

WYROK
z dnia 29 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Katarzyna Poprawa
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **CDM Smith Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **CDM Smith Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **CDM Smith Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zadanie IV.2 Budowa kolektora Wiślanego – etap III” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 14 października 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 200-486265. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – CDM Smith Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie od niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego polegającej na opublikowaniu 27 listopada 2020 r. wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu z naruszeniem przepisów ustawy, co narusza:

1. art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez nieudzielenie zgodnych ze stanem faktycznym wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, do czego Zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisu prawa,
 2. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,
 3. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady nakazującej przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz naruszenie zasady przejrzystości,
- co prowadzi do ograniczenia Odwołującemu dostępu do rynku poprzez wprowadzenie w błąd co do właściwości Odwołującego oraz rozpowszechnienie nieprawdziwych informacji o Odwołującym poprzez przypisanie mu fałszywych cech dyskwalifikujących go w oczach potencjalnych kontrahentów jako wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o unieważnienie zaskarżonej czynności udzielenia wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia tej czynności zgodnie z przepisami prawa, w sposób oddający rzeczywisty stan faktyczny lub alternatywnie, sprostowanie udzielonych wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zgodne z prawdą wskazanie, że wykonawca CDM Smith Sp. z o.o. przygotował na zlecenie Zamawiającego w latach 2016 i 2017 materiały źródłowe, które, po ich zmianie i dostosowaniu do potrzeb niniejszego zamówienia przez Zamawiającego i jego zleceniobiorców, w części zostały wykorzystane do sporządzenia opracowań wchodzących w zakres części III specyfikacji istotnych warunków zamówienia, i w związku z tym nie zachodzi okoliczność, że CDM Smith Sp. z o.o. brał udział w przygotowaniu przedmiotowego postępowania w sposób zakłócający konkurencję.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje III etap budowy kolektora „Wiślanego”, tj. od komory połączeniowej z kolektorem Bielańskim do Zakładu „Farysa” wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą. Odwołujący jest przedsiębiorcą o ugruntowanej pozycji rynkowej, działającym na rynku usług doradczych, projektowych i inżynierskich, w tym usług z zakresu inżynierii wodnej i środowiskowej, przedmiotowe postępowanie odpowiada więc przedmiotowi działalności Odwołującego. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i złożył w toku postępowania wnioski o udzielenie wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednak w wyniku wadliwej czynności Zamawiającego polegającej na udzieleniu odpowiedzi niezgodnie ze stanem faktycznym, Odwołujący może ponieść realną szkodę polegającą na uniemożliwieniu mu pozyskania partnerów do realizacji zamówienia, podważeniu zaufania i wiarygodności Odwołującego na rynku oraz realnego ryzyka wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia na skutek błędnego przyjęcia, że Odwołujący brał udział w przygotowaniu przedmiotowego zamówienia i wybór jego oferty prowadziłby do zakłócenia konkurencji.

Odwołujący wskazał, że 26 października 2020 r. złożył do Zamawiającego wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w którym zawarł pytania odnoszące się do dokumentów postępowania – załączników do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (część III) „Program Funkcjonalno-Użytkowy dla Zadania IV.2 Budowa kolektora Wiślanego – etap III”, w których ujawniono nazwę i adres podmiotu opracowującego program funkcjonalno-użytkowy (2016 r.) – CDM Smith Sp. z o.o. Podano także, że podmiotem aktualizującym program funkcjonalno-użytkowy jest Sweco Consulting Sp. z o.o. oraz że taka aktualizacja została dokonana w 2018 r.

Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie następujących kwestii:

- 1) Kiedy zakończyły się prace wykonawcy CDM Smith Sp. z o.o. nad opracowaniem lub zmianami tego programu funkcjonalno-użytkowego,
- 2) Wskazanie daty, w której został sporządzony odpowiedni protokół odbioru ostatniej części dokumentacji sporządzonej przez CDM Smith Sp. z o.o. lub ewentualny inny najpóźniejszy dokument potwierdzający zakończenie prac nad tym programem funkcjonalno-użytkowym przygotowanym przez CDM Smith Sp. z o.o.,
- 3) Wyjaśnienie, czy CDM Smith Sp. z o.o. wykonywała inne, poza wskazanymi w treści pytań poprzedzających, czynności związane z przygotowaniem przedmiotowego postępowania 01165/WS/PW/JRPDNP/B/2020 o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli tak, jakie to były czynności i kiedy zostały one zakończone.

Celem czynności Odwołującego, oprócz wyjaśnienia wątpliwości dotyczących autorstwa i wkładu w treść dokumentów stanowiących obecny opis przedmiotu zamówienia, było ujawnienie wobec potencjalnych kontrahentów oraz ewentualnych konkurentów w tym postępowaniu informacji o tym, czy i w jakim zakresie Odwołujący brał (lub nie) udział w przygotowaniu postępowania.

Odwołujący wyjaśnił, że w ramach umowy nr 14/UK/JRP/2014 z 30 lipca 2014 r., zawartej z Zamawiającym, świadczył na rzecz Zamawiającego usługi w zakresie pomocy technicznej przygotowania fazy V dla projektu „Wykonania systemu centralnego sterowania siecią kanalizacyjną w m.st. Warszawie”. Szczegółowy zakres czynności składających się na przedmiot umowy został określony w załącznikach do tej umowy. Odwołujący, realizując postanowienia ww. umowy przekazał Zamawiającemu:

- protokołem z 13 czerwca 2016 r. dokumentację Etapu III A, B,
- protokołem z 29 lutego 2016 r. dokumentację Etapu III C,
- protokołem z 31 marca 2017 r. dokumentację odbioru Etapu III D.

W dokumentacji przekazanej w ramach wykonania umowy z 2014 r., w protokołach zdawczo-odbiorczych nie ma programu funkcjonalno-użytkowego dotyczącego budowy kolektora Wiślanego, tym bardziej zadania polegającego na realizacji „Zadania IV.2 Budowa kolektora Wiślanego – etap III (numer postępowania 01165/WS/PW/JRP-DNP/B/2020)”. Wszystkie produkty umowy z 30 lipca 2014 r. zostały zrealizowane, rozliczone i minął okres rękojmi i gwarancji na nie.

Odwołujący, po przeanalizowaniu własnych dokumentów, stwierdził, że ostatnie pytania Zamawiającego dotyczące materiałów źródłowych (komory połączeniowej z kolektorem Bielańskim, będącej przedmiotem obecnej inwestycji kolektora Wiślanego – etap II) miały miejsce w lipcu 2018 r. Od tego czasu z Odwołującym nie prowadzono konsultacji ani korespondencji w sprawie tych materiałów. Ponadto, w korespondencji z Zamawiającym z 15 kwietnia 2020 r., prowadzonej w innej niż przedmiotowe postępowanie sprawie, Odwołujący wprost wskazał Zamawiającemu, że nie należy przypisywać Odwołującemu

autorstwa programów funkcjonalno-użytkowych wykorzystywanych przez Zamawiającego w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, będących wynikiem przetworzenia i wykorzystania materiałów źródłowych Odwołującego. W korespondencji zawarto prośbę o uwzględnienie tego faktu w przyszłości, ponieważ nieprecyzyjne informacje co do autorstwa dokumentów wykorzystanych w postępowaniu przetargowym mogą wprowadzać adresatów tego postępowania w błąd. Zatem wskazanie w dokumentacji przetargowej, że Odwołujący jest autorem programu funkcjonalno-użytkowego, wymagało uprzedniego, rzetelnego wyjaśnienia.

Wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynął do Zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert, wobec czego Zamawiający był zobowiązany do udzielenia stosownych wyjaśnień.

Zamawiający, wyjaśniając treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w piśmie z 27 listopada 2020 r., w odpowiedzi nr 12 stwierdził: „Zamawiający potwierdza, że CDM Smith Sp. z o.o. uczestniczył w przodowaniu opisu przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu m.in. poprzez opracowanie programu funkcjonalno-użytkowego, który podlegał następnie aktualizacji w oparciu o odrębną umowę.”

Zdaniem Odwołującego udzielona przez Zamawiającego odpowiedź jest niejasna i zdradza cechy odpowiedzi zawierającej oczywistą omyłkę pisarską, a także jest nierzetelna, ponieważ: - nie stanowi odpowiedzi na precyzyjnie zadane pytanie i jako taka nie pozwala na bezsporne i dokładne, zgodne z zamiarem i żądaniem Odwołującego, wyjaśnienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

- zawiera stwierdzenia nieprecyzyjne i jako taka wprowadza w błąd potencjalnych adresatów, tj. wykonawców w postępowaniu i kontrahentów Odwołującego, w szczególności co do jego rzeczywistego udziału w postępowaniu,

- upowszechnienie takiej nieścisłej, nieprawdziwej i wprowadzającej w błąd informacji prowadzi do ograniczenia Odwołującemu dostępu do rynku poprzez wprowadzenie w błąd co do właściwości Odwołującego, rozpowszechnienie nieprawdziwych informacji o Odwołującym poprzez przypisanie mu fałszywych cech dyskwalifikujących go w oczach potencjalnych kontrahentów jako wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu.

Opublikowanie takiej nieścisłej, nierzetelnej i nieprawdziwej informacji przez Zamawiającego stanowi jawne naruszenie praw Odwołującego i prowadzi do zaistnienia zagrożenia poniesienia realnej szkody poprzez utratę zaufania kontrahentów oraz utratę możliwości skutecznego ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wobec niezgodnego z prawdą przyjęcia, że Odwołujący brał udział w przygotowaniu postępowania w sposób zakłócający konkurencję, co stanowi podstawę do jego wykluczenia z postępowania z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Prawo zamówień publicznych, wobec czego konieczne jest

unieważnienie zaskarżonej czynności udzielenia wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia tej czynności zgodnie z przepisami prawa, w sposób oddający rzeczywisty stan faktyczny lub alternatywnie, sprostowanie udzielonych wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zgodne z prawdą wskazanie, że wykonawca CDM Smith Sp. z o.o. przygotował na zlecenie Zamawiającego w latach 2016 i 2017 materiały źródłowe, które, po ich zmianie i dostosowaniu do potrzeb niniejszego zamówienia przez Zamawiającego i jego zleceniobiorców, w części zostały wykorzystane do sporządzenia opracowań wchodzących w zakres części III specyfikacji istotnych warunków zamówienia, i w związku z tym nie zachodzi okoliczność, że CDM Smith Sp. z o.o. brał udział w przygotowaniu przedmiotowego postępowania w sposób zakłócający konkurencję.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający nie przedstawił odpowiedzi na odwołanie.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów odwołania (treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść pytania i udzielonej odpowiedzi oraz treść prowadzonej pomiędzy Stronami korespondencji) nie jest sporny między Stronami.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez nieudzielenie zgodnych ze stanem faktycznym wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, do czego Zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisu prawa,
2. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,
3. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady nakazującej przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób

zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz naruszenie zasady przejrzystości.

Art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż:

- 1) na 6 dni przed upływem terminu składania ofert,
- 2) na 4 dni przed upływem terminu składania ofert – w przetargu ograniczonym oraz negocjacjach z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia,
- 3) na 2 dni przed upływem terminu składania ofert – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert.

Zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych wskazując, że 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.

Sporne pytania i odpowiedź nr 12 z 27 listopada 2020 r. mają następującą treść:

„Pytanie nr 12. Działając na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych uprzejmie proszę o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie poniższych pytań. W załączniku do SIWZ pt. <<Program Funkcjonalno-Użytkowy dla Zadania IV.2 Budowa kolektora Wiślanego – etap III>>, ujawniono nazwę i adres podmiotu opracowującego program funkcjonalno-użytkowy (2016 r.) – CDM Smith Sp. z o.o. Podano także, że podmiotem aktualizującym program funkcjonalno-użytkowy jest Sweco Consulting Sp. z o.o. oraz, że taka aktualizacja została dokonana w 2018 r.

1. W związku z powyższym uprzejmie proszę o wyjaśnienie, kiedy zakończyły się prace wykonawcy CDM Smith Sp. z o.o. nad opracowaniem lub zmianami tego programu funkcjonalno-użytkowego.

2. Uprzejmie proszę o wskazanie daty, w której został sporządzony odpowiedni protokół odbioru ostatniej części dokumentacji sporządzonej przez CDM Smith Sp. z o.o. lub ewentualny inny najpóźniejszy dokument potwierdzający zakończenie prac nad tym programem funkcjonalno-użytkowym przygotowanym przez CDM Smith Sp. z o.o.

3. Proszę także o wyjaśnienie, czy CDM Smith Sp. z o.o. wykonywała inne, poza wskazanymi w treści pytań poprzedzających, czynności związane z przygotowaniem przedmiotowego postępowania 01165/WS/PW/JRP-DNP/B/2020 o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli tak, jakie to były czynności i kiedy zostały one zakończone.

Odpowiedź nr 12. Zamawiający potwierdza, że CDM Smith Sp. z o.o. uczestniczył w przodowaniu opisu przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu m.in. poprzez opracowanie programu funkcjonalno-użytkowego, który podlegał następnie aktualizacji w oparciu o odrębną umowę.”

Przy czym Odwołujący wskazał, że nie ma wątpliwości, że odpowiedź zawiera omyłkę pisarską, i powinno być „przygotowaniu” zamiast „przodowaniu”.

Na stronie tytułowej programu funkcjonalno-użytkowego znajdują się następujące informacje:

1. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia publicznego (siwz), program funkcjonalno-użytkowy,
2. Nazwa zamówienia: Zaprojektowanie i wykonanie Robót pn. „Kolektor Wiślany – ETAP III”
3. Nazwy i kody robót (CPV),
4. Nazwa i adres Zamawiającego,
5. Nazwa i adres podmiotu opracowującego program funkcjonalno-użytkowy (2016 r.) CDM Smith Sp. z o.o., 02-017 Warszawa, Al. Jerozolimskie 123a,
6. Nazwa i adres podmiotu aktualizującego program funkcjonalno-użytkowy (2018 r.) Sweco Consulting Sp. z o.o., ul. Franklina Roosevelta 22, 60-829 Poznań. Aktualizacja opracowana na podstawie umowy na: „Opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej oraz uzgodnienie trasy kolektora Wiślanego na naradzie koordynacyjnej w sprawie uzgodnienia usytuowania projektowanej sieci uzbrojenia terenu w Biurze Geodezji i Katastru Urzędu Miasta st. Warszawy”,
7. wersja 2018.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu, w *oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionej przez Zamawiającego oraz stanowiska Odwołującego wyrażonego w odwołaniu i podczas Izba ustaliła i zważyła, co następuje*: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący złożył odwołanie od czynności Zamawiającego z 27 listopada 2020 r. polegającej na udzieleniu odpowiedzi na pytanie Odwołującego z 26 listopada 2020 r. w sposób inny niż oczekiwał tego Odwołujący.

Izba stwierdziła jednak, że jeśli Zamawiający w programie funkcjonalno-użytkowym stanowiącym część specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarł nieprawidłową informację, iż to Odwołujący jest autorem owego programu funkcjonalno-użytkowego, która to informacja wyrządza Odwołującemu szkodę – jak wskazano w odwołaniu – to Odwołujący powinien złożyć odwołanie dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w terminie 10 dni od dnia publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co wynika wprost z dyspozycji art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. do 24 października 2020 r.

Przepis ten stanowi bowiem jednoznacznie, że odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Obecnie rozpatrywanie tej kwestii przez Izbę jest spóźnione i, zgodnie z dyspozycją art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie w zakresie tego zarzutu podlegałoby odrzuceniu jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Podobnie jeśli chodzi o podniesioną w odwołaniu kwestię sporu pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym, wykraczającego poza niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, wyrażoną m.in. w załączonym do odwołania piśmie z 15 kwietnia 2020 r. – jest to zakres wykraczający poza kognicję Izby określoną art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, odnoszącą się jedynie do czynności podejmowanych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis ten stanowi, że odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych). Zgodnie zaś z dyspozycją art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie w zakresie tego zarzutu podlegałoby odrzuceniu ze względu na to, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Odnosząc się zaś do wskazanego w odwołaniu naruszenia art. 38 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba stwierdziła, że poruszone przez Odwołującego w przedmiotowym pytaniu kwestie nie wchodzą w zakres zagadnień, do których odnoszą się

przywołane przepisy. Zamawiający wskazał w programie funkcjonalno-użytkowym przy nazwie CDM Smith Sp. z o.o. rok 2016 oraz przy nazwie podmiotu aktualizującego program funkcjonalno-użytkowy rok 2018 r. Odwołujący zaś nie prosił o wyjaśnienie elementów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które są dla niego niejasne i niezrozumiałe, lecz o kwestie, co do których – jako strona umowy z Zamawiającym z 30 lipca 2014 r. – posiada informacje co najmniej w takim samym zakresie jak Zamawiający, o czym świadczy już sam fakt, że informacje te wskazał w odwołaniu.

Natomiast, jak wynika z treści odwołania, podstawą jego wniesienia jest okoliczność stwierdzenia przez Zamawiającego, że Odwołujący brał udział w przygotowaniu postępowania i dążenie Odwołującego, by Izba nakazała Zamawiającemu sprostowanie odpowiedzi nr 12 przez wskazanie, że Odwołujący „przygotował na zlecenie Zamawiającego w latach 2016 i 2017 materiały źródłowe, które, po ich zmianie i dostosowaniu do potrzeb niniejszego zamówienia przez Zamawiającego i jego zleceniobiorców, w części zostały wykorzystane do sporządzenia opracowań wchodzących w zakres części III specyfikacji istotnych warunków zamówienia, i w związku z tym nie zachodzi okoliczność, że CDM Smith Sp. z o.o. brał udział w przygotowaniu przedmiotowego postępowania w sposób zakłócający konkurencję” – co zostało wprost wskazane w żądaniach co do rozstrzygnięcia odwołania oraz *in fine* odwołania.

Jednak żądanie to wykracza poza zakres zadanego pytania i udzielonej odpowiedzi nr 12, celu wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz czynności zamawiającego, który na tym etapie nie bada podstaw ewentualnego wykluczenia poszczególnych wykonawców.

Podobnie wykracza poza zakres orzeczenia, jakie mogłaby wydać Izba, która również na tym etapie postępowania przetargowego nie bada, czy dany wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania – zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba bada bowiem jedynie czynności przez zamawiającego dokonane lub bezpodstawnie niedokonane (zaniechane). Izba może jedynie zwrócić uwagę, że Zamawiający w udzielonej odpowiedzi nie wskazał, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania i że go z tego postępowania wykluczy, wyraził jedynie swoją opinię o jego udziale w przygotowaniu postępowania. Jak wynika zaś z dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Prawo zamówień publicznych („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, 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”), sam udział w przygotowaniu postępowania nie jest samoistną i automatyczną przesłanką wykluczenia wykonawcy.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 20.000 złotych.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....