

WYROK
z dnia 5 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2013 r. przez Gorzowska Inżynierska Firma Konsultingowa INTERPROJEKT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Miasto Gorzów Wielkopolski z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Miastu Gorzów Wielkopolski z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim unieważnienie czynności wykluczenia Gorzowska Inżynierska Firma Konsultingowa INTERPROJEKT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie dokumentacji projektowej na zadanie pn: Przebudowa ulicy Kostrzyńskiej w Gorzowie Wlkp.” oraz powtórzenie czynności oceny wniosków złożonych w ww. postępowaniu z uwzględnieniem wniosku tego wykonawcy,
2. kosztami postępowania obciąża Miasto Gorzów Wielkopolski z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Gorzowska Inżynierska Firma Konsultingowa INTERPROJEKT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Miasto Gorzów Wielkopolski z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim na rzecz Gorzowska Inżynierska Firma Konsultingowa INTERPROJEKT Spółka z

ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim kwotę 17 460 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy czterysta sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Miasto Gorzów Wielkopolski, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie dokumentacji projektowej na zadanie pn: Przebudowa ulicy Kostrzyńskiej w Gorzowie Wlkp.”

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 31.08.2013 r. w Dz.U. UE pod numerem 2013/S 169-293352.

W dniu 15.11.2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wynikach oceny spełniania warunków udziału i zaproszeniu do składania ofert, w tym o wykluczeniu z udziału w postępowaniu wykonawcy, Gorzowska Inżynierska Firma Konsultingowa INTERPROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim (zwana dalej „Interprojekt”).

W dniu 20.11.2013 r. Interprojekt wniosła do Prezesa KIO odwołanie względem ww. czynności zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy przez podjęcie decyzji o wykluczeniu wykonawcy w oparciu o ten przepis, pomimo że w stosunku do wykonawcy nie zaistniały przestanki określone w tym przepisie, tj. po pierwsze wykonawca nie brał bezpośredniego udziału w przygotowaniu tego postępowania, po drugie brak jest bezpośredniego związku pomiędzy rezultatem pracy wykonawcy, a jego wykorzystaniem przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, po wtóre udział wykonawcy w niniejszym postępowaniu w żaden sposób nie utrudni uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...] Zamawiający nie sformułował konkretnych motywów, w oparciu o które uznał, że udział odwołującego w postępowaniu utrudni uczciwą konkurencję. Jedynym argumentem,

stanowiącym podstawę jego decyzji jest fakt, że Odwołujący był twórcą projektu koncepcyjnego pod nazwą „Przebudowa ul. Kostrzyńskiej w Gorzowie Wlkp.” Jak wynika natomiast z ugruntowanego w literaturze przedmiotu stanowiska sam fakt uczestnictwa w wykonywaniu czynności związanych z przygotowaniem postępowania nie może stanowić podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu. Ograniczenie jest nieaktualne, jeżeli udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji (por. Jagiełło Dariusz, artykuł Zam.Pub.Dor.2010.5.35 Wykonawca powiązany z beneficjentem). Powyższe stanowisko potwierdzają zaprezentowane niżej opinie prawne ekspertów UZP.

Na marginesie należy przypomnieć, że w przypadku art. 24 ust. 2 pkt. 1 ciężar udowodnienia faktu spoczywa na zamawiającym.

Posiłkując się treścią opinii prawnej ekspertów UZP Wykluczenie z postępowania wykonawców, którzy wykonywali czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania (opublikowanej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych lub Informator Urzędu Zamówień Publicznych-wrzesień 2013), wskazać należy, że obowiązek wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt. 1 PZP ciąży na Zamawiającym, w sytuacji łącznego wystąpienia trzech przesłanek pozytywnych oraz braku przesłanki negatywnej niweczącej podstawę wykluczenia.

Cytując treść opinii:

„Po pierwsze, wykluczeniu z postępowania podlegają wykonawcy, którzy bezpośrednio wykonywali czynności związane z prowadzonym postępowaniem albo posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności związanych z prowadzonym postępowaniem. Po drugie, obowiązek wykluczenia dotyczy wskazanych powyżej wykonawców, którzy (lub osoby, którymi posługiwali się w celu sporządzenia oferty) brali udział w przygotowaniu tego postępowania. Pzp przez "przygotowanie postępowania" rozumie czynności podejmowane przez zamawiającego (jego pracowników, jednostki organizacyjne lub osoby trzecie, którym na podstawie art. 15 ust. 2 Pzp może on powierzyć przygotowanie postępowania) wymienione w Rozdziale II "Przygotowanie postępowania", art. 29 - 38 Pzp. Zaliczyć do nich należy:

- opis przedmiotu zamówienia, w przypadku robót budowlanych - sporządzenie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, programu funkcjonalno-użytkowego,
- oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, w przypadku robót budowlanych poprzez sporządzenie kosztorysu inwestorskiego,
- przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Po trzecie, musi zachodzić bezpośredni związek pomiędzy rezultatem pracy podmiotu uczestniczącego w postępowaniu przygotowawczym a jego wykorzystaniem przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przesłanka negatywna, stanowi, iż wystąpienie powyższych okoliczności nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli udział tego wykonawcy nie utrudni uczciwej konkurencji."

Odnosząc się kolejno do poszczególnych przesłanek wyszczególnionych powyżej należy zważyć co następuje:

1) opis przedmiotu zamówienia, w przypadku robót budowlanych - sporządzenie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, programu funkcjonalno-użytkowego,

Gorzowska Inżynierska Firma Konsultingowa InterPROJEKT sp. z o.o. opracowała projekt koncepcyjny pod nazwą „Przebudowa ul. Kostrzyńskiej w Gorzowie Wlkp." . Opracowanie to obejmowało swoim zakresem wykonanie wielobranżowej koncepcji (m.in. branże drogowa, tramwajowa, sanitarna, elektryczna, teletechniczna) przebudowy ul. Kostrzyńskiej od km 0+000 (granice administracyjne Gorzowa Wlkp.) do km 4+490 (ulica Plac Słoneczny). Natomiast zakres rzeczowy ujęty w przedmiotowym postępowaniu obejmuje wyłącznie opracowanie dokumentacji projektowej dla I etapu przebudowy ul. Kostrzyńskiej tj. na odcinku od ok. km 2+650 (ulica Dobra) do km 4+490 (ulica Plac Słoneczny). Tym samym zakres zamówienia nie jest tożsamy z pierwotnym opracowaniem, gdyż obejmuje opracowanie tylko określonego fragmentu prac ujętych w koncepcji.

Co więcej, już po zakończeniu opracowania dokumentacji Zamawiający założył dokonanie istotnych zmian w przedmiocie opracowania, jak również rozszerzył zakres opracowania objęty postępowaniem o dodatkowe elementy (np. koncepcja odwodnienia).

Na odrębną ocenę stanowi stopień wykorzystania koncepcji projektowej firmy GIFK InterPROJEKT jako materiału bazowego dla podstawowego przedmiotu zamówienia tj. opracowania projektu budowlanego.

Podstawą do opracowania projektu budowlanego jest bowiem USTAWA z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Ustawa ta wraz z aktami wykonawczymi określa kształt i wymagania w stosunku do zakresu rzeczowego i przedmiotowego projektu budowlanego. Zgodnie z zapisem art. 20 ustawy Prawo budowlane do podstawowych obowiązków projektanta jako wykonawcy dokumentacji projektowej należy:

- opracowanie projektu budowlanego w sposób zgodny z ustaleniami określonymi w decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, o której mowa w art. 71 ust. 1 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie

środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko, lub w pozwoleniu, o którym mowa w art. 23 i 23a ustawy z dnia 21 marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej, wymaganiami ustawy, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej;

- uzyskanie wymaganych opinii, uzgodnień i sprawdzeń rozwiązań projektowych w zakresie wynikającym z przepisów.

Zapisy te jednoznacznie wskazują, że dla wykonawcy wyłonionego w tym postępowaniu to nie koncepcja będzie głównym dokumentem określającym przedmiot zamówienia, stanowiąc jedynie materiał pomocniczy pozwalający wstępnie określić zakres rzeczowy inwestycji. Wyraźnie wskazuje na to sam Zamawiający w opisie zamówienia gdzie podkreśla informacyjny charakter opracowanej uprzednio koncepcji (*pkt. 11.2- Wielkość lub zakres zamówienia- Wykonawca winien ocenić przydatność i możliwość wykorzystania w/w opracowań na potrzeby przygotowywania oferty i realizacji przedmiotu zamówienia*)

2) oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, w przypadku robót budowlanych poprzez sporządzenie kosztorysu inwestorskiego,

W ramach wykonanej koncepcji GIFK InterPROJEKT sp. z o.o. dokonała również opracowania szacunkowych kosztów realizacji inwestycji, w tym również szacunkową wycenę kosztów prac projektowych. Kwota prac projektowych zawarta w opracowaniu ujmowała jednakże cały odcinek ul. Kostrzyńskiej od km 0+000 do km 4+490. Jednocześnie należy podkreślić, że opracowany przez Odwołującego koszt prac projektowych nie jest tożsamy z wartością przedmiotu zamówienia wynikającą z opisu zawartego w opisie zamówienia. Zamawiający nie dość, że dokonał skrócenia zakresu rzeczowego (długość opracowania) to dodatkowo uzupełnił zakres opracowania o dodatkowe elementy nie ujęte w koncepcji programowej - przykładowo opis zamówienia:

4. Przedmiot zamówienia będzie obejmować:

1. Wykonanie koncepcji odwodnienia

Co istotne Zamawiający upublicznił również informację o szacunkowej wartości zamówienia wraz z ogłoszeniem o zamówieniu (*pkt. 11.2- Wielkość lub zakres zamówienia Szacunkowa wartość bez VAT: 439 827,34 EUR*)

3) przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Firma GIFK InterPROJEKT sp. z o.o. nie uczestniczyła i nie będzie uczestniczyć w ramach tego postępowania w przygotowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Podanie jako podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania możliwości wpływania na treść SIWZ poprzez udzielanie odpowiedzi na pytania wykonawców oparte jest na błędnej przesłance.

Zgodnie bowiem z zapisami art. 38. ust. 1. Pzp to do obowiązków zamawiającego należy udzielanie odpowiedzi na pytania wykonawców. Przy udzielaniu odpowiedzi może ale nie musi się on kierować informacjami uzyskanymi uprzednio od GIFK InterPROJEKT. Ale nie zmienia to faktu, że tylko i wyłącznie zamawiający decyduje o treści udzielanych odpowiedzi, sprawując przez cały czas prowadzonego postępowania funkcję kontrolną w stosunku do przekazywanych wykonawcom treści.

Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania nie udokumentował w żaden sposób wystąpienia którejkolwiek z tych przesłanek.

Ponadto jak przytoczono powyżej, nawet łączne spełnienie wymienionych trzech przesłanek, niweczy wystąpienie jednej przesłanki negatywnej tzn. „wystąpienie powyższych okoliczności nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli udział tego wykonawcy nie utrudni uczciwej konkurencji.”

Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia z postępowania Odwołującego wskazał na fakt posiadania rzekomo większej wiedzy od pozostałych uczestników opracowania, będącej konsekwencją opracowania koncepcji projektowej.

Przesłanka ta nie znajduje żadnego potwierdzenia w faktach. Odwołujący posiada dokładnie taką samą wiedzę jak pozostali wykonawcy uczestniczący w postępowaniu.

[...]”

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Zamówienie udzielane jest w trybie przetargu ograniczonego.

Zgodnie z określeniem zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt 11.1.5 i 11.2.1), przedmiotem zamówienia jest:

Wykonanie dokumentacji projektowej etapu i przebudowy ulicy Kostrzynskiej - drogi wojewódzkiej nr 132 klasa G na odcinku od skrzyżowania z ulicą Plac Słoneczny do skrzyżowania z ul. Dobrą w Gorzowie Wlkp. na potrzeby zadania inwestycyjnego pn.: Przebudowa ulicy Kostrzynskiej.[...]

W ramach realizacji przedmiotu zamówienia należy wykonać dokumentację projektową na przebudowę etapu I ulicy Kostrzynskiej na odcinku o długości ok. 1 900 m - od skrzyżowania z ulicą Plac Słoneczny do skrzyżowania z ulicą Dobrą w Gorzowie Wlkp. wraz z uzyskaniem

pozwolenia na budowę/przyjęcia zgłoszenia robót/decyzji ZRID oraz pełnieniem nadzoru autorskiego przez cały okres realizacji inwestycji pn.: Przebudowa ulicy Kostrzynskiej.

Dokumentacja musi umożliwiać etapowanie robót podczas realizacji inwestycji z uwzględnieniem następujących odcinków: 1) odcinek I - obejmujący budowę nowej południowej nitki ulicy Kostrzynskiej, przebudowę istniejącego wiaduktu nad torami PKP, budowę ronda, budowę kanalizacji deszczowej, budowę oświetlenia drogowego, 2) odcinek II - obejmujący przebudowę torowiska tramwajowego, pętli tramwajowej i sieci trakcyjnej, 3) odcinek III - obejmujący przebudowę istniejącej jezdni ulicy Kostrzynskiej.

Przedmiot zamówienia należy wykonać zgodnie z „Koncepcją przebudowy ulicy Kostrzynskiej” (opracowanie: Gorzowska Inżynierska Firma Konsultingowa InterPROJEKT, listopad 2009-lipiec 2010r.). W skład „Koncepcji przebudowy ulicy Kostrzynskiej” wchodzi następujące opracowania:

- 1) Koncepcja programowa - ulica Kostrzyńska,
- 2) Pomiary i prognoza ruchu - ulica Kostrzyńska, 3) Inwentaryzacja zieleni - ulica Kostrzyńska,
- 4) Koncepcja programowa - aktualizacja map - ulica Kostrzyńska,
- 5) Monitoring hałasu samochodowego i tramwajowego,
- 6) Inwentaryzacja wiaduktu drogowego nad torami,
- 7) Inspekcja TVC Kd 300 Beton eksploatacyjna - ul. Kostrzyńska,
- 8) Opinia o geotechnicznych warunkach posadowienia obiektów budowlanych - ulica Kostrzyńska,
- 9) Koncepcja przebudowy wiaduktu przy AGROMIE,
- 10) Raport o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko.

Wykonawca winien ocenić przydatność i możliwość wykorzystania w/w opracowań na potrzeby przygotowywania oferty i realizacji przedmiotu zamówienia.

4. Przedmiot zamówienia będzie obejmować:

- 1) Wykonanie koncepcji odwodnienia,
- 2) Wykonanie i uzyskanie przez Wykonawcę wszelkich opracowań, opinii, uzgodnień, sprawdzeń i decyzji niezbędnych do uzyskania pozwolenia na budowę/zawiadomienia o braku sprzeciwu do realizacji robót budowlanych/decyzji ZRID, a w szczególności:
 - a) uzyskanie mapy do celów projektowych,
 - b) wykonanie dokumentacji geotechnicznej/geotechnicznych warunków posadowienia obiektów budowlanych/dokumentacji geologiczno-inżynierskiej,

- c) uzyskanie pozwolenia wodno-prawnego na budowę wszystkich urządzeń wymagających tego rodzaju pozwolenia, jak i na odprowadzenie wód opadowych i roztopowych,
 - d) uaktualnienie raportu oddziaływania na środowisko wraz z niezbędną inwentaryzacją przyrodniczą oraz uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach,
 - e) przeprowadzenie oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko,
 - f) uzyskanie rozstrzygnięcia Lubuskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w sprawie zdjęcia z ewidencji gminnej budynków przeznaczonych do wyburzenia,
 - g) uzyskanie zgody na odstępstwo od warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie w szczególności w zakresie szerokości pasa drogowego, odległości pomiędzy skrzyżowaniami, szerokości chodników, pochyleń podłużnych na zjazdach oraz wszystkich innych elementów nie spełniających wymogów rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogi publiczne ich usytuowanie (Dz. U. z 1999 r., Nr 43 poz. 430 z późniejszymi zmianami) -jeśli zajdzie taka konieczność,
 - h) uzyskanie decyzji lokalizacji inwestycji celu publicznego w przypadku budowy nowej infrastruktury zlokalizowanej poza projektowanym pasem drogowym wraz z uzyskaniem na jej lokalizację zgody właściciela terenu, na którym ma być ona umieszczona -jeśli zajdzie taka konieczność,
 - i) opracowanie dokumentacji geodezyjnej dotyczącej projektów podziałów działek stanowiącej załącznik wymagany do wniosku o wydanie decyzji ZRID oraz wykazy zmian danych ewidencyjnych dotyczących działek i budynków - jeśli zajdzie taka konieczność, j) wykonanie wielobranżowego projektu budowlanego wraz z informacją dotyczącą bezpieczeństwa i ochrony zdrowia,
- 3) Wykonanie przez Wykonawcę dokumentów niezbędnych do przygotowania postępowania na wybór wykonawcy robót oraz
- do a) wykonanie projektów wykonawczych dla wszystkich branż,
 - b) wykonanie kosztorysu inwestorskiego,
 - c) wykonanie przedmiaru robót z Tabelą Elementów Rozliczeniowych,
 - d) wykonanie Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót,
- 4) Uzyskanie decyzji pozwolenia na budowę/zawiadomienia o braku sprzeciwu do realizacji robót budowlanych/decyzji ZRID w oparciu o wykonany projekt budowlany,
- 5) Wykonanie i uzyskanie przez Wykonawcę wszelkich opracowań, opinii, uzgodnień, sprawdzeń i decyzji po uzyskaniu pozwolenia na budowę/zawiadomieniu o braku sprzeciwu do realizacji robot budowlanych/decyzji ZRID niezbędnych

do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy.

6) Przeniesienie na rzecz Zamawiającego praw autorskich majątkowych oraz zezwolenia na wykonywanie autorskich praw

zależnych do opracowań wykonanych w ramach realizacji przedmiotu zamówienia.

7) Pełnienie nadzoru autorskiego zgodnie z zapisami SIWZ przez cały okres realizacji inwestycji.

5. Zakres rzeczowy dokumentacji projektowej na odcinku od Placu Słonecznego do ul. Dobrej obejmować będzie:

- 1) przebudowę istniejącej jezdni ul. Kostrzyńskiej,
- 2) budowę nowej południowej nitki ul. Kostrzyńskiej,
- 3) przebudowę istniejącego torowiska tramwajowego, pętli tramwajowej i sieci trakcyjnej tramwajowej,
- 4) przebudowę istniejącego wiaduktu drogowego nad torami kolejowymi - na wjeździe do AGROMY,
- 5) przebudowę i budowę chodników,
- 6) wyznaczenie nowego ciągu ścieżki rowerowej w technologii nawierzchni asfaltowej,
- 7) przebudowę istniejących zjazdów publicznych oraz indywidualnych wraz ze znajdującymi się pod nimi przepustami,
- 8) przebudowę skrzyżowań z istniejącą siecią drogową w zakresie koniecznych korekt geometrii oraz robót nawierzchniowych, 9) przebudowę przystanków tramwajowych i zatok autobusowych,
- 10) przebudowę i budowę nowego oświetlenia oraz doświetlenie przejść dla pieszych i dojeżdż do przystanków komunikacji zbiorowej,
- 11) przebudowę kanalizacji deszczowej na całej długości przebudowywanego odcinka z uwzględnieniem odbioru wód powierzchniowych z ulic bocznych wzdłuż ulicy Kostrzyńskiej zgodnie z zapisami w odpowiednich planach zagospodarowania przestrzennego,
- 12) rozbiórkę ogrodzeń istniejących w pasie drogowym - jeśli zajdzie taka konieczność,
- 13) projekt docelowej organizacji ruchu - oznakowanie poziome i pionowe, wraz z zatwierdzeniem przez organ właściwy do zarządzania ruchem drogowym,
- 14) dostosowanie ulicy do potrzeb osób niepełnosprawnych, w tym niewidomych,
- 15) zagospodarowanie zieleni,
- 16) inwentaryzację istniejących obiektów m.in. istniejących ogrodzeń ze szczególnym uwzględnieniem obiektów zajmujących pas drogowy ulicy Kostrzyńskiej,

17) uaktualnienie inwentaryzacji drzew i krzewów, oznakowanie drzew w terenie, przedstawienie szacunku brakarskiego,

18) budowę kanałów technologicznych - jeśli zajdzie taka konieczność,

19) przebudowę kolidujących urządzeń infrastruktury technicznej, a w szczególności (sieci energetycznych, wodociągowych, telekomunikacyjnych, gazowych).

6. Charakterystyka obszaru planowanej inwestycji.

1) Obszary chronionej przyrody:

a) Teren na którym zaplanowano budowę i przebudowę drogi nie jest objęty żadną z form ochrony przyrody ustanowionych na podstawie Ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 roku o ochronie przyrody {Dz. U. z 2004r. nr92, poz. 880 z późniejszymi zmianami),

b) W sąsiedztwie realizowanej inwestycji znajduje się obszar należący do Europejskiej Sieci Obszarów Natura 2000 ~ „Murawy Gorzowskie” PLH 080058 o pow. 79,9 ha składający się z rezerwatu „Gorzowskie Murawy” położonego na północ od drogi wojewódzkiej oraz użytku ekologicznego „Gorzowskie murawy kserotermiczne” położonego przy torach kolejowych w obrębie osiedla Wieprzyc przy zachodniej granicy miasta.

2) Budynki mieszkalne w ewidencji gminnej i stanowiska archeologiczne na terenie planowanej inwestycji:

1) Na odcinku od Placu Słonecznego do ul. Dobrej zlokalizowane są budynki mieszkalne znajdujące się w ewidencji gminnej. W związku z zamiarem wyburzenia tych budynków dla potrzeb planowanej inwestycji, należy uzyskać rozstrzygnięcie Lubuskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w sprawie zdjęcia z ewidencji gminnej w/w budynków.

2) Na obszarze planowanej inwestycji nie zarejestrowano stanowisk archeologicznych. Szacunkowa wartość bez VAT: 439 827,34 EUR

W uzasadnieniu czynności wykluczenia Interprojekt z postępowania zamawiający wskazał:

„Wyżej wskazana firma jest autorem „Konceptji przebudowy ulicy Kostrzyńskiej”, która stanowi opis przedmiotu zamówienia.

Zgodnie umową zawartą z firmą GIFK InterPROJEKT na wykonanie „Konceptji przebudowy ulicy Kostrzyńskiej” Wykonawca w ramach wynagrodzenia (...) zobowiązuje się do udzielania Zamawiającemu niezwłocznie wyjaśnień i pisemnych odpowiedzi (...) na zapytania dotyczące Konceptji składane przez oferentów w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wybór wykonawcy robót budowlanych oraz wykonawcy dokumentacji projektowej w oparciu o tę Konceptję. Niewykluczenie firmy GIFK

InterPROJEKT Sp. z o.o. z postępowania spowoduje, że będzie ona w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców, gdyż posiada większą wiedzę na temat przedmiotu zamówienia, co więcej udzielając odpowiedzi na pytania innych wykonawców ma możliwość kształtowania dalszych losów postępowania i wpływania na treść SIWZ, a w konsekwencji formowania postępowania z korzyścią dla siebie (jako wykonawcy). Firma GIFK InterPROJEKT Sp. z o.o. nie może występować jednocześnie w dwóch rolach, z jednej strony jako „ekspert” zamawiającego, który winien znać i udzielać odpowiedzi na wszelkie pytania odnośnie opisu przedmiotu zamówienia stawiane przez potencjalnych wykonawców, z drugiej zaś jako wykonawca ubiegający się o zamówienie.”

Izba oceniła i uwzględniła w charakterze dowodów, wnioskowane przez zamawiającego, następujące umowy zawarte pomiędzy stronami:

- umowę na wykonanie prac projektowych z dnia 1 czerwca 2004 r.,
- umowę nr 98/WIN/2009 z dnia 2 października 2009 r. (na aktualizację koncepcji przebudowy ul. Kostrzyńskiej) wraz z Aneksem nr 1 z dnia 2 lutego 2010 r.,
- umowę nr 80/WIN/2012 z dnia 10 grudnia 2012 r. (dot. przeniesienia praw autorskich do koncepcji przebudowy ul. Kostrzyńskiej).

Jak wynika z ww. dowodów, zobowiązanie Interprojekt do udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców, które wskazuje zamawiający w cytowanym wyżej uzasadnieniu wykluczenia wykonawcy z postępowania, wynika z umowy nr 80/WIN/2012 z dnia 10 grudnia 2012 r., a nie z umowy na wykonanie koncepcji.

W par. 2 pkt 10 umowy nr 80/WIN/2012 postanowiono: *„Wykonawca w ramach wynagrodzenia [...] zobowiązuje się do udzielania Zamawiającemu niezwłocznie wyjaśnień i pisemnych odpowiedzi [...] na zapytania dotyczące Koncepcji składane przez oferentów w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wybór wykonawcy robót budowlanych oraz wykonawcy dokumentacji projektowej w oparciu o tę koncepcję.”*

Izba oceniła i uwzględniła w charakterze dowodu, wnioskowane przez odwołującego, pismo zamawiającego z dnia 24 kwietnia 2012 r. skierowane do odwołującego, o treści:

„Nawiązując do Państwa pisma znak K4/2012 z dnia 28.03.2012r. uprzejmie informujemy, iż zgodnie z art. 67 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późniejszymi zmianami) nie ma prawnych możliwości wyboru konkretnego wykonawcy projektu budowlanego dla zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa ulicy Kostrzyńskiej,” na podstawie zamówienia z wolnej ręki, dlatego też Miasto Gorzów Wlkp.

obecnie przygotowuje się do przeprowadzenia nowego postępowania przetargowego na wybór projektanta w trybie przetargu nieograniczonego.

Serdecznie zapraszamy firmę GIFK InterPROJEKT Sp. z o.o. do wzięcia udziału w w/w postępowaniu. Z uwagi na szczegółowe rozpoznanie tematu, uważamy, iż mają Państwo możliwość złożenia atrakcyjnej cenowo, w stosunku do konkurencji, oferty.

Gwoli wyjaśnienia, nadmieniamy, iż koncepcja autorstwa Państwa firmy jest opracowaniem poglądowym powstałym na potrzeby Zamawiającego i Miasto na chwilę obecną nie podjęło jeszcze decyzji odnośnie zamieszczenia w/w opracowania jako materiału załączonego do przetargu i udostępnienia tym samym koncepcji potencjalnym wykonawcom.

Jednakże traktując Państwa pismo, jako ofertę sprzedaży Miastu Gorzów Wlkp. zależnych praw autorskich, prosimy o doprecyzowanie oferty pod względem cenowym, co da nam pełny obraz sprawy i umożliwi podjęcie stosownych decyzji odnośnie dalszego toku postępowania w sprawie zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa ulicy Kostrzyńskiej.”

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.

Ponadto Izba wskazuje na formalne podstawy wyrokowania w danej sprawie – zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6

Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Powyższe jest skorelowane z ekonomiką postępowania odwoławczego z założenia realizującego postulat szybkości procesowej (art. 189 ust. 1 Pzp).

Katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego został enumeratywnie podany w art. 24 ustawy. Za ustalony, zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie, należy uznać pogląd, że wynikające z ww. przepisu normy, jako sankcyjne, tj. eliminujące wykonawców z ubiegania się o zamówienia publiczne, należy interpretować ściśle. Nie można w ich przypadku stosować wykładni rozszerzającej, a więc rozciągać ich stosowania na przypadki, których ich dyspozycje wyraźnie nie obejmują.

W świetle literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp dla ziszczenia się przesłanki wykluczenia wykonawcy opisanej w tym przepisie konieczne jest jednoczesne stwierdzenie, że wykonawca bezpośrednio wykonywał czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania (albo posłużył się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tego typu czynności), a ponadto ów udział w przygotowaniu postępowania utrudnił konkurencję w postępowaniu. Obie powyższe okoliczności składające się na ww. przesłankę wykluczenia wykonawcy, muszą więc być powiązane adekwatnym związkiem przyczynowo-skutkowym, tj. utrudnienie konkurencji (uzyskanie uprzywilejowanej pozycji w postępowaniu przez danego wykonawcę) musi być wynikiem danego uczestnictwa wykonawcy w przygotowaniu postępowania.

Ustawa przez „przygotowanie postępowania” rozumie czynności podejmowane przez zamawiającego (jego pracowników, jednostki organizacyjne lub osoby trzecie, którym na podstawie art. 15 ust. 2 Pzp może on powierzyć przygotowanie postępowania) wymienione w Rozdziale II „Przygotowanie postępowania”, art. 29 - 38 Pzp. Zaliczyć do nich należy:

- opis przedmiotu zamówienia, w przypadku robót budowlanych - sporządzenie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, programu funkcjonalno-użytkowego,
- oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, w przypadku robót budowlanych poprzez sporządzenie kosztorysu inwestorskiego,
- przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (za „Informatorem Urzędu Zamówień Publicznych” nr 9/2013, s. 9, www.uzp.gov.pl)

W wyroku ETS z dnia 3 marca 2005 r. (w sprawach połączonych sygn. C-21/03 i C-34/03), podkreślono powinny brak automatyzmu przy wykluczeniu wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu danego postępowania. Trybunał stwierdził, iż udział danego wykonawcy w niektórych pracach przygotowawczych może prowadzić do zakłócenia konkurencji pomiędzy oferentami (akapit 29 i 30). Uznał również, że istnieją przypadki w których wykluczenie z procedury przetargowej osób wykonujących niektóre prace przygotowawcze, jest

nieuzasadnione, albowiem ich uczestnictwo w procedurze nie stanowi żadnego niebezpieczeństwa dla konkurencji między oferentami (akapit 35).

Tym samym, w ślad za powoływanym wyżej stanowiskiem UZP, stwierdzić należy, „[...] iż wykonawca, który przygotowywał postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego może mieć przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami w tym postępowaniu. Jednakże istnienia takiej zależności zamawiający nie może domniemywać, lecz musi ją niezbicie ustalić w okolicznościach konkretnego przypadku. Tym samym, zamawiający jest obowiązany wykluczyć wykonawcę, który opracował np. dokumentację projektową, tylko i wyłącznie wtedy, gdy jest w stanie wykazać, iż jego udział w tym postępowaniu utrudnił konkurencję, tj. jego pozycja konkurencyjna w postępowaniu - z uwagi na opracowanie projektu i kosztorysów inwestorskich - była korzystniejsza od innych wykonawców w nim uczestniczących, którzy informacje o nim czerpali ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na gruncie ustalonej wykładni przesłanek art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, fakt, że dany wykonawca brał udział w przygotowaniu postępowania np. poprzez opracowanie dokumentacji projektowej, w postaci projektu i kosztorysów inwestorskich, nie stanowi wystarczającej przyczyny wykluczenia go z postępowania, w którym zamawiający udziela zamówienia. Wykonawca taki opracowując dokumentację projektową nabył bowiem informacje o przedmiocie zamówienia. Jeśli zaś powyższe informacje wchodziły również w zakres dokumentacji postępowania i były do wykorzystania na równych zasadach dla wszystkich zainteresowanych uczestnictwem w przetargu, to uznać należy, iż przewaga wykonawcy, który przygotowywał dokumentację projektową na potrzeby postępowania, w którym następnie złożył ofertę polegała jedynie na wcześniejszej znajomości przedmiotu zamówienia i ewentualnie krótszym czasie przygotowania oferty. Jednakże okoliczność ta nie stanowi wystarczającego dowodu utrudnienia uczciwej konkurencji.

Jeżeli więc nie wykazano przesłanki utrudniania uczciwej konkurencji, a przede wszystkim nie udokumentowano jej dowodami, przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie może mieć zastosowania. Z samego faktu udziału określonego wykonawcy w przygotowaniu postępowania nie wynika bowiem, że wykonawca ten miał przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami postępowania. A zatem zamawiający jest uprawniony do udzielenia zamówienia takiemu wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu postępowania poprzez opracowanie dokumentacji projektowej w przypadku, gdy jego oferta została uznana za najkorzystniejszą na gruncie tego postępowania.”

Jak już wskazano, sam udział w ww. czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania nie stanowi wystarczającej podstawy do wypełnienia dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp – udział ten musi prowadzić dodatkowo do ograniczenia konkurencji w

postępowaniu. Natomiast ocena czy doszło do uzyskania przewagi konkurencyjnej przez danego wykonawcę wykonującego czynności związane z przygotowaniem postępowania, zależy od oceny konkretnych okoliczności danej sprawy. Pod uwagę należy wziąć przy tym wszelkie okoliczności, które doprowadziły do uzyskania przewagi wykonawcy nad innymi uczestnikami postępowania, np. jakiego rodzaju wiedzę, zakres informacji o zamówieniu, uzyskał wykonawca i czy wiedza ta jest dostępna innym wykonawcom, albo np. czy przygotowując opis przedmiotu zamówienia wykonawca wprowadził doń postanowienia jedynie dla niego korzystne... etc. Zamawiający powinien wziąć pod uwagę oraz przede wszystkim wykazać, co konkretnie dało w tym przypadku przewagę wykonawcy wykonującemu niektóre czynności związane z przygotowaniem postępowania (np. jaka wiedza przy tym nabyta daje mu możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo jakie informacje dodatkowe, niedostępne innym wykonawcom na temat danego przedmiotu zamówienia uzyskał i w jaki sposób będzie mógł je wykorzystać dla uzyskania danego zamówienia). Dla ustalenia wystąpienia naruszenia konkurencji istotne znaczenie może mieć również zakres informacji pozyskanych przez wykonawcę, a także stopień trudności przygotowania oferty.

Podkreślić przy tym należy, iż to na zamawiającym ciąży obowiązek ustalenia i wykazania, czy wykonawca bezpośrednio wykonywał czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania albo posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, a także w jaki sposób powyższe narusza konkurencję w postępowaniu. To zamawiający z zaistnienia tych okoliczności wywodzi skutki prawne i tym samym na nim spoczywa ciężar dowodu związany z ich wykazaniem.

Odnosząc powyższe uwagi do przedmiotowej sprawy, stwierdzić należało, iż w rozpatrywanym przypadku zamawiający wskazanego ciężaru dowodu nie uniósł. Zamawiający nie wykazał przed Izłą żadnych konkretnych okoliczności, które stanowiłyby udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania ograniczający konkurencję w tym postępowaniu.

Zamawiający powoływał w tym względzie dwie rzeczowo powiązane ze sobą, ale czasowo rozdzielne, okoliczności dotyczące udziału odwołującego w przygotowaniu postępowania – sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia. Mianowicie wskazywał na przygotowanie przez Interprojekt koncepcji przebudowy ul. Kostrzyńskiej, która stanowić miała podstawę dla opracowania dokumentacji projektowej (budowlanej) stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia oraz na fakt, iż wykonawca zobowiązany jest do udzielania w przyszłości zamawiającemu konsultacji na temat rzeczowej koncepcji w trakcie procedur przetargowych na wyłonienie wykonawcy dokumentacji projektowej.

Przesłanka wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy odnosi się do konkretnych wskazanych tam okoliczności faktycznych, których powiązanie z wpływem na konkurencję w postępowaniu można ocenić jedynie w przypadku, gdy okoliczności te zaistnieją. Nie można natomiast ustalić w jaki sposób dana okoliczność wpłynęła czy nawet wpłynie na uzyskanie przez danego wykonawcę uprzywilejowanej pozycji w postępowaniu, jeżeli jest to okoliczność przyszła, hipotetyczna i niedookreślona. Takie właśnie okoliczności powołuje zamawiający.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego. Opublikowane przez zamawiającego ogłoszenie o zamówieniu nie zawiera pełnego opisu przedmiotu zamówienia ale jedynie jego określenie – zresztą zgodnie z art. 48 ust. 1 pkt 3 Pzp. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawartego w niej opisu przedmiotu zamówienia zamawiający jeszcze nie sporządził – a przynajmniej nie przekazał takowego Izbie. Nie jest więc wcale jasne w jakim stopniu, zakresie i kształcie opracowana przez odwołującego koncepcja będzie bezpośrednio taki opis stanowić. Zamawiający nie przekazał zresztą w ramach dokumentacji postępowania, ani nie powołał jako dowodu, rzeczowej koncepcji. Izba nie była więc nawet w stanie ocenić jakiego charakteru jest to opracowanie, a tym bardziej stwierdzić, co konkretnie w tym opracowaniu lub w związku z faktem jego przygotowania, doprowadziło do uprzywilejowania odwołującego względem innych uczestników postępowania. Przy czym zamawiający, poza pewnymi ogólnikami, nie powołał w tym zakresie żadnych konkretnych okoliczności czy przykładów informacji tego typu.

Natomiast odnośnie konsultacji dotyczących koncepcji, do których w trakcie prowadzonych postępowań odwołujący będzie zobowiązany na podstawie umowy z dnia 10.12.2012 r., stwierdzić można, iż jest to okoliczność jeszcze bardziej niedookreślona niż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia. Powoływany przepis ustawy referuje wyraźnie do przeszłości – wykonawca miał wykonywać czynności związane z przygotowaniem postępowania. Nie odnosi się natomiast do przyszłych działań wykonawcy w zakresie przygotowania postępowania, które ewentualnie na żądanie zamawiającego będzie wykonywał. Dotychczas, prawdopodobnie ze względu na wybrany tryb postępowania, żadne czynności związanych z wyjaśnianiem przedmiotu zamówienia i odpowiadaniem przez zamawiającego na pytania innych wykonawców, wykonywane przez odwołującego nie miały miejsca. Dopiero, gdy tego typu konkretny przypadek będzie miał miejsce, można będzie sensownie rozważyć, czy dane działanie wykonawcy, np. jego stanowisko w sprawie lub uzyskane w związku z danymi czynnościami informacje, miały wpływ na konkurencję w postępowaniu. Natomiast jakiegokolwiek hipotetyczne oceny i generalizacje względem faktów, które nie miały jeszcze miejsca i nie wiadomo nawet w jakim dokładnie kształcie i zakresie wystąpią, są nieuprawnione. Jak już wskazano na wstępie, w ramach zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 1

Pzp ocenia się konkretne okoliczności faktyczne i ich konsekwencje dla konkurencji w postępowaniu, a nie skutki przyszłych i niedookreślonych czynności czy zdarzeń.

Na marginesie można tu wskazać, iż w przypadku prowadzenia postępowania jednostopniowego, na etapie oceny ofert zamawiający prawdopodobnie nie miałby tego typu problemów z powołaniem i wykazaniem istotnych w sprawie, konkretnych okoliczności świadczących o ograniczeniu konkurencji w postępowaniu (o ile oczywiście takie by wystąpiły).

Odnosnie dowodu z pisma zamawiającego z dnia 24 kwietnia 2014 r., Izba stwierdziła, iż pismo to dowodzi jedynie stanowiska zamawiającego wyrażonego w danej dacie. Zamawiający zawsze mógł stanowisko swoje w tym zakresie zmienić, np. względu na okoliczności nowe, jak i odmiennie ocenić okoliczności dotychczasowe.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 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).

.....