

Sygn. akt: KIO 1120/19

WYROK
z dnia 3 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, **Konsorcjum w składzie: IDS-BUD S.A., BLEJKAN S.A., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A., pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy: **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, Konsorcjum w składzie: IDS-BUD S.A., BLEJKAN S.A., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa, i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, Konsorcjum w składzie: IDS-BUD S.A., BLEJKAN S.A., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, Konsorcjum w składzie: IDS-BUD S.A., BLEJKAN S.A., ul. Grzybowska 87, 00-844**

Warszawa na rzecz zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A., pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zadanie IV.2 Budowa kolektora Wiślanego ~ etap II”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S 192-434934.

W dniu 7 czerwca 2019 r. Odwołujący otrzymał wezwanie do zastąpienia Sweco Consulting Sp. z o.o. (dalej „Sweco”) innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się Odwołującego do osobistego wykonania części zamówienia oraz wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.1.2 c) IDW.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, Konsorcjum firm IDS-BUD S.A. BLEJKAN S.A. z siedzibą lidera w Warszawie wniosło odwołanie, zarzucając naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

- art. 22a ust. 6 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, poprzez jego zastosowanie w wyniku błędnego uznania, iż wobec podmiotu udostępniającego zasoby, tj. Sweco zachodzi podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp,
- art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez wezwanie Odwołującego do zastąpienia Sweco innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się Odwołującego do osobistego wykonania części zamówienia oraz wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.1.2 c) IDW.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania Odwołującego do zastąpienia Sweco innym podmiotem lub podmiotami, lub zobowiązania się do osobistego wykonania części zamówienia oraz wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.1.2 c) IDW.

Odwołujący złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która została sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert. W wyniku błędnej oceny Zamawiającego, tj. uznania, iż doszło do zakłócenia konkurencji, które nie może być wyeliminowane w sposób inny niż przez wykluczenie Sweco z udziału w postępowaniu, Zamawiający niesłusznie przyjął, że w stosunku do Sweco zachodzi podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp. W wyniku czynności Zamawiającego z dnia 7 czerwca 2019 r. Odwołujący może w ten sposób zostać pozbawiony możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z punktem 5.1.1.2c) IDW, o udzielenie zamówienia publicznego mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w tym, dotyczące zdolności

technicznej i zawodowej. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku Odwołujący przedłożył Zamawiającemu zobowiązanie Sweco Consulting Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia oraz dokument JEDZ dotyczący tego podmiotu.

W dniu 5 marca 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień na podstawie art. 24 ust. 10 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, wskazując, że firma Sweco, zgodnie z zawartą z Zamawiającym umową, dokonała aktualizacji Programu Funkcjonalno-Użytkowego m.in. w zakresie zadawanych przez wykonawców pytań i jest nadal związana umowami z Zamawiającym. Sweco przed wszczęciem postępowania dokonała również aktualizacji wartości szacunkowej zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający wezwał Odwołującego do udowodnienia, że udział Sweco w przygotowaniu postępowania nie zakłóci konkurencji.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący w piśmie z dnia 11 marca 2019 r. przedstawił szczegółowe uzasadnienie braku zakłócenia konkurencji w związku z udziałem Sweco w przygotowaniu postępowania. Między innymi wskazał, iż zakłócenie konkurencji na etapie ubiegania się o zamówienie może mieć miejsce jedynie w sytuacji, gdy osoby biorące udział w przygotowaniu postępowania i pracujące na rzecz wykonawcy biorą udział w przygotowaniu jego oferty. Tylko uczestnictwo w przygotowaniu oferty może mieć jakikolwiek wpływ na konkurencję na takim etapie postępowania, jakim jest złożenie ofert i ich ocena. Tym samym, wpływu na konkurencję na etapie ubiegania się o zamówienie nie może mieć zamiar wykonawcy do wykorzystania potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia na etapie realizacji tego zamówienia. Firma Sweco nie brała udziału w przygotowaniu oferty Odwołującego, w szczególności w zakresie ceny, na potwierdzenie czego Odwołujący przedłożył oświadczenie tego podmiotu.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż z informacji zawartej w wezwaniu do wyjaśnień zaangażowanie Sweco w przygotowanie postępowania dotyczyło prac w zakresie aktualizacji programu funkcjonalno- użytkowego. Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. Szczegółowe warunki dotyczące PFU znajdują się w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno- użytkowego (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1129). Zgodnie z § 15 ww. rozporządzenia, program funkcjonalno-użytkowy służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych.

W realizacji inwestycji typu „zaprojektuj i wybuduj” PFU nie może być utożsamiany z

projektem budowlanym, a stanowi jedynie wstęp do jego opracowania przez wykonawcę (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 01.06.2011 r., sygn. akt KIO 1071/11, LEX nr 847098). Celem PFU jest bowiem przedstawienie projektantowi założeń w zakresie wymiarów, wydajności, materiałów konstrukcyjnych, zabezpieczenia, trwałości obiektu itp. Dopiero przygotowanie projektu budowlanego przez wykonawcę pozwoli w sposób ostateczny i wiążący dookreślić wszystkie parametry techniczne planowanego obiektu i zweryfikować poprawność założeń przyjętych w programie. Oznacza to, że niekiedy może powstać potrzeba dokonania korekty parametrów przyjętych w programie funkcjonalno-użytkowym. Odmienne bowiem niż w przypadku robót budowlanych prowadzonych na podstawie projektu budowlanego, w zamówieniu realizowanym w modelu „zaprojektuj i wybuduj” to na wykonawcy ciąży odpowiedzialność względem Zamawiającego za osiągnięcie efektu końcowego w postaci wybudowania obiektu spełniającego wymogi opisane w programie funkcjonalno-użytkowym. Tym samym, zakres i specyfika PFU powoduje, iż jego aktualizacja nawet przez wykonawcę (którym w tym przypadku nie jest Sweco) nie daje faktycznie żadnych przewag konkurencyjnych. Wskazane naruszenie konkurencji mogłyby potencjalnie zaistnieć np. przy modelu inwestycji dzielonej na odrębny projekt i odrębną budowę, kiedy to opracowanie przez wykonawcę dokumentacji projektowej zdecydowanie może uprzywilejować jego pozycję na etapie ofertowym i następnie realizacyjnym.

Odwołujący podkreślił, iż sam Zamawiający dokonał czynności, które eliminują potencjalne zakłócenie konkurencji, tj. wyznaczył odpowiedni termin na złożenie ofert przez wykonawców (który wynosił 131 dni), który był wystarczający, aby każdy wykonawca mógł wnikliwie zapoznać się z całością dokumentacji przetargowej, przeprowadzić drobiazgową analizę oraz ewentualnie wytworzyć lub pozyskać dodatkowe opracowania niezbędne do rzetelnego przygotowania oferty. Dlatego też ewentualna wcześniejsza znajomość poszczególnych elementów dokumentacji przetargowej nie mogła tworzyć potencjalnej przewagi konkurencyjnej. Również efekty czynności Sweco, które wskazał Zamawiający, w niniejszym postępowaniu Zamawiający udostępnił rzeczoną dokumentację wszystkim wykonawcom na jednakowych zasadach, a żaden z wykonawców nie kwestionował jej treści i zakresu.

W dniu 15 kwietnia 2019 r. Odwołujący otrzymał wezwanie do zmiany podmiotu trzeciego, w którym Zamawiający bardzo lakonicznie wskazał, że firma Sweco brała udział w przygotowaniu postępowania, i tym samym, podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19) Pzp. Zamawiający zażądał zastąpienia firmy Sweco innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się Odwołującego do osobistego wykonania części zamówienia, którą realizować miała firma Sweco oraz wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w pkt. 5.1.1.2 c) IDW.

W dniu 25 kwietnia 2019 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wezwania

Odwołującego w dniu 15 kwietnia 2019 r. do zmiany podmiotu trzeciego, W dniu 14 maja 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w sprawie o sygnaturze akt KIO 765/19, w którym uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 22a ust. 6 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp i nakazała Zamawiającemu: unieważnienie czynności wezwania Odwołującego, z dnia 15 kwietnia 2019 r. do zastąpienia podmiotu trzeciego (SWECO Consulting Sp. z o.o.) innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się Odwołującego do osobistego wykonania tej części zamówienia oraz wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.1.2 c) IDW; ponowną ocenę wyjaśnień Odwołującego z 11 marca 2019 r. w części dotyczącej udziału podmiotu trzeciego (SWECO Consulting Sp. z o.o.) w przygotowaniu postępowania.

W dniu 7 czerwca 2019 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu zawiadomienie o dokonaniu czynności, zgodnie z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej oraz wezwanie do zmiany podmiotu trzeciego, tj. o unieważnieniu czynności wezwania z dnia 15 kwietnia 2019 r. oraz o dokonaniu ponownej oceny wyjaśnień Odwołującego z dnia 11 marca 2019 r. w części dotyczącej udziału podmiotu trzeciego (Sweco) w przygotowaniu postępowania. Ponadto Zamawiający, działając na podstawie art. 22a ust. 6 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp wezwał Odwołującego do zastąpienia firmy Sweco innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się przez Odwołującego do osobistego wykonania tej części zamówienia oraz wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.1.2c IDW.

W uzasadnieniu Zamawiający wyjaśnił przyczyny, z jakich uznał, że Odwołujący nie udowodnił okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 10 Pzp. Zamawiający wskazał, że Sweco brała udział w przygotowaniu postępowania, a czynności przygotowania postępowania były i nadal są wykonywane przez Sweco na rzecz Zamawiającego na podstawie dwóch umów:

- 1) Umowy z dnia 11 lipca 2017 r. na „Opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej oraz uzgodnienie trasy kolektora Wiślanego na naradzie koordynacyjnej w sprawie uzgodnienia usytuowania projektowanej sieci uzbrojenia terenu” zawarta w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego. Postanowieniami tej umowy Zamawiający oraz Sweco są związane aż do wystawienia Świadectwa Wykonania dla Inwestycji pn. „Budowa Kolektora Wiślanego”, ponieważ w ramach tej umowy Sweco pełni i pełnić będzie funkcję konsultanta Zamawiającego;
- 2) Umowy z dnia 13 czerwca 2018 r. na „Aktualizację Programu Funkcjonalno-Użytkowego dla Budowy Kolektora Wiślanego” zawarta w wyniku udzielenia przez Zamawiającego Sweco zamówienia z wolnej ręki, ze względu na jego szczególną wiedzę pozyskaną podczas realizacji umowy wskazanej w pkt 1, dającej temu podmiotowi przewagę nad innymi potencjalnymi wykonawcami mogącymi się ubiegać o udzielenie zamówienia. W

ramach realizacji tej umowy Sweco dokonało, oprócz aktualizacji PFU, także aktualizacji wartości szacunkowej zamówienia oraz w ramach świadczenia usług doradczych w postępowaniu o udzielenie zamówienia m.in. przygotowania propozycji odpowiedzi na pytania do PFU. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający stwierdził, iż zachodzą w stosunku do Sweco przesłanki do wykluczenia z postępowania, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19) Pzp, zaś naruszenia konkurencji nie można usunąć w inny sposób niż poprzez wykluczenie podmiotu trzeciego z postępowania.

Zamawiający wskazał także, że aby doszło do wykluczenia z postępowania z powodu zaangażowania w przygotowanie postępowania, zamawiający powinien wziąć pod uwagę, czy wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania daje przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co ma on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiada informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia. Dla ustalenia wystąpienia naruszenia konkurencji istotne znaczenie ma zakres informacji pozyskanych przez wykonawcę, a także stopień trudności przygotowania oferty. Ocena, czy doszło do uprzywilejowania wykonawcy korzystającego przy sporządzeniu oferty z wiedzy osób uczestniczących w czynnościach na etapie przygotowania postępowania, zależy od konkretnej sprawy.

Z przyczyn niezrozumiałych, Zamawiający zdaje się utożsamiać udostępnienie przez Sweco jej zasobów z faktycznym udziałem tego podmiotu w przygotowaniu oferty Odwołującego. Twierdzenie swoje oparł jednak na błędnym przekonaniu, że Sweco przekazała Odwołującemu informacje niedostępne innym wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu. To błędne przeświadczenie Zamawiającego zostało ukształtowane wbrew dowodom przedstawionym przez Odwołującego: oświadczeniu Odwołującego i oświadczeniu Sweco złożonym wraz z wyjaśnieniami z dnia 11 marca 2019r., potwierdzającymi, że firma Sweco nie przekazywała któremukolwiek z członków konsorcjum Odwołującego jakichkolwiek opracowań wykonanych na rzecz Zamawiającego w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności dokumentów czy informacji związanych z aktualizacją wartości szacunkowej inwestycji oraz nie uczestniczyła w przygotowaniu przez Odwołującego oferty cenowej na wykonanie przedmiotowej inwestycji.

Według Zamawiającego, oczywistym jest, że skoro podmiot trzeci ma większą wiedzę niż każdy inny podmiot biorący udział w postępowaniu, to użyczenie przez niego potencjału i realizacja części zamówienia daje wykonawcy korzystającemu z takiego podmiotu przewagę w sposobie wyceny oferty i realizacji zamówienia, ograniczając ryzyka kontraktowe, a z racji tego, że podmiot użyczający potencjał zobowiązany jest do wykonania części zamówienia, to tym samym wywiera wpływ na kształt i cenę oferty wykonawcy. Ze stanowiskiem takim nie sposób się zgodzić. Realizacja przez podwykonawcę części zamówienia nie może być automatycznie traktowana jako udział w przygotowaniu części oferty złożonej przez

wykonawcę. Podstawą do wezwania Odwołującego do zastąpienia Sweco innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się Odwołującego do osobistego wykonania części zamówienia oraz wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.1.2 c) IDW powinno być dysponowanie przez Zamawiającego dowodami, które potwierdzałyby, iż po pierwsze Sweco poświadczyła w oświadczeniu z dnia 11 marca 2019 r. nieprawdę, a po drugie, że Sweco realnie pomagała Odwołującemu w przygotowaniu oferty, udostępniając mu informacje, których inni wykonawcy nie posiadali.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż zgodnie z §5 umowy 744/US/PW/PZP-DZR-WRI/U/17 oraz §11 umowy 586/US/PW/PZP-DZR-WRI/U/18 zawartej pomiędzy Zamawiającym a Sweco podmiot ten zobowiązany jest do zachowania w tajemnicy informacji poufnych i do nie ujawniania ich jakimkolwiek podmiotom. Zarówno jedna, jak i druga umowa przewiduje karę umowną w razie naruszenia przez Sweco zobowiązań dotyczących poufności. Skoro zatem dla Zamawiającego oczywistym jest, że Sweco posiadała informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia i przekazała je Odwołującemu, czym wywarła wpływ na kształt i cenę jego oferty, winien pociągnąć Sweco do odpowiedzialności, w szczególności naliczyć stosowne kary umowne, czego według posiadanej przez Odwołującego wiedzy, do dnia dzisiejszego Zamawiający nie uczynił. Dlatego też, w ocenie Odwołującego, argumentacja o rzekomym wpływie na ofertę Odwołującego poprzez przekazanie przez Sweco informacji dodatkowych, niedostępnych pozostałym wykonawcom o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia, prezentowana jest wyłącznie na potrzeby próby uzasadnienia bezpodstawnego wezwania do zastąpienia Sweco innym podmiotem, ponieważ Zamawiający nie dysponuje żadnymi dowodami, które potwierdzałyby zakłócenie konkurencji w postępowaniu, gdyż do zakłócenia takiego w ogóle nie doszło.

Podobnie, Odwołującemu nie są znane podstawy przekonania zarówno Zamawiającego jak i Budimex S.A. o rzekomym posiadaniu przez Odwołującego jakichkolwiek dodatkowych informacji na temat III etapu inwestycji, nie wynikających z udostępnionych wszystkim wykonawcom dokumentów/opracowań. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dokumentacji przetargowej udostępnił plany sytuacyjne - Punkt Styku Etapu II i III oraz dokonał w PFU opisu zakresu prac niezbędnych do wykonania Etapu III. Etap III został również zobrazowany na schemacie technologicznym całego Kolektora (schemat uwzględnia wszystkie 3 etapy). Odwołujący podkreślił dodatkowo, że Etap III nie jest objęty przedmiotowym postępowaniem i jako taki nie powinien być brany pod uwagę przy ocenie spełniania przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp w stosunku do Sweco.

Odwołujący zwrócił uwagę na zakres czynności, które w ramach pełnienia funkcji konsultanta wykonywać będzie Sweco na rzecz Zamawiającego, zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia:

- a) świadczenie doradztwa na rzecz Zamawiającego na etapie przygotowania Programu

Funkcjonalno-Użytkowego, projektowania oraz realizacji robót budowlanych w zakresie ewentualnych zmian do uzgodnionej i zatwierdzonej trasy kolektora Wiślanego oraz w zakresie wyjaśnień dot. dokumentacji geologiczno-inżynierskiej uzupełnianie w uzgodnieniu z Zamawiającym i wnoszenie zmian do SIWZ dot. projektowania i budowy kolektora Wiślanego zgodnie z przyjętymi uzgodnieniami i opracowanymi w ramach przedmiotowej umowy dokumentami,

- b) ustalanie z Zamawiającym i wykonawcą robót możliwość wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w uzgodnionej trasie kolektora Wiślanego,
- c) uczestnictwo w naradach technicznych organizowanych przez Zamawiającego,
- d) doradzanie w innych sprawach dotyczących przedmiotu umowy.

Powyższe wskazuje, że wszelkie decyzje podejmowane w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia będą musiały być uzgodnione z Zamawiającym, i to do Zamawiającego należała będzie ostateczna decyzja. Co więcej, konsultacje ze Sweco mają charakter jedynie wewnętrzny. Zgodnie z warunkami umowy zawieranej pomiędzy Zamawiającym a wybranym wykonawcą, dokumentacja projektowa akceptowana będzie przez Zamawiającego po uzyskaniu uprzedniej opinii Inżyniera Kontraktu. Analogicznie, w przypadku rozwiązań zamiennych, zgodę na ich wprowadzenie wydaje Zamawiający po uzyskaniu uprzedniej pozytywnej akceptacji Inżyniera. Mając na uwadze powyższe, jest oczywiste, iż Sweco nie będzie miała możliwości samodzielnie podejmować decyzji w zakresie akceptacji dokumentacji projektowej czy też wprowadzania rozwiązań zamiennych, a tylko w takiej sytuacji można by było mówić o zakłóceniu konkurencji. Samo przekonanie Zamawiającego nie może być wystarczającym powodem do uznania, iż w stosunku do Sweco ziszczyły się przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp.

Wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego. W piśmie procesowym z dnia 28 czerwca 2019 r. Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania w myśl art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp, z uwagi na fakt, iż Odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się - a w przypadku odmiennej oceny – o oddalenie w całości odwołania jako bezpodstawnego, kwestionującego czynności Zamawiającego podjęte prawidłowo i w myśl przepisów ustawy Pzp. Przystępujący wskazał, że Zamawiający zgodnie z ustawą wezwał Odwołującego do zmiany podmiotu trzeciego używającego mu potencjał w zakresie zdolności technicznej i zawodowej tj. firmę SWECO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, wobec ziszczenia się przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt. 19 Pzp, dokonując uprzedniego wymaganego wezwania z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp. Oceniając udział i zaangażowanie podmiotu Sweco w

przygotowaniu postępowania, z uwzględnieniem dalszego wpływu tego podmiotu na kształt prowadzonego postępowania oraz realizacji kontraktu, Zamawiający nie uchybił żadnemu przepisowi ustawy Pzp a wręcz dokonał niezbędnych i wymaganych prawem czynności, które wprost zmierzają do zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Przystępującego, oczywistym jest, że skoro podmiot trzeci ma większą wiedzę niż każdy inny podmiot biorący udział w postępowaniu, to użyczenie przez niego potencjału i realizacja części zamówienia daje wykonawcy, korzystającego z takiego podmiotu, przewagę nie tylko w sposobie wyceny oferty ale i realizacji zamówienia np. ograniczając ryzyka kontraktowe. Ponieważ w zamówieniach na roboty czy usługi podmiot użyczający potencjał bierze udział w realizacji części zamówienia, to tym samym pośrednio, wywiera wpływ na kształt i cenę oferty wykonawcy, a następnie na sposób realizacji zamówienia. Dzięki jego „nadzwyczajnej” wiedzy dochodzi do naruszenia konkurencji już na etapie przygotowywania oferty w postaci korzystniejszej wyceny kosztów i ryzyka i trwa przez cały okres realizacji zamówienia.

Przystępujący wskazał na dowody w postaci zawartych umów między Sweco a Zamawiającym (nr 744/US/PW/PZP-DRZ-WRI/U/17 oraz nr 586/US/PW/PZP-DRZ-WRI/U/18), które świadczą o szerokiej współpracy obu podmiotów, która eliminuje Sweco z udziału w postępowaniu, które były także przedkładane w toku rozprawy w sprawie KIO 765/19, do których Odwołujący się nie odniósł i nie przedstawił kontr-dowodów, zgodnie odwróconym ciężarem dowodowym. Według Przystępującego, oświadczenie, że podmiot Sweco nie przekazywał wykonawcy opracowań wykonanych na rzecz Zamawiającego ani informacji związanych z aktualizacją wartości szacunkowej oraz że nie uczestniczył w przygotowaniu oferty cenowej Odwołującego, nie stanowi o tym, że konkurencja w postępowaniu nie została zachwiana.

Jak przyjmuje się w doktrynie prawa zamówień publicznych zamówienie, które obejmuje zaprojektowanie i wykonawstwo specjalistycznych, skomplikowanych robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj” skutkuje po stronie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia szczególnymi trudnościami związanymi z opracowaniem oferty na wykonanie zamówienia. Przy tego typu zamówieniach zazwyczaj mniejszą rolę odgrywa wykonawca prac budowlanych, niż projektant, który ma bardzo istotny wpływ na warunki oferty i wykonanie przedmiotu zamówienia. Wynika to choćby z tego, że zasadniczy element ceny oferty stanowi wynagrodzenie za wykonanie prac budowlanych, których zakres, w tym przyjęte rozwiązania technologiczne, organizacyjne, materiałowe stanowią konsekwencje określonej koncepcji, kształtowanej przez projektanta a więc w tym przypadku - podmiotu Sweco. Naturalną konsekwencją odnotowywaną w branży budowlanej jest okoliczność, że w zamówieniach typu „zaprojektuj i buduj” projektant jest poddawany presji ze strony wykonawcy

prac budowlanych, jako podmiot wyznaczający faktycznie zakres robót, a więc determinujący ich wartość określoną ofertą. Potwierdza powyższe oferta cenowa złożona przez Sweco Przystępującemu

Przystępujący podkreślił, że inwestycja w zakresie budowy kolektora Wiślanego została podzielona na trzy etapy, a każdy z wydzielonych etapów jest przedmiotem odrębnego postępowania przetargowego. Potwierdzenie powyższego zawarte jest w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w pkt 3.1. Szczegółowa informacja o wydzieleniu poszczególnych etapów inwestycji zawarta została w PFU Tom I pkt. 1 (Informacje ogólne o inwestycji). Jednocześnie Zamawiający nie wskazał kolejności, w jakiej będą realizowane poszczególne etapy inwestycji, co jest uzależnione od uwarunkowań zewnętrznych i etapy mogą być realizowane równolegle lub w dowolnej kolejności. Przedmiotowe postępowanie dotyczy wyłącznie jednego z wskazanych powyżej etapów Etapu II. Podmioty ubiegające się o uzyskanie zamówienia publicznego otrzymały, w ramach postępowania dokumentację składającą się na PFU dotyczącą zakresu rzeczowego Etapu II. Jednocześnie Przystępujący podkreślił, że na opracowanie oferty, w tym kalkulację ceny oferty istotny wpływ dla wszystkich uczestników postępowania, z wyłączeniem Odwołującego, miał brak wiedzy o robotach koniecznych do wykonania w tzw. punktach styku poszczególnych etapów, a w związku z faktem, że niniejsze postępowanie dotyczy etapu środkowego, oznacza to niepewność zarówno na styku z robotami w ramach Etapu I jak i Etapu III. O ile Etap I jest przedmiotem odrębnego postępowania i dokumentacja do niego jest możliwa do zdobycia, o tyle Etap III pozostaje niewiadomą dla wykonawców, innych niż Odwołujący i Sweco.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, pismem z dnia 1 lipca 2019 r. Wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust 2 pkt 4 i 5 Pzp, tj. z uwagi na fakt, iż Odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się oraz odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby. Z ostrożności Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego i zasądzenie na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Zamawiający wyjaśnił, że Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej Odwołujący polegał na zdolnościach podmiotu trzeciego, SWECO Consulting Sp. z o.o. , który brał udział w przygotowaniu przedmiotowego postępowania, zatem zachodzą w odniesieniu do tego podmiotu przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp. Zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 10 Pzp, Zamawiający w dniu 5 marca 2019 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Zamawiający dokonał oceny złożonych w dniu

11 marca 2019 r. wyjaśnień i na podstawie art. 22 ust. 6 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp wezwał Odwołującego do zastąpienia firmy SWECO Consulting Sp. z o.o. innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania tej części zamówienia oraz wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.1.2 c) IDW.

Odwołujący uczynił zadość wezwaniu, tj. zastąpił SWECO Consulting Sp. z o.o. innym podmiotem. Jednocześnie w dniu 23 kwietnia 2019 r. wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego wezwania do zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem lub zobowiązania się do osobistego wykonania części zamówienia oraz wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.1.2 c) IDW. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w zakresie ww. zarzutu i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania do zastąpienia podmiotu trzeciego (SWECO Consulting Sp. z o.o.) innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się Wykonawcy do osobistego wykonania tej części zamówienia oraz wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.1.2 c) IDW, dokonanie ponownej oceny wyjaśnień Odwołującego z dnia 11 marca 2019 r. w części dotyczącej udziału podmiotu trzeciego (SWECO Consulting Sp. z o.o.) w przygotowaniu postępowania (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2019 r. sygn. akt. KIO 765/19).

Zamawiający wykonał ww. czynności, zgodnie z wyrokiem Izby oraz po dokonaniu ponownej oceny wyjaśnień Odwołującego, pismem z dnia 7 czerwca 2019 r. wyjaśnił przyczyny, dla których nie dał wiary złożonym wyjaśnieniom i oświadczeniom, i dla których uznał, iż Odwołujący nie udowodnił, że udział podmiotu trzeciego w przygotowaniu postępowania nie zakłóci konkurencji. Zamawiający zatem w dniu 7 czerwca 2019 r. ponownie wezwał Odwołującego do zastąpienia podmiotu trzeciego (SWECO Consulting Sp. z o.o.) innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się wykonawcy do osobistego wykonania tej części zamówienia oraz wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w pkt 5.1.1.2 c) IDW.

Odwołujący ponownie wykonał czynności, zgodnie z ww. wezwaniem, tj. zastąpił Sweco innym podmiotem i ponownie wniósł odwołanie na czynność wezwania do zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem.

Zdaniem Zamawiającego, powyższe okoliczności i działania Odwołującego wypełniają dyspozycję art. 189 ust 2 pkt 4 i 5 Pzp i stanowią podstawę odrzucenia odwołania.

Zamawiający stwierdził, iż interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia nie został w żaden sposób naruszony, poprzez czynność Zamawiającego zaskarżoną w odwołaniu. Tym bardziej Odwołujący nie wykazał poniesienia bądź możliwości poniesienia szkody wskutek czynności Zamawiającego. Zamawiający podkreślił, iż Odwołujący wykonał czynność, do której został wezwany, tj. zastąpił podmiot trzeci, w odniesieniu do którego zachodzą przesłanki wykluczenia innym podmiotem, który spełnia warunki opisane w SIWZ i nie podlega

wykluczeniu. Zamawiający dokonał oceny dokumentów złożonych dla tego podmiotu, zatem czynność wezwania do zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem nie narusza interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

Dokonana przez Zamawiającego czynność stanowi wypełnienie dyspozycji art. 22a ust 6 w związku z art. 24 ust 1 pkt 19 Pzp. Zakłócenie konkurencji w postępowaniu wywołane udziałem podmiotu trzeciego, który brał udział w przygotowaniu postępowania nie jest możliwe do wyeliminowania w inny sposób niż poprzez wykluczenie tego podmiotu z postępowania. Na tę okoliczność ustawodawca przewidział procedurę opisaną w art. 22a ust 6, którą Zamawiający, zgodnie z dyspozycją ww. przepisu zastosował. Zamawiający podtrzymał w całości swoją argumentację zawartą w piśmie z dnia 7 czerwca 2019 r., będącą uzasadnieniem czynności wezwania do zastąpienia podmiotu trzeciego.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, nie wystąpiły przesłanki określone w art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 Pzp, skutkujące odrzuceniem odwołania. Czynność Zamawiającego wykonana zgodnie z orzeczeniem KIO o sygn. akt KIO 765/19 zawiera dokonaną w dniu 7 czerwca 2019 r. przez Zamawiającego ocenę merytoryczną wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w dniu 11 marca 2019 r., która to ocena stanowi nową czynność w postępowaniu (nowe okoliczności), podlegającą zaskarżeniu w trybie postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący jest uprawniony do kwestionowania czynności Zamawiającego - wezwania Odwołującego w dniu 7 czerwca 2019 r. do zastąpienia Sweco innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się Odwołującego do osobistego wykonania części zamówienia oraz wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.1.2 c) IDW, gdyż w jej wyniku może zostać pozbawiony możliwości zawarcia umowy w sprawie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie, w ocenie Izby, nie można przyjąć, że wykonanie czynności przez Odwołującego zgodnie z wezwaniem, pozbawia Odwołującego interesu we wniesieniu odwołania. W przypadku bowiem uwzględnienia odwołania i nakazania

Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania z dnia 7 czerwca 2019 r. podlegałaby unieważnieniu również czynność Odwołującego wykonana w wyniku tego wezwania.

Wykonawca Budimex S.A. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 22a ust. 6 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, poprzez jego zastosowanie w wyniku błędnego uznania, iż wobec podmiotu udostępniającego zasoby, tj. Sweco zachodzi podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp,

Izba ustaliła, jak poniżej:

W ofercie Odwołujący przedłożył dokument JEDZ złożony przez Sweco, jako wykonawcę udostępniającego na rzecz Odwołującego swoje zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia, w którym ww. wykonawca oświadczył, że doradzał instytucji zamawiającej oraz był w inny sposób zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia – Sweco „opracowywało do postępowania dokumentację geologiczno-inżynierską kolektora Wiślanego, opinię geotechniczną dla rozbudowy Separatora, uzyskało Protokół z narady koordynacyjnej (ZUD), aktualizacje Programu Funkcjonalno-Użytkowego – części technicznej”.

W związku z powyższym oraz wiedzą posiadaną przez Zamawiającego na temat udziału Sweco w przygotowaniu przedmiotowego postępowania, Zamawiający wezwał Odwołującego pismem z dnia 5 marca 2019 r. na podstawie art. 24 ust. 10 i art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp do złożenia wyjaśnień i „udowodnienia, że udział ww. podmiotu trzeciego w przygotowaniu postępowania nie zakłuci konkurencji”. Wezwanie powyższe nie było kwestionowane przez Odwołującego w ramach postępowania odwoławczego.

W dniu 11 marca 2019 r. w odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący wskazał m.in. na długi termin składania ofert (131 dni) oraz na okoliczność, że Zamawiający udostępnił wszystkim wykonawcom dokumentację przygotowaną (zaktualizowaną) przez Sweco, zgodnie z art. 31d Pzp. Stwierdził, że zakłócenie konkurencji na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia może mieć miejsce w przypadku udziału podmiotu, który przygotowywał postępowanie, w sporządzeniu oferty wykonawcy. Odwołujący oświadczył, że firma Sweco nie brała w tym udziału. Podkreślił, że Zamawiający jest w tej sprawie najbardziej właściwy do stwierdzenia braku zakłócenia konkurencji w postępowaniu, ponieważ z uwagi na łączącą go ze Sweco umową, ma najszerszą wiedzę co do zakresu opracowań wytworzonych przez Sweco i może to zestawić z zakresem opracowań udostępnionych oferentom. Odwołujący przytoczył zawartą w odwołaniu argumentację dotyczącą istoty PFU w kontekście formuły „zaprojektuj i wybuduj”, w której realizowane będzie przedmiotowe zamówienie. Do wyjaśnień

Odwołujący załączył oświadczenie przedstawiciela Sweco, z którego treści wynika, że podmiot ten nie przekazywał Odwołującemu jakichkolwiek opracowań wykonywanych na rzecz Zamawiającego oraz nie uczestniczył w przygotowaniu oferty cenowej Odwołującego.

Działając zgodnie z dyspozycją wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2019 r. sygn. akt KIO 765/19, pismem z dnia 7 czerwca 2019 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o unieważnieniu czynności z dnia 15 maja 2019 r. wezwania do zastąpienia podmiotu trzeciego (Sweco Consulting Sp. z o.o.) innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się przez Odwołującego do osobistego wykonania tej części zamówienia oraz wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w pkt 5.1.1.2 c IDW oraz o dokonaniu ponownej oceny wyjaśnień Odwołującego z dnia 11 marca 2019 r. w części dotyczącej udziału podmiotu trzeciego w przygotowaniu postępowania. Zamawiający wyjaśnił, zgodnie z nakazaną przez Izbę czynnością, z jakich przyczyn nie uznał, że Odwołujący udowodnił okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 10 Pzp. W piśmie tym, na podstawie art. 22a ust. 6 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 19 Pzp Zamawiający wezwał Odwołującego ponownie do zastąpienia firmy Sweco innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania tej części zamówienia oraz wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.1.2 c) IDW.

Faktem bezspornym między stronami jest, że firma Sweco brała udział w przygotowaniu przedmiotowego postępowania. Odwołujący tego faktu nie kwestionował, został on także przyznany przez Sweco w treści złożonego wraz z ofertą dokumentu JEDZ. Powyższy udział Sweco w przygotowaniu postępowaniu wynika z dwóch umów zawartych przez Zamawiającego z firmą Sweco, tj.:

- 1) umowy z dnia 11 lipca 2017 r. na „Opracowanie dokumentacji geologiczno - inżynierskiej oraz uzgodnienie trasy kolektora Wiślanego na naradzie koordynacyjnej w sprawie uzgodnienia usytuowania projektowanej sieci uzbrojenia terenu”, która obowiązuje do czasu wystawienia Świadectwa Wykonania dla inwestycji pn. „Budowa Kolektora Wiślanego”, w ramach której Sweco pełni i będzie pełnić funkcję konsultanta Zamawiającego,
- 2) umowy z dnia 13 czerwca 2018 r. na „Aktualizację Programu Funkcjonalno-Użytkowego dla Budowy Kolektora Wiślanego”, w ramach której Sweco dokonało, oprócz aktualizacji PFU, aktualizacji wartości szacunkowej zamówienia oraz w ramach świadczenia usług doradczych w postępowaniu o udzielenie zamówienia (w tym przedmiotowego) m.in przygotowania propozycji odpowiedzi na pytania do PFU.

Firma Sweco jest związana z Zamawiającym ww. umowami, na podstawie których udział tego podmiotu w przygotowywaniu i ocenie ofert będzie trwał nadal. Jedna z wyżej wymienionych umów będzie obowiązywała strony do zakończenia etapu realizacji zamówienia (3 etapy, obecny etap jest etapem drugim). Podmiot ten jest zobowiązany do świadczenia na rzecz Zamawiającego konsultacji, między innymi w zakresie oceny dokumentacji projektowej

stanowiącej część przedmiotu zamówienia (zamówienie realizowane jest w formule zaprojektuj i buduj).

Izba zważyła w ustalonym stanie faktycznym, co następuje:

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, wykluczeniu podlega wykonawca, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu;

Zgodnie z art. 24 ust. 10 Pzp, w przypadkach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19, przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Zamawiający wskazuje w protokole sposób zapewnienia konkurencji.

Zgodnie z art. 22a ust. 6 Pzp, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

- 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
- 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp zawiera domniemanie prawne, że każdy udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powoduje zakłócenie konkurencji w danym postępowaniu. Wyłączenie tego domniemania może nastąpić poprzez przedstawienie przez wykonawcę sposobu wyeliminowania zakłócenia konkurencji. Aby doszło do wykluczenia z powodu zaangażowania danego wykonawcy (podwykonawcy, podmiotu trzeciego) w przygotowanie postępowania, Zamawiający musi ocenić, czy wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania dała przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co ma on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiada informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia, co zaburza konkurencję oraz czy wykonawca zaproponował realny sposób, w jaki można wyeliminować występujące w danym stanie faktycznym zaburzenie konkurencji. Dokonana ocena musi uwzględniać okoliczności konkretnej sprawy. Przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp nie może być odnoszona jedynie do wpływu udziału

danego podmiotu w przygotowaniu postępowania na cenę oferty, ponieważ przepis takiego ograniczenia nie określa.

Stosownie do art. 22a ust. 3 w zw. z art. 25a ust. 3 Pzp, Zamawiający jest zobowiązany do badania podstaw wykluczenia z postępowania podmiotów/podwykonawców udzielających potencjał, a zatem także okoliczności, stanowiących podstawę wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, tj. w zakresie zaburzenia konkurencji poprzez uprzywilejowanie pozycji oraz posiadanie informacji dodatkowych przez podmiot, który brał udział w przygotowaniu postępowania.

Zauważyć należy, że zgodnie z dyspozycją art. 22a ust 4 Pzp, w zamówieniach na roboty budowlane lub usługi podmiot udzielający potencjał zobowiązany jest do wykonania części zamówienia, a tym samym jego udział w realizacji zamówienia wywiera wpływ na kształt i cenę oferty wykonawcy oraz sposób realizacji zamówienia. Niewątpliwie cena oferty musi uwzględniać ofertę podwykonawcy w zakresie wyceny kosztów i ryzyka, która dotyczy w tym postępowaniu wykonania prac projektowych, stanowiących część ceny ofertowej wykonawcy.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że zachodzą w stosunku do Sweco przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 19 Pzp z uwagi na dotychczasowy udział firmy Sweco w przygotowaniu postępowania, jak również wynikającą z ww. umów dalszą kontynuację współpracy firmy Sweco z Zamawiającym w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia z dnia 11 marca 2019 r. nie zawierają podstaw do stwierdzenia, że w okolicznościach niniejszej sprawy można usunąć zaburzenia uczciwej konkurencji w prowadzonym postępowaniu w inny sposób niż poprzez wykluczenie ww. podmiotu trzeciego z postępowania. Zamawiający słusznie dokonał powyższej oceny biorąc pod uwagę ich treść w kontekście okoliczności dotyczących udziału firmy Sweco w przygotowaniu postępowania, znanych Zamawiającemu, w tym więzi obligacyjnych łączących Zamawiającego z tym podmiotem.

Firma Sweco, biorąc udział w przygotowaniu przedmiotowego postępowania pozyskała szczegółowe informacje o przedmiotowej inwestycji, okolicznościach związanych z realizacją zamówienia, z których nie wszystkie zostały zawarte w dokumentach przekazanych Zamawiającemu, a które mogą stawić jego, a także wykonawcę, na rzecz którego zobowiązał się udostępnić swoje zasoby wiedzy i doświadczenia przy realizacji przedmiotowego zamówienia, w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych wykonawców. Informacje te dotyczą w szczególności, jak wyjaśnił Zamawiający, punktów styku pomiędzy poszczególnymi etapami inwestycji, jak również prawidłowości i zasadności etapowania inwestycji. Potwierdza to fakt, że Sweco udzielała wyjaśnień na pytania wykonawców skierowane do PFU, który był przez ten podmiot aktualizowany.

Jak wyjaśnił Zamawiający, firma Sweco posiada również wiedzę o zakresie Etapu III inwestycji, który może zostać zlecony do wykonania (z wolnej ręki jako zamówienie podobne) wykonawcy Etapu II, w którym podstawą wyceny robót podobnych będą stawki przyjęte przez tego wykonawcę do ustalenia Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej lub stawki z Wykazu Cen lub stawki według Przejściowych Świadczeń Płatności.

Biorąc pod uwagę formułę realizacji przedmiotowej inwestycji, tj. „projektuj-buduj”, nie budzi wątpliwości fakt, że konieczne są w tym przypadku daleko idące ustalenia z przyszłym projektantem, dotyczące m.in. rozwiązań technologicznych, materiałowych, realizacyjnych, które stanowią istotny element obliczenia ceny ofertowej (główne elementy cenotwórcze). Udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, który będzie realizował istotną część przedmiotu zamówienia, jaką jest opracowanie dokumentacji projektowej, kształtuje cenę oferty wykonawcy oraz rzutuje na jego uprzywilejowaną pozycję na etapie realizacji zamówienia, ale należy też zauważyć, że w związku z umową łączącą Zamawiającego z ww. podmiotem trzecim (Sweco), udział tego podmiotu w realizacji części zamówienia po stronie wybranego wykonawcy skutkowałoby brakiem możliwości zapewnienia obiektywnej oceny prawidłowości wykonania tej części zamówienia. Nie sposób uznać, że będąc konsultantem Zamawiającego, ten sam podmiot (Sweco), będzie w stanie zapewnić wymagany obiektywizm (np. wbrew własnym interesom gospodarczym) przy ocenie wykonanych przez siebie prac.

W ocenie Izby, słuszne jest stanowisko prezentowane przez Przystępującego, że współpraca Sweco przy wycenie oferty Odwołującego była nieunikniona i wynika z zasad logiki i doświadczenia życiowego, uwzględniającego praktyki branży budowlanej i sposobów wyceny ofert w przedsięwzięciach „projektuj i wybuduj”. Sweco, jako podmiot trzeci udostępniający zasoby w zakresie projektantów, siłą rzeczy musiał czynnie uczestniczyć w opracowaniu oferty w zakresie prac projektowych, bowiem przedmiotem wyceny jest kalkulacja robót stanowiących konsekwencję określonego rozwiązania projektowego - koncepcji, której określenie leży po stronie projektantów, a więc w przedmiotowym przypadku po stronie firmy Sweco. W zamówieniach typu „zaprojektuj i buduj” to projektant jest podmiotem, który wyznacza faktycznie zakres robót, a więc determinuje ich wartość określaną w ofercie. Podkreślić przy tym należy, że przedsięwzięcie inwestycyjne stanowiące przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie instalacji o największych parametrach z dotychczas wybudowanych w historii Polski z wykorzystaniem technologii bezwykopowych. Kolektor Wiślany etap II, jako projekt inwestycyjny stanowi bezprecedensowe, dotychczas nierealizowane w naszym kraju przedsięwzięcie, zarówno pod względem wielkości kolektora, jego długości, metody instalacji (bezwykopowej), jak również pod względem wartości nakładów inwestycyjnych, oraz stopnia skomplikowania.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, zawartego w wyjaśnieniach z dnia 11 marca 2019 r., iż zakłócenie konkurencji na etapie ubiegania się o zamówienie może mieć

miejsce jedynie w sytuacji, gdy osoby biorące udział w przygotowaniu postępowania i pracujące na rzecz wykonawcy biorą udział w przygotowaniu jego oferty, bowiem przepis art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp nie ogranicza badania wpływu udziału w przygotowaniu postępowania jedynie do etapu złożenia ofert i ich oceny przez zamawiającego. Zatem fakt, że Sweco nie brała udziału wprost w przygotowaniu oferty Odwołującego, w tym - w zakresie ceny, nie eliminuje oddziaływania tego podmiotu na uprzywilejowaną pozycję Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu. Jak zauważył sam Odwołujący, zgodnie z § 15 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno- użytkowego (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1129), program funkcjonalno-użytkowy służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych. Nie ma potrzeby utożsamiania PFU z projektem budowlanym, aby stwierdzić, że dokonanie aktualizacji PFU daje wykonawcy dodatkową wiedzę i w tym zakresie wpływa na jego przewagę konkurencyjną wobec pozostałych wykonawców. Skoro podmiot ten udzielał odpowiedzi na pytania wykonawców do PFU, to znaczy, że jego wiedza jest bardziej szczegółowa niż udostępniona pozostałym wykonawcom dokumentacja oraz że wiedza ta została przekazana innym wykonawcom wyłącznie w takim tylko zakresie, jak wynikało to z treści zadanych pytań. Dlatego też wyznaczenie przez Zamawiającego odpowiedniego terminu na złożenie ofert (131 dni) nie eliminuje zaburzenia konkurencji w postępowaniu, ponieważ wydłużenie terminu nie wpływa na pozyskanie wiedzy przez innych wykonawców na takim poziomie, jak posiada ją Sweco. Nie zmienia tego faktu też udostępnienie przez Zamawiającego w równym stopniu wszystkim wykonawcom dokumentacji zamówienia.

Fakt, że Sweco, zgodnie z oświadczeniem z dnia 11 marca 2019 r., nie przekazywała któremukolwiek z członków konsorcjum Odwołującego jakichkolwiek opracowań wykonanych na rzecz Zamawiającego w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności dokumentów czy informacji związanych z aktualizacją wartości szacunkowej inwestycji oraz że nie uczestniczyła w przygotowaniu przez Odwołującego oferty cenowej na wykonanie przedmiotowej inwestycji, nie przeczy okoliczności, że firma ta posiada nieporównywalną wiedzę o przedmiotowej inwestycji, którą będzie wykorzystywać w ramach złożonej oferty na realizację tego zamówienia. Wykonawca w związku z powyższym ma możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach, gdyż posiada informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia. Skoro zatem podmiot trzeci ma większą wiedzę niż każdy inny podmiot biorący udział w postępowaniu, to użyczenie przez niego potencjału i realizacja części zamówienia daje wykonawcy korzystającemu z takiego podmiotu przewagę w sposobie wyceny oferty i realizacji zamówienia, ograniczając wysokie

ryzyka kontraktowe, a z racji tego, że podmiot udzielający potencjał zobowiązany jest do wykonania części zamówienia, to tym samym wywiera wpływ na kształt i cenę oferty wykonawcy.

Podkreślić też należy, że w świetle przepisów ustawy Pzp, Zamawiający nie ma obowiązku udowodnienia, że Sweco poświadczyła w ramach oświadczenia z dnia 11 marca 2019 r. nieprawdę lub że wprost pomagała Odwołującemu w przygotowaniu oferty, udostępniając mu informację, których inni wykonawcy nie posiadali. Domniemanie prawne dotyczące zaburzenia konkurencji musi obalić wykonawca, zatem ciężar udowodnienia, że zaburzenie konkurencji zostało wyeliminowane spoczywało w tej sprawie na Odwołującym, a nie na Zamawiającym.

Ponadto, Zamawiający nie zarzucał przekazania informacji poufnych przez Sweco. Podmiot ten posiada jednak niewątpliwie szczególną wiedzę, informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia, które mają istotne znaczenie dla kształtu i ceny oferty, w tym wiedzę na temat Etapu III, która ma znaczenie przy formułowaniu oferty, w kalkulację kosztów z uwzględnieniem realizacji tego etapu przez tego samego wykonawcę.

Dodatkowo tylko Izba wskazuje, że chociaż konsultacje ze Sweco mają charakter jedynie wewnętrzny i niewiążący dla Zamawiającego, to jednak, aby spełniały swoją prawidłową rolę w postępowaniu muszą mieć charakter w pełni obiektywny, aby Zamawiający mógł podejmować prawidłowe decyzje w zakresie akceptacji dokumentacji projektowej czy też wprowadzania rozwiązań zamiennych, czego nie gwarantuje zaangażowanie firmy Sweco w przedmiotowym postępowaniu zarówno po stronie Zamawiającego jak i potencjalnie - wykonawcy zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że w stosunku do Sweco zachodzą zatem przesłanki do wykluczenia z postępowania, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, ponieważ udział Sweco w postępowaniu w charakterze podmiotu trzeciego udostępniającego zdolność techniczną i zawodową i zobowiązanego do wykonania dokumentacji projektowej w imieniu wykonawcy (Odwołującego) powoduje zakłócenie konkurencji w postępowaniu, które nie może być wyeliminowane w inny sposób niż poprzez jego wykluczenie z postępowania.

Izba nie stwierdziła w związku z powyższym naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez wezwanie Odwołującego do zastąpienia Sweco innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się Odwołującego do osobistego wykonania części zamówienia oraz wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.1.2 c) IDW.

W danym stanie rzeczy ustalonym w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

.....