

Sygn. akt: KIO 1247/19, KIO 1251/19

WYROK
z dnia 15 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Anna Chudzik
Danuta Dziubińska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 1 lipca 2019 r. przez wykonawcę **AECOM Polska sp. z o.o. w Warszawie** (sygn. akt KIO 1247/19),
- B) w dniu 1 lipca 2019 r. przez wykonawcę **Italferr S.p.A. w Rzymie, Włochy** (sygn. akt KIO 1251/19)

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Italferr S.p.A. w Rzymie, Włochy**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt KIO 1247/19 po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **AECOM Polska sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1251/19 po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **Multiconsult Polska sp. z o. o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1247/19 po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Systra SA w Paryżu, Francja, Infrares sp. z o.o. w Warszawie, S. B. i J. B., prowadzących we Wrocławiu działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK**

Mosty, J. B., S. B. s.c., zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 1247/19 i KIO 1251/19 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1247/19 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu,
2. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1251/19 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu,
3. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1247/19 obciąża **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **AECOM Polska sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie** na rzecz **AECOM Polska sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
4. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1251/19 obciąża **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie** i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Italferr S.p.A. w Rzymie, Włochy** tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Italferr S.p.A. w Rzymie, Włochy** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „opracowanie dokumentacji projektowych wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla projektu pn.: „Prace w ciągu C-E 65 na odcinku Zduńska Wola – Inowrocław – Tczew” w podziale na 3 LCS”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11 grudnia 2019 r. nr 2019/S 238-544829.

21 czerwca 2019 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę AECOM Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym Aecom” oraz wykonawcę Italferr S.p.A. w Rzymie, Włochy, zwanego dalej „odwołującym Italferr” o wykluczeniu ich z udziału w postępowaniu.

W dniu 1 lipca 2019 r. do Prezesa Izby wpłynęły odwołania złożone przez odwołującego Aecom i odwołującego Italferr. Postępowania odwoławcze wywołane wniesionymi odwołaniami oznaczono odpowiednio sygn. akt KIO 1247/19 oraz sygn. akt KIO 1251/19.

Odwołujący Aecom wniósł odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1247/19 wobec czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu.

Odwołujący Aecom zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 80 ust. 1 Dyrektywy 2014/25/UE w zw. z art. 57 ust. 4 lit. d) Dyrektywy 2014/24/UE w zw. z art. 36 ust. 1 Dyrektywy 2014/25/UE przez bezzasadne uznanie, że odwołujący Aecom zawarł z innym wykonawcą biorącym udział w postępowaniu – odwołującym Italferr porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu, co zamawiający wykazał za pomocą stosownych środków dowodowych, podczas gdy:
 - a) odwołujący Aecom oraz odwołujący Italferr współpracowali w postępowaniu wyłącznie przez wzajemne udostępnienie sobie zasobów i nie zawarli żadnego porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu, a ponadto wniosek zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w przedstawionych przez niego środkach dowodowych,
 - b) zamawiający nie wyprowadził analogicznych wniosków w przypadku innych wykonawców, którzy współpracowali w postępowaniu w analogicznym zakresie jak odwołujący Aecom oraz odwołujący Italferr (tj. przez wzajemne udostępnienie sobie zasobów) co jest sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców,

- 2) art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 36 ust. 1 Dyrektywy 2014/25/UE przez zaniechanie wezwania odwołującego Aecom do złożenia wyjaśnień dotyczących powziętych przez zamawiającego wątpliwości związanych z okolicznościami złożenia przez odwołującego Aecom oferty, podczas gdy w sytuacji zaistnienia jakichkolwiek wątpliwości dotyczących samodzielnego i niezależnego charakteru złożonej przez odwołującego Aecom oferty zamawiający miał obowiązek gruntownej jej weryfikacji i uzyskania od odwołującego Aecom wyjaśnienia wszelkich wątpliwości dotyczących charakteru jej złożenia;

oraz, z ostrożności procesowej:

- 3) art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 20 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i art. 36 ust. 1 Dyrektywy 2014/25/UE przez bezzasadne uznanie, że oferta odwołującego Aecom podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, że została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

Odwołujący Aecom wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego Aecom z postępowania i odrzuceniu jego oferty złożonej w części nr 1 postępowania;
- 2) dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego Aecom.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Aecom podniósł, że 21 czerwca 2019 r. zamawiający poinformował go o odrzuceniu jego oferty złożonej w części 1 postępowania oraz o wykluczeniu z postępowania. W ocenie zamawiającego, odwołujący Aecom zawarł z Italferr, który złożył ofertę w części 2 postępowania porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu, co miało wypełniać przesłankę z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp.

Odwołujący Aecom podniósł, że zamawiający, decydując się na wykluczenie odwołującego z postępowania, powinien dokonać analizy stanu faktycznego i wykazać, iż zaistniałe w sprawie okoliczności wypełniają normę art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp. Przepis ten ma charakter sankcyjny, a zatem to na zamawiającym, który podejmuje na jego podstawie decyzję o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, spoczywa przeprowadzenie postępowania dowodowego. Argumentował, że przepis nie wymaga w tym przypadku dowodu w postaci prawomocnego orzeczenia sądu/decyzji administracyjnej potwierdzającej istnienie zmywu przetargowej, ale materiał stanowiący podstawę wykluczenia powinien mieć jednoznaczny charakter, aby na jego podstawie nie można było racjonalnie wysnuć wniosków odmiennych od wniosku o konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania w związku z zawarciem przez niego porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Nie są natomiast wystarczające zwykle podejrzenia czy wątpliwości zamawiającego.

Zdaniem odwołującego Aecom zamawiający nie dokonał wymaganej analizy stanu faktycznego, a przynajmniej nie dokonał jej w sposób prawidłowy.

Odwołujący Aecom podniósł, że w celu złożenia oferty w części 1 postępowania, nawiązał współpracę z włoską spółką Italferr. Decyzja o złożeniu przez odwołującego Aecom oferty w części 1 wynikała z oceny zakresu zamówienia w kontekście możliwości jego realizacji i zakładanych oczekiwań biznesowych, a także wymogu zamawiającego zakazującego wykonawcom udziału jako wykonawcy w więcej niż jednej części postępowania. Odwołujący Aecom wywiódł, że musiał dokonać oceny nie tylko tego, czy jest w stanie spełnić warunki udziału w każdej z części postępowania, ocenić ryzyka związane z wykonaniem zamówienia w każdej z tych części, ale również ocenić je pod kątem biznesowym i opłacalności realizacji. Pozwoliło mu to na podjęcie decyzji o udziale w części 1, choć i to wymagało uzyskania wsparcia ze strony innego podmiotu. Argumentował, że nawiązanie współpracy było konieczne, gdyż odwołujący Aecom nie dysponował zasobami własnymi niezbędnymi do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a także późniejszej realizacji zamówienia. Odwołujący postanowił zatem, zgodnie z art. 22 a ust. 1 ustawy Pzp, skorzystać w określonym, niezbędnym zakresie z potencjału Italferr jako podmiotu trzeciego. Odwołujący nawiązał z Italferr współpracę w minimalnym, możliwym zakresie, pozwalającym mu na złożenie oferty w części 1 postępowania. Wywiódł, że warunki udziału w części 1 postępowania (podobnie zresztą jak w innych częściach) zostały ustalone na tak wysokim poziomie, że żaden podmiot działający na rynku polskim nie był ich w stanie spełnić samodzielnie. Wskazują na to w szczególności pozostałe oferty złożone w części 1 postępowania. Żadna z nich nie została złożona samodzielnie przez indywidualnego wykonawcę, który nie uczestniczyłby w postępowaniu w ramach konsorcjum lub z wykorzystaniem zasobów podmiotów trzecich.

Odwołujący Aecom podniósł, że w piśmie z dnia 21 czerwca 2019 r., zamawiający nie kwestionował braku możliwości samodzielnego ubiegania się o zamówienie przez odwołującego, tj. zasadności i konieczności podjęcia współpracy z Italferr w ramach postępowania. Zamawiający nie zakwestionował również dopuszczalności wzajemnego udzielenia sobie zasobów przez dwóch różnych, niezależnych wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia w dwóch odrębnych częściach postępowania (pkt 11 pisma zamawiającego). Zamawiający zaobserwował natomiast, iż wybrane dokumenty złożone w części 1 postępowania przez odwołującego Aecom oraz w części 2 postępowania przez Italferr wykazują pewne podobieństwa, zwłaszcza o charakterze redakcyjnym i technicznym (pkt 8 pisma zamawiającego z dnia 21 czerwca 2019 r.), jak również fakt, iż odwołujący Aecom oraz Italferr złożyli wnioski do zamawiającego o udostępnienie ofert złożonych w postępowaniu w zbliżonym czasie i o podobnej treści (pkt 9 pisma zamawiającego z dnia 21 czerwca 2019 r.).

Odwołujący Aecom podniósł, że wyłącznie na podstawie powyższych okoliczności zamawiający wywiódł, iż stan faktyczny sprawy zaistniały w postępowaniu uzasadnia zastosowanie wobec odwołującego Aecom przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp.

Według odwołującego Aecom zamawiający nie uzasadnił, w jaki sposób domniemane obejście zakazu złożenia przez odwołującego Aecom oferty tylko w jednej części postępowania wpływa na zakłócenie konkurencji w postępowaniu. W zakresie uzgodnienia podziału zamówienia i uzgodnienia ceny, zamawiający wskazał, że taka możliwość miała (hipotetycznie) miejsce. Nie stawiał jednak zarzutu, iż do powyższych naruszeń doszło, a tym bardziej nie wskazał, w jakim zakresie te domniemane uzgodnienia (jeśli faktycznie miałyby miejsce, a nie były tylko hipotetyczną możliwością) naruszały uczciwą konkurencję w każdej z części postępowania. Co do zarzutu zastrzeżenia części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający nie podniósł, iż zastrzeżenie to było niezasadne (i z jakiego powodu), a jedynie wskazał na swoje, niczym nieoparte, przypuszczenia odnośnie do celu takiego zastrzeżenia. Co więcej, zamawiający nie odtajnił również części oferty odwołującego Aecom zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, podobnie zresztą jak nie odtajnił takich dokumentów złożonych przez innych wykonawców, co jest oczywiste, ponieważ stanowią one tajemnicę ich przedsiębiorstwa.

Odwołujący Aecom wywiódł, że zamawiający nie wskazał, o jakie porozumienie mające na celu ograniczenie konkurencji chodzi i na czym to ograniczenie miałoby polegać. Argumentował, że zamawiający nie zwrócił się do odwołującego Aecom z wezwaniem do złożenia jakichkolwiek wyjaśnień w tej kwestii. Decyzję o wykluczeniu oparł natomiast wyłącznie na swoich jednokierunkowych wątpliwościach i domysłach.

Odwołujący Aecom wskazał, że zdaniem zamawiającego zakłócenie konkurencji w postępowaniu polega m.in. na obejściu zakazu złożenia przez wykonawcę oferty na więcej niż jedną część zamówienia. Obejście to ma, jak się zdaje, wynikać ze wzajemnego udostępnienia zasobów, który wiąże się z koniecznością uczestniczenia w realizacji zamówienia jako podwykonawca/ przez co obaj wykonawcy rzekomo otrzymują dostęp do zamówienia zarówno w ramach 1, jak i 2 części zamówienia. Według odwołującego Aecom wzajemne udostępnianie brakujących potencjałów i zasobów jest praktyką naturalną (i pożądaną, bo to właśnie w tym celu zostały wprowadzone do dyrektywy i Pzp odpowiednie przepisy), to w niniejszym postępowaniu występuje to w innych ofertach, co nie wzbudza w zamawiającym takich (równie nieuzasadnionych) wątpliwości jak w przypadku odwołującego. Powołał się na tabelę załączoną do odwołania przedstawiającą szczegółowo wzajemne relacje pomiędzy wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu. Odwołujący wywiódł, że takie zachowanie zamawiającego stanowi przykład naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący Aecom podniósł, że analiza pisma zamawiającego z 21 czerwca br. wskazuje, iż dopatruje się on zawarcia porozumienia mającego ograniczać konkurencję w domniemanym nadużywaniu mechanizmu korzystania z potencjału podmiotów trzecich. Wskazał, że zamawiający przytoczył fragment raportu UOKiK z 2013 r. pn. *System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce*, w którym to, na stronie 65, UOKiK podnosi, iż w szczególnych sytuacjach polegających na użyczeniu swojego potencjału kilku wykonawcom, składającym oddzielnie oferty, ale w stopniu w którym w praktyce oznacza to wykonanie całego przedmiotu zamówienia przez danego przedsiębiorcę, takie użyczenie może oznaczać w praktyce złożenie kilku ofert w postępowaniu i manipulowanie wynikami przetargu.

Odwołujący Aecom wywiódł, że zamawiający pominął kontekst stanowiska UOKiK. Cytowany przez Zamawiającego fragment jest bowiem częścią rozdziału zatytułowanego *Składanie więcej niż jednej oferty*, który w całości odnosi się do sytuacji zakazanego w świetle przepisu art. 82 ust. 1 ustawy Pzp składania więcej niż jednej oferty w danym postępowaniu, w szczególności w kontekście problemów wynikających ze składania ofert przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej. W takiej mianowicie sytuacji (złożenia dwóch ofert w postępowaniu przez podmioty powiązane), gdy *podmiot, który złożył dwie oferty mógłby bowiem manipulować wynikami przetargu, decydując się na wycofanie ofert najkorzystniejszych w przypadku, gdy dwa najwyższe miejsca w rankingu zajmą oferty złożone przez niego*. Zdaniem odwołującego Aecom chodzi więc o sytuacje, w których dwie lub więcej oferty złożone przez podmioty powiązane (lub użyczające sobie wzajemnie potencjał) będą między sobą porównywane (będą konkurowały) w ramach jednego postępowania, co rodzi pole do nadużyć i manipulacji.

Odwołujący Aecom podkreślił, że w związku z podziałem postępowania na części, w okolicznościach faktycznych sprawy, z taką sytuacją nie mamy do czynienia. Wywiódł, że jego oferta nie konkuruje z ofertą Italferr. Odwołujący Aecom i Italferr nie mają zatem możliwości manipulowania wynikami postępowania w części 1 lub w części 2 na swoją korzyść, nawet gdyby doszło między nimi do uzgodnienia cen składanych ofert, co oczywiście nie miało miejsca. Próba podjęta przez zamawiającego porównania zakazanych praktyk piętnowanych przez UOKiK w cytowanym wyżej raporcie z interesującym nas stanem faktycznym w celu udowodnienia tezy o konieczności wykluczenia odwołującego Aecom na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp jest zatem nadużyciem. Odwołujący wywiódł ponadto, że w cytowanym przez zamawiającego fragmencie raportu UOKiK (str. 65) mowa jest o takim nadużywaniu przepisów dotyczących użyczenia potencjału kilku wykonawcom, które w *praktyce oznacza wykonanie całego przedmiotu zamówienia przez danego przedsiębiorcę, czyli porównywalnego do sytuacji, w której ten sam podmiot złożyłby kilka ofert*. Co do zasady, chodzi zatem o sytuacje, w których podmioty formalnie składające

oferty w postępowaniu czynią to tylko pozornie, a podmiot udzielający potencjału będzie realizował zamówienie w 100% lub prawie w 100% niezależnie od tego, komu ostatecznie zostanie udzielone zamówienie.

Według odwołującego Aecom, ewentualny zarzut zamawiającego musiałby dotyczyć tego, że odwołujący Aecom w rzeczywistości złożył dwie oferty: jedną samodzielnie, a drugą niejako poprzez Italferr będąc w rzeczywistości podmiotem wykonującym całość zamówienia w części 2 jako tzw. podmiot trzeci/podwykonawca. Takiej sytuacji dotyczy bowiem przywoływany raport UOKiK. Oznacza to, że zamawiający musiałby wykazać, że w praktyce oznacza to (tj. występowanie odwołującego Aecom w części 2 jako tzw. podmiotu trzeciego) wykonanie całego przedmiotu zamówienia przez danego przedsiębiorcę (tj. przez odwołującego Aecom zarówno w części 1 jak i w części 2). Takiego zarzutu zamawiający nie stawia, ani takiej sytuacji nawet nie analizuje.

Na marginesie odwołujący Aecom wyjaśnił, że ocenia, iż udział Italferr w realizacji zamówienia uzyskanego przez odwołującego Aecom w części 1 postępowania mógłby wynieść ok. 18%. To samo dotyczy potencjału udzielonego przez odwołującego Italferr na potrzeby udziału w części 2 postępowania (zdaniem odwołującego Aecom, jego udział w realizacji zamówienia uzyskanego przez Italferr w części 2 postępowania nie przekroczy 70%). Odwołujący Aecom podniósł, że on i Italferr są niezależnymi podmiotami, niepowiązanymi ze sobą ani kapitałowo, ani osobowo, ani w żaden inny sposób. Co więcej, nie stanowią one dla siebie bezpośredniej konkurencji ani w stosunku do żadnej z części postępowania, ani nawet na rynku polskim, jako że Italferr dopiero próbuje na ten rynek wejść. Podjęte przez nich zobowiązania i ryzyka, w odniesieniu, odpowiednio, do części 1 i części 2 postępowania, są indywidualne i autonomiczne. W przypadku uzyskania zamówienia, każdy ze wskazanych podmiotów będzie samodzielnie odpowiedzialny za jego realizację w swojej części, i to wyłącznie on będzie ponosił negatywne konsekwencje (cywilistyczne, zamówieniowe, itd.) związane z ewentualnym niepowodzeniem przedsięwzięcia, zupełnie nieporównywalne z konsekwencjami, jakie może ponosić podmiot trzeci (podwykonawca) w stosunku do swojego zleceniodawcy. W obu przypadkach mamy zatem do czynienia (i to nie tylko formalnie, ale również faktycznie) z innymi, odrębnymi podmiotami i zupełnie autonomicznymi, niepowiązanymi ofertami. Nie jest zatem tak, że ten sam de facto podmiot otrzymałby dostęp do większej niż jedna części zamówienia. Ewentualne umowy o zamówienie publiczne w części 1 i części 2 postępowania zostaną bowiem zawarte z niezależnymi i w żaden sposób niepowiązanymi podmiotami gospodarczymi, z których każdy będzie realizował własne zamówienia. Podkreślał, iż zamawiający nawet nie podjął próby wykazania, że jest odwrotnie.

W dalszej części odwołania odwołujący Aecom podniósł, że zamawiający nie zarzucił mu, iż rzeczywiście doszło do uzgodnienia podziału zamówienia (jego części), a jedynie wskazał na taką hipotetyczną możliwość, a ponadto również tok jego wnioskowania jest zupełnie niezrozumiały. Zamawiający wskazał bowiem, że wykonawcy nie spełniali samodzielnie warunków udziału w postępowaniu, musieli zatem korzystać z potencjału podmiotu trzeciego. Fakt ten ma, jak się zdaje, wskazywać na możliwość zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zdaniem odwołującego Aecom oczywistym jest, że brak własnego potencjału zmusza wykonawcę do nawiązania współpracy kooperacyjnej, np. do skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego. Wiąże się to z koniecznością przekazania podmiotowi trzeciemu, w minimalnym, niezbędnym zakresie, informacji na temat postępowania, w którym dany wykonawca zamierza uczestniczyć. W przeciwnym bowiem razie podmiot trzeci nie byłby w stanie ocenić, czy faktycznie dysponuje wymaganym potencjałem i czy jest go w stanie udostępnić wykonawcy, biorąc pod uwagę wszystkie związane z tym ryzyka.

Według odwołującego Aecom jest to szczególnie istotne w sytuacji, w której udostępnienie ma być realne, a podmiot trzeci ma być następnie zaangażowany do realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Odwołujący Aecom musiał zatem przekazać Italferr stosowne informacje dotyczące części 1 postępowania, w której zamierzał złożyć ofertę. Podobnie Italferr musiał udostępnić odwołującemu Aecom informacje dotyczące części 2 postępowania, w której zamierzał złożyć ofertę. Doszło również do współpracy między tymi podmiotami polegającej na udostępnieniu potencjału w ściśle określonych zakresach na potrzeby udziału, odpowiednio, w części 1 i części 2 postępowania. Są to fakty bezsporne, a konieczność współpracy wykonawców w przedstawionych wyżej zakresach jest immanentną cechą dozwolonego prawem udostępniania potencjału, w przedmiotowej sprawie wymuszoną przez samego zamawiającego, który podzielił zamówienie na części, a jednocześnie w każdej z nich ustanowił bardzo wysokie warunki udziału w postępowaniu.

Według odwołującego Aecom jeśli zamawiający chciał w jakiś sposób ograniczyć możliwość korzystania z potencjałów podmiotów trzecich i/lub podwykonawstwa w ramach jednej lub kilku części postępowania, to powinien zastrzec na podstawie art. 36a ust. 2 ustawy Pzp obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia. Tego jednak nie zrobił. Zamawiający nie ograniczył zatem możliwości korzystania z podmiotów trzecich, ani z podwykonawstwa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Próbuje to natomiast robić de facto już na etapie oceny ofert, chociaż jedynie w stosunku do wybranych wykonawców, czyli odwołującego Aecom i Italferr. Według odwołującego Aecom jest to o tyle istotne, iż sposób rozumowania, który próbuje narzucić zamawiający, prowadzi do absurdalnych rezultatów w sytuacji, w której wykonawca nie dysponuje niezbędnymi

zasobami. Idąc tokiem myślenia zamawiającego, taki wykonawca albo nie mógłby złożyć w ogóle oferty, albo musiałby każdorazowo tworzyć konsorcjum, nawet w sytuacji, gdyby brakujące zasoby były pomijalne i łatwo „uzupełniane” w inny sposób, np. poprzez nawiązanie współpracy z podmiotami trzecimi. Postulat utworzenia konsorcjum byłby przy tym w wielu przypadkach w praktyce niemożliwy do realizacji (nie wszystkie podmioty godzą się bowiem na utworzenie konsorcjum, zwłaszcza w sytuacji, w której wiąże się to w polskich uwarunkowaniach prawnych z odpowiedzialnością solidarną za realizację całego zamówienia), nie wspominając o jego możliwej niezgodności, w określonych stanach faktycznych, z prawem ochrony konkurencji.

Zdaniem odwołującego Aecom rozwiązanie (zmuszanie wykonawców do utworzenia konsorcjum) byłoby po prostu sprzeczne z obowiązującym prawem, polskim i unijnym, zgodnie z którym ograniczenie korzystania z podmiotów trzecich/podwykonawców jest możliwe tylko w wyjątkowych, określonych w przepisach prawa okolicznościach (art. 36a ust. 2 ustawy Pzp). Argumentował, że nie istnieją w tym zakresie odrębne regulacje (możliwości ograniczenia korzystania z potencjału podmiotów trzecich) w przypadku podziału postępowania na części. Ważne są natomiast zasadność i realność udostępniania - co wobec brakującego potencjału odwołującego i Italferr koniecznego na potrzeby ubiegania się o poszczególne części zamówienia, jest bezsporne, nie było przez zamawiającego kwestionowane i nie budzi wątpliwości.

Odwołujący Aecom wywiódł, że decyzja o udziale w danym postępowaniu jest uzależniona od wielu czynników, poczynając od warunków udziału i ewentualnego zaangażowania danego podmiotu i jego zasobów w inne przedsięwzięcia aż po ocenę ryzyk kontraktowych. Tym samym, dla umożliwienia wykonawcom udziału w postępowaniu, a tym samym dla zwiększenia jego konkurencyjności, ustawodawca unijny i krajowy wprowadzili szereg rozwiązań prawnych, które bynajmniej nie polegają na zakazie wspólnego ubiegania się o zamówienia publiczne, a wręcz przeciwnie: od konsorcjum, przez udostępnianie potencjału tzw. podmiotów trzecich po podwykonawstwo. Każda z tych form współpracy pociąga za sobą częściową „rezygnację” z autonomii i indywidualnego podejścia do danego zamówienia. Inaczej mówiąc, wymaga ona „porozumienia” pomiędzy przedsiębiorcami. Najdalej idącą formą współpracy jest konsorcjum, w której wykonawcy wspólnie ustalają warunki składanej oferty (w tym cenę) i w tym zakresie udzielają sobie nawzajem niezbędnych informacji. Krok wcześniej, dzielą się również ze swoim partnerem biznesowym informacją o zamiarze udziału w danym postępowaniu, a tym samym ich autonomia decyzyjna i tajemnica przedsiębiorcy ulega już na tym etapie pewnemu ograniczeniu.

Odwołujący Aecom podniósł, że powyższe wnioski znajdują w pełni zastosowanie także do drugiej (dozwolonej) formy współpracy kooperacyjnej nawiązywanej w związku z udziałem w postępowaniu o zamówienie publiczne, tj. do korzystania z potencjału podmiotu

trzeciego lub udostępniania własnego potencjału innemu przedsiębiorcy. W przypadku tej formy współpracy, w sposób oczywisty, jej zakres jest znacznie mniejszy niż ma to miejsce w relacjach konsorcyjnych. Nie dochodzi tu bowiem do ograniczenia autonomii decyzyjnej stron, jak ma to miejsce w przypadku umowy konsorcjum, a jedynie do wymiany informacji i uzgodnień między stronami w ograniczonym zakresie, niezbędnym do skutecznego i realnego udostępniania brakujących zasobów. Tego typu współpraca jest zatem optymalną z punktu widzenia prawa ochrony konkurencji formą współdziałania, pozwalającą stronom na współpracę przy zachowaniu określonej (daleko idącej) autonomii.

Odwołujący Aecom wskazywał, że w przypadku pozyskania zasobów od tzw. podmiotu trzeciego dany wykonawca musi mu ujawnić cel, dla którego są mu one niezbędne, jak również dokonać ustaleń odnośnie do jego zakresu i kosztów z nim związanych. Ma to tym większe znaczenie, że na podstawie obecnie obowiązujących przepisów PZP (i dyrektyw) taki podmiot trzeci jest zobowiązany do uczestniczenia w realizacji ewentualnie uzyskanego przez wykonawcę zamówienia. Oznacza to, że wszelka tego typu współpraca nie może być anonimowa i abstrakcyjna, w tym sensie, że udostępnienie potencjału nie odbywa się w oderwaniu od konkretnego zamówienia. W obecnym stanie prawnym, podmiot udostępniający potencjał powinien (jeśli działa racjonalnie i żeby uznać jego zobowiązanie za realne) wiedzieć na jakie potrzeby i w jakim zakresie ten potencjał decyduje się udostępnić.

Odwołujący Aecom argumentował, że każdy racjonalny przedsiębiorca przy składaniu ofert bierze pod uwagę wszystkie znane mu informacje dotyczące rynku i konkurencji, jak również okoliczności sprawy, w tym fakt udostępnienia swojego potencjału w charakterze podmiotu trzeciego innemu wykonawcy. Analiza szeregu okoliczności, w tym faktu udostępnienia zasobów innemu podmiotowi, prowadzi do podjęcia decyzji odnośnie do części postępowania, w której dany podmiot zamierza złożyć własną ofertę. Z samego jednak faktu udostępnienia zasobów innemu wykonawcy, lub nawet wzajemnego udostępnienia sobie zasobów przez dwóch wykonawców, nie można racjonalnie wywodzić, że decyzje te nie są podejmowane w sposób autonomiczny przez każdego z wykonawców, tj. że doszło do zawarcia między nimi porozumienia zakłócającego konkurencję w postępowaniu. Informacje te są przekazywane w ramach zawieranych „porozumień” o udostępnieniu potencjału, i tylko w tym (koniecznym) zakresie. Nie oznacza to jednak automatycznie, iż dodatkowo dochodzi do innych uzgodnień, w szczególności dotyczących ewentualnego podziału rynku. Taki wniosek byłby zupełnie nieuprawniony.

Odwołujący Aecom podniósł, że zamawiający utrzymuje, iż odwołujący Aecom i Italferr mieli możliwość uzgodnienia poszczególnych działań podejmowanych w postępowaniu, tj. np. uzgodnienie ceny, treści dokumentów, działań względem ofert konkurentów. Odwołujący Aecom wywiódł, że zamawiający wskazał na taką możliwość, nie twierdził jednak, że faktycznie do takich uzgodnień doszło, nie mówiąc już o przedstawieniu

stosownych środków dowodowych i o wykazaniu, jak takie domniemane uzgodnienia mogły wpłynąć na zakłócenie konkurencji w poszczególnych częściach postępowania.

Odwołujący Aecom podniósł, że oferty odwołującego Aecom i Italferr nie były - jak twierdzi zamawiający - najniższe w poszczególnych częściach postępowania. Być może oferty te były najkorzystniejsze, ale o tym ani odwołujący, ani Italferr się nie dowiedzieli, w związku z wykluczeniem obu tych podmiotów z postępowania i odrzuceniem ich ofert. Wywiódł, że zamawiający abstrahuje bowiem zupełnie od faktu, iż sam dokonał podziału postępowania na części, a odwołujący Aecom i Italferr złożyli po jednej ofercie w części 1 i części 2 postępowania. Wskazywał, iż oferty te między sobą w żadnej z tych części i generalnie w postępowaniu nie konkurują, każda z części postępowania funkcjonuje bowiem jak odrębne zamówienie. Nawet gdyby zatem doszło do uzgodnienia poszczególnych działań dotyczących postępowania między wykonawcami, czemu odwołujący Aecom zaprzeczał, np. do uzgodnienia cen składanych ofert, to nie miałyby to żadnego wpływu ani na wynik postępowania ani na konkurencję w żadnej z tych części. Jakakolwiek manipulacja tym wynikiem, czy wpływ na innych wykonawców lub zamawiającego, nie były bowiem po prostu możliwe.

W dalszej części odwołania odwołujący Aecom podniósł, że zamawiający zarzucił odwołującemu Aecom, iż zastrzegł określone dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa w celu (należałoby rozumieć wyłącznym) uniemożliwienia konkurentom pozyskania informacji na temat stosunków łączących go z Italferr i, następnie, skutecznego skorzystania z przysługujących im uprawnień. Odwołujący wywiódł, że argument ten wydaje się zupełnie absurdalny. Argumentował, że określony dokument (i treści w nim zawarte), albo stanowi, albo nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Jeśli zdaniem zamawiającego dokumenty zastrzeżone przez odwołującego Aecom nie zawierały w sobie tajemnicy przedsiębiorstwa, to powinien był je po prostu odtajnić, a tego nie zrobił. Podkreślał, iż żaden z pozostałych wykonawców nie wniósł odwołania w odniesieniu do braku skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez odwołującego Aecom. Wskazywał, że pozostali wykonawcy uczestniczący w części 1 postępowania (jak też w innych częściach) zastrzeżli jako tajemnicę dokładnie takie same dokumenty.

Odwołujący Aecom wskazał, że zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie załącznik nr 4, czyli zobowiązania podmiotów trzecich do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, oraz załącznik nr 8 - wykaz personelu. Wszystkie te dokumenty stanowiły (i stanowią) niewątpliwie tajemnicę przedsiębiorstwa (co zostało odpowiednio wykazane), dotyczą bowiem konkretnych zasobów i personelu, którymi Odwołujący dysponuje na potrzeby zamówienia. Struktura udziału odwołującego Aecom w postępowaniu może być jednak bezproblemowo ustalona przez

każdego zainteresowanego na podstawie dokumentów JEDZ załączonych przez odwołującego do oferty, które są jawne.

Odwołujący Aecom argumentował, że w punkcie 8 i 9 pisma z dnia 21 czerwca 2019 r. zamawiający wskazał na okoliczności, które jego zdaniem mają stanowić stosowne dowody uzasadniające zawarcie pomiędzy odwołującym Aecom a Italferr porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu. Okoliczności te dotyczą podobieństw technicznych w zakresie wybranych dokumentów załączonych do oferty odwołującego Aecom (z treści pisma zamawiającego z dnia 21 czerwca 2019 r. nie wynika przy tym jednoznacznie, do jakich konkretnie dokumentów zamawiający się odnosi).

Odwołujący Aecom zwrócił uwagę, że w sposób szczególny zamawiający wydaje się akcentować domniemany udział p. K. R., pracownicy odwołującego Aecom, w przygotowaniu wykazu usług zarówno w przypadku odwołującego Aecom jak i Italferr. P. R. widnieje bowiem w tzw. metadanych przywołanych dokumentów jako ich autor. Odwołujący Aecom podniósł, iż nie neguje w żaden sposób nawiązania współpracy z Italferr w ramach postępowania w odniesieniu do pozyskania od tej spółki brakujących zasobów na potrzeby udziału w części 1 postępowania, oraz udostępnienia jej swoich zasobów na potrzeby udziału w części 2 postępowania. Taka współpraca wymagała udostępnienia sobie wzajemnie określonych informacji. Nie może więc stanowić dowodu niezgodnej z prawem współpracy sam fakt korzystania przez różnych wykonawców, ale korzystających wzajemnie ze swoich zasobów, z podobnych lub nawet identycznych wzorów dokumentów. Normalną praktyką pozostaje bowiem grzecznościowe udostępnianie w ramach nawiązanej współpracy biznesowej wzorów wybranych dokumentów o charakterze, który można określić jako techniczny, jak np. wzory tabel dotyczących doświadczenia lub osób.

Skoro dane doświadczenie lub osoby tzw. podmiotu trzeciego mają być wykorzystane na potrzeby spełniania warunków udziału w danym postępowaniu przez wykonawcę, to wykonawca taki przekazuje te wzory podmiotowi trzeciemu. Nie ma też żadnych przeciwwskazań, by ten podmiot trzeci wykorzystał następnie taki wzór w swojej ofercie. Co więcej, jeśli dane i informacje zawarte w takim wzorze (określone doświadczenie lub osoby) są przydatne i właściwe dla dwóch postępowań (tu części), to trudno czynić zarzut wykonawcom, że nie „przepisywali” tych danych a skopiowali je pozostawiając je w postaci niezmienionej.

Odwołujący Aecom wyjaśnił, że K. R. była do 30 czerwca br. pracownikiem administracyjnym w spółce odwołującego Aecom (nazwa stanowiska: Młodszy Administrator Projektu), odpowiedzialnym m.in. za tworzenie wzorów dokumentów na potrzeby udziału w postępowaniach o zamówienie publiczne. Wzory tego typu są tworzone przez podmioty działające na rynku na różne sposoby. Część z nich stanowi wzory własne, część jednak

pochodzi (jest przejmowana) od innych podmiotów, czy to od zamawiających (wzory udostępniane w ramach postępowań o zamówienie publiczne), czy to od różnego rodzaju doradców (np. kancelarii prawnych), czy wreszcie od innych podmiotów działających na rynku (partnerów biznesowych, a nawet konkurentów). W tym przypadku, pani R. przygotowywała wykaz usług i osób w zakresie udostępnionych zasobów przez odwołującego Aecom, co jest normalnym działaniem we współpracy pomiędzy dwoma podmiotami (tu: odwołującym Aecom oraz Italferr).

Ponadto, utworzenie dokumentów w programie Microsoft Word (nawet następnie zamienionych na pdf) powoduje, iż osoba, który taki dokument stworzyła, widnieje w jego metadanych jako Autor, aż do czasu ewentualnego wyczyszczenia metadanych. Innymi słowy, niezależnie od liczby wprowadzanych w takim dokumencie zmian, i niezależnie od liczby osób, które następnie taki dokument modyfikują, jego Autor pozostaje niezmienny. Nie oznacza to, że taka osoba jest twórcą ostatecznej treści dokumentów i że można jej przypisywać autorstwo konkretnych treści. Ilustruje to spis Autorów dokumentów, które znajdują się w ofercie odwołującego, w tym np. dokumenty JEDZ, których Autorem (wg. przyjętego przez zamawiającego toku myślenia) ma być p. A. K. . To oczywiste, że jest on twórcą dokumentu (wzorca) jako pracownik Urzędu Zamówień Publicznych, co można sprawdzić weryfikując wzorcowy JEDZ dostępny na stronie: <https://www.uzp.gov.pl/data/assets/word doc/0013/32413/Edytowalna-wersja-formularza-JEDZ.doc>. Podobnie rzecz się ma z innymi wzorami dokumentów używanych w postępowaniu.

Odwołujący Aecom podniósł, że zamawiający w zaistniałym stanie faktycznym nie usiłował nawet dokonać jakiegokolwiek weryfikacji raz przyjętej - w sposób oczywisty błędnej - tezy o naruszeniu art. 24 ust. 1 pkt 20 PZP przez odwołującego Aecom. W szczególności nie zwrócił się do odwołującego Aecom z wnioskiem o wyjaśnienia okoliczności faktycznych, które wzbudziły jego wątpliwości. Za taki wniosek o wyjaśnienie nie można bowiem uznać w szczególności wezwania z 14 marca 2019 r. Wystąpienie do odwołującego z wnioskiem o wyjaśnienia byłoby w zaistniałym stanie faktycznym i racjonalne i proporcjonalne. To praktyka, której zamawiający z zupełnie niezrozumiałych powodów zaniechał.

Odwołujący Aecom podniósł, że z treści pisma zamawiającego z 21 czerwca 2019 r. może wynikać jakoby zamawiający uznał ofertę odwołującego za odrzuconą, a nawet, gdyby nie wyraził tego wprost, to zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. W związku z tym, że - co zostało wykazane w niniejszym odwołaniu - nie ma podstaw do tego, by wykluczyć odwołującego Aecom z postępowania, nie może być również mowy o odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący Italferr w sprawie o sygn. akt KIO 1251/19 wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu.

Odwołujący Italferr zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 20 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez bezpodstawne wykluczenie odwołującego Italferr z postępowania, pomimo że odwołujący Italferr nie podlegał wykluczeniu, ponieważ nie zawarł porozumienia z innymi wykonawcami mającego na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu.
- 2) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez uznanie oferty odwołującego Italferr za odrzuconą, pomimo że odwołujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący Italferr wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, jak również powtórzenie czynności badania i oceny ofert przeprowadzonej w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Italferr podniósł, że zamawiający nie udowodnił, że odwołujący Italferr i Aecom zawarli porozumienie mające na celu ograniczenie konkurencji. Wg odwołującego argumentacja zamawiającego sprowadza się do stwierdzenia, że Italferr i Aecom ze sobą współpracują i współpracowali przy sporządzaniu ofert, a to, w ocenie zamawiającego, automatycznie powoduje, że mieli na celu zakłócenie konkurencji. Zamawiający „udowadnia” to za pomocą podejrzeń i subiektywnych twierdzeń. Zdaniem odwołującego Italferr twierdzenia te są bezzasadne.

Podejrzania i wątpliwości wskazane przez zamawiającego sprowadzają się do stwierdzenia, że odwołujący Italferr i Aecom nie sporządzili samodzielnie ofert i istniał pomiędzy nimi przepływ informacji, co ma oznaczać, że została zakłócona konkurencja w postępowaniu. Zdaniem odwołującego Italferr zamawiający zignorował fakt, że Aecom udostępnił swój potencjał Italferr i został przez Italferr wskazany jako podwykonawca, a Italferr udostępnił swój potencjał Aecom, który również wskazał Italferr jako podwykonawcę. Odwołujący Italferr oświadczył, że łączy go z Aecom stosunek prawny, polegający na zawartej wstępnej umowie podwykonawczej. Na podstawie tej umowy, podwykonawca miał sporządzić część oferty odnoszącą się do zakresu, w którym będzie realizował umowę oraz do zakresu w jakim udostępnia wykonawcy swoje doświadczenie oraz zasoby osobowe. Tłumaczy to wszelkie podobieństwa pomiędzy jego ofertą oraz ofertą Aecom oraz pomiędzy złożonymi wykazami doświadczenia i osób (obaj wykonawcy polegają na tym samym doświadczeniu swoim oraz podmiotu udostępniającego). Odwołujący Italferr wywiódł, że posługiwanie się zasobami podmiotu trzeciego w postępowaniu było w pełni dopuszczalne. W szczególności nie zakazywały tego ani przepisy prawa, ani postanowienia dokumentacji przetargowej. Odwołujący Italferr wywiódł, że on i Aecom nie byli przy tym jedynymi podmiotami w postępowaniu, które używały sobie zasoby.

Odwołujący Italferr wywiódł, że istniejące powiązania pomiędzy nim i Aecom nie mogły doprowadzić do zakłócenia konkurencji w postępowaniu. Przede wszystkim, obaj wykonawcy złożyli oferty na różne części postępowania, a więc nie konkurują ze sobą bezpośrednio. Nie

mają więc żadnej możliwości manipulowania wynikiem postępowania. Co więcej, on i Aecom złożyli oferty, których ceny różnią się ze sobą o ponad 8 milionów złotych oraz są jednymi z najdroższych ofert złożonych w postępowaniu. Argumentował, że nie można z tego powodu zrozumieć zarzutu zamawiającego, jakoby istniejące powiązania pomiędzy odwołującym Italferr i Aecom miały umożliwić obu podmiotom uzgodnienie ceny.

Odwołujący Italferr argumentował, że złożenie przez wykonawców ofert z powołaniem się na zasoby podmiotów trzecich było niezbędne, ponieważ żaden z wykonawców samodzielnie nie spełniał warunków udziału w postępowaniu. Dzięki temu, możliwe było złożenie przez nich ofert w postępowaniu, w tym przez odwołującego Italferr, który stara się aktualnie wejść na rynek polski. Zdaniem odwołującego Italferr działania jego i Aecom zatem prowadzą raczej do rozszerzenia konkurencji na rynku, niż jej zakłócenia. Jednocześnie z uwagi na to, że działania te były niezbędne, nie sposób postawić odwołującemu Italferr zarzutu, jakoby miały one stanowić formę obejścia zakazu złożenia przez wykonawcę oferty na więcej niż jedną część zamówienia. Zamawiający musi udowodnić nie tylko istnienie porozumienia, ale także, że to porozumienie ma na celu zakłócenie konkurencji. Musi to przy tym wykazać stosownymi środkami dowodowymi. Takich środków nie stanowią podejrzenia, twierdzenia czy wątpliwości powzięte przez zamawiającego. A jedynie takie okoliczności zostały przez zamawiającego przywołane. Co więcej, z całokształtu okoliczności sprawy musi wynikać jednoznaczny wniosek, że wykonawcy zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji.

Odwołujący Italferr wywiódł, że jest włoską spółką, w której 100% akcji posiada Ferrovie Delio Stato Italiane S.p.A. - włoska spółka państwowa zajmująca się zapewnieniem infrastruktury kolejowej, będąca liderem na rynku przewozów kolejowych we Włoszech. W Ferrovie Delio Stato Italiane S.p.A. 100% akcji posiada Ministerstwo Ekonomii i Finansów Włoch. Argumentował, że nie ma jeszcze dużego doświadczenia na rynku polskim, m.in. dlatego przy udziale w postępowaniach o udzielenie zamówienia stara się dobierać polskich partnerów lub podwykonawców. Na chwilę obecną, odwołujący Italferr nie ma w Polsce swojego oddziału ani przedstawicielstwa. Odwołujący brał udział dopiero w kilku postępowaniach o udzielenie zamówienia w Polsce i dopiero stara się o zapewnienie sobie stałej obecności na polskim rynku. Wskazał, że zdecydował zwrócić się do Aecom w zakresie udzielenia mu niezbędnych zasobów do wystartowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia w Polsce (nie był bowiem w stanie spełnić samodzielnie warunków udziału w postępowaniu).

Odwołujący Italferr wywiódł, że zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów na istnienie porozumienia, mającego na celu zakłócenie konkurencji pomiędzy nim a AECOM. Zdaniem odwołującego zamawiający wykluczając go oparł się na swoich subiektywnych twierdzeniach oraz podejrzeniach, manipulując przy tym faktami i ignorując całokształt

okoliczności sprawy. Zamawiający zrównał kwestię udowodnienia istnienia jakiegokolwiek porozumienia pomiędzy i wykonawcami z istnieniem porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

Odwołujący Italferr argumentował, że zamierza w ewentualnej realizacji zamówienia współpracować z Aecom, które będzie jego podwykonawcą. Aecom udostępnił Italferr zasoby takie jak osoby, które będą współpracowały z Italferr przy realizacji zamówienia oraz doświadczenie polegające na przygotowaniu dokumentacji projektowej. Argumentował, że osoby zarządzające w Italferr nie władają również biegle językiem polskim i często muszą się posługiwać pomocą tłumaczy w celu przygotowania dokumentacji. Zatem istotne było, żeby jego podwykonawca mógł, w zakresie w jakim będzie brał udział w realizacji zamówienia, wspomóc Italferr.

Odwołujący Italferr wyjaśnił, że w celu uregulowania swoich stosunków związanych częścią 2 postępowania, zawarł z Aecom przedwstępną umowę podwykonawczą. W umowie podwykonawczej zostało wskazane, że Italferr jest odpowiedzialny za przygotowanie i złożenie oferty, a Aecom, jako podwykonawca przygotowuje część oferty dotyczącą części zamówienia, którą będzie realizował jako podwykonawca (czyli w zakresie w jakim Italferr polegał na zasobach Aecom) - w zakresie zadań wskazanych w załączniku A do umowy podwykonawczej.

Argumentował, że z kolei Aecom złożył ofertę na część 1 - LCS Inowrocław. Aecom również nie był w stanie samodzielnie spełnić warunków udziału w postępowaniu. Zdecydował się zatem skorzystać z doświadczenia Italferr, zdobytego na innych rynkach. W tym przypadku, Aecom i Italferr również zawarli przedwstępną umowę podwykonawczą.

Według odwołującego Italferr niesporne jest zatem, że pomiędzy Italferr a Aecom istnieje stosunek prawny oraz podmioty te ze sobą współpracują. Skoro każdy z wykonawców zobowiązał się do udostępnienia swoich zasobów, to wykonawcy musieli się, chociażby w tym zakresie, kontaktować oraz ustalić zasady współpracy i przyszłego podwykonawstwa. Wykonawcy ci musieli też ze sobą współpracować, żeby ustalić treść zawartych umów podwykonawczych, które określają zakres w jakim podmioty te, jako podwykonawcy, miałby realizować zamówienie.

Odwołujący Italferr nie zaprzeczał, że uzyskał od Aecom, jako swojego podwykonawcy pewną pomoc w przygotowaniu oferty - w zakresie w jakim Aecom zobowiązywał się do przekazania zasobów dotyczących doświadczenia oraz osób, a także w odniesieniu do części, w jakiej miałby on to zamówienie realizować jako podwykonawca. Wynika to wprost z zawartych przez wykonawców wstępnych umów podwykonawczych. Z uwagi na doświadczenie i znajomość języka polskiego, gdy była taka konieczność, podwykonawca grzecznościowo wspierał w sporządzeniu oferty Italferr. Wywiódł, że podwykonawca, który udziela swoje doświadczenia oraz osoby, które będą miały brać udział w realizacji

zamówienia, wspomaga wykonawcę w przygotowaniu oferty w tym zakresie. Przygotowanie jej samodzielnie przez wykonawcę byłoby przecież niemożliwe, skoro nie posiada on dokumentów potwierdzających realizację danych projektów przez podwykonawcę, czy szczegółowego opisu doświadczenia poszczególnych osób.

Odwołujący Italferr podniósł, że zdecydowana większość dokumentów składanych w postępowaniu była składana na wzorach przygotowanych przez zamawiającego, gdzie często do wypełnienia były 1 lub 2 zdania w zakresie danej rubryki. W takim wypadku, zarzucanie Italferr, że ich oferta jest podobna do oferty innego wykonawcy jest całkowicie niezrozumiałe i bezzasadne. Co więcej, zamawiający w SIWZ określił w jaki sposób np. należy nazwać plik z ofertą oraz dokumenty, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy. Italferr, jak widać z nazw plików złożonych w postępowaniu postanowił zastosować to nazewnictwo do wszystkich dokumentów składanych w postępowaniu.

Odwołujący Italferr oświadczył, że nie zna brzmienia wykazu osób i usług złożonego przez Aecom. Jednak zbieżność prawdopodobnie wynika z faktu, że wykonawcy wzajemnie użyczają sobie doświadczenia i osób, które będą miały wykonywać zamówienie. Co więcej, zgodnie z umowami podwykonawczymi, w zakresie w jakim Aecom czy Italferr występować będą jako podwykonawcy (czyli w zakresie w jakim udostępniają doświadczenie i osoby), mieli oni przygotować tę część oferty. Zatem, jeżeli polegają oni wzajemnie na swoim doświadczeniu i osobach, to oczywistym jest, że treść wykazów przez nich złożona może być zbieżna. Jak zostało wskazane powyżej, jest to powszechna praktyka na rynku zamówień publicznych, a zarzucanie, że takie działanie oznacza niezgodne z prawem porozumienie wykonawców jest zupełnie niezrozumiałe.

Odwołujący Italferr podniósł, że doświadczenie koordynatora branży mostowej zostało opisane w sposób ogólny na podstawie przekazanych informacji od tej osoby. Ponieważ, jak widać, opis ten spełnia warunki dla obu części, to zarzut zamawiającego jest chybiony. Aecom dawał swój wkład w zakresie wykazu osób, z tego względu, że Italferr polega na zasobach Aecom. Prawdopodobnie przy uzupełnianiu tych informacji przez Aecom, przy zapisywaniu pliku zmienił się autor dokumentu na p. K. R. . Italferr z kolei uzupełnił wykaz osób na przesłanym dokumencie w części uzupełnionym przez Aecom, a autor pozostał ten sam (jak widać na przykładzie wykazu usług autor pliku nie zawsze się zmienia przy jego zapisywaniu). Sama osoba autora wykazu niczego zresztą nie dowodzi. Przykładowo, autorem dokumentu wykaz usług, złożonego przez Italferr jest J. L., odpowiedzialna za to postępowanie ze strony zamawiającego. Zapewne figuruje jako autorka w wielu innych ofertach innych wykonawców. Jednak zamawiający nie spekuluje, że to on wypełnił ofertę Italferr i innych wykonawców.

Odwołujący Italferr wskazał, że nie wie, jak Aecom zapisał pliki, ale sposób zapisu plików przez niego, nie jest oryginalny ani rzadko spotykany, wręcz przeciwnie (np.

"ZAŁĄCZNIK_NR_6_DO_IDW"). Co więcej, wykonawcy polegają wzajemnie na swoich zasobach, a zatem musieli dawać sobie wzajemnie wkład konieczny do wypełnienia takich plików i mogli robić to bezpośrednio na formularzu, który był następnie przekazywany Italferr lub Aecom, jako wykonawcom. To samo ma zastosowanie do dokumentów składanych na potwierdzenie posiadania doświadczenia.

Podjęcie zamawiającego, który twierdzi, że ten fakt potwierdza korelację między Aecom i Italferr jest co najmniej niezrozumiałe. Obaj wykonawcy postanowili wystąpić do zamawiającego o udostępnienie ofert, które zostały złożone w częściach, w których oni złożyli oferty, niedługo po tym jak zamawiający wystąpił o przedłużenie związania ofertą (zamawiający wystąpił o przedłużenie związania ofertą 9 kwietnia 2019 roku, a Italferr złożył wniosek 11 kwietnia 2019 roku). Italferr chciał mieć dostęp do ofert, złożonych przez innych wykonawców, żeby przeanalizować swoją sytuację w postępowaniu.

Odwołujący Italferr wywiódł, że zamawiający nie udowodnił nic poza istniejącymi powiązaniem (których istnienia Italferr nie kwestionuje - zostały nawet stwierdzone zawartymi umowami). Aecom i Italferr musieli zresztą nawiązać stosunek prawny, skoro udzielają sobie wzajemnie potencjału i zamierzają występować jako podwykonawcy w realizacji zamówienia.

Niezrozumiałe jest zatem stawianie odwołującemu (i Aecom) zarzutu, że zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji na podstawie tego, że udostępnili sobie wzajemnie zasoby i planują korzystać z podwykonawców w trakcie realizacji zamówienia. Zresztą, jak wskazuje sam zamawiający, wzajemne użyczenie zasobów pomiędzy wykonawcami w postępowaniu jest działaniem prawnie dopuszczalnym.

Zamawiający pominął, że również cel porozumienia, a więc zamiar zakłócenia konkurencji musi zostać przez niego udowodniony. Zamiast tego, zamawiający opisuje szereg przykładowych rzekomych form zakłóceń konkurencji, i manipulując przy tym faktami i stanowiskiem Prezesa UOKiK, w taki sposób, żeby pasowały do postawionej przez niego tezy.

Zdaniem odwołującego Italferr błędny jest wniosek zamawiającego, że w tej sprawie zakłócenie konkurencji polega na obejściu zakazu złożenia przez wykonawcę oferty na więcej niż jedną część zamówienia. Zamawiający twierdzi, że obaj wykonawcy otrzymują dostęp do zamówienia zarówno w częściach 1 i 2, z uwagi na konieczność realizacji części 1 zamówienia jako podwykonawca. Zamawiający powołał się przy tym na raport UOKiK pt. „System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce” z 2013 roku (a więc odnoszący się do poprzedniego stanu prawnego). Aecom złożył ofertę tylko w części 1, a Italferr w części 2. Obaj wykonawcy musieli polegać na zasobach podwykonawców, ponieważ samodzielnie nie byli w stanie spełnić warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w postępowaniu nie zakazał korzystania z zasobów osób trzecich, w tym w szczególności takich, którzy biorą udział w innej części postępowania.

Odwołujący Italferr wywiódł, że wykonawca składający ofertę w jednej części i udostępniający zasoby wykonawcy składającemu ofertę w innej części przez sam fakt takiego udostępnienia zasobów nie składa oferty w tej drugiej części. W obu przypadkach podwykonawcy nie będą wykonywali całości przedmiotu zamówienia, a jedynie jego część - niezbędną z uwagi na brak posiadania przez Italferr czy Aecom samodzielnie wystarczającego potencjału.

Odwołujący Italferr podniósł, że stanowisko UOKiK odnosi się do zupełnie innej sytuacji i zostało zmanipulowane przez zamawiającego. Po pierwsze, na gruncie obecnie obowiązujących przepisów nie jest możliwe poleganie w 100% na potencjale podmiotu trzeciego i wykonanie właściwie całego przedmiotu zamówienia przez podwykonawcę, a taka sytuacja została wskazana w raporcie UOKiK. Po drugie, opisana w raporcie UOKiK sytuacja odnosi się do sytuacji, w której w jednym postępowaniu (w tym postępowaniu odnosiłoby się to do jednej części postępowania), wykonawca składa ofertę samodzielnie, a do tego występuje jako podwykonawca, który ma wykonać cały przedmiot zamówienia, w ofertach innych wykonawców. Zatem w praktyce polega to na złożeniu kilku ofert przez tego samego wykonawcę i przez to jest w stanie manipulować wynikami przetargu (choćby poprzez wycofywanie ofert). Tymczasem, w postępowaniu, Aecom i Italferr nawet ze sobą nie konkurują. Złożyli oni bowiem oferty na dwie różne części. A jako podwykonawcy występują jedynie w części zamówienia. Żaden z wykonawców nie miał też możliwości manipulowania jakąkolwiek ofertą czy wynikami w danej części (ponieważ nie konkurują oni ze sobą bezpośrednio). Zatem, stanowisko UOKiK w ogóle nie ma tu zastosowania.

Przeciwnie do tego co twierdzi zamawiający, stworzenie przez Aecom i Italferr konsorcjum nie było w tym przypadku uzasadnione, a wykonawcy nie uzgodnili ze sobą w jakiej części postępowania będą składać oferty, tylko była to niezależna decyzja każdego z wykonawców. Zresztą, takie działanie, przeciwnie do twierdzeń zamawiającego zwiększa konkurencję na rynku, a nie ją zmniejsza. Kiedy wykonawca nie spełnia samodzielnie warunków udziału w postępowaniu, to do niego należy wybór czy występują przesłanki do wystąpienia przez niego w konsorcjum, czy skorzystanie przez niego z zasobów osób trzecich. Start w konsorcjum jest wskazany wtedy, gdy zamawiający nie zezwala na korzystanie z potencjału podmiotów trzecich lub gdy wykonawca nie posiada odpowiednich kompetencji czy uprawnień. Odwołujący Italferr podniósł, że w tym przypadku, wykonawcom brakowało jedynie części doświadczenia i osób z odpowiednim doświadczeniem, żeby samodzielnie wystartować w postępowaniu. Uzasadnione zatem było poleganie w tym ograniczonym zakresie na zdolnościach podmiotu trzeciego, a nie utworzenie konsorcjum.

Odwołujący Italferr podniósł, że złożenie przez niego oferty na jedną z części postępowania oraz udostępnienie swojego potencjału technicznego i osobowego innemu wykonawcy w ramach innej części nie stanowi ograniczenia konkurencji. W takim wypadku następuje wręcz poszerzenie rynku.

Odwołujący Italferr podniósł, że zamawiający w stosunku do innych wykonawców startujących w postępowaniu potwierdził, że takie działanie, polegające na złożeniu oferty oraz udostępnieniu części potencjału innemu wykonawcy, który złożył ofertę na inną część, jest przez niego akceptowane. Przykładowo, wykonawca Voessing Polska sp. z o.o., powołuje się na zasoby Multiconsult Polska sp. z o.o. oraz Transprojekt Gdańsk sp. z o.o. Voessing Polska sp. z o.o. złożył ofertę z najniższą ceną w części 2 postępowania. Z kolei Multiconsult Polska sp. z o.o. złożył samodzielnie ofertę w części 1 postępowania, która jest drugą najniższą w tej części postępowania. Transprojekt Gdańsk sp. z o.o. złożył z kolei samodzielnie ofertę w części 3 postępowania, która jest ofertą najniższą w tej części postępowania. Zamawiający jednak nie wyraził żadnych wątpliwości wobec ofert złożonych przez tych wykonawców. To potwierdza zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu.

Odwołujący Italferr podniósł również, że zamawiający manipuluje faktami, wskazując, że oferty złożone w postępowaniu przez Aecom i Italferr są najniższe w postępowaniu. Jak wynika z informacji z otwarcia ofert, oferta Aecom jest najwyższa ze wszystkich ofert złożonych w części 1, a oferta Italferr jest drugą najwyższą złożoną w części 2. Zarzut uzgodnienia ceny pomiędzy Italferr a Aecom, w sytuacji, kiedy złożyli oni oferty na dwie zupełnie inne części postępowania, a złożone przez nich oferty dzieli różnica ponad 8 milionów złotych jest całkowicie bezpodstawny. Odwołujący Italferr podniósł, że nie rozumie w jaki sposób miałyby uzgadniać działania ograniczające konkurencję z Aecom, który startuje w części 1., stanowiącej w zasadzie odrębne postępowanie od części 2. i występują w niej inne podmioty. Odwołujący Italferr wskazał także, że nie rozumie w jaki sposób złożenie wniosku o udostępnienie ofert innych wykonawców, którzy złożyli oferty w części 2. (przez Italferr) i części 1. (przez Aecom), czyli konkurentów Aecom i Italferr miałyby mieć wpływ na zakłócenie konkurencji. Italferr złożył wniosek w celu analizy ofert konkurentów, co jest czynnością podejmowaną w postępowaniach o udzielenie zamówienia przez właściwie wszystkich wykonawców.

Według odwołującego Italferr niezrozumiałym wnioskiem zamawiającego jest teza, że Italferr i Aecom zastrzegli te same dokumenty tajemnicą przedsiębiorstwa, żeby uniemożliwić innym wykonawcom wywiedzenie istniejących między nimi zależności oraz sformułowanie skutecznych zarzutów. Informacja o tym, że Italferr polega na zasobach Aecom była uwzględniona w formularzu ofertowym, który nie został zastrzeżony tajemnicą przedsiębiorstwa. Zatem informacja o wzajemnych zależnościach była dostępna dla

wszystkich konkurentów. Odwołujący Italferr wyjaśnił, że zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa zobowiązanie Aecom do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów oraz wykaz personelu, który będzie brał udział w realizacji zamówienia. Informacje na temat warunków współpracy pomiędzy Italferr a Aecom oraz informacje o osobach posiadających wysokie kwalifikacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a nie sam fakt tej współpracy. Odwołujący Italferr wskazał, że nie widzi też podstaw do czynienia mu zarzutu z korzystania z przysługującego mu uprawnienia do zastrzeżenia takich informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Zresztą, jak widać na przykładzie Voessing Polska sp. z o.o., inni wykonawcy również zastrzegali te informacje zawarte w ich ofertach tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący Italferr podniósł także, że zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Zamawiający wykluczył z postępowania odwołującego Italferr, zatem jego oferta została uznana za wykluczoną. Jednak Italferr nie podlegał wykluczeniu. Zatem jego oferta nie może zostać uznana za odrzuconą.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołania, w której wniósł o oddalenie odwołań w całości. W odpowiedzi na odwołania i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 1247/19 i KIO1251/19 po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Systra SA w Paryżu, Francja, Infrares sp. z o.o. w Warszawie, S. B. i J. B., prowadzący we Wrocławiu działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Projektowo-Konsultingowe BPK Mosty, J. B., S. B. s.c.. Złożyli pismo procesowe, w którym wnieśli o oddalenie obu odwołań. W trakcie rozprawy przedstawili uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1247/19 po stronie odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Italferr S.p.A. w Rzymie. Wniósł o uwzględnienie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1251/19 po stronie odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca AECOM Polska sp. z o.o. w Warszawie. Wniósł o uwzględnienie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1247/19 po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Multiconsult sp. z o.o. w Warszawie. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, modyfikacje SIWZ, odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, protokół z otwarcia ofert, ofertę odwołującego Aecom, ofertę odwołującego Italferr, oferty pozostałych wykonawców, wezwania skierowane przez zamawiającego do odwołujących i innych wykonawców w dniu 14 marca 2019 r. w trybie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, dokumenty złożone przez odwołujących i innych wykonawców w odpowiedzi na ww. wezwania zamawiającego, wnioski odwołujących o udostępnienie ofert z 11 kwietnia 2019 r., zawiadomienie o wykluczeniu odwołujących z udziału w postępowaniu z 21 czerwca 2019 r., załączniki do odwołań, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczone od nich wpisy.

Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że zostały wypełnione przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący Aecom i Italferr zostali wykluczeni z udziału w postępowaniu, zaś złożone przez nich oferty odpowiednio w części 1 i 2 zamówienia mogą być wybrane przez zamawiającego jako najkorzystniejsze. Odwołujący domagali się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia ich z udziału w postępowaniu. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp wykluczył odwołujących z udziału w postępowaniu, skutkowało będzie koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia takich czynności, czego efektem może być uzyskanie przez odwołującego Aecom i Italferr zamówienia w części odpowiednio 1 i 2 zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że treść SIWZ zawierała m.in. następujące postanowienia:

2. *Przedmiotem zamówienia jest opracowanie dokumentacji projektowej oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla projektu pn.: „Prace w ciągu C-E 65 na odcinku Zduńska Wola – Inowrocław – Tczew” w podziale na części:*

- a) *Część 1 – LCS Inowrocław,*
- b) *Część 2 – LCS Bydgoszcz Główna,*
- c) *Część 3 - LCS Tczew.*

4.1. Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych.

4.2. Zamawiający dopuszcza złożenie przez Wykonawcę oferty na maksymalnie jedną Część Zamówienia spośród Części 1-3. Złożenie ofert niezgodnie z powyższymi postanowieniami spowoduje odrzucenie ofert złożonych przez Wykonawcę na wszystkie Części Zamówienia.

8.3. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

8.3.3. W celu oceny, czy Wykonawca polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Zamawiający żąda dokumentów, które określą w szczególności:

- a) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonaniu Zamówienia,
- c) zakres i okres udziału innego podmiotu, przy wykonywaniu Zamówienia,
- d) czy podmiot, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia, zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

8.4. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Ustalono, na podstawie protokołu z otwarcia ofert, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

Nr oferty	Nazwa i adres wykonawcy	Część zamówienia	Cena brutto
1	Arcadis sp. z o.o. Warszawa, Egis Poland sp. z o.o. Warszawa	1	32.917.906,98 PLN
2	CE Projekt Group sp. z o.o. sp. k. Kraków	3	12.770.352,00 PLN
3	Systra SA, Paryż, S. B.	2	49.626.318,00 PLN

	J. . Infrares sp. z o.o. Warszawa		
5	WYG International sp. z o.o., Warszawa	3	13.085.047,50 PLN
6	Transprojekt Gdański sp. z o.o., Gdańsk	3	10.910.592,00 PLN
8	IVIA S.A., Katowice	3	17.589.000,00 PLN
9	Biuro Projektów Komunikacyjnych w Poznaniu sp. z o.o., Poznań	3	13.513.222,80 PLN
10	Multiconsult Polska sp. z o.o., Warszawa	1	31.894.884,00 PLN
11	Voessing Polska sp. z o.o., Poznań	2	35.547.000,00 PLN
12	TPF sp. z o.o., Warszawa	2	36.898.226,34 PLN
13	BBF sp. z o.o., Poznań Idom Inżynieria Architektura i Doradztwo sp. z o.o., Wrocław IDOM Consulting, Engineering Architecture S.A.U. Bilbao	1	26.221.324,50 PLN
14	Mosty Katowice sp. z o.o., Katowice	3	13.439.349,00 PLN
15	Italferr S.p.A., Rzym	2	45.016.179,60 PLN
16	AECOM Polska sp. z o.o., Warszawa	1	34.614.266,40 PLN

Na podstawie treści ofert ustalono również, że między wykonawcami, którzy złożyli oferty zamawiającemu zachodzą m.in. następujące zależności:

Część	Wykonawca	Podmioty trzecie	Zakres udostępnienia
1	AECOM Polska sp. z o.o.	Italferr S.p.A	Zdolność techniczna lub zawodowa
		CE Projekt Group sp. z o.o. sp.k.	Zdolność techniczna lub zawodowa
2	Italferr S.p.A	AECOM Polska sp. z o.o.	Zdolność techniczna lub zawodowa
1	Multiconsult Polska sp. z o.o.	Bombardier Transportation (Rail Engineering) Polska Sp. z o.o.	Zdolność techniczna lub zawodowa

		Transprojekt Gdański sp. z o.o.	Zdolność techniczna lub zawodowa
		Voessing Polska Sp. z o.o.	Zdolność techniczna lub zawodowa
		SUDOP PRAHA a.s.	Zdolność techniczna lub zawodowa
2	Voessing Polska Sp. z o.o.	Bombardier Transportation (Rail Engineering) Polska Sp. z o.o.	Zdolność techniczna lub zawodowa
		Multiconsult Polska sp. z o.o.	Zdolność techniczna lub zawodowa
		Transprojekt Gdański sp. z o.o.	Zdolność techniczna lub zawodowa
3	Transprojekt Gdański sp. z o.o.	Multiconsult Polska sp. z o.o.	Kompetencje lub uprawnienia Zdolność techniczna lub zawodowa
		Voessing Polska Sp. z o.o.	Kompetencje lub uprawnienia Zdolność techniczna lub zawodowa
		Bombardier Transportation (Rail Engineering) Polska Sp. z o.o.	Kompetencje lub uprawnienia Zdolność techniczna lub zawodowa
1	Arcadis sp. z o.o. Egis Poland sp. z o.o.	Mosty Katowice sp. z o.o.	Kompetencje lub uprawnienia Zdolność

			techniczna lub zawodowa
3	Mosty Katowice sp. z o.o.	Arcadis sp. z o.o.	Zdolność techniczna lub zawodowa

Na podstawie treści zobowiązań ww. podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów ustalono, że podmioty te, zobowiązując się do udostępnienia zasobów wykonawcy, wskazywały część zamówienia, do jakiej te zasoby udostępniają (por. pliki z zobowiązaniami złożonymi wraz z ofertami).

Nie było sporne między stronami, że odwołujący Aecom i Italferr są niezależnymi i w żaden sposób niepowiązanymi podmiotami gospodarczymi. W szczególności nie należą do tej samej grupy kapitałowej.

Ustalono, że zobowiązania Aecom i Italferr do udostępnienia sobie wzajemnie zasobów różniąc się treścią (np. do której części i komu zasoby są oddawane, kto oddaje), wykazują zbieżności o charakterze formalnym (sformułowania, czcionka itd). Ustalono także, że nazwy pików składające się na oferty odwołujących Aecom i Italferr wykazują podobieństwo (numeracja, zapisy wielką literą, użycie znaków diakrytycznych) (por. pliki z zobowiązaniami i formularzami ofertowymi w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego).

Ustalono, że okoliczność, iż odwołujący Aecom i Italferr polegają wzajemnie na swych zasobach nie została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, a informacja ta wynika z jawnych formularzy ofertowych obu odwołujących (por. pliki z formularzami ofertowymi obu odwołujących, pkt 11).

Ustalono, że w celu uregulowania swoich stosunków związanych z częścią 2 postępowania, odwołujący Italferr oraz AECOM zawarli pisemną, przedwstępną umowę podwykonawczą wchodzącą w życie 13 lutego 2019 r. W umowie tej wskazano, że Italferr przyjmie na siebie główną odpowiedzialność za przygotowanie i złożenie oferty w odpowiedzi na przetarg oraz wykonanie prac określonych w Umowie Głównej. Podwykonawca przygotowuje te części propozycji, które są związane z pracami dotyczącymi usług określonych w załączniku A do umowy oraz wykona te prace. Podwykonawca przedłoży Italferr swoją część oferty związanej z Usługami (por. wstępna umowa podwykonawcza z 13 lutego 2019 r. - załącznik nr 12 do odwołania w sprawie sygn. akt KIO 1251/19).

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismami z dnia 14 marca 2019 r. , działając na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp wezwał wszystkich ww. wykonawców (wymienionych w tabeli powiązań powyżej) do złożenia wykazów usług wraz z dowodami

określającymi czy usługi zostały wykonane należycie oraz wykazów osób (por. pliki z wezwaniami w aktach sprawy).

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wezwania wykonawcy złożyli zamawiającemu żądane wykazy usług i osób (por. pliki z wykazami w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

Ustalono, że wykazy usług i osób odwołującego Aecom i Italferr są zbieżne co do wskazywanych tam doświadczeń i osób. Różnice dotyczą podstawy dysponowania / nazwy podmiotu, na którego zasoby powołuje się wykonawca. Ponadto ustalono, że pliki z wykazami zostały nazwane podobnie przez obu odwołujących (nazwa, cyfry, znaki interpunkcyjne).

Ustalono, że we właściwościach plików z wykazami usług odwołującego AECOM i Italferr (dostępne poprzez otwarcie plików przez Adobe Acrobat Reader, - plik – właściwości – zakładka – opis, kolumna – autor) jako osoba sporządzająca szablon pliku figuruje pani J. L. – członek komisji przetargowej zamawiającego.

Ustalono, na podstawie analizy właściwości plików przesłanych przez konsorcjum Arcadis sp. z o.o., iż szablony tych plików zostały stworzone przez panią E. P. . Z właściwości pliku obejmującego wykaz osób przesłanego przez wykonawcę Mosty Katowice sp. z o.o. wynika, że szablon pliku został stworzony także przez panią E. P. (por. pliki w dokumentacji postępowania, opinia prawna zamawiającego w aktach sprawy).

Ustalono, że wykonawcy Multiconsult Polska sp. z o.o., Transprojekt Gdański sp. z o.o. i Voessing Polska sp. z o.o. przesłali zamawiającemu wykazy osób, których treść wskazywała zbliżone dane wykazywanych osób. Ustalono również, że jeszcze dalej idące zbieżności dotyczą doświadczenia wykazywanego przez wykonawców w wykazach usług (por. pliki z wykazami osób i usług, opinia prawna zamawiającego w aktach sprawy).

Ustalono, że 11 kwietnia 2019 r. odwołujący Aecom i Italferr zwrócili się do zamawiającego z wnioskami o udostępnienie ofert złożonych w postępowaniu odpowiednio części 1 i w części 2. Treść wniosków różniła się merytorycznie (wykonawcy żądali udostępnienia innych ofert, inny podmiot wskazano jako wnioskodawca, podano inne adresy mailowe). Wnioski te wykazywały podobieństwo pod względem formalnym (użyte sformułowania, wnioski grzecznościowe) (por. wnioski o udostępnienie ofert złożone do akt sprawy przez zamawiającego w trakcie rozprawy).

Ustalono również, że zamawiający w dniu 21 czerwca 2019 r. zawiadomił odwołującego Aecom a także odwołującego Italferr o wykluczeniu ich z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności wykluczenia zamawiający wskazał m.in., co następuje:

2. *Zgodnie z IDW postępowanie prowadzone jest w podziale na 3 części zamówienia, a każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu miał możliwość złożenia oferty wyłącznie na jedną część zamówienia.*

3. *W postępowaniu zostało złożonych 14 ofert, w tym AECOM Polska Sp. z o.o. (dalej „AECOM”) (część 1 zamówienia) oraz ITALFERR s.p.A. (dalej „ITALFERR”) (część 2 zamówienia).*

W toku badania i oceny ofert Zamawiający powziął wiedzę, że ww. wykonawcy dołączyli do ofert zobowiązania do udostępnienia sobie wzajemnie zasobów w postaci niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do realizacji zamówienia. Przedłożone wraz z ofertą dokumenty — w tym w szczególności treść zobowiązań do udostępnienia zasobów — dawały możliwość stwierdzenia, że zostały przygotowane i opracowane wspólnie i w porozumieniu przez obu wykonawców.

Co więcej, Zamawiający dostrzegł, że oferty wykonawców złożone za pomocą środków komunikacji elektronicznej zawierają pliki, które nazwane są w identyczny sposób (numeracja, zapis dużą literą, użycie znaków diakrytycznych w podobny sposób). Zamawiający po raz pierwszy w toku badania i oceny ofert po wejściu w życie elektronicznej zamówień publicznych zidentyfikował sytuację, w której sposób nazwania plików — dokumentów wchodzących w skład oferty jest identyczny u dwóch wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Dostrzeżenie ww. okoliczności nakładało na Zamawiającego obowiązek podjęcia dalszych czynności w celu zbadania istnienia ewentualnych powiązań pomiędzy AECOM oraz ITALFERR.

4. *W celu uzyskania bardziej szczegółowych informacji w ww. zakresie Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 2f Ustawy wezwał wykonawców w dniu 14 marca 2019 r. do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj. wykazów usług i wykazów osób potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.*

5. *Wykonawca złożył dokumenty w terminie i zakresie wymaganym w treści żądania.*

6. *Wnikliwa analiza dokumentów, tak pod względem merytorycznym, jak i względem formalnym, nie pozostawiała wątpliwości, że ww. wykonawcy wspólnie i w porozumieniu przygotowali oferty, jak i dokumenty złożone w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 2f Ustawy, a zatem ziszczyły się przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20 Ustawy, tj.:*

- a. *Zostało zawarte porozumienie, które jest możliwe do wykazania przez Zamawiającego na podstawie stosownych środków dowodowych;*
- b. *Porozumienie miało na celu zakłócenie konkurencyjności w postępowaniu.*

Stosowne środki dowodowe

7. *Zamawiający wskazuje, że Ustawa nie ogranicza katalogu dowodów, które mogą potwierdzać fakt zawarcia porozumienia. (...).*

8. *W ocenie Zamawiającego dowodami potwierdzającymi fakt zawarcia porozumienia są m.in. następujące okoliczności:*

- *Złożone Wykazy usług oraz Wykazy osób mają identyczne brzmienie (Zamawiający zidentyfikował jedynie drobne różnice w kolumnach dotyczących podstawy dysponowania/nazwa podmiotu, na którego zasoby powołuje się Wykonawca);*
- *Dokumenty zawierają te same błędy stylistyczne (tzw. „bękarty” i „wdowy” w tekście);*
- *O współdziałaniu wykonawców świadczy również fakt, że obaj wykonawcy powołali się w Wykazie usług na identyczne doświadczenie. Podobna sytuacja ma również miejsce w przypadku Wykazu osób — co więcej, ITALFERR (cz. 2 zamówienia) przedłożył Wykaz osób, w którym powołał się na doświadczenie Koordynatora branży mostowej z przedstawieniem jego doświadczenia odpowiadającemu doświadczeniu wymaganemu na potrzeby spełnienia warunku dla 1 części zamówienia (w której ofertę to złożył AECOM).*

W ocenie Zamawiającego można domniemywać: że Wykonawca bazował na pliku tekstowym sporządzonym przez AECOM (co potwierdzają informacje zawarte poniżej) i nie zweryfikował ww. różnic. W SIWZ Zamawiający dla każdej z części zamówienia określił odrębne wymagania jakie powinna spełniać osoba dedykowana na ww. stanowisko.

- *Zamawiający dostrzegł również, że Wykazy usług zarówno w przypadku AECOM oraz ITALFERR zostały opracowane przez tego samego użytkownika (sprawdzenie poprzez otwarcie pliku za pomocą Adobe Acrobat DC „Plik” - „Właściwości” - zakładka „Opis” kolumna „Autor”). Osobą, która przygotowała dokumenty „Autor” dla obu wykonawców jest p. K. R. pracownik AECOM.'*
- *Wykonawcy w identyczny sposób opisali pliki uzupełnione na wezwanie Zamawiającego – nazwa, użycie cyfr oraz znaków interpunkcyjnych etc.*

9. *Wykonawcy tego samego dnia, tj. 11 kwietnia 2019 r. (w odstępie ok. 0,5 h) wystąpili do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie ofert złożonych w postępowaniu, a treść ich wniosków (poza nazwami ofert żądanych wykonawców) również jest identyczna. Fakt prawie jednoczesnego wystąpienia można by uznać za przypadkowy, ale w świetle wcześniej zaobserwowanych zachowań takie działanie wskazuje na korelację (przeływ informacji) pomiędzy wykonawcami. Zwłaszcza, że wystąpienie to nie mogło być efektem reakcji na zachowanie ze strony zamawiającego, który w tym czasie poza wystąpieniem o*

przedłużenie terminu związania ofertą w dniu 9 kwietnia 2019 r. nie wysyłał żadnej korespondencji do wykonawców biorących udział w tym postępowaniu.

10. W ocenie Zamawiającego ww. okoliczności stanowią wystarczające i miarodajne dowody, że doszło do porozumienia, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20 Ustawy.

Porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji

11. W świetle powyższego, w ocenie Zamawiającego, na kanwie opisanego powyżej stanu faktycznego ziściły się przesłanki wykluczenia obu wykonawców na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 Ustawy. Zamawiający pragnie podkreślić, że jest świadomy faktu, że samo wzajemne użyczenie zasobów pomiędzy wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu jest działaniem prawnie dopuszczalnym tym niemniej jednak z uwagi na szereg okoliczności opisanych powyżej należy uznać, że wykonawcy zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Zakłócenie konkurencji w analizowanym przypadku przybiera m.in. formy:

a. Obejścia zakazu złożenia przez wykonawcę oferty na więcej niż jedną część zamówienia. Zamawiający wskazuje, że z uwagi na fakt wzajemnego udostępnienia zasobów, który wiąże się z koniecznością uczestniczenia w realizacji zamówienia jako podwykonawca obaj wykonawcy otrzymują dostęp do zamówienia zarówno w ramach 1, jak i 2 części zamówienia;

b. Możliwość uzgodnienia podziału zamówienia (ich części) pomiędzy wykonawców. Zamawiający wskazuje, że obaj wykonawcy legitymowali się podobnym doświadczeniem oraz dysponowali personelem w analogicznym zakresie (brak samodzielnego spełnienia warunku, potrzeba skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego). Wykonawcy posiadając ww. wiedzę mieli możliwość uzgodnienia, na które części zamówienia zostaną złożone oferty odpowiednio przez AECOM i ITALFERR a tym samym uzyskanie zamówienia w większej części aniżeli miałyby to miejsce w przypadku udziału wykonawców jako konsorcjum;

c. Możliwość uzgodnienia poszczególnych działań podejmowanych w postępowaniu takich jak np. uzgodnienie ceny (oferty obu wykonawców są najniższe w postępowaniu), treści dokumentów (tożsamość treści dokumentów składanych w postępowaniach), działań względem ofert konkurentów, w tym kierowania do Zamawiającego przez obu wykonawców jednobrzmiących (np. dotyczących umożliwienia dokonania wglądu do ofert);

d. Zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa tych samych dokumentów dotyczących wzajemnych powiązań w celu uniemożliwienia konkurentom wywiedzenia ww. zależności oraz sformułowania skutecznych zarzutów względem działań wykonawcy.

12. Zamawiający wskazuje, że określona w art. 7 ust. 1 Ustawy zasada uczciwej konkurencji stanowi dyspozycję kierowaną nie tylko do zamawiających: ale i wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zamawiający natomiast jako gospodarz postępowania oraz dysponent środków publicznych jest zobowiązany do nadzorowania jej przestrzegania w toku procedury przetargowej.

13. Zaaprobowanie ww. działań wykonawców, a w konsekwencji uznanie, że mieszczą się one w granicach prawa prowadziłyby do tego, że ww. wykonawcy byłiby w preferencyjnej sytuacji względem uczestników, którzy samodzielnie i we własnym zakresie przygotowali oraz złożyli oferty w postępowaniu. Co więcej, brak stosownej reakcji Zamawiającego utwierdzałoby wykonawców w błędnym przekonaniu, że takie działanie nie narusza uczciwej konkurencji w postępowaniu.

W świetle powyższego Zamawiający wyklucza AECOM oraz ITALFERR z postępowania w oparciu o dyspozycję przepisu art. 24 ust. 1 pkt 20 Ustawy.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający nie wykluczył z udziału w postępowaniu wykonawców: Multiconsult Polska sp. z o.o., Transprojekt Gdański sp. z o.o., Voessing Polska sp. z o.o., Mosty Katowice sp. z o.o. ani konsorcjum Arcadis sp. z o.o. i Egis Poland sp. z o.o. (okoliczność niesporna).

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołania podlegały uwzględnieniu, gdyż potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych;

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy 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.

Z pierwszego z wymienionych przepisów wynika, że aby wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania, muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki:

a) zawarcie przez wykonawcę porozumienia z innymi wykonawcami,

b) zawarte porozumienie musi mieć na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu,

c) zamawiający musi wykazać ww. okoliczności przy pomocy stosownych środków dowodowych.

Z przepisu wynika zatem, że niewystarczające jest wykazanie jakiegokolwiek porozumienia, ale musi to być porozumienie antykonkurencyjne. Zawarcie takiego rodzaju porozumienia musi być dowiedzione przez zamawiającego, na którym spoczywa ciężar dowodu. W analizowanej sprawie zamawiający uznał, że zostały spełnione ww. przesłanki i zdecydował się wykluczyć odwołujących z udziału w postępowaniu. W tej sytuacji przepisy ustawy Pzp nakładały na zamawiającego dodatkowy obowiązek, a mianowicie podania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego dla czynności wykluczenia. Zgodnie bowiem z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, *Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.*

Z kolei z przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wynika zasada równego traktowania wykonawców. Zgodnie z tą zasadą zamawiający ma obowiązek identycznie traktować wykonawców, którzy znajdują się w analogicznej sytuacji.

Izba stwierdziła, że uzasadnienie faktyczne czynności wykluczenia odwołujących z 21 czerwca 2019 r. i przedstawiony na jej poparcie materiał dowodowy zgromadzony w sprawie świadczyły o tym, że niewątpliwie odwołujący Aecom i Italferr zawarli między sobą porozumienie. Okoliczność ta nie była sporna między stronami. Nie ulegało wątpliwości, że odwołujący Aecom złożył zamawiającemu ofertę w części postępowania obejmującej LCS Inowrocław. Z kolei odwołujący Italferr złożył zamawiającemu ofertę w części 2 postępowania, dotyczącej LCS Bydgoszcz Główna. Celem wykazania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego wykonawcy ci polegałi wzajemnie na swym potencjale. Poleganie na zasobach podmiotu trzeciego celem wykazania warunków udziału w postępowaniu jest instytucją uregulowaną w art. 22a ustawy Pzp. Przypomnienia wymaga, że stosownie do art. 22a ust. 1 ustawy Pzp:

1. *Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.*
2. *Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych*

podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Na powyższe zwrócił uwagę sam zamawiający, gdyż w postanowieniu pkt 8.3. SIWZ wyraźnie dopuścił możliwość polegania przez wykonawców na zasobach podmiotów trzecich celem wykazania warunków udziału w postępowaniu.

W dalszej kolejności na uwagę zasługiwał fakt, że odwołujący w analizowanej sprawie polegali za zasobie wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich. Skorzystanie z dobrodziejstwa tej instytucji wymagało, aby podmioty udostępniające swe zasoby wykonały usługi, do realizacji których zdolności te są wymagane. Innymi słowy podmiot trzeci udostępniając zasób doświadczenia musiał zobowiązać się do uczestniczenia w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Powyższy obowiązek wynikał jednoznacznie z przepisu art. 22a ust. 4 ustawy Pzp. Stosownie do tego przepisu, *w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.* Na powyższy obowiązek zwrócił uwagę sam zamawiający przytaczając treść powołanego przepisu w postanowieniu pkt 8.4. SIWZ.

Biorąc pod uwagę przytoczone regulacje prawne a także postanowienia SIWZ odwołujący AECOM i Italferr aby wzajemnie udostępnić sobie zasoby doświadczenia i osób musieli zawrzeć daleko idące porozumienie, którego treścią było przekazanie tych zasobów i podwykonawstwo odpowiedniej części przedmiotu zamówienia. Oczywistym w tej sytuacji jest, że odwołujący AECOM i Italferr nie tylko mogli, ale i musieli uzgodnić zasady przyszłej współpracy i podwykonawstwa.

Wreszcie przypomnieć należy o wymogach formalnych, jakich zgodnie z SIWZ należało dopełnić aby wykazać warunki udziału w postępowaniu i realność udostępnienia zasobu przez podmiot trzeci. Po pierwsze, zgodnie z pkt 8.3.3. SIWZ zamawiający zastrzegł, że *w celu oceny, czy Wykonawca polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Zamawiający żąda dokumentów, które określą w szczególności:*

- a) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,*
- b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonaniu Zamówienia,*
- c) zakres i okres udziału innego podmiotu, przy wykonywaniu Zamówienia,*

d) czy podmiot, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia, zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Po drugie, zaś zamawiający wymagał, aby wykonawcy celem wykazania warunków złożyli mu następujące dokumenty:

9.7.1. wykaz usług (...) wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane (sporządzony wg wzoru stanowiącego Załącznik Nr 6 do IDW),

9.7.2. dowody określające czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane,

9.7.4. wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Jak wynikało z powyższego, jeżeli wykonawca zamierzał wykazać spełnienie warunku przy pomocy potencjału podmiotu trzeciego musiał pozyskać od swego przyszłego podwykonawcy dane, które umożliwiłyby mu wypełnienie odpowiednich dokumentów formalnych i to w szczególności wymaganej przez zamawiającego (np. nazwy wykonanych usług, ich wartości, daty wykonania usług przez podwykonawcę, czy dane na temat uprawnień, doświadczenia i wykształcenia udostępnianych osób). Powyższe wymuszało przepływ niezbędnych informacji i dokumentów pomiędzy obu odwołującymi.

Dostrzeżenia wymagało, że analogiczne porozumienie, którego celem było wzajemne udostępnienie zasobów doświadczenia i potencjału kadrowego oraz podwykonawstwo zawarli między sobą inni wykonawcy. Stwierdzono, że przystępujący Multiconsult Polska sp. z o.o. złożył ofertę w części 1 zaś zasoby doświadczenia i osób udostępnili mu wykonawcy Transprojekt Gdański sp. z o.o. i Voessing Polska sp. z o.o. Z kolei Voessing Polska sp. z o.o. złożył ofertę w części 2, korzystając z zasobów Multiconsult Polska sp. z o.o. i Transprojekt Gdański sp. z o.o. Wreszcie Transprojekt Gdański sp. z o.o. złożył ofertę w części 3, posilkując się zasobami Multiconsult Polska sp. z o.o. i Voessing Polska sp. z o.o.

Analogicznie porozumienie zawarli także wykonawcy Arcadis sp. z o.o. i Mosty Katowice sp. z o.o. Ofertę w części 1 zamówienia złożyli wykonawcy Arcadis sp. z o.o. i Egis Poland sp. z o.o., polegając na zasobach zdolności technicznej Mosty Katowice sp. z o.o. Z kolei wykonawca Mosty Katowice sp. z o.o. ofertował na część 3, posilkując się zasobem zdolności technicznej Arcadis sp. z o.o.

Rzeczywiście w treści dokumentów składanych przez odwołujących Aecom i Italferr można było doszukać się daleko idących podobieństw. Podobieństwa te zasadniczo zostały prawidłowo dostrzeżone przez zamawiającego w uzasadnieniu czynności wykluczenia, co wynikało z ustaleń poczynionych przez Izbę. Co więcej, podobieństwa te wynikły częściowo z tego, że wykonawcy przesyłali sobie co najmniej częściowo wypełnione pliki z wykazywanym doświadczeniem czy osobami. Okoliczności te zostały przyznane przez obu odwołujących w treści wniesionych odwołań. Odwołujący Italferr oświadczył, że *nie zaprzecza, że uzyskał od Aecom jako swojego podwykonawcy pewną pomoc w przygotowaniu oferty – w zakresie w jakim Aecom zobowiązał się do przekazania zasobów dotyczących doświadczenia oraz osób, a także w odniesieniu do części, w jakiej miałby to zamówienie realizować jako podwykonawca*. Odwołujący Italferr przyznał, że *z uwagi na doświadczenie i znajomość języka polskiego, gdy była taka konieczność, podwykonawca grzecznościowo wspierał Italferr w sporządzeniu jego oferty* (por. pkt 46 odwołania w sprawie KIO 1251/19). Z kolei w pkt 51 e swego odwołania odwołujący Italferr stwierdził, że *uzupełnił wykaz osób na przesłanym mu dokumencie w części uzupełnionym przez Aecom*. Natomiast w pkt 2.64 i 2.66 swego odwołania odwołujący Aecom oświadczył, że pani K. R. (pracownik odwołującego Aecom do 30 czerwca 2019 r.) *przygotowywała wykaz usług i osób w zakresie udostępnionych zasobów przez odwołującego, co jest normalnym działaniem we współpracy pomiędzy dwoma podmiotami (tu odwołującym oraz Italferr)*.

Powyższe porozumienie – w okolicznościach danej sprawy - nie świadczyło jednak o tym, że cel tego porozumienia miał na celu ograniczenie konkurencji między wykonawcami.

Podkreślenia wymagał kluczowy fakt, że odwołujący Aecom i Italferr, polegając wzajemnie na swym doświadczeniu i osobach, złożyli oferty w odrębnych częściach postępowania. Podział zamówienia na części oznaczał, że w każdej z tych części funkcjonował odrębny opis przedmiotu zamówienia, warunki, kryteria oceny ofert itp. Tego rodzaju postępowanie toczy się celem udzielenia odrębnych i niezależnych od siebie zamówień w każdej z części. Powyższe oznaczało, że obaj odwołujący żadną miarą nie konkurowali ze sobą w analizowanym postępowaniu. Zamawiający przyznał zresztą w trakcie rozprawy dwukrotnie, że odwołujący Aecom i Italferr między sobą nie konkurowali. Podział zamówienia i złożenie ofert na różne części oznaczał, że odwołujący nie mieli jakiegokolwiek możliwości manipulowania wynikami postępowania w części 1 ani 2, np. wycofywania ofert na korzyść drugiego, uzgadniania działań wobec innych wykonawców itp.

Dostrzeżenia przy tym wymagało, że zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Analiza plików przesłanych przez konsorcjum Arcadis sp. z o.o. prowadziła do wniosku, iż szablony tych plików zostały

stworzone przez panią E. P. . Z kolei z właściwości pliku obejmującego wykaz osób przesłanego przez wykonawcę Mosty Katowice sp. z o.o. wynikało, że szablon pliku został stworzony także przez panią E. P. . Ponadto wykonawcy ci wskazali w wykazach osób ten sam personel kierowany do realizacji zamówienia. Analiza złożonych wykazów prowadziła również do wniosku, że wykonawcy Multiconsult Polska sp. z o.o., Transprojekt Gdański sp. z o.o. i Voessing Polska sp. z o.o. przesłali zamawiającemu wykazy osób, których treść wskazywała zbliżone dane wykazywanych osób. Ustalono również, że jeszcze dalej idące zbieżności dotyczyły doświadczenia wykazywanego przez wykonawców w wykazach usług.

Powyższe ustalenia prowadziły do wniosku, że porozumienia zbliżone do porozumienia Aecom-Italferr zawarli także inni wykonawcy. Pomiędzy tymi wykonawcami zaistniał analogiczny przepływ informacji, a nawet i plików, a mimo to zamawiający potraktował tych wykonawców odmiennie od odwołujących, gdyż nie wykluczył ich z udziału w postępowaniu.

W dalszej kolejności stwierdzono, że zamawiający nie udowodnił, iż odwołujący Aecom i Italferr zawarli swe porozumienie „w celu ograniczenia konkurencji między wykonawcami w postępowaniu”.

W uzasadnieniu czynności wykluczenia zamawiający wskazał po pierwsze, że antykonkurencyjność porozumienia odwołujących miała wyrażać się w obejściu zakazu złożenia przez odwołujących oferty na więcej niż jedną część zamówienia. Wywiódł, że z uwagi na fakt wzajemnego udostępnienia zasobów, który wiązał się z koniecznością uczestniczenia w realizacji zamówienia jako podwykonawca, obaj odwołujący mieli otrzymać dostęp do zamówienia zarówno w ramach części 1 jak i 2 zamówienia (pkt 11a uzasadnienia czynności wykluczenia).

Na wstępie dostrzeżenia wymagało, że powyższa okoliczność dotyczyła nie tylko odwołujących Aecom i Italferr, ale także pozostałych grup wykonawców (Arcadis sp. z o.o. – Mosty Katowice) oraz Multiconsult Polska sp. z o.o., Transprojekt Gdański sp. z o.o. i Voessing Polska sp. z o.o. Każdy z wymienionych wykonawców przez uczestniczenie w realizacji zamówienia dodatkowo jako podwykonawca innego wykonawcy otrzymał dostęp do zamówienia w więcej niż jednej części. Celem wzmocnienia swej argumentacji zamawiający powołał się na fragment raportu UOKiK „System zamówień publicznych a rozwój konkurencji”. Wnikliwa analiza przywołanego raportu prowadziła do wniosku, że przytoczony przez zamawiającego w uzasadnieniu czynności wykluczenia fragment dotyczył sytuacji, w której podwykonawca jest wykonawcą składającym odrębną ofertę w tym samym postępowaniu. Jednocześnie taki podwykonawca, w tym samym postępowaniu, zobowiązuje się wobec innego wykonawcy do wykonania całego lub prawie całego zakresu przedmiotu zamówienia. Z raportu wynikało zatem, że chodzi o sytuację, w której zakres

podwykonawstwa w jednej ofercie można zrównać z wykonawstwem. W ten sposób dany przedsiębiorca niejako narusza zakaz składania więcej niż jednej oferty w tym samym postępowaniu, wynikający z art. 82 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że stan faktyczny opisany w raporcie UOKiK znacząco różnił się od sytuacji w analizowanej sprawie. Po pierwsze, w raporcie była mowa o układzie, w którym oferty takiego przedsiębiorcy zostały złożone w tym samym postępowaniu a więc ze sobą konkurowały. O takiej sytuacji nie można było mówić w analizowanej sprawie. Zamawiający pominął kluczowy dla oceny fakt, że w analizowanej sprawie oferty odwołujących Aecom i Italferr zostały złożone w dwóch, odrębnie ocenianych częściach postępowania. Oferty te ze sobą zatem nie konkurowały, co zostało przyznane dwukrotnie i wyraźnie przez zamawiającego w trakcie rozprawy.

Po drugie, w raporcie była mowa o sytuacji, w której zakres podwykonawstwa w drugiej z konkurujących ze sobą ofert osiągnie taki poziom, że można iż powiedzieć, iż to podwykonawca de facto wykona całość przedmiotu zamówienia. Dostrzeżenia wymagało, że w uzasadnieniu czynności wykluczenia odwołujących, zamawiający nie poczynił jakichkolwiek ustaleń co do wielkości podwykonawstwa Aecom w ofercie złożonej przez Italferr ani rozmiaru podwykonawstwa Italferr w ofercie złożonej przez Aecom. W efekcie zamawiający nie uzależnił od takich ustaleń swej decyzji o wykluczeniu odwołujących. Na uwagę zasługiwał również fakt, że zamawiający nie poczynił analogicznych ustaleń również w stosunku do pozostałych grup wykonawców, którzy złożyli odrębne oferty w różnych częściach postępowania, udostępniając sobie wzajemnie swe zasoby. Ma zatem rację odwołujący Aecom, gdy twierdzi, że *takiego zarzutu zamawiający nie stawia, ani takiej sytuacji nawet nie analizuje* (por. pkt 2.22, s. 10 odwołania Aecom).

Co więcej, zarzutu takiego zamawiający nie przedstawił także w trakcie rozprawy. Argumentację w tym zakresie zaprezentował jedynie przystępujący po stronie zamawiającego Multiconsult Polska sp. z o.o. Izba zobowiązana była pozostawić bez rozpoznania omawiane zarzuty przystępującego Multiconsult Polska sp. z o.o.. Po pierwsze, zgodnie z art. 185 ust. 5 ustawy Pzp, *czynności uczestnika postępowania nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił*. Zamawiający nie wykluczył odwołujących z omawianego powodu, więc stanowisko przystępującego okazało się sprzeczne ze stanowiskiem zamawiającego. Po drugie, rozważanie tej nowej podstawy wykluczenia odwołujących wyartykułowanej dopiero w trakcie rozprawy było niedopuszczalne. Podzielono w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż „(...) *Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego*

odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)

Zasadnym wydaje w tym miejscu przywołanie również wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który akcentując doniosłość uzasadnienia czynności wykluczenia wskazał, iż: „W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący

dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów”.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba nie mogła wypowiedzieć się w przedmiocie nowych podstaw wykluczenia odwołujących, zakomunikowanych im dopiero w trakcie rozprawy i to przez przystępującego Multiconsult, a nie gospodarza postępowania, jakim był zamawiający.

W dalszej kolejności zamawiający uzasadniając rzekomą antykonkurencyjność porozumienia wskazał, że odwołujący mieli możliwość uzgodnienia podziału zamówienia (ich części) między sobą (pkt 11 b uzasadnienia czynności wykluczenia).

Zdaniem Izby oczywistym jest, że odwołujący, którzy wzajemnie zobowiązali się do uczestnictwa w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy mieli świadomość, do której części zamówienia ich zasób zostanie wykorzystany. Z kolei sami zwracając się o udostępnienie zasobu doświadczenia przez przyszłego podwykonawcę musieli mu wskazać, do której części zasób ma zostać skierowany. Było to też niezbędne biorąc pod uwagę konieczność dokonania choćby oceny możliwości podjęcia się pracy jako podwykonawca, dokonania wyceny oferty podwykonawczej itd. Powyższe oznaczało, że informacja ta w sposób oczywisty znana była obu odwołującym. Do powyższych wniosków prowadziła również uważna lektura zobowiązań AECOM i Italferr zawartych w ofertach odpowiednio odwołującego Italferr i Aecom, gdzie nazwy części postępowania, do których kierowano zasoby, była sprecyzowana. Powyższe nie oznaczało jednak, że porozumienie w tym zakresie miało na celu ograniczenie konkurencji w postępowaniu. Konieczność wymiany tych informacji wynikała także z obowiązku wykazania realności udostępnienia zasobu. Co więcej, to sam zamawiający w postanowieniu pkt 8.3.3. SIWZ zażądał od wykonawców dokumentów, które opisywałyby zakres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, sposób wykorzystania zasobu itd.

Dostrzeżenia przy tym wymagało, że analogiczna wymiana informacji miała miejsce także w grupie wykonawców Arcadis sp. z o.o. - Mosty Katowice sp. z o.o. i w grupie Multiconsult Polska sp. z o.o. - Transprojekt Gdański sp. z o.o. – Voessing Polska sp. z o.o. Na powyższe wskazywała treść zobowiązań do udostępnienia zasobów znajdujących się w ofertach ww. wykonawców.

Następnie zamawiający podniósł, że antykonkurencyjność porozumienia odwołujących miała wyrażać się w zastrzeżeniu jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów dotyczących wzajemnych powiązań w celu uniemożliwienia konkurentom wywiedzenia tych zależności (pkt 11 d uzasadnienia czynności wykluczenia).

Izba stwierdziła, że przywołała przez zamawiającego okoliczność faktyczna nie polegała na prawdzie. Owszem odwołujący zastrzegli jako tajemnice swych przedsiębiorstw informacje znajdujące się w zobowiązaniach oraz w wykazach usług i osób. Wbrew stanowisku zamawiającego z pewnością jednak nie uczynili tego w celu uniemożliwienia konkurentom ustalenia wzajemnych powiązań. Uszło uwadze zamawiającego, że odwołujący Aecom i odwołujący Italferr nie ukryli przed konkurentami faktu, iż polegają wzajemnie na swych zasobach celem wykazania warunków udziału w postępowaniu. Informacja ta wynikała wprost i jednoznacznie z jawnych formularzy ofertowych obu odwołujących (pkt 11 formularzu ofertowych odwołujących). W formularzu ofertowym odwołującego Aecom wpisano, że polega na zdolności technicznej lub zawodowej Italferr, a w formularzu odwołującego Italferr widniała informacja o poleganiu na analogicznych zasobach Aecom. W konsekwencji każdy z konkurentów odwołujących mógł z łatwością ustalić istnienie wzajemnych zależności między odwołującymi. Dostrzeżenia wymagało również, że zbliżone informacje zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w pozostałych dwóch grupach powiązanych ze sobą wykonawców.

W dalszej kolejności zamawiający wskazał, że o antykonkurencyjnym celu porozumienia miało świadczyć to, że odwołujący mogli uzgodnić ceny swych ofert, gdyż ceny ich oferty są najniższe w postępowaniu (pkt 11 c uzasadnienia wykluczenia). Izba stwierdziła, że przywołana podstawa wykluczenia okazała się nieprawdziwa. Jak wynikało z protokołu z otwarcia ofert, cena oferty odwołującego Aecom nie była najniższą zaoferowaną w części 1. Analogicznie cena oferta Italferr nie okazała się najniższą w części 2 zamówienia. Nie wiadomo również w jaki sposób domniemane uzgodnienie ceny między odwołującymi miało oddziaływać na przebieg postępowania w sytuacji, gdy oferty te zostały złożone w odrębnych częściach zamówienia.

Następnie zamawiający podniósł, że o niekonkurencyjnym charakterze porozumienia odwołujących miała świadczyć okoliczność, że wykonawcy ci kierowali do zamawiającego jednobrzmiące wnioski o umożliwienie dokonania wglądu do ofert konkurentów.

Izba stwierdziła, że odwołujący rzeczywiście w tym samym dniu skierowali do zamawiającego wnioski o udostępnienie ofert swych konkurentów. Treść wniosków różniła się merytorycznie (wykonawcy żądali udostępnienia innych ofert, a mianowicie jedynie w tych częściach, w których złożyli oferty; inny podmiot został wskazany jako wnioskodawca, podano także inne adresy mailowe). Wnioski te wykazywały natomiast podobieństwo pod względem formalnym (użyte sformułowania, wnioski grzecznościowe). Zdaniem Izby podobieństwo formalne wniosków, którego można było się dopatrzeć, nie świadczyło o zawarciu porozumienia antykonkurencyjnego. Nie można się bowiem takiego celu dopatrzeć nawet gdyby przyjąć, że wykonawcy wymienili się grzecznościowo wzorem druku wniosku o

udostępnienie do wglądu ofert konkurencyjnych. Przypomnienia wymaga, że odwołujący złożyli omawiane wnioski w dwóch różnych częściach zamówienia, w których ze sobą nie konkurowali.

Reasumując Izba stwierdziła, że zamawiający wykluczając odwołujących z udziału w postępowaniu naruszył art. 24 ust. 1 pkt 20 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Chybione okazały się zarzuty naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Stosownie do tego przepisu, *ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą*. Wbrew stanowisku odwołujących, zamawiający w uzasadnieniu zaskarżonej czynności nie stwierdził, że uznaje ofertę któregośkolwiek z odwołujących za odrzuconą. Zamawiający nie mógł zatem naruszyć wskazanego przez wykonawców przepisu.

Zasadny okazał się podniesiony przez odwołującego Aecom zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego Aecom do złożenia wyjaśnień odnośnie powziętych wątpliwości związanych z okolicznościami złożenia oferty przez odwołującego. Art. 26 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1*. Stosownie do art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, *w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert*. Zdaniem Izby, jeżeli zamawiający miał wątpliwości co do okoliczności złożenia oferty przez odwołującego, to powinien wezwać go do złożenia stosownych wyjaśnień, czego nie uczynił.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1-2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołań. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3-4 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. W obu sprawach stwierdzone naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający z naruszeniem tych przepisów wykluczył odwołujących z udziału w postępowaniu, zaś oferty odwołujących Aecom i Italferr mogą być wybrane jako najkorzystniejsze w częściach odpowiednio 1 i 2 zamówienia.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba w pkt 1 i 2 wyroku nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołujących z udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 i 2 wyroku.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*.

Oba odwołania zostały uwzględnione. Odpowiedzialność za wynik postępowania w każdej ze spraw ponosił zatem w całości zamawiający. Na koszty postępowania odwoławczego w każdej ze spraw składał się wpis od odwołania uiszczony przez każdego z odwołujących w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez każdego z odwołujących z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b w zw. z § 6 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).

Wobec powyższego, o kosztach postępowania odwoławczego postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....