

**WYROK**  
**z dnia 22 października 2018 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Poprawa**

**Protokolant: Marta Słoma**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2018 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (1) SEEN Technologie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, (2) DHI Sverige AB , (3) DHI Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, (4) DHI a.s., (5) DP System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, adres dla pełnomocnika ul. Siennicka 29 04-394 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w M. ST. Warszawie Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

wykonawcy Institut für technisch-wissenschaftliche Hydrologie GmbH (ITWH GmbH) z siedzibą Hanowerze zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 2038/18 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia (1) SEEN Technologie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, (2) DHI Sverige AB, (3) DHI Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, (4) DHI a.s., (5) DP System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez**

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia (1) SEEN Technologie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, (2) DHI Sverige AB, (3) DHI Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, (4) DHI a.s., (5) DP System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia (1) SEEN Technologie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, (2) DHI Sverige AB, (3) DHI Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, (4) DHI a.s., (5) DP System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na rzecz zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w M. ST. Warszawie Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.3. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia (1) SEEN Technologie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, (2) DHI Sverige AB, (3) DHI Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, (4) DHI a.s., (5) DP System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością kwoty 5.000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej nadpłatę nad wymaganą kwotę wpisu.

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

Przewodniczący: .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w M. ST. Warszawie S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „Zadanie IV.2. Budowa systemu zarządzania siecią kanalizacji ogólnospławnej”. Numer referencyjny nadany przez Zamawiającego: 01143/WS/PW/PRO-JRP-T1/U/2017.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 grudnia 2017 r. numer 2017/S 238-494871. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579 z późn. zm.) zwaną dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Dnia 5 października 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: (1) SEEN Technologie sp. z o.o. (2) DHI Sverige AB, (3) DHI Polska sp. z o.o. (4) DHI a.s. (5) DP System Sp. z o.o. (zwanym dalej „Odwołującym” lub „konsorcjum”) od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegającej na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Institut für technisch-wissenschaftliche Hydrologie GmbH (zwanego dalej „ITWH”) oraz zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy ITWH.

Odwołujący zarzucił czynnościom Zamawiającego naruszenie:

- 1) przepisu art 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy ITWH, podczas gdy wykonawca ten brał udział w przygotowaniu postępowania, jak również osoba, z którą łączy wykonawcę ITWH umowa zlecenia brała udział w przygotowaniu postępowania, co skutkowało zakłóceniem konkurencji w postępowaniu;
- 2) przepisu art. 24 ust. 10 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ITWH, mimo że nie udowodnił, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji;
- 3) przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania wykonawcy ITWH, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt III. 1.3. ppkt 1.1 lit. b Ogłoszenia o zamówieniu;

- 4) naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ITWH, podlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, iż została złożona przez wykonawcę, który powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie zarzutów odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku w wyniku zaskarżonych czynności Zamawiającego, gdyż w przypadku prawidłowego dokonania przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert, wykonawca ITWH zostałby wykluczony z udziału w postępowaniu, natomiast oferta Odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą wg podanych kryteriów oceny ofert. Stąd, zaniechanie wykluczenia wykonawcy ITWH z udziału w postępowaniu oraz dokonanie wyboru oferty ww. wykonawcy jako najkorzystniejszej powoduje szkodę po stronie Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu do upływu terminu składania ofert (8 czerwca 2018 r.) złożone zostały dwie oferty: oferta wykonawcy ITWH oraz oferta Odwołującego. Zamawiający w dniu 25 września 2018 r. poinformował Odwołującego o dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę ITWH.

- I. Zarzut dot. zaniechania wykluczenia wykonawcy ITWH z powodu jego udziału w przygotowaniu postępowania.

Przygotowanie przedmiotowego postępowania przez Zamawiającego poprzedzała realizacja projektu pn. „Pomoc techniczna przygotowanie Fazy V. Przygotowanie analiz przedinwestycyjnych oraz dokumentacji projektowej i przetargowej dla wykonania zbiornika retencyjnego w formie kolektora wzdłuż Wisłostrady. Pomoc techniczna przygotowanie Fazy V. Przygotowanie analiz przedinwestycyjnych oraz dokumentacji projektowej i przetargowej dla wykonania zbiornika retencyjnego na terenie zielonym na obszarze starego ciągu technologicznego (okolica piaskowników) Oczyszczalni Ścieków „Czajka” z podłączeniem dopływu ścieków z pompowni Żerań i Nowodwory. Pomoc techniczna przygotowanie Fazy V. Przygotowanie analiz przedinwestycyjnych oraz dokumentacji projektowej i przetargowej dla wykonania systemu centralnego sterowania siecią kanalizacji ogólnospławnej w celu

optymalnego wykorzystywania pojemności retencyjnych oraz przesyłu ścieków do oczyszczalni Czajka”.

Projekt ten został zrealizowany przez konsorcjum w składzie:

- 1) CDM Smith Sp. z o. o.
- 2) Institut für technisch wissenschaftliche Hydrologie GmbH (wykonawca ITWH.)

dowód: *ogłoszenie o udzieleniu zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 sierpnia 2014 r. pod numerem 2014/S 153-275269.*

W ramach zawartej z Zamawiającym umowy wykonawca ITWH jako członek ww. konsorcjum był zobowiązany m.in. do opracowania dokumentacji przetargowej dla zadania polegającego na wykonaniu i implementacji centralnego systemu sterowania siecią kanalizacyjną.

dowód: *SIWZ z postępowania pn. „Pomoc techniczna przygotowanie Fazy V. Przygotowanie analiz przedinwestycyjnych oraz dokumentacji projektowej i przetargowej dla wykonania zbiornika retencyjnego w formie kolektora wzdłuż Wisłostrady. Pomoc techniczna przygotowanie Fazy V. Przygotowanie analiz przed inwestycyjnych oraz dokumentacji projektowej i przetargowej dla wykonania zbiornika retencyjnego na terenie zielonym na obszarze starego ciągu technologicznego (okolica piaskowników) Oczyszczalni Ścieków „Czajka”, z podłączeniem dopływu ścieków z pompowni Żerań i Nowodwory. Pomoc techniczna przygotowanie Fazy V. Przygotowanie analiz przedinwestycyjnych oraz dokumentacji projektowej i przetargowej dla wykonania systemu centralnego sterowania siecią kanalizacji ogólnospławnej w celu optymalnego wykorzystywania pojemności retencyjnych oraz przesyłu ścieków do oczyszczalni Czajka”.*

W ramach realizacji ww. umowy przewidziano, że:

*„Konsultant opracuje SIWZ, w tym IDW na wzorze obowiązującym u Zamawiającego, wzór kontraktu (warunki ogólne i warunki szczegółowe) oraz szacunkowe koszty inwestycji na Wykonawcę zadania polegającego na wykonaniu i implementacji centralnego sterowania siecią kanalizacyjną zgodnie z obowiązującymi w momencie ogłaszania przetargu przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013, poz. 907 z późn. zm.) [dalej: ustawa Prawo zamówień publicznych] i aktów wykonawczych do niej wraz z wszystkimi niezbędnymi załącznikami wchodzącymi w skład SIWZ (z uwzględnieniem przyjętego w Etapie II trybu i formy udzielenia zamówienia), a w szczególności:*

- 1.1 *Konsultant sporządzi opis przedmiotu zamówienia dla zadania zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i Rozporządzeniem 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 (tekst jednolity: Dz. U. 2013 r. poz. 1129.) (dalej: Rozporządzenie w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego) oraz zgodnie z obowiązującymi, w tym zakresie przepisami prawa.*
- 1.2 *Konsultant sporządzi opis przedmiotu zamówienia określony powyżej w pkt. 1.1. w oparciu o wyniki analizy dokonanej w Etapie I i w oparciu o zaakceptowany wariant zakresu rzeczowego w ramach Etapu II pkt 2 niniejszego OPZ (z uwzględnieniem decyzji Zarządu MPWiK dotyczącej zakresu realizowanych inwestycji).*
- 1.3 *SIWZ powinna zawierać:*
- a. *Cześć I - Instrukcja dla Wykonawców (IDW) na wzorze obowiązującym u Zamawiającego.*
  - b. *Cześć II - Wzór kontraktu w sprawie zamówienia publicznego.*
  - c. *Cześć III - Opis przedmiotu zamówienia.*
- 1.4 *SIWZ będzie tak przygotowana, aby:*
- *Doprowadziła do złożenia ofert porównywalnych pod względem funkcjonalności, elastyczności, niezawodności, łatwości eksploatacji, trwałości. Konsultant ma zapobiec sytuacji, aby w przetargu wygrała oferta tańsza, ale dająca niższy standard instalacji.*
  - *Gwarantowała ekonomicznie uzasadniony poziom kosztów inwestycyjnych i eksploatacyjnych.*
  - *Zapewniała zgodność we wszelkich aspektach z prawem polskim i UE.*
- 1.5 *Konsultant jest zobowiązany do określenia standardów i wymogów precyzujących potrzeby Zamawiającego tak, aby były jednoznacznie zrozumiałe dla potencjalnych Wykonawców inwestycji i pozwoliły im na przygotowanie porównywalnych ofert dla takiego samego zakresu robót.*
- 1.6 *Konsultant w uzgodnieniu z Zamawiającym określi wymogi dla zakresu i formy dokumentacji, którą Projektant (Wykonawca Etapu III A) winien opracować w zakresie umożliwiającym uzyskanie pozwolenia na budowę i realizację inwestycji,*
- 1.7 *Konsultant uzgodni opracowaną SIWZ z Zamawiającym oraz uzyska akceptację Zamawiającego dla opracowanej SIWZ.*
- Konsultant w uzgodnieniu z Zamawiającym opracuje metodykę i kryteria oceny ofert oraz innych dokumentów niezbędnych dla Komisji Przetargowej, celem wyboru*

*najlepszej oferty. Konsultant zaproponuje taki sposób oceny ofert, aby najkorzystniejszym rozwiązaniem było rozwiązanie najtańsze pod względem kosztów scalonych (inwestycyjnych i eksploatacyjnych np. w okresie 25 lat jego funkcjonowania), spełniające określone wymagania i standardy opisane w SIWZ.*

1.8 *Konsultant określi wartość zamówienia dla inwestycji na podstawie opracowanego opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określania metod i podstaw sporządzenia kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno - użytkowym (Dz. U. 2004, nr 130, poz. 1389) (dalej: Rozporządzenie w sprawie określania metod i podstaw sporządzenia kosztorysu inwestorskie obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno – użytkowym).*

1.9 *Konsultant opracuje projekt umowy z Wykonawcą (Projektantem).*

*Na potrzeby Zamawiającego Konsultant opracuje szczegółowe techniczne warunki odbioru i wykonawstwa robót budowlanych (STWOiRB) dla zakresu dot. wykonania i implementacji zintegrowanego systemu sterowania.*

*Wszelkie opracowania i dokumentacja związane z przygotowaniem dokumentacji przetargowej wymienionej w pkt 1, etapu III A musi być przygotowywana w porozumieniu z Zamawiającym i winny być na bieżąco uzgadniane.*

*W żadnym przypadku wymieniony zestaw dokumentów przetargowych nie jest kompletny. Generalnym wymaganiem Zamawiającego jest takie przygotowanie dokumentów, aby umożliwiły przyszłym Wykonawcom inwestycji przygotowanie porównywalnych ofert prezentujących te same standardy i taki sam zakres robót i dostaw. Jeżeli wiedza Konsultanta oraz najnowsze osiągnięcia techniczne wskazują na celowość dokonania zmian w rozwiązaniach zawartych w załącznikach, Konsultant może zaproponować wprowadzenie takich zmian. Wszelkie zmiany oraz ich wprowadzenie musi być uzasadnione i musi uzyskać pisemną akceptację Zamawiającego”. (strona 52 SIWZ).*

Wskazany powyżej zakres prac jasno wskazuje, iż wykonawca ITWH nie tylko brał udział w tworzeniu koncepcji, założeń technicznych, ale miał realny wpływ na treść każdego istotnego dokumentu służącego przygotowaniu postępowania.

Jak wynika z informacji przekazanych Odwołującemu w dn. 4 października 2018 r. wykonawca ITWH przedłożył Zamawiającemu (jako załącznik do JEDZ) informację rzekomo potwierdzającą, że jego udział w przygotowaniu postępowania nie zakłóci konkurencji. Jednakże poza analizą obowiązujących przepisów Prawa zamówień publicznych oraz

informacji nt. długiego terminu składania ofert, dokument ten w żaden sposób nie dowodzi powyższych okoliczności. Biorąc pod uwagę zakres czynności wykonawcy ITWH wykonanych w ramach przygotowania przedmiotowego postępowania pismo należy wskazać, iż pismo to nie porusza kluczowej kwestii wpływu udziału w przygotowaniu postępowania ww. wykonawcy na konkurencję. Z pisma nie wynika bowiem, jakie wyjątkowe okoliczności zaszły w przypadku ww. wykonawcy, iż nie doszło do zakłócenia konkurencji. Co najważniejsze sam wykonawca ITWH nie kwestionuje w żaden sposób istotności przygotowanych przez siebie dokumentów oraz ich wykorzystania przez Zamawiającego. Zakres wykonanych usług wynikający z SIWZ wskazuje, iż wykonawca ten praktycznie przygotował niniejsze postępowanie za Zamawiającego.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 19) Pzp, którego naruszenie zarzuca Odwołujący, nie przewiduje co prawda, że jakkolwiek udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania oznacza konieczność wykluczenia, jednak przepis ten zakłada, a nawet tworzy domniemanie, że udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania, w którym następnie składa ofertę, powoduje zakłócenie konkurencji. Należy przy tym zauważyć, że ITWH w swoich wyjaśnieniach przytacza orzecznictwo KIO dotyczące co do zasady przygotowania przez wykonawcę OPZ, jednak w niniejszej sprawie ITHW w konsorcjum z CDM przygotowało nie tylko OPZ, ale całą SIWZ, w tym warunki i kryteria oceny ofert. W tym miejscu należy wskazać, że osoba, która z ramienia CDM pracowała w MPWiK przy sporządzaniu OPZ i IDW w niniejszym postępowaniu, jest w obecnej ofercie ITWH Ekspertem nr 2 - projektantem branży sanitarnej, i jak wynika z wykazu osób łączy ją z wykonawcą ITWH umowa zlecenia, a wykonawca już dysponuje tą osobą. Aby nie było konieczne wykluczanie wykonawcy z udziału w postępowaniu, pewne środki zapobiegawcze muszą być przedsięwzięte przez zamawiającego, a pewne akty staranności dokonane przez samego wykonawcę, który wcześniej przygotowywał postępowanie. Jak stanowi bowiem art. 24 ust. 10 Pzp, w przypadkach, o których mowa w 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.

Z jednej więc strony zamawiający, jeśli nie chce wykluczać wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu postępowania, podejmuje środki zapobiegające naruszeniu konkurencji i wykazuje je w protokole, a z drugiej wykonawca składający ofertę musi udowodnić, że jego udział nie zakłóci konkurencji. W niniejszym postępowaniu żaden z tych podmiotów nie podołał tym obowiązkom. Zamawiający nie wykazał w protokole, że podjęte przez niego środki zapobiegają naruszeniu konkurencji. Natomiast wykonawca ITWH nie udowodnił, że jego udział nie zakłóca konkurencji.



Nieuprawniona przewaga konkurencyjna wykonawcy ITWH nie bierze się bowiem z samej wcześniejszej znajomości SIWZ i OPZ, lecz ze znajomości takich informacji i analiz, które nie były dostępne pozostałym potencjalnym uczestnikom postępowania, gdyż zamawiający wprost napisał, że udostępni je dopiero wykonawcy wybranemu, po podpisaniu umowy.

Zarzut Odwołującego dotyczy przede wszystkim nieudostępnienia oferentom modelu sieci kanalizacyjnej m. st. Warszawy, przygotowanego przez ITWH w ramach wykonywania umowy na doradcę technicznego (w ramach której przygotowywał również SIWZ w niniejszym postępowaniu).

Zamawiający w warunkach postępowania: OPZ - tom 1 - rozdział 1.3.1 Prace przedprojektowe, OPZ - tom 2 - rozdział 3.8 Pakiet 5 - RTC Centralny system sterujący oraz w odpowiedzi na pytanie 1 z 19.03.2018 napisał, iż model sieci kanalizacyjnej który będzie podstawą do wykonania całego projektu będzie udostępniony dopiero Wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą.

W tym wypadku firma ITWH, które jest autorem i modelu i koncepcji ma ogromną przewagę konkurencyjną. Inny wykonawca musi albo zbudować model od podstaw, albo spędzić dużo czasu na zapoznanie się z nim. Model otrzymany od strony trzeciej należy również poddać weryfikacji, gdyż finalnie Wykonawca ponosi odpowiedzialność za działanie systemu. W momencie przygotowania oferty Wykonawca nie był w stanie precyzyjnie zaznajomić się z dokładnością modelu oraz jego działaniem. Gdyby otrzymany model okazał się wadliwy, to winą za nieprawidłowe funkcjonowanie systemu zostałby obciążony Wykonawca. Zamawiający udostępnił Wykonawcy jedynie przykładowy plik modelu, który nie jest modelem sieci kanalizacyjnej Warszawy, ale jedynie przykładowym plikiem wykonanym w oprogramowaniu do modelowania oferowanym przez ITWH. Jest to mało przydatny gest w stronę innych oferentów.

Ponadto jak można wnioskować z zapisów OPZ (cytat z OPZ, str. 66 *„Szczegółowe wyniki analiz przeprowadzonych w latach 2014-2015, dotyczące modelowania sieci kanalizacyjnej m. st. Warszawy, Zamawiający udostępni jako „Dane wyjściowe do projektowania” Wykonawcy wyłonionemu w wyniku postępowania przetargowego”*)

firma ITWH jeszcze przed przystąpieniem do przygotowania oferty była już w posiadaniu tych materiałów, co po raz kolejny dawało jej przewagę nad potencjalną konkurencją.

Znajomość modelu sporządzonego dla rzeczywistej sieci w mieście (którego zamawiający nie udostępnił) pozwalałaby potencjalnym oferentom, w tym Odwołującemu, ocenić rzeczywistą sytuację w mieście i stwierdzić, czy zaproponowane działania i systemy są wystarczające do tego, aby system spełniał swoją rolę. W ten sposób można byłoby przygotować ofertę bardziej precyzyjną, a co za tym idzie lepszą cenowo.

Wykonawca ITWH w swoich wyjaśnieniach stwierdził, że jedynie początkowo Zamawiający nie chciał udostępnić wykonawcom wyników analiz z lat 2014-2015,

dotyczących modelowania sieci kanalizacyjnych w m. st. Warszawa, a potem jednak to zrobił i przedłużył termin składania ofert - jednak jest to tylko część prawdy. Nadal pozostał nieujawniony sam model hydrauliczny, na podstawie którego analizy wielowariantowe zostały wykonane. Ma to istotny wpływ na wycenę i czas pracy (a to przekłada się na koszty), gdyż model sieci wskazuje jak działa sieć w konkretnym mieście.

Gdyby model (z którym wykonawca zapoznałby się dopiero po podpisaniu umowy) okazał się wadliwy, to odpowiedzialnością za nieprawidłowe funkcjonowanie systemu zostanie obciążony Wykonawca (co wynika z warunków siwz), a nie podmiot przygotowujący wcześniej model. Potwierdza to zapis OPZ (cytat z OPZ, str. 59 *„Dla prognozy poziomów wody i spływów konieczny jest model symulacyjny on-line. Model ten musi zawierać przynajmniej takie elementy sieci kanalizacyjnej, które pozwolą na wypełnienie stawianych mu celów. Ich dokładny zakres (szczegółowość modelu) zostanie określony przez Wykonawcę. Wykonanie i kalibracja modelu będzie obowiązkiem Wykonawcy: Zamawiający udostępni model matematyczny sieci kanalizacyjnej, który jest w jego posiadaniu. Zamawiający udostępni Wykonawcy posiadane dane z bazy systemu GIS na potrzeby wykonania modelu symulacyjnego on-line i pozostałych prac towarzyszących”*) oraz odpowiedź nr 3 z dnia 19.03.2018.

Pomimo starań i wniosków Odwołującego, Zamawiający udostępnił wykonawcom jedynie przykładowy plik modelu, który nie jest modelem sieci kanalizacyjnej Warszawy, na podstawie którego została wykonana analiza wielowarstwowa. Takiego działania niewątpliwie nie można uznać za zapewnienie przez Zamawiającego konkurencji w postępowaniu. ITWH będące w posiadaniu modelu, który jest bazą do stworzenia modelu on-line (czyli modelu połączonego m.in. z danymi pomiarowymi) posiadało wiedzę nt. możliwych problemów w konfiguracji modelu on-line oraz zakresu prac potrzebnych do stworzenia i kalibracji modelu on-line. Jest to wiedza, która była niedostępna dla pozostałych oferentów startujących w niniejszym postępowaniu.

Poniżej fragment odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego w dniu 19.03.2018 r.

1. *W związku z deklaracją Zamawiającego o możliwości udostępnienia modelu matematycznego sieci kanalizacyjnej, który jest w jego posiadaniu (OPZ tom II pkt 3.8), zwracam się z uprzejmą prośbą o udostępnienie tego modelu (wraz z założeniami na podstawie których go zbudowano).*

Odpowiedź 1:

*Zgodnie z informacją zawartą w OPZ, Tom II, roz. 3,8 „Zamawiający udostępni model matematyczny sieci kanalizacyjnej, który jest w jego posiadaniu. Zamawiający udostępni Wykonawcy posiadane dane z bazy systemu GIS na potrzeby wykonania modelu symulacyjnego on-line i pozostałych prac towarzyszących” Powyższe zostaną udostępnione Wykonawcy, z którym zostanie podpisana umowa.*

3. *Na podstawie załączonej dokumentacji tj. OPZ (tom I, II i III) oraz załączników, Oferent nie jest w stanie jednoznacznie określić zakresu obowiązków w ramach zadania IV.2. „Budowa systemu zarządzania siecią kanalizacji ogólnospławnej” Zgodnie z OPZ Tom II pkt. 3.8 „Zamawiający udostępni model matematyczny sieci kanalizacyjnej, który jest w jego posiadaniu. “ Z kolei w pkt 3.9.1 (str. 70) jest zapis, że „matematyczny model symulacyjny sieci kanalizacyjnej przygotowany i skalibrowany przez Wykonawcę”: Dodatkowo w załączniku C.1 (Dane dotyczące posiadanego modelu matematycznego sieci kanalizacyjnej) widnieje zapis: „Na etapie składania ofert Zamawiający umożliwi wgląd do bazy danych GIS oraz do posiadanych modeli”. Czy Zamawiający dopuszcza posługiwanie się modelem stworzonym na etapie koncepcji?*

Odpowiedź 3:

*W zakresie wglądu do bazy danych GIS oraz posiadanego modelu sieci kanalizacyjnej Zamawiający udzielił informacji w odpowiedzi w dniu 26.02.2018r. pismem znak: PZP.DPS.280.01143.2017.778JW. Zamawiający potwierdza, że po podpisaniu umowy udostępni wybranemu Wykonawcy posiadany model matematyczny sieci kanalizacyjnej. Wszelkie modele przygotowane na potrzeby budowy systemu zarządzania siecią kanalizacji ogólnospławnej są odpowiedzialnością Wykonawcy. Wymogi stawiane tym modelom zostały określone przez Zamawiającego w OPZ.*

Fragment odpowiedzi na pytania z dnia 18 maja 2018 r.

- 75) *Czy Zamawiający udostępni przykładowy model wykorzystywany przez MPWiK Warszawa stworzony w oprogramowaniu Hystem Extran 7.6? Wnioskujemy o udostępnienie przykładowego pliku modelu również w formacie .MDB (będący eksportem bazy modelu IDBF). Plik MBD można uzyskać eksportując bazę danych .IDBF w programie Hystem Extran 7.6. Zapoznanie się potencjalnych Wykonawców za strukturą pliku .MDB przed złożeniem oferty jest niezbędne do prawidłowego oszacowania kosztów stworzenia modelu prognostycznego.*

Odpowiedź:

*Zamawiający dokonuje niniejszym uzupełnienia dokumentów zawartych w OPZ cz. informacyjna, załącznik C poprzez dodanie załącznika nr 18 - Przykładowy plik modelowy w programie Hystem- Extran 7.6.2.17201 w formacie MDB.*

Zamawiający udostępnił jedynie przykładowy plik modelu, tymczasem ITWH posiada pełną bazę wszystkich modeli niezbędnych do budowy systemu. Pomimo starań Odwołującego Zamawiający nie udostępnił mu wszystkich dostępnych wykonawcy ITWH danych, koniecznych do przygotowania oferty w postępowaniu oraz rzetelnego określenia ceny.

Pytania wykonawców i odpowiedzi Zamawiającego do SIWZ potwierdzają, że nie wszystkie informacje i dokumenty, które były potrzebne wykonawcom do bardziej precyzyjnego przygotowania ofert, zostały im udostępnione, przy czym były to informacje i materiały, którymi dysponował ITWH, a wręcz był ich autorem.

Należy przy tym zauważyć, że Odwołujący dopuszczał, że pewne informacje otrzyma na etapie projektowania, stąd nie odwoływał się na zapisy SIWZ. Jednak nie sądził, że będzie z tego powodu dyskryminowany. Jeśliby bowiem wszyscy oferenci mieli taki sam zakres informacji na etapie SIWZ, a co za tym idzie, takie same szanse w uzyskaniu zamówienia, nie zastąpiłoby zakłócenie konkurencji. Odwołujący nie kwestionuje bowiem samego faktu nieudostępnienia wszystkich informacji i materiałów żądanych na etapie SIWZ, lecz fakt, że nie wykluczono z udziału w postępowaniu wykonawcy, który te informacje i materiały posiadał z racji przygotowywania tego postępowania. Wykonawca ten co do zasady miał być doradcą technicznym Zamawiającego również w trakcie postępowania. To że, jak pisze ITWH w wyjaśnieniach, Zamawiający „nie skorzystał” z tego doradztwa w czasie postępowania (mimo że miał na to podpisaną umowę) nie zostało w żaden sposób udowodnione np. aneksem do umowy.

Ponadto, zakłócenie konkurencyjności zostało spowodowane przez takie ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert (zwłaszcza kryterium doświadczenia ekspertów), które uprzywilejowało ITWH.

Świadczą o tym, zdaniem Odwołującego:

- 1) liczba złożonych w postępowaniu ofert - wpłynęła tylko jednak oferta poza ofertą ITWH,
- 2) fakt, że Odwołujący, aby sprostać wymaganiom SIWZ musiał złożyć ofertę przez konsorcjum składające się aż z 5 podmiotów;
- 3) znaczna różnica w cenach złożonych ofert (20 932 386,00 zł różnicy);
- 4) niedostępność dla Odwołującego możliwości uzyskania dodatkowych punktów w kryterium doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia o wadze 8 %, podczas gdy ITWH otrzymało w tym kryterium maksymalną liczbę punktów.

Powyższe prowadzi do wniosku, iż to wiedza, do której nie mieli dostępu pozostali wykonawcy, w tym Odwołujący, zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania oraz przygotowanie OPZ, modelu hydraulicznego sieci, warunków i kryteriów oceny ofert, dała przewagę wykonawcy ITWH nad pozostałymi uczestnikami postępowania, dzięki czemu miał on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach, jak również posiadał pełniejsze informacje o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia. Dzięki nim przy sporządzaniu oferty wykonawca mógł lepiej oszacować rzeczywisty nakład pracy niezbędny do realizacji zamówieniach, co niewątpliwie przekładało się na możliwość podania

korzystniejszej ceny oferty, oraz uzyskać maksymalną punktację w kryterium pozacenowym, nieosiągalnym dla pozostałych wykonawców.

Wymaga podkreślenia, iż przepis art. 24 ust. 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) ma na celu ochronę wykonawców przed naruszeniem rzeczywistej konkurencji w postępowaniu poprzez niedopuszczenie do niego wykonawców mających przewagę nad innymi z powodu, iż znali chociażby po części, przed składaniem ofert, oczekiwania zamawiającego jakie będzie kierował wobec wykonawców będących ubiegając się o uzyskanie danego zamówienia (tak w wyroku KIO z dnia 09 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 520/18).

II. Zarzut zaniechania wykluczenia z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający określił w postępowaniu następujący warunek udziału dot. zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie wykonawcy):

*„Wykonawcy, którzy nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy- w tym okresie, wykonali, co najmniej: (b) 1 usługę (umowę) polegającą na zaprojektowaniu i wykonaniu, zintegrowanego systemu sterowania siecią kanalizacji ogólnospławnej (RTC), którego celem było m.in.: ograniczenie miejskich podtopień, ograniczenie zrzutu ścieków nieoczyszczonych do odbiornika oraz optymalizacja pracy sieci kanalizacji ogólnospławnej. Powyższy System musiał obejmować sieć kanalizacyjną o długości min. 1 000 km, w mieście lub aglomeracji miejskiej o liczbie mieszkańców wynoszącej min. 500 000.”. [pkt 5.1.1.2. tit. b SIWZ).*

Wykonawca w przedłożonym wykazie usług wskazał, iż wykonał usługę polegającą na zaprojektowaniu, wykonaniu i uruchomieniu systemu sterowania siecią kanalizacji ogólnospławnej w Aglomeracji Drezdeńskiej, W ramach warunku Zamawiający wymagał, aby wykonawca nabył ww. doświadczenie w okresie ostatnich 10 lat, realizując 1 umowę. Z przedłożonego przez wykonawcę ITWH wykazu wynika, że wykonanie ww. systemu w Aglomeracji Drezdeńskiej trwało od 1998 r. do 2014 r. Czas realizacji usługi wskazany przez wykonawcę - ponad 16 lat - zdaje się zaprzeczać możliwości jej wykonania na podstawie jednej umowy, co zupełnie zignorował Zamawiający. W treści referencji wystawionych przez zamawiającego: Stadtentwässerung Dresden wskazano, iż *„Prace rozpoczęto w 1998 roku i we wszystkich istotnych aspektach zakończono w 2013 roku.”*. Biorąc pod uwagę wymóg nabycia doświadczenia w okresie ostatnich 10 lat - wykonawca musiałby wykonać ww. usługę w latach 2008-2013. Przedstawione przez Wykonawcę dokumenty nie potwierdzają w jakim konkretnie okresie wykonano usługę (umowę) polegającą na zaprojektowaniu, wykonaniu i uruchomieniu systemu sterowania siecią

kanalizacji ogólnospławnej w Aglomeracji Drezdeńskiej. Wskazano w nich jedynie łączny okres realizacji prac wykonywanych na rzecz zamawiającego: Stadtentwässerung Dresden. Powyższe uniemożliwia weryfikację spełniania przez wykonawcę ITWH warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Wątpliwości te nie zostały również w żaden sposób wyjaśnione w toku postępowania przez Zamawiającego.

Wątpliwości budzi także podana przez Wykonawcę ITWH długość sieci - najprawdopodobniej wskazał on całkowitą długość sieci kanalizacyjnej w całym mieście (aglomeracji), a nie długość sieci ujętej w bazie modelu sieci kanalizacyjnej wykonanej w ramach jednej umowy. Tymczasem zgodnie z określonym przez Zamawiającego warunkiem, potencjalny wykonawca musiał legitymować się doświadczeniem w wykonaniu systemu obejmującego sieć o długości 1000 km. Z doświadczeń Odwołującego wynika, iż z reguły nie robi się tak potężnych modeli, które objęłyby całkowitą długość sieci w mieście. Powyższych wątpliwości nie rozwiewają także przedstawione przez wykonawcę referencje wystawione przez zamawiającego: Stadtentwässerung Dresden. Z referencji wynika, iż wskazana przez wykonawcę długość sieci (2 300 km) to całkowita długość sieci kanalizacyjnej. Z referencji nie wynika natomiast jakiej długości sieć objął przygotowany przez Wykonawcę system w ramach jednej umowy. Zamawiający pominął jednak zupełnie powyższe okoliczności dokonując badania i oceny ofert, w rezultacie uznając, iż wykonawca ITWH wykazał spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu.

W ramach warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (osoby) - pkt 5.1.1.3. SIWZ Wykonawca miał wykazać, iż dysponuje

1) Głównym Projektantem posiadającym co najmniej następujące kwalifikacje zawodowe i doświadczenie:

- a) minimum 24-miesięczne doświadczenie, samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego, w projektowaniu i wdrażaniu zintegrowanych/centralnych systemów sterowania siecią kanalizacyjną, oraz
- b) w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, wykonał samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego, co najmniej 1 usługę (umowę) polegającą na zaprojektowaniu, wykonaniu i uruchomieniu, zintegrowanego systemu sterowania siecią kanalizacji ogólnospławnej (RTC), którego celem było m.in.: ograniczenie miejskich podtopień, ograniczenie zrzutu ścieków nieoczyszczonych do odbiornika oraz optymalizacja pracy sieci kanalizacji ogólnospławnej. Powyższy System musiał obejmować sieć kanalizacyjną o długości min. 1000 km. w mieście lub aglomeracji miejskiej o liczbie mieszkańców wynoszącej min. 500 000. (pkt 5.1.1.3 ppkt 1 SIWZ);

2) Specjalistą ds. modelowania posiadającym co najmniej następujące kwalifikacje zawodowe i doświadczenie:

- a) minimum 24-miesięczne doświadczenie, samodzielnie lub jako członek zespołu, w komputerowym modelowaniu przepływów w sieciach kanalizacyjnych, oraz
- b) w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, samodzielnie lub jako członek zespołu, wykonała co najmniej:
  - 1 usługę (umowę) polegającą na modelowaniu przepływów w sieci kanalizacyjnej o długości nie mniej niż 1000 km i zlokalizowanej na terenie miasta lub aglomeracji o łącznej liczbie mieszkańców większej niż 500 000, oraz
  - 1 usługę (umowę) polegającą na wykonaniu matematycznego modelu sieci kanalizacyjnej zawierającego min. 1000 km kanałów dla miasta lub aglomeracji o łącznej liczbie mieszkańców większej niż 500 000. (pkt 5.1.1.3. ppkt 7 SIWZ).

Wykonawca wskazał w ofercie, iż dysponuje osobą (Głównym Projektantem) posiadającym doświadczenie w zaprojektowaniu, wykonaniu i uruchomieniu systemu sterowania siecią kanalizacji ogólnospławnej w Aglomeracji Drezdeńskiej. W ramach warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał, aby ww. ekspert wykonał wymagane czynności w okresie ostatnich 10 lat. Z przedłożonego przez wykonawcę ITWH wykazu wynika, że wykonanie ww. systemów w Aglomeracji Drezdeńskiej trwało od 1998 r. do 2014 r. Czas realizacji usługi wskazany przez wykonawcę - ponad 16 lat zdaje się zaprzeczać możliwości jego wykonania na podstawie jednej umowy. Jak już wskazano we wcześniejszej części odwołania z referencji wystawionych przez zamawiającego: Stadtentwässerung Dresden wynika, iż „Prace rozpoczęto w 1998 roku i we wszystkich istotnych aspektach zakończono w 2013 roku,”. Biorąc pod uwagę wymóg nabycia doświadczenia w okresie ostatnich 10 lat - główny projektant musiałby wykonać ww. system sterowania w latach 2008-2013. Przedstawione przez Wykonawcę dokumenty nie potwierdzają w jakim konkretnie okresie wykonano usługę (umowę) polegającą na zaprojektowaniu, wykonaniu i uruchomieniu systemu sterowania siecią kanalizacji ogólnospławnej w Aglomeracji Drezdeńskiej, Wskazano w nich jedynie łączny okres realizacji prac wykonywanych na rzecz zamawiającego: Stadtentwässerung Dresden. Powyższe uniemożliwia weryfikację spełnienia przez wykonawcę ITWH warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wymaganym zespołem. Wątpliwości te nie zostały również w żaden sposób wyjaśnione w toku postępowania przez Zamawiającego.

Powyższe zarzuty dotyczą również doświadczenia osoby wyznaczonej jako Specjalista ds. modelowania, ponieważ nabył on doświadczenie w modelowaniu realizując ten sam projekt co Główny projektant.

Mając na uwadze informacje zawarte w wykazie usług oraz wykazie osób złożonym przez wykonawcę ITWH należy uznać, iż nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonych w pkt 5.1.1.2 lit. b SIWZ (doświadczenie) oraz w pkt 5.1.1.3 ppkt 1 i 7 SIWZ.

Dnia 11 października 2018 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Institut für technisch-wissenschaftliche Hydrologie GmbH (ITWH GmbH) z siedzibą Hanowerz, (zwany dalej Przystępującym) wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

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

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j. dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 5 października 2018 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 25 września 2018 roku, zatem z zachowaniem terminu do wniesienia odwołania. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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 - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba stwierdziła także skuteczność wniesionego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z zachowaniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 Pzp. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu – co również zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, dowody załączone do odwołania oraz złożone na rozprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.



## **Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechania wykluczenia Przystępującego podczas gdy wykonawca ten brał udział w przygotowaniu postępowania, jak również osoba, z którą łączy wykonawcę ITWH umowa zlecenia brała udział w przygotowaniu postępowania, co skutkowało zakłóceniem konkurencji w postępowaniu, zarzut nie został potwierdzony.

Zarzut ten zostanie omówiony łącznie z zarzutem naruszenia art. 24 ust. 10 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ITWH, mimo że nie udowodnił, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji, który w ocenie Izby również nie zasługuje na uwzględnienie.

Dyspozycja w art. 7 ust. 1 Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Niewątpliwie czynnością zakłócającą konkurencję jest złożenie oferty w postępowaniu przez wykonawcę, 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, brała udział w przygotowaniu takiego postępowania. Domniemanie takie, w ocenie Izby można wyprowadzić wprost z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp zgodnie z którym *„z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, 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, brała 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”*.

Co do zasady, wykonawca, który przygotowywał postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, (lub przy przygotowaniu oferty posługiwał się osobami, które postępowanie przygotowywały) ma przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami w tym postępowaniu, co ma miejsce zarówno wtedy, gdy np. przygotowywał lub miał wpływ na treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i wtedy, gdyby wcześniej aniżeli inni znał jej treść.

Art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy jeżeli spełnione zostaną łącznie dwie przesłanki:

po pierwsze – wykonawca składający ofertę w postępowaniu lub jego pracownik a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług brał udział w przygotowaniu postępowania,

po drugie – brak jest możliwości wyeliminowania powyższego zakłócenia konkurencji w inny sposób niż wykluczenie tego wykonawcy.

Wskazać należy, iż sam fakt udziału wykonawcy w czynnościach przygotowawczych nie oznacza jeszcze konieczności wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania, jeżeli istnieje inny sposób wyeliminowania zakłócenia konkurencji. Ustawodawca nie określił w jaki sposób można wyeliminować zaistniałe zakłócenie konkurencji, ani na kim ciąży obowiązek jej eliminacji. W tym zakresie odnieść się należy do zapisów dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady dyrektywa z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.) bowiem ww. przepisy Prawa zamówień publicznych są wynikiem implementacji dyrektywy i winny być interpretowane zgodnie z jej zapisami.

Zgodnie z art. 41 ww. dyrektywy:

*„Jeżeli kandydat, oferent lub przedsiębiorstwo powiązane z kandydatem lub oferentem doradzają instytucji zamawiającej – niezależnie od tego, czy odbywa się to w kontekście art. 40, czy nie – lub w inny sposób są zaangażowane w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, instytucja zamawiająca podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział danego kandydata lub oferenta nie zakłóci konkurencji. Wspomniane środki obejmują przekazywanie pozostałym kandydatom lub oferentom istotnych informacji wymienianych w ramach lub w wyniku zaangażowania kandydata lub oferenta w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia oraz wyznaczanie odpowiednich terminów składania ofert. Danego kandydata lub oferenta wyklucza się z udziału w postępowaniu wyłącznie w przypadku, gdy nie ma innego sposobu zapewnienia zgodności z obowiązkiem przestrzegania zasady równego traktowania. Przed każdym takim wykluczeniem kandydaci lub oferenci muszą mieć możliwość udowodnienia, że ich zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie jest w stanie zakłócić konkurencji. Podjęte środki dokumentuje się w indywidualnym sprawozdaniu wymaganym zgodnie z art. 84.”*

Zgodnie z powyższym wykluczenie wykonawcy z postępowania na skutek zakłócenia konkurencji należy traktować jako ostateczność, gdy nie ma innego sposobu zapewnienia

zgodności z obowiązkiem przestrzegania zasady równego traktowania, natomiast obowiązek eliminacji zakłócenia konkurencji ciąży na zamawiającym.

Zamawiający przygotowujący postępowanie zobowiązany jest do przeprowadzenia analizy, czy wykonawca (lub osoba którą wykonawca się posługuje), który brał udział w przygotowaniu postępowania może ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W przypadku odpowiedzi pozytywnej, obowiązkiem Zamawiającego jest spowodowanie, żeby udział danego wykonawcy nie zakłócił konkurencji. W tym celu Zamawiający musi podjąć stosowne środki, do których zaliczyć należy przekazanie pozostałym uczestnikom postępowania wszystkich istotnych informacji, które były wymieniane między Zamawiającym a Wykonawcą w ramach wcześniej świadczonych usług przy przygotowywaniu postępowania. Dotyczy to w szczególności wszystkich dokumentów, które Zamawiający udostępnił Wykonawcy oraz dokumentów, w których posiadanie wszedł sam wykonawca w związku z tym, że były one niezbędne do przygotowania postępowania. Ponadto Zamawiający ma obowiązek zapewnić odpowiednio długie terminy na składanie ofert, tak żeby podmioty, które nie uczestniczyły w przygotowaniu postępowania ani nie doradzały na tym etapie, miały możliwość zapoznania się z przekazanymi przez Zamawiającego informacjami i dokumentami. Zamawiający ma obowiązek zrobić wszystko, co jest możliwe w celu zapewnienia w postępowaniu o zamówienie uczciwej konkurencji. Jedynie w przypadku, gdy nie ma innego sposobu zapewnienia zgodności z obowiązkiem przestrzegania zasady równego traktowania wykonawców, z postępowania wyklucza się danego wykonawcę. (zob. A. Sołtyśńska, H. Talago-Sławoj „Europejskie prawo zamówień publicznych” s. 397, 401).

W świetle powyższego, wyeliminowanie przez Zamawiającego zakłócenie konkurencji spowodowanego udziałem w postępowaniu wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu postępowania lub którego pracownik lub inna osoba którą się posługiwał brała udział w przygotowaniu postępowania oznacza, iż wykluczenie takiego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp nie będzie miało zastosowania. Jeśli zatem nie zaistnieją przesłanki wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, bowiem zakłócenie konkurencji zostało wyeliminowane, to nie będzie miało zastosowania art. 24 ust. 10 Pzp, zgodnie z którym *„w przypadkach, o których mowa w 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”*, a którego zastosowanie jest następstwem okoliczności skutkujących koniecznością wykluczenia wykonawcy. Wobec braku takich okoliczności dyspozycja art. 24 ust. 10 Pzp nie będzie miała zastosowania, a wykonawca nie będzie zobowiązany do udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania nie zakłócił konkurencji.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowego postępowania wskazać należy, iż bezspornym jest - co potwierdzają dowody załączone do odwołania – że Przystępujący jako członek konsorcjum był wykonawcą umowy realizowanej w wyniku udzielenia zamówienia: *„Pomoc techniczna przygotowanie Fazy V. Przygotowanie analiz przedinwestycyjnych oraz dokumentacji projektowej i przetargowej dla wykonania zbiornika retencyjnego w formie kolektora wzdłuż Wisłostrady. Pomoc techniczna przygotowanie Fazy V. Przygotowanie analiz przed inwestycyjnych oraz dokumentacji projektowej i przetargowej dla wykonania zbiornika retencyjnego na terenie zielonym na obszarze starego ciągu technologicznego (okolica piaskowników) Oczyszczalni Ścieków „Czajka”, z podłączeniem dopływu ścieków z pompowni Żerań i Nowodwory. Pomoc techniczna przygotowanie Fazy V. Przygotowanie analiz przedinwestycyjnych oraz dokumentacji projektowej i przetargowej dla wykonania systemu centralnego sterowania siecią kanalizacji ogólnospławnej w celu optymalnego wykorzystywania pojemności retencyjnych oraz przesyłu ścieków do oczyszczalni Czajka”*.

W wyniku realizacji powyższej umowy miała zostać opracowana dokumentacja dla przedmiotowego postępowania. W związku z powyższym, nie ulega wątpliwościom, że Przystępujący jako wykonawca powyższej umowy, uczestniczył w przygotowaniu przedmiotowego postępowania w zakresie, w jakim Zamawiający wykorzystał na potrzeby niniejszego postępowania dokumentację opracowaną przez Przystępującego.

Podczas rozprawy Zamawiający wyjaśnił, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia dla przedmiotowego postępowania została w większości opracowana samodzielnie przez Zamawiającego. Odnosi się to do opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny jak i do wzoru umowy. Dokumentacja przygotowana przez konsorcjum w 2014 roku, którego członkiem był Przystępujący w większości nie znalazła się w przedmiotowym postępowaniu, bowiem opierała się na innych założeniach niż ostatecznie przyjęte do realizacji. Obecne postępowanie, wszczęte w 2017 roku odnosi się do innych założeń, innych danych, zmienionych w stosunku do dokumentacji opracowanej przez Przystępującego, co spowodowało że dokumentacja tamta zyskała walor archiwalny. Zamawiający samodzielnie zmodyfikował dokumentację, uwzględniając m. in. zmiany rynkowe, pojawienie się nowych technologii, czy funkcjonowanie systemów IT. Elementy dokumentacji wykorzystane przez Zamawiającego zostały udostępnione wszystkim wykonawcom na takich samych zasadach i w takim samym zakresie. Ponadto Zamawiający udostępnił na platformie zakupowej dokumenty i analizy, stanowiące podstawę opracowania dokumentacji przez Przystępującego w 2014 roku.

Zamawiający wskazał również, iż Odwołujący błędnie utożsamia model on-line (będący przedmiotem zamówienia) z modelem matematycznym, który zgodnie z zapisami SIWZ

zostanie udostępniony wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie. Wskazał również, że na obecnym etapie postępowania żaden z wykonawców nie ma do niego dostępu. Model opracowany przez Przystępującego w 2014 i 2016 roku jest stale aktualizowany, modyfikowany, kalibrowany i uszczegóławiany przez Zamawiającego. Nie istnieje już zatem w wersji opracowanej przez Przystępującego, co oznacza iż w tym zakresie pozycja Przystępującego jest tożsama z pozycją pozostałych wykonawców. Zamawiający wyjaśnił również, iż odpowiedział na wszystkie pytania dotyczące wyjaśnienia treści SIWZ, oraz wydłużył czas na składanie ofert do 177 dni, dzięki czemu umożliwił wykonawcom dokładne zapoznanie się z dokumentacją, do której już wcześniej miał dostęp Przystępujący.

W ocenie Izby, nie można zgodzić się z Odwołującym, że Przystępujący posiadał inne informacje i materiały z racji przygotowania przedmiotowego postępowania i z tego powodu winien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp. Analizując dokumentację postępowania oraz czynności podjęte przez Zamawiającego, wskazać należy, iż Przystępujący nie był w sytuacji uprzywilejowanej w stosunku do pozostałych, potencjalnych wykonawców i nie miał dostępu do innych danych i informacji niż te, które dostępne były dla wszystkich potencjalnych wykonawców. Zamawiający dokonał czynności polegających na wyeliminowaniu możliwości zakłócenia konkurencji poprzez udostępnienie wykonawcom opisu przedmiotu zamówienia zawierającego dane opracowane przez Przystępującego, wydłużenie okresu na składanie ofert, umożliwiającego szczegółowe zapoznanie się z dokumentacją, czy np. zorganizowanie wizji lokalnej. Działania te, zdaniem Izby doprowadziły do wyeliminowania czynników mogących naruszyć uczciwą konkurencję, bowiem każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu miał dostęp do wszystkich niezbędnych informacji na takich samych zasadach.

Podkreślenia wymaga, iż Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie, że działania podjęte przez Zamawiającego nie wyeliminowały zakłócenia konkurencji spowodowanej udziałem Przystępującego w przygotowaniu postępowania, a Przystępujący jest w posiadaniu informacji dających mu przewagę wobec innych wykonawców.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp *„Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy”.*

Odwołujący zarzucił również, iż osoba wskazana w ofercie Przystępującego jako ekspert w branży sanitarnej, uczestniczyła w przygotowaniu niniejszego postępowania, co również wskazywałoby na konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zauważyć należy, iż również w tym przypadku zarzut Odwołującego nie został poparty żadnym dowodem, co więcej obecny na rozprawie ekspert w branży sanitarnej (którego zarzut dotyczył) stanowczo zaprzeczył istnieniu faktów, których istnienie podnosił Odwołujący.

W ocenie Izby Odwołujący nie sprostął ciężącemu na nim obowiązkowi dowodowemu, a stawiane zarzuty nie znajdują potwierdzenia w dokumentacji postępowania oraz w zgromadzonym materiale. Podlegają zatem oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu, iż Zamawiający nie wykazał w protokole środków podjętych w celu zapobieżenia konkurencji, zgodzić się należy z Odwołującym, iż w protokole Zamawiający winien wskazać, iż istnieje możliwość że o udzielenie zamówienia będzie ubiegać się podmiot, który uczestniczył w przygotowaniu postępowania. Jednakże mimo przekreślenia tej części protokołu, Zamawiający sprostął ciężącemu obowiązkowi i informacje w tym zakresie zawarł w innej części protokołu, odnoszącej się do wyników badania podstaw wykluczenia. Uchybienie to w żaden sposób nie ma wpływu na wynik postępowania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 10 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, mimo że nie udowodnił że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji, zarzut należy uznać za chybiony.

W ocenie Izby konieczność zapewnienia wykonawcy możliwości udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji ma miejsce wyłącznie w sytuacji zaistnienia przesłanki do wykluczenia wykonawcy wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp. Świadczy o tym również treść art. 24 ust. 10 Pzp, z którego wynika wprost, że konieczność wykazania braku zakłócenia konkurencji musi poprzedzać czynność wykluczenia wykonawcy. Stosując wnioskowanie a contrario, jeśli wykonawca nie podlega wykluczeniu bowiem Zamawiający wyeliminował zakłócenie konkurencji spowodowane udziałem tego wykonawcy w przygotowaniu postępowania, to wykonawca nie musi udowadniać, że jego udział w postępowaniu zakłóci konkurencję. W konsekwencji, Zamawiający nie musi zapewniać takiemu wykonawcy możliwości udowodnienia powyższego.

Podkreślenia wymaga, iż Przystępujący samodzielnie złożył obszerne wyjaśnienia stosując procedurę samooczyszczenia, wykazujące iż jego udział w postępowaniu nie zakłócił konkurencji, a wyjaśnienia te Zamawiający uznał za wiarygodne.

Izba nie podziela również argumentacji Odwołującego, iż o zakłóceniu konkurencji świadczy liczba ofert złożonych w postępowaniu, fakt iż Odwołujący złożył ofertę

w konsorcjum, znaczna różnica w cenie ofert oraz niedostępność dla Odwołującego możliwości uzyskania dodatkowych punktów w kryterium doświadczenie ofert. Decyzja o złożeniu oferty w konsorcjum jest indywidualną decyzją każdego wykonawcy, który ubiega się o udzielenie zamówienia. To właśnie możliwość złożenia oferty w konsorcjum świadczy o zachowaniu konkurencji, bowiem Zamawiający nie ograniczył możliwości złożenia oferty wyłącznie do jednego wykonawcę. Skoro obiektywnie istnieje możliwość złożenia oferty w sposób przewidziany przepisami prawa zamówień publicznych przez więcej niż jednego wykonawcę, to znaczy iż nie nastąpiło zakłócenie konkurencji. W zakresie ilości złożonych ofert i rozbieżności w cenach, przy tak specjalistycznym zamówieniu nie można uznać, że Zamawiający naruszył konkurencję. Sam fakt złożenia dwóch ofert świadczy o zachowaniu konkurencji. Niejednokrotnie, w postępowaniach o skomplikowanym i specjalistycznym przedmiocie zamówienia składana jest niewielka ilość ofert, a niekiedy wyłącznie jedna. Ponadto trudny i nietypowy charakter przedmiotu zamówienia, ograniczona na rynku ilość wykwalifikowanych wykonawców zdolnych do realizacji zadania, ma zawsze przełożenie na zaoferowaną cenę. Nieuzyskanie punktów w kryterium doświadczenie osób jest wynikiem braku wykazania się dysponowaniem osobami o odpowiednich kwalifikacjach a nie naruszeniem konkurencji przez Zamawiającego.

W związku z powyższym, zarzuty należy również uznać za chybione.

Podsumowując, zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 i art. 24 ust. 10 Pzp nie został potwierdzony i udowodniony przez Odwołującego. W ocenie Izby czynności podjęte przez Zamawiającego zostały wykonane prawidłowo. Zamawiający nie miał podstawy do wykluczenia wykonawcy, bowiem podjęte przez niego działania, wyeliminowały zakłócenie konkurencji spowodowane udziałem wykonawcy w przygotowaniu postępowania.

W konsekwencji czego, nie zaistniała przesłanka wykluczenia Przystępującego określona w art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp.

W zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej, zarzut należy uznać za niezasadny.

W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie wykonawcy) Zamawiający ustanowił w SIWZ warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z którym o zamówienie mogą ubiegać się:

*„Wykonawcy, którzy nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy- w tym okresie,*

wykonali, co najmniej: (b) 1 usługę (umowę) polegającą na zaprojektowaniu i wykonaniu, zintegrowanego systemu sterowania siecią kanalizacji ogólnospławnej (RTC), którego celem było m.in.: ograniczenie miejskich podtopień, ograniczenie zrzutu ścieków nieoczyszczonych do odbiornika oraz optymalizacja pracy sieci kanalizacji ogólnospławnej. Powyższy System musiał obejmować sieć kanalizacyjną o długości min. 1 000 km, w mieście lub aglomeracji miejskiej o liczbie mieszkańców wynoszącej min. 500 000.". [pkt 5.1.1.2. lit. b SIWZ).

W zakresie zdolności zawodowej, Zamawiający wymagał aby wykonawca dysponował: *Głównym Projektantem posiadającym co najmniej następujące kwalifikacje zawodowe i doświadczenie:*

- a) *minimum 24-miesięczne doświadczenie, samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego, w projektowaniu i wdrażaniu zintegrowanych/centralnych systemów sterowania siecią kanalizacyjną, oraz*
- b) *w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, wykonał samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego, co najmniej 1 usługę (umowę) polegającą na zaprojektowaniu, wykonaniu i uruchomieniu, zintegrowanego systemu sterowania siecią kanalizacji ogólnospławnej (RTC), którego celem było m.in.: ograniczenie miejskich podtopień, ograniczenie zrzutu ścieków nieoczyszczonych do odbiornika oraz optymalizacja pracy sieci kanalizacji ogólnospławnej. Powyższy System musiał obejmować sieć kanalizacyjną o długości min. 1000 km. w mieście lub aglomeracji miejskiej o liczbie mieszkańców wynoszącej min. 500 000. (pkt 5.1.1.3 ppkt 1 SIWZ);*

*oraz Specjalistą ds. modelowania posiadającym co najmniej następujące kwalifikacje zawodowe i doświadczenie:*

- a) *minimum 24-miesięczne doświadczenie, samodzielnie lub jako członek zespołu, w komputerowym modelowaniu przepływów w sieciach kanalizacyjnych, oraz*
- b) *w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, samodzielnie lub jako członek zespołu, wykonała co najmniej:*
  - *1 usługę (umowę) polegającą na modelowaniu przepływów w sieci kanalizacyjnej o długości nie mniej niż 1000 km i zlokalizowanej na terenie miasta lub aglomeracji o łącznej liczbie mieszkańców większej niż 500 000, oraz*
  - *1 usługę (umowę) polegającą na wykonaniu matematycznego modelu sieci kanalizacyjnej zawierającego min. 1000 km kanałów dla miasta lub aglomeracji o łącznej liczbie mieszkańców większej niż 500 000. (pkt 5.1.1.3. ppkt 7 SIWZ).*



Dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wykonawca winien złożyć precyzyjnie dookreślone w treści SIWZ m.in.: wykaz osób i wykaz usług w raz z referencjami potwierdzającymi ich wykonanie w sposób należyty.

Na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust 1 Pzp Przystępujący załączył m.in. wykaz osób i wykaz usług, w którym na potwierdzenie warunku udziału w zakresie wymaganego doświadczenia wykazał realizację usługi dla Kanalizacji Miejskiej w Dreźnie Sp. z o.o. wraz z zaświadczeniem wystawionym przez ww. zamawiającego, potwierdzającym że prace zostały przeprowadzone z pełnym zadowoleniem oraz w terminie.

W ocenie Odwołującego, wysoce wątpliwy jest fakt, aby usługa realizowana w latach 1998-2013 r. była wykonana jako jedna umowa, co było warunkiem udziału w postępowaniu. Ponadto Odwołujący podniósł, że wątpliwości budzi również podana przez Przystępującego długość sieci, bowiem najprawdopodobniej została podana długość sieci kanalizacyjnej w całym mieście, a nie długość wykonana w ramach usługi. Wskazał również, że powyższych wątpliwości nie rozwiązuje przedstawiona przez Przystępującego referencja.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż Przystępujący na wezwanie Zamawiającego złożył wymagane dokumenty, m.in. wykaz osób, wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług wskazanych w wykazie.

Podkreślenia wymaga, iż zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, referencje stanowią potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług lub robót budowlanych, których rodzaj, przedmiot, wartość, daty i miejsce wykonania Wykonawca podaje w wykazie dostaw, usług lub robót budowlanych. Ponadto, Zamawiający nie ma wpływu na treść sformułowań zawartych w referencjach, z uwagi na to iż są one wystawiane przez podmiot trzeci. Przywołać można tu przykładowo wyrok o sygnaturze KIO 1498 z 17 sierpnia 2018 r., KIO 2145/16 z 28 listopada 2016r., w którym Izba stwierdziła, iż „zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązany jest do badania złożonych dokumentów łącznie, tzn. badanie informacji zawartych w jednolitym dokumencie wraz z informacjami zawartymi w referencjach bądź innych dokumentach załączonych przez wykonawcę. Nieuprawnionym byłoby dokonywanie oceny tychże dokumentów rozłącznie, tym bardziej, że treść referencji bądź innych dokumentów przedstawionych na wezwanie nie została określona w obowiązujących przepisach, a jej zakres zależy każdorazowo od podmiotu, który tę referencję, bądź inny dokument wystawia”, lub wyrok o sygnaturze akt KIO 1216/17 z 6 lipca 2017 r.: „Odwołujący w treści odwołania stawia zarzut, iż treść referencji nie potwierdza wszystkich czynności, które zostały podane w wykazie, a wymagane były przez zamawiającego treścią ww. warunku. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący błędnie i w sposób nieuzasadniony wymaga, aby treść

referencji powielala wszystkie informacje, żądane przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem potwierdzeniem spełnienia warunku jest oświadczenie wykonawcy w formie wykazu, a referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie prawidłowość wykonywanej usługi referencyjnej. Powyższe potwierdzają wprost przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych i rozporządzenia wykonawczego do tej ustawy. (...) Nie może zatem ulegać najmniejszej wątpliwości, że dokumentem potwierdzającym zakres wykonanych usług jest wykaz usług wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane”.

Wobec powyższego, to nie referencje, których rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz dostaw, usług lub robót budowlanych stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia.

Odwołujący kwestionuje możliwość wykonania wykazanej usługi w ramach jednej umowy. Izba podkreśla, iż kwestionując doświadczenie Przystępującego, Odwołujący musiałby dowieść, iż w ramach zadania wskazanego w wykazie na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Przystępujący nie wykonał usługi wymaganej przez Zamawiającego. Dla wykazania braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu, niezbędne jest zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp przedstawienie dowodu, potwierdzającego tezę Odwołującego. Ze złożonych na rozprawie przez Odwołującego wydruków ze stron internetowych wskazujących, że zadanie dla Kanalizacji Miejskiej w Dreźnie Sp. z o.o. realizowane było z podziałem na odcinki i w kilku etapach nie wynika, że usługa ta nie była realizowana w ramach jednej umowy. Podział zadania na etapy i odcinki nie wyłącza możliwości ich realizacji w ramach jednej umowy. Złożone wydruki, w ocenie Izby nie stanowią dowodu na brak wykonania zadania w ramach jednej umowy.

Ponadto Izba wskazuje, iż warunek udziału w postępowaniu dotyczący wymogu realizacji usługi na podstawie jednej umowy został sformułowany w sposób nieostry, dający możliwość interpretacji. W SIWZ nie zostało dookreślone co Zamawiający rozumie poprzez wymóg zawarcia jednej umowy i o jakiego rodzaju umowę chodzi Zamawiającemu. Przy tak nieostrym zapisie, zakładając, iż wszelkie wątpliwości należy interpretować na korzyść wykonawcy, jako uprawnione należy uznać działanie Przystępującego, zgodnie z którym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykazał realizację zamówienia na podstawie jednej umowy o charakterze ciągłym zawartej z podmiotem, dla którego wykonał usługę odpowiadającą warunkowi udziału w postępowaniu. Przystępujący obecny na rozprawie wyjaśnił, iż z Kanalizacją Miejską w Dreźnie Sp. z o.o. łączy go umowa o charakterze ciągłym, podobna w swej konstrukcji do regulowanej w Pzp umowy ramowej. Dodał, iż umowy takie są popularne w Niemczech i często zawierane przy realizacji zadań budżetowych.

W ocenie Izby, Odwołujący nie sprostął ciężącemu na nim obowiązkowi dowodowemu, dla potwierdzenia stawianych zarzutów. Z treści wykazu usług wynika, iż Przystępujący wykonał usługę spełniającą wymagania Zamawiającego co do zakresu i czasu realizacji, oraz długości sieci, co potwierdza iż wykazał nabycie doświadczenia zgodnie z warunkami SIWZ. Doświadczenie to zostało potwierdzone przez podmiot, dla którego zamówienie było wykonane.

W zakresie braku wykazania dysponowania osobami: Głównym Projektantem i Specjalistą ds. modelowania Izba wskazuje również, iż zarzut jest chybiony, a także nie został potwierdzony żadnym dowodem. Przystępujący wskazał w wykazie osób specjalistów, którzy nabyli doświadczenie przy realizacji usługi dla Kanalizacji Miejskiej w Dreźnie, w zakresie odpowiadającym warunkowi opisanemu w SIWZ. Skoro usługa zrealizowana w Dreźnie stanowi potwierdzenie spełnienia warunku przez Przystępującego, to również wykazanie się dysponowaniem osobami, które nabyły doświadczenie przy jej realizacji (zgodne z wymaganiami Zamawiającego) potwierdza, że Przystępujący spełnia warunki udziału w zakresie zdolności zawodowej.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, podlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, iż została złożona przez wykonawcę, który powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, Izba uznała zarzut za chybiony.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp *„Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”*.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości”*.

Izba nie stwierdziła dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert oraz zasad udzielania zamówień publicznych.

Wobec powyższego, zarzuty należało oddalić jako niepotwierdzone.

W świetle wskazanych okoliczności Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione w odwołaniu są bezzasadnie i opierają się wyłącznie na niczym nie popartych przypuszczeniach Odwołującego. Żądania Odwołującego nie mogą zatem zostać uwzględnione.

Mając powyższe na uwadze należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 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 (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: .....