; materiały nie ujawnione w obecnych (nowych) postępowaniach.*

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę z najniższą ceną, stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert. Wykluczenie z postępowania, od którego się odwołał, uniemożliwia mu zatem uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby liczyć.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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 posługiwał 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.

Z przywołanego przepisu wynika, że wykluczenie wykonawcy z prowadzonego postępowania następuje jeżeli łącznie spełnione są trzy przesłanki: po pierwsze – wykonywał on bezpośrednio czynności związane z jego przygotowaniem (lub posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności); po drugie –

zachodzi bezpośredni związek pomiędzy wykonywaniem powyższych czynności a sporządzeniem oferty, czyli istnieje związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy czynnościami związanymi z przygotowaniem postępowania a złożoną w nim następnie ofertą; po trzecie – udział takiego wykonawcy w tym postępowaniu utrudnia uczciwą konkurencję. Przy czym ciężar wykazania zaistnienia tych przesłanek spoczywa na zamawiającym.

W orzecznictwie Izby wypracowano w szczególności następujące rozumienie pierwszej przesłanki. W uzasadnieniu wyroku z 14 lipca 2011 r. (sygn. akt KIO 1406/11) Izba wskazała, powołując się także na wcześniejsze orzeczenia, że element bezpośredniości odnosi się nie do udziału we wszczętym przez Zamawiającego postępowaniu, ale do czynności przygotowawczych, wstępnych, które nie muszą mieć charakteru sformalizowanego i nie zawsze prowadzą do takiego wszczęcia. O zaistnieniu tej przesłanki decyduje natomiast bezpośrednio, to jest bez wprowadzania istotnych zmian, faktyczne wykorzystanie przez zamawiającego rezultatów prac wykonawcy w toku przygotowywania postępowania, a więc powiązania natury faktycznej. Nie jest natomiast konieczne, aby tego typu powiązania pomiędzy zamawiającym a wykonawcą miały źródło w jakimkolwiek stosunku prawnym bezpośrednio ich łączącym przed wszczęciem postępowania.

Z kolei w uzasadnieniu wyroku z 2 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO 1303/08) Izba zwróciła uwagę na to, że istotne znaczenie ma, czy wykonawca mógł wpłynąć na kształt opisu przedmiotu zamówienia, określenie wartości szacunkowej zamówienia, sporządzenie SIWZ, o ile taki wykonawca, dzięki udziałowi w przygotowaniu postępowania, może wpłynąć na jego wyniki, przy czym uczestnictwo w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania musi mieć charakter bezpośredni, a rezultat jego prac musi zostać wykorzystany przez zamawiającego, bez istotnej ingerencji.

Odnosząc powyższe rozważania, które skład orzekający Izby podziela, do tej sprawy, stwierdzić należy, że Zamawiający nie wykazał zaistnienia nawet pierwszej z powyżej wyszczególnionych przesłanek w odniesieniu do Odwołującego.

Zostało jedynie udowodnione, a właściwie stanowiło okoliczność bezsporną, że Europrojekt uczestniczył w weryfikacji mapy do celów projektowych, dokumentacji geotechnicznej i inwentaryzacji stanu istniejącego, czyli jedynych trzech ukończonych przez DGN opracowań, które następnie zostały załączone do SIWZ dla aktualnie prowadzonego postępowania. Z uzasadnienia decyzji o wykluczeniu, a nawet z odpowiedzi na odwołanie nie wynika jednak ani jaki konkretnie wpływ miał Odwołujący na ostateczny kształt tych opracowań, ani tym bardziej na czym miałyby polegać w związku z tym jego przewaga konkurencyjna w stosunku do innych wykonawców.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie skupił się natomiast na tym, że Odwołujący

jako weryfikator prac projektowych prowadzonych przez DGN miał dostęp do przygotowywanej dokumentacji projektowej również w zakresie planów sytuacyjnych wraz z rozwiązaniami wariantowymi, profili, przekrojów normalnych, uzgodnień z gestorami sieci infrastruktury technicznej, a także do materiałów związanych z uwarunkowaniami środowiskowymi inwestycji, które to opracowania lub informacje nie zostały ujawnione w SIWZ dla aktualnie prowadzonego postępowania. Stanowi to pewną zmianę w stosunku do enigmatycznego sformułowania zawartego w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu, z którego wynikało raczej, że to raporty z weryfikacji stanowią owe materiały nieujawnione w aktualnie prowadzonym postępowaniu.

Izba zważyła, że Zamawiający w niezamierzony sposób wykazał nie tyle bezpośredni udział Odwołującego w przygotowaniu aktualnie prowadzonego postępowania, ale na dostęp Odwołującego do opracowanych przez wykonawcę poprzednio udzielonego zamówienia materiałów, które nie stały się elementem opisu przedmiotu zamówienia, w dodatku z powodów zupełnie niezależnych od Odwołującego.

Zamawiający sam wskazał, że powodem nieudostępnienia pozostałych materiałów przekazanych przez DGN był brak rozliczenia umowy zawartej z tym wykonawcą, co powodowało, że Zamawiający nie miał majątkowych praw autorskich do tych opracowań. Uzyskał je dopiero po ostatecznym rozliczeniu zerwanej umowy z DGN, co nastąpiło po wszczęciu aktualnie prowadzonego postępowania.

Należy jednak zauważyć, że to na Zamawiającym ciążył obowiązek sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, na co wskazuje art. 29 ust. 1 pzp. Jeżeli zatem owe materiały opisywały okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, Zamawiający winien je udostępnić wszystkim wykonawcom, albo nie czekając na formalne rozliczenie umowy z DGN, albo dopiero po jego dokonaniu wszczynając przedmiotowe postępowanie. Zamawiający miał w pełni możliwość oceny dokumentacji przekazanej przez DGN, gdyż ostatni, czwarty raport Europrojektu (dotyczący materiałów do projektu budowlanego i wykonawczego branży drogowej i energetycznej, karty informacyjnej przedsięwzięcia, raportu oddziaływania akustycznego i korespondencji) datowany jest na 25 września 2014 r., a zatem przed upływem terminu składania ofert. Wynika z tego, że Zamawiający mógł również, w razie stwierdzenia potrzeby uzupełnienia materiałów załączonych do SIWZ, odpowiednio przesunąć termin składania ofert, aby umożliwić wykonawcom ich uwzględnienie przy sporządzaniu ofert. Wobec tego ewentualne zakłócenie konkurencji z powodu nieujawnienia materiałów opracowanych na zlecenie Zamawiającego, obciąża jego samego, a nie Odwołującego, który nie miał na to żadnego

wplywu.

Nie wiadomo jednak, czy owe dodatkowe nieujawnione materiały rzeczywiście zawierały informacje mające znaczenie dla sporządzenia oferty w tym postępowaniu. Zamawiający do zamknięcia rozprawy nie sprecyzował, jakie konkretnie informacje zawarte w nieukończonych opracowaniach DGN udostępniłby w tym postępowaniu, gdyby wszczął je po rozliczeniu umowy, od której odstąpił. Zamawiający wręcz unikał podania jakichkolwiek konkretów, ograniczając się, i to dopiero na etapie postępowania odwoławczego, do hasłowego wymienienia elementów dokumentacji opracowywanej przez DGN. Tymczasem Zamawiający jako strona umów zawartych z DGN i Europrojektem, a także jako inwestor przedsięwzięcia budowlanego, powinien być w tym zakresie doskonale zorientowany.

Z kolei z załączonych do odpowiedzi na odwołanie dokumentów wynika nikły stopień zaawansowania prac projektowych, co zresztą było jednym z powodów odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z DGN. Sam Zamawiający ocenił stan zaawansowania prac w zakresie materiałów do decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia wraz z uzyskaniem decyzji, a także projektu budowlanego wraz z niezbędnymi opiniami, uzgodnieniami i decyzjami administracyjnymi, na zaledwie 10%, a w pozostałym zakresie na 0%. Z raportu nr 4 wynika, że wszystkie weryfikowane w nim materiały obarczone są błędami, istotnymi usterkami lub co najmniej drobnymi usterkami, a także wskazują na wstępny okres projektowania. W szczególności w raporcie zbiorczo wskazano na brak uzgodnień lub warunków technicznych na usunięcie kolizji z Orange, Powiatowym Zarządem Dróg i Zarządem Zlewni Żuław i Rzek Przymorza Wschodniego, a także brak uzgodnień z właścicielem sieci elektroenergetycznej. Z kolei opracowania środowiskowe w raporcie zostały uznane za niepozwalające na weryfikację wpływu inwestycji na środowisko.

Nie sposób zatem stwierdzić, czego konkretnie miałyby dotyczyć rzekomo szczegółowa wiedza Europrojektu co do przyjętych rozwiązań projektowych czy uwarunkowań lokalizacyjnych, które istniały w szczątkowym zakresie. Skoro Zamawiający zdecydował się w tym zakresie na opracowanie dokumentacji zupełnie od nowa, nie sposób stwierdzić związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy nieukończonymi przez DGN materiałami, które następnie weryfikował Europrojekt a sporządzeniem oferty w aktualnie prowadzonym postępowaniu. Tym samym nie zostało wykazane przez Zamawiającego ziszczenie się drugiej z powyżej wyszczególnionych przesłanek.

Izba zważyła również, że o ile w uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający w ogóle nie odniósł się do kwestii wypełnienia trzeciej z powyżej wyszczególnionych przesłanek, o tyle w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający jedynie spekuluje, że przypisywana Odwołuującemu

ogólnikowo „większa wiedza” może go stawiać w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców. Zamawiający błędnie założył, że wystarczające w tym zakresie jest powołanie się na zbieżność zakresów przedmiotów zamówienia – udzielonego pierwotnie i aktualnie prowadzonego postępowania, a także na fakt, że Odwołujący weryfikował dokumentację projektową wytworzoną przez wykonawcę pierwszego zamówienia, bez szczegółowego odniesienia się do tego, jakie konkretnie informacje istotne dla sporządzenia oferty uzyskał w związku z tym Odwołujący, że miałyby to zakłócać konkurencję w aktualnie prowadzonym postępowaniu.

Tymczasem zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 3 marca 2005 r. w sprawie *Fabricom S.A. przeciwko Belgii*, sygn. C-21/03 i C-34/03 {A. Kurowska [w:], *Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów*, Warszawa 2006, s. 134) wykonawca nie może być wykluczony z postępowania bez możliwości wykazania, że jego udział w przygotowaniu postępowania, o ile takowy był, nie spowodował utrudnienia uczciwej konkurencji. Również w orzecznictwie Izby konsekwentnie prezentowane jest stanowisko, że samo uczestniczenie wykonawcy w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania nie stanowi wystarczającej przesłanki wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania. Konieczne jest stwierdzenie, że jego udział w postępowaniu powoduje utrudnienie uczciwej konkurencji. Przy czym oceny w tym zakresie należy dokonywać należy z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy. W szczególności należy zbadać, czy wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania dała przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co miał on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiadał informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia. Dla ustalenia wystąpienia naruszenia konkurencji istotne znaczenie ma również zakres informacji pozyskanych przez wykonawcę, a także stopień trudności przygotowania oferty {zob wyroki Izby wydane: 31 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 6/08), 1 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 986/08), 6 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1108/110)}.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych miało istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika i koszty dojazdu, które uwzględniono na podstawie rachunków złożonych do zamknięcia rozprawy, z tym że wysokość wynagrodzenia pełnomocnika ograniczono do kwoty 3600 zł.

**Przewodniczący:** .....