

**WYROK**

**z dnia 28 marca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Beata Konik**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2018 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Przedsiębiorstwo Organizacji Inwestycji Allplan spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy** w postępowaniu prowadzonym wspólnie przez zamawiających **Polskie Koleje Państwowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie Al. Jerozolimskie 142 A, 02 – 305 Warszawa oraz PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, przy udziale wykonawcy **TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących naruszenia: art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp – przez wykluczenie Odwołującego z postępowania, w sytuacji gdy Odwołujący rzetelnie wykazał Zamawiającemu brak podstaw do wykluczenia; art. 24 ust. 1 pkt 19 w zw. z art. 24 ust. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – przez brak zapewnienia Odwołującemu możliwości udowodnienia, że udział jego pracownika w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji mimo, iż podstawę do unieważnienia czynności wezwania do złożenia oświadczeń dokumentów stanowiły odmienne okoliczności niż wskazane w wezwaniu z dnia 25

stycznia 2018 r. i w konsekwencji wykluczenie Odwołującego nastąpiło z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zapewnienia uczciwej konkurencji. Nakazuje zamawiającym wspólnie udzielającym zamówienia Polskie Koleje Państwowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 142 A, 02 – 305 Warszawa oraz PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie:

- 1.1. Unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Przedsiębiorstwo Organizacji Inwestycji Allplan spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy.
- 1.2. Ponowne wezwanie Odwołującego w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp do udowodnienia, w zakresie nowych okoliczności faktycznych powołanych w informacji z dnia 2 marca 2018 r. o wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a które to okoliczności nie zostały wskazane w wezwaniu z dnia 25 stycznia 2018 r., że udział jego pracownika w przygotowaniu postępowania nie zakłóci konkurencji.
- 1.3. Ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w pozostałym zakresie zarzuty odwołania uznaje za niepotwierdzone.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiających wspólnie udzielających zamówienia Polskie Koleje Państwowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie Al. Jerozolimskie 142 A, 02 – 305 Warszawa oraz PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
3. Zasądza od zamawiających wspólnie udzielających zamówienia Polskie Koleje Państwowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie Al. Jerozolimskie 142 A, 02 – 305 Warszawa oraz PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz.1579 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający wspólnie udzielający zamówienia Polskie Koleje Państwowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie Al. Jerozolimskie 142 A 02 – 305 Warszawa oraz PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, prowadzą w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Opracowanie dokumentacji projektowej dla inwestycji pn. „Budowa dworca Olsztyn Główny wraz z modernizacją układu torowo – peronowego i infrastruktury kolejowej”, Nr KIZ/2017/WNP-006893.

W dniu 12 marca 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Przedsiębiorstwo Organizacji Inwestycji Allplan spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegających na nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty złożonej przez Odwołującego, niezasadnym wykluczeniu Odwołującego z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, gdy Odwołujący rzetelnie wykazał Zamawiającemu brak podstaw ku tej czynności,
2. art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z bezpodstawnym unieważnieniem czynności wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów oraz wykluczeniem wykonawcy z postępowania,
3. art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, poprzez brak wskazania w protokole sposobu zapewnienia konkurencji, podczas gdy jeden z Zamawiających - PKP S.A. - na etapie ogłaszania postępowania posiadał wiedzę, że jego pracownik ponad dwa miesiące przed ogłoszeniem niniejszego postępowania zakończył z nim współpracę, a biorąc pod uwagę jego kwalifikacje, powinien przyjąć, że znajdzie on zatrudnienie we własnym zawodzie,
4. art. 92 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nieznajdujące odzwierciedlenia w stanie faktycznym, lakoniczne przedstawienie uzasadnienia faktycznego w pismach dotyczących unieważnienia czynności wezwania do złożenia dokumentów i oświadczeń oraz wykluczenia

## Sygn. akt: KIO 473/18

Odwołującego z postępowania, w związku z czym Odwołujący nie uzyskał wiedzy na temat faktycznych okoliczności będących podstawą tych czynności, ponadto, z ostrożności procesowej,

5. art. 24 ust. 1 pkt 19 w związku z art. 24 ust. 10 oraz art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez brak zapewnienia Odwołującemu możliwości udowodnienia, że udział jego pracownika w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji, mimo, iż podstawę do unieważnienia czynności wezwania do złożenia oświadczeń i dokumentów stanowiły odmienne okoliczności niż wskazane w wezwaniu z dnia 25 stycznia 2018 r. i w konsekwencji wykluczenie Odwołującego nastąpiło z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zapewnienia uczciwej konkurencji;

6. art. 96 ust 1 pkt 14 ustawy Pzp, poprzez niezamieszczenie w protokole postępowania informacji dotyczących osób wykonujących czynności związane z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności unieważnienia wezwania Wykonawcy do złożenia oświadczeń i dokumentów z dnia 2 marca 2018 r.,
2. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
3. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ewentualnie:
4. unieważnienie czynności unieważnienia wezwania Wykonawcy do złożenia oświadczeń i dokumentów oraz unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z dnia 2 marca 2018r.,
5. ponownego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp;

Ponadto Odwołujący wniósł o:

1. przeprowadzenie dowodu z dokumentów powołanych w Odwołaniu,
2. przeprowadzenie dowodu z przesłuchania:
  - L. D. - Członka Zarządu POI Allplan Sp. z .o.o.
  - A. T. - Prokurenta POI Allplan Sp. z o.o.,

na okoliczność procedur stosowanych przez partnera konsorcjum dotyczących ofertowania, oraz miejsca pracy i funkcji pełnionej przez pana B. S. w POI Allplan Sp. z o.o.

3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w wysokości 15 000 zł, oraz kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 2 marca 2018 r. poinformował Odwołującego o unieważnieniu czynności wezwania do złożenia dokumentów i oświadczeń oraz wszystkich Wykonawców o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Czynność ta została poprzedzona następującą wymianą korespondencji między Odwołującym a Zamawiającym.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 stycznia 2018 r. Odwołujący przedłożył wyjaśnienia w dniu 1 lutego 2018 r. wraz z uzupełnionym formularzem JEDZ, które w ocenie Odwołującego dowodzą, iż nie nastąpiło naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Po złożeniu wyjaśnień przez Odwołującego, Zamawiający w dniu 9 lutego 2018 r. wezwał Odwołującego do przedłożenia dokumentów, w związku z uznaniem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Na wezwanie Zamawiającego Odwołujący przedstawił wymagane dokumenty w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego (tj. w dniu 19 lutego 2018 r.). Następnie, w dniu 2 marca 2018 r. Zamawiający przesłał do Odwołującego zawiadomienie o unieważnieniu czynności wezwania do złożenia oświadczeń i dokumentów oraz (w tym samym dniu) informację o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Odwołujący podkreślił, iż już przed sformułowaniem pierwszego wezwania z dnia 25 stycznia 2018 r., Zamawiający posiadał wiedzę, na temat zmiany miejsca zatrudnienia pana B. S. wskazującą, wg Odwołującego, na konieczność uruchomienia procedury przewidzianej w art. 24 ust. 10 w związku z art. 24 ust 1 pkt 19 ustawy Pzp. Skoro zatem po uzyskaniu żądanych wyjaśnień Odwołującego, Zamawiający wezwał go do złożenia dokumentów (w dniu 9 lutego 2018 r.) to w ocenie Odwołującego uznał za wystarczające przedłożone wyjaśnienia.

Ponadto treść wezwania z dnia 25 stycznia br. nie odzwierciedla kwestionowanych przez Zamawiającego czynności, które rzekomo pan S. wykonywał. Świadczy o tym fragment wezwania, w którym Zamawiający pisze: „nie bez znaczenia dla oceny zagadnienia, pozostaje również stopień trudności przygotowania oferty, z uwagi na skomplikowany charakter postępowania (rozdział zakresów oraz postępowanie administracyjne prowadzone przez Wojewódzki Urząd Konserwatora) - a tym samym fakt, iż Wykonawca mógł posiadać wcześniej wiedzę na temat opisu przedmiotu zamówienia, tj. informacje szczegółowe takie jak: zakres inwestycji, planowany zakres inwestycji (załącznik graficzny), inne dokumenty posiadane przez Zamawiającego (korespondencja) - załączniki dotyczące tych zagadnień byłyby przekazane przy udzielaniu zamówień wykonawczych), który w niezmienionej formie (albo z małymi modyfikacjami) został udostępniony w momencie ogłoszenia postępowania, zatem Wykonawca wcześniej mógł powziąć dodatkowe informacje niezbędne do przygotowania oferty”.

Jak wynika z powyższego, Zamawiający wskazuje na przekazanie informacji na etapie zamówień wykonawczych, co w niniejszej sprawie nie ma miejsca. Ponadto sam Zamawiający wskazuje, że cały materiał dotyczący przedmiotowego zamówienia został udostępniony na etapie ogłoszenia niniejszego postępowania. W konsekwencji trudno zgodzić się z Zamawiającym, iż doszło do naruszenia zasady zapewnienia uczciwej konkurencji oraz że Zamawiający nie miał możliwości wskazania w protokole postępowania sposobu zachowania uczciwej konkurencji (poprzez wskazanie, że zamieścił wszystkie materiały dotyczące przedmiotowego postępowania do wiadomości potencjalnych wykonawców).

Odwołujący zwrócił uwagę, iż pomiędzy dniem 1 lutego i 2 marca 2018 r. Zamawiający w żaden sposób nie kwestionował przedstawionych przez Odwołującego wyjaśnień i dokumentów oraz nie wskazywał na żadne inne okoliczności, wynikłe po dokonaniu czynności wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów (z dnia 9 lutego 2018 r.), mogące rzutować na rzetelność i prawdziwość przedstawionych przez Odwołującego wyjaśnień. Co więcej, biorąc pod uwagę fakt, iż obecny pracownik Odwołującego pełnił u Zamawiającego funkcję kierowniczą, jak wskazuje we własnych pismach sam Zamawiający, musiał on posiadać bezpośrednią wiedzę na temat wykonywanych przez tego pracownika zadań w całym czasie pozostawania z nim w stosunku pracy, tym bardziej, iż przy żadnej z czynności kwestionowanej w obecnym odwołaniu przez Odwołującego nie zostało wskazane, że wiedza, jaką posiada Zamawiający pochodzi od osób trzecich. Ponadto trudno uwierzyć, że pracodawca nie posiadał na bieżąco informacji o realizowanych przez własnych dyrektorów obowiązkach. Odwołujący pragnie także wskazać, że funkcja, jaką pełnił pan B. S. - tj. dyrektor - polegała w szczególności na nadzorowaniu podległych mu pracowników oraz sygnowaniu pracy innych, podległych mu osób, dlatego też nie sposób twierdzić, że osobiste zaangażowanie pana S. w tym konkretnym postępowaniu mogłoby stanowić o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji. Co więcej, trudno dać wiarę twierdzeniom Zamawiającego, że dopiero podczas dokonania czynności unieważnienia czynności wezwania do złożenia oświadczeń i dokumentów posiadał on dodatkową wiedzę o dokumentach, świadczących o czynnym udziale pana S. w przygotowaniu niniejszego postępowania, skoro pan S. już ponad 2 miesiące przed ogłoszeniem przedmiotowego postępowania nie pozostawał w stosunku pracy z PKP S.A. (tj. jednym z Zamawiających).

W ocenie Odwołującego, nie wymaga dowodu twierdzenie, iż dla każdego pracodawcy, zatrudniającego pracowników z określonymi, wymagającymi specjalnego egzaminu zawodowego, uprawnieniami, oczywistym jest, iż przy zmianie pracy pracownik taki będzie szukał zatrudnienia w branży, wymagającej posiadanych przez niego specjalności. Dlatego też, ogłaszając postępowanie ponad 2 miesiące po zakończeniu

współpracy z panem S., Zamawiający - PKP S.A. - był zobowiązany do wskazania w protokole sposobu zapewnienia konkurencji, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, tym bardziej, iż jak wynika z protokołu postępowania, wszystkie materiały dotyczące przedmiotowego postępowania, przy których udział brał Pan B. S., zostały udostępnione wszystkim potencjalnym wykonawcom. Ponadto trudno przyjąć, iż skoro w dniu 25 stycznia 2018 r. (a prawdopodobnie przed dniem wystosowania do Odwołującego wezwania datowanego na ten dzień) Zamawiający dysponował już informacją, że jego byłym pracownikiem, pan B. S. jest pracownikiem Odwołującego to nie miał wówczas pełnej wiedzy na temat konkretnych czynności wykonywanych przez niego w przygotowaniu postępowania. Na marginesie, Odwołujący wskazuje, iż sam Zamawiający przedstawia w informacji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania z dnia 2 marca 2018r., iż „bezsprzeczny fakt w niniejszej sprawie jest to, że przed terminem składania i otwarcia ofert (14.12.2017 r.) byłym pracownikiem PKP SA. (pan B. S. byłym Dyrektorem Biura Inwestycji a następnie Biura Projektowania) był zatrudniony u Wykonawcy, tj. od dnia 16.10.2017r.” Biorąc pod uwagę fakt, iż ww. okoliczność przedstawił we własnych wyjaśnieniach sam Odwołujący, trudno dociec, z jakiego powodu samo oświadczenie Odwołującego dotyczące czasu zatrudnienia pana S. stało się dla Zamawiającego „bezsprzeczny fakt” (dla wyjaśnienia: Zamawiający nie wnioskował o żaden dowód na tę okoliczność), natomiast inne, wskazane przez Odwołującego okoliczności zostały zanegowane.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż w imieniu Zamawiającego zarówno „zawiadomienie o unieważnieniu czynności wezwania do złożenia oświadczeń i dokumentów” jak i „informację o wykluczeniu wykonawcy z postępowania” podpisała osoba, która - zgodnie z udostępnionym protokołem z postępowania oraz SIWZ nie była umocowana do występowania w imieniu Zamawiających.

Odwołujący podkreślił, iż z udostępnionego przez Zamawiającego protokołu postępowania wynika, że pan S. (oraz 4 inne osoby) brał udział jedynie przy opracowaniu opisu przedmiotu zamówienia, natomiast zgodnie z zawiadomieniem o unieważnieniu czynności i informacją dotyczącą wykluczenia Odwołującego, Zamawiający przywołał szereg innych czynności, w stosunku do których nie przedstawił żadnych dowodów, poza lakonicznym stwierdzeniem, iż dysponuje on dowodami na potwierdzenie własnych twierdzeń. Co więcej, wskazane przez Zamawiającego twierdzenia nie znajdują żadnego odzwierciedlenia w przesłanym Odwołującemu protokole. Zatem w zaistniałym stanie faktycznym Odwołujący, opierając się na uzyskanych od pana B. S. informacjach, zgodnych z przesłanym przez Zamawiającego protokołem, nie znajduje uzasadnienia dla tez wskazanych w pismach Zamawiającego z dnia 2 marca 2018r. Jednocześnie należy wskazać, iż pomiędzy rozstaniem pana S. z byłym pracodawcą (tj. Zamawiającym) a ogłoszeniem przedmiotowego postępowania przez Zamawiającego nastąpiła znaczna



przerwa czasowa, tj. ponad dwa miesiące przez co niewątpliwie po stronie Zamawiającego zaistniała konieczność modyfikacji w celu dostosowania pierwotnych założeń postępowania do warunków faktycznych, jak choćby ponowne oszacowanie wartości zamówienia (co jednoznacznie wynika z protokołu postępowania).

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, iż przedmiotowe zamówienie dotyczy opracowania dokumentacji projektowej wielobranżowej, natomiast pan S. posiada uprawnienia wyłącznie w branży architektonicznej. W niniejszej sprawie nie bez znaczenia jest fakt, iż do pełnego opisu przedmiotu zamówienia niezbędne było posiadanie wiedzy z zakresu wszystkich branż. Nie bez znaczenia jest również, iż zakres OPZ, przy którym merytoryczny udział brał pan B. S. dotyczył wyłącznie zakresu 2 (tzn. zakresu PKP S.A., którego pracownikiem wówczas był pan S., stanowiącego niespełna 24% całości zamówienia) oraz ogólnych kwestii postępowania wskazanych w SIWZ, stanowiącego ułamek zamówienia (zakresy w postępowaniu zostały podzielone na zakres 1 - dotyczący infrastruktury kolejowej, w tym torów, peronów, sieci trakcyjnej, infrastruktury kolejowej, za który odpowiada PKP PLK S.A. - stanowiący ponad 76% wartości przedmiotu zamówienia (odrębna spółka z grupy PKP) oraz zakres 2 - dotyczący ewentualnego wyburzenia obecnego i budowy nowego budynku dworca (pod warunkiem uzyskania w przyszłości odpowiednich zgód, w tym MKZ). W ocenie Odwołującego jest to fakt przyznany przez Zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień lub dowodów oraz uzupełnienia dokumentów z dnia 25 stycznia 2018r. (nieunieważnionym w tym postępowaniu przez Zamawiającego). Natomiast zgodnie z informacją z otwarcia ofert, kwota, jaką Zamawiający przeznaczyci na sfinansowanie zamówienia bezsprzecznie dowodzi, jaki procent zamówienia stanowi każdy z Zakresów.

Odwołujący wskazał również, iż w zakresie dodatkowo wskazanych informacji przez Zamawiającego w pismach z dnia 2 marca 2018 r., mającym rzekomo dawać przewagę Odwołującemu, poprzez wiedzę jego pracownika, zostały wymienione informacje dostępne każdemu (tzn. nie tylko wykonawcom ubiegającym się o uzyskanie niniejszego zamówienia) z uwagi na fakt, iż są to informacje publiczne).

Odwołujący wskazał też, iż zgodnie z zasadami ustawy Pzp, Zamawiający winien przyjąć, iż każdy z potencjalnych wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne jest profesjonalistą, zatem z pewnością decyzja o nieskorzystaniu z powszechnie udostępnianych informacji nie może stanowić o przewadze któregośkolwiek z wykonawców. Co więcej, znaczna część wskazanych informacji nie wymaga nawet złożenia wniosku o ich udostępnienie, gdyż na bieżąco są one dostępne na stronach internetowych czy BIP odpowiednich podmiotów, jak np. protokół z sesji Rady Miasta Olsztyna, archiwalna dokumentacja czy informacje prasowe.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe argumenty, w ocenie Odwołującego, nie sposób przyjąć, że fakt zatrudnienia u partnera konsorcjum byłego pracownika Zamawiającego mógł mieć jakikolwiek wpływ na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz konkurencyjności.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 92 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, zgodnie z linią orzeczniczą oraz doktryną, w tym m. in. wyrokiem KIO z dnia 1 lutego 2017r. (KIO 87/17), iż „Wykonawca nie może domyślać się przesłanek wykluczenia go z postępowania. Zamawiający powinien w sposób precyzyjny i rzeczowy oraz bezpośredni wyjaśnić w uzasadnieniu przyczyny wykluczenia wykonawcy z postępowania. Podobna sytuacja wygląda w przypadku wezwania do uzupełnienia. W przeciwnej sytuacji uniemożliwia to obronę wykonawcy podjętą na drodze postępowania odwoławczego”, Analizując treść zawiadomienia o unieważnieniu czynności oraz informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, nie sposób stwierdzić na jakiej podstawie Zamawiający odmawia wiary oświadczeniu Odwołującego i czym argumentuje rzekome uczestnictwo byłego pracownika Zamawiającego (wbrew informacjom przekazany w protokole postępowania) w czynnościach przez niego wskazanych.

Odwołujący zwrócił uwagę, za wskazanym w wyroku KIO z dnia 7 lutego 2017r. (KIO 144/17 i 147/17), iż przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych odrzucenia oferty, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art 92 ust. 1 pkt 2 p.z.p. wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. To przez pryzmat tego uzasadnienia i powołanych w nim okoliczności faktycznych oraz przedstawionej argumentacji KIO dokonuje oceny prawidłowości czynności odrzucenia oferty, a ocenie KIO mogą podlegać tylko okoliczności zakomunikowane wykonawcy.

Biorąc pod uwagę wyłącznie gołosłowne, lakoniczne informacje wskazane przez Zamawiającego nie sposób uznać, zdaniem Odwołującego, że wskazane przez Zamawiającego uzasadnienie daje podstawy do sformułowania wyczerpujących zarzutów przez Odwołującego na obecnym etapie postępowania.

W sytuacji odmiennego stanowiska Izby, niż wskazane powyżej, Odwołujący wskazuje, że unieważnienie czynności wezwania do złożenia oświadczeń i dokumentów z dnia 2 marca 2018 r. oraz natychmiastowe wykluczenie Odwołującego z postępowania nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy Pzp. Powyżej przedłożone dowody świadczą, iż Zamawiający posiadając wcześniej pełną wiedzę na temat rzekomego uczestnictwa pana S. we wskazanych dopiero w dniu 2 marca 2018 r. czynnościach, wykorzystał ją do dokonania czynności wykluczenia Odwołującego i unieważnienia czynności wezwania do złożenia oświadczeń i dokumentów, czym uniemożliwił Odwołującemu ustosunkowanie się do zawartych w nich twierdzeń. Równolegle, Zamawiający - na wniosek Odwołującego - przesłał mu protokół postępowania, w którym pan S. wskazany został wyłącznie jako jedna z 5 osób dokonujących opisu przedmiotu zamówienia. Natomiast we wszystkich pozostałych opracowaniach wskazanych przez Zamawiającego w pismach z dnia 2 marca 2018r. brak jakiegokolwiek wzmianki o uczestnictwie pana B. S. w czynnościach związanych z przedmiotowym postępowaniem.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący stoi na stanowisku, że podjęte czynności przez Zamawiającego zostały dokonane niezgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp.

Pismem z dnia 22 marca 2018 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie domagając się oddalenia odwołania w całości. W pierwszej kolejności Zamawiający wyjaśnił, w odpowiedzi na zarzut wyartykułowany w treści uzasadnienia odwołania, jakoby osoba, która podpisała w imieniu Zamawiającego zawiadomienie o unieważnieniu czynności wezwania do złożenia oświadczeń i dokumentów jak również informację o wykluczeniu wykonawcy z postępowania nie była umocowana do występowania w imieniu Zamawiających. Zamawiający wskazał, że Pani G. B., wykonująca jako pełnomocnik kierownika Zamawiającego czynności, o których mowa powyżej, była należycie umocowana. Upoważnienie to wynika z następujących pełnomocnictw:

- 1) upoważnienie do działania w imieniu PKP S.A.: pełnomocnictwo udzielone Pani G. B. przez PKP S.A. nr KOP0160/40/2018 w dniu 10.01.2018 r.;
- 2) upoważnienie do działania w imieniu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.: pełnomocnictwo dalsze udzielone Pani G. B. przez Panią D. C. nr KOP-0160/213/2018 w dniu 28.02.2018 r. wynikające z: pełnomocnictwa dalszego udzielonego Pani D. C. przez PKP S.A. nr KOP-0160/166/2018 w dniu 13.02.2018 r. wynikające z: pełnomocnictwa udzielonego PKP S.A. przez PKP PLIK S.A. nr IOR-028-805/17 w dniu 02.06.2017 r.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów Odwołującego, wskazanych w odwołaniu należy wskazać, iż twierdzenia Odwołującego nie znajdują odzwierciedlenia w stanie

faktycznym, co Zamawiający szczegółowo wykazał w uzasadnieniu podstaw wykluczenia. Zarzuty Odwołującego sprowadzają się w istocie do niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zdaniem Odwołującego - wykluczenia go z postępowania. Odwołujący podnosi, iż Pan B. S. nie miał nic wspólnego z przygotowaniem oferty, a fakt jego zatrudnienia w żaden sposób nie ma wpływu na zachwianie konkurencji w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący stara się przedstawić Pana B. S. jako osobę zajmującą podrzędne stanowisko, nieposiadającą wiedzy na temat postępowań, w których Odwołujący bierze bądź brał udział, a przez to próbuje sprawić wrażenie, iż Pan B. S., będąc zatrudnionym u Zamawiającego, również zajmował jedynie szeregowe stanowisko. Sprawa przedstawia się jednak zgoła inaczej. Pan B. S. był zatrudniony u Zamawiającego przez ponad sześć lat, tj. w okresie od 05.07.2010 r. do 31.08.2017 r., na następujących stanowiskach:

- Dyrektor Projektu w Biurze Projektów Inwestycyjnych i Marketingowych PKP S.A.,
- Dyrektor Projektu w Departamencie Inwestycji PKP S.A.,
- Dyrektor Departamentu w Departamencie Inwestycji PKP S.A.,
- Dyrektor Biura w Biurze Inwestycji PKP S.A., Dyrektor Biura w Biurze projektowania PKP S.A.,
- Dyrektor Projektu w Biurze Inwestycji PKP S.A.

Zajmował więc u Zamawiającego eksponowane stanowiska, a wiedza i informacje jakie powziął w trakcie zatrudnienia są istotne z punktu widzenia oferentów przy kalkulacji oferty oraz ocenie potencjalnych ryzyk związanych z wykonywaniem zamówienia. Podkreślić należy, iż z uwagi na zajmowane u Zamawiającego stanowiska, Pan B. S. znał od podstaw inwestycje planowane do realizacji przez Zamawiającego, w tym właśnie projekt pn. „Budowa dworca Olsztyn Główny wraz z modernizacją układu torowo — peronowego i infrastruktury peronowej” oraz wszelkie problemy i zagadnienia z nim związane.

Zamawiający od momentu, kiedy Komisja Przetargowa powzięła informacje o zatrudnieniu Pana B. S. w POI Allplan sp. z o.o., zgodnie z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp zapewnił Wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji, wzywając go do złożenia wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów - co Odwołujący zdaje się jednak tracić z pola widzenia. Odwołujący zatem na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp miał możliwość w przedstawionych wyjaśnieniach z dnia 1.02.2018 r. zaprezentować dowody na potwierdzenie swoich twierdzeń, iż Pan B. S. nie brał udziału w przygotowaniu oferty ani nie miał wpływu na treść oferty, jednak z możliwości tej nie skorzystał. Zamawiający zatem zobowiązany był tylko do zapewnienia możliwości udowodnienia, ciężar dowodu w tym zakresie spoczywał natomiast na Wykonawcy. Odwołujący poprzestał natomiast wyłącznie na wyjaśnieniach. Podkreślić zatem należy, iż Odwołujący nie może obarczać Zamawiającego swoją niedostateczną aktywnością w tym zakresie i poprzestaniu na wyjaśnieniach bez

przedstawienia dowodów w czasie na to właściwym. To wyłącznie Odwołujący decyduje, w jaki sposób i z jakim zaangażowaniem dąży do wskazania, iż jego udział w postępowaniu nie zakłóci konkurencji. Odwołujący jednak konsekwencje swych zaniechań stara się przerzucić na Zamawiającego, czyniąc Zamawiającemu zarzut z niezapewnienia Odwołującemu możliwości udowodnienia, że udział jego pracownika w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji i w konsekwencji wykluczenie Odwołującego nastąpiło z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zapewnienia uczciwej konkurencji, pomimo, iż Odwołujący możliwość udowodnienia tejże okoliczności od Zamawiającego uzyskał.

Analizując jednak stan faktyczny przedmiotowej sprawy, bezspornym jest to, że przed terminem składania i otwarcia ofert (14.12.2017 r.) były pracownik PKP S.A. - Pan B. S. był zatrudniony u Wykonawcy, tj.: od dnia 16.10.2017 r. Okoliczność tę Odwołujący starał się umniejszyć w swoich wyjaśnieniach, a także stara się ją deprecjonować w złożonym odwołaniu. Istotną jest również okoliczność, iż Komisja Przetargowa na dzień składania ofert nie miała wiedzy o zatrudnieniu Pana B. S. u Odwołującego.

Nie mniej ważną okolicznością jest, próba ukrycia przez Odwołującego przed Komisją Przetargowa faktu zatrudnienia Pana B. S. przez Członka Konsorcjum Odwołującego POI Allplan sp. z o.o. i złożenie w dokumencie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej „JEDZ”) załączonym do oferty, niezgodnego z prawdą oświadczenia w tym zakresie. Zamawiający nie dysponował więc tą wiedzą od początku trwania postępowania. Zamawiający miał więc możliwość wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów w trybie art. 24 ust. 10 Pzp dopiero od momentu powzięcia wiadomości o zatrudnieniu Pana B. S. u POI Allplan sp. z o.o. W złożonych wyjaśnieniach z dnia 1.02.2018 r. Odwołujący oświadczył m.in., że:

- 1) Pan B. S. jest szeregowym pracownikiem biura zamiejscowego w Gdańsku, które zajmuje się wyłącznie realizacją inwestycji i nie zajmuje stanowiska kierowniczego w Wykonawcy,
- 2) osoby uczestniczące w przygotowaniu ww. oferty stanowczo zaprzeczają jakoby Pan B. S. pozostawał z nimi w jakimkolwiek kontakcie czy przekazywał jakiegokolwiek informacje na temat tego postępowania,
- 3) w złożonej przez konsorcjum oferty, Pan B. S. nie został wskazany jako osoba, która będzie zaangażowana ze strony konsorcjum w realizację zamówienia,
- 4) Zamawiający powziął informację dotyczącą zmiany pracodawcy przez Pana B. S. jeszcze przed ogłoszeniem niniejszego postępowania, zatem - biorąc pod uwagę profil zawodowy i kompetencje Pana B. S. - z pewnością musiał liczyć się, iż zostanie on zatrudniony na stanowisku projektanta w biurze projektowym,
- 5) Zakres 2, w którego opracowanie był zaangażowany Pan B. S., stanowi jedynie potencjalnie zakres tego postępowania, gdyż zgodnie z odpowiedzią nr 21 na pytania wykonawców Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż w

sytuacji odstąpienia od tej części zamówienia nie zostanie on zlecony wykonawcy wybranemu w niniejszym postępowaniu,

6) ceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu były do siebie zbliżone natomiast cena zaoferowana przez Konsorcjum nie była ceną najniższą (ani najwyższą) co dowodzi, iż wszyscy potencjalni wykonawcy opierali się na tożsamyh wiadomościach przekazanych przez Zamawiającego.

Budzącą wątpliwość w zakresie prawdziwości składanych oświadczeń jest okoliczność, jaką POI Allplan sp. z o.o., podnosi w wyjaśnieniach z dnia 1.02.2018 r. Z jednej strony spółka ta wskazała, że Pan B. S. jest jedynie szeregowym pracownikiem biura zamiejscowego w Gdańsku (co w pierwotnym dokumencie JEDZ ukryła), z drugiej zaś od połowy grudnia 2017 r. w wielu umowach inwestycyjnych realizowanych na rzecz Zamawiającego - PKP POI AllDlan SD. z o.o. zmieniała osoby upoważnione do kontaktu z PKP S.A. właśnie na Pana Uznano więc, iż wiedza posiadana przez Pana B. S. od strony inwestora tj. PKP S.A. o prowadzonych przez Spółkę inwestycjach jest na tyle istotna przy realizacji zamówień, że zasadnym wydaje się zaangażowanie nowego (szeregowego) pracownika (oddziału zamiejscowego) w kontynuowanie już realizowanych inwestycji.

Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący wskazał w treści odwołania, iż ofertę w przetargu przygotowywali wyłącznie przedstawiciele Członka Konsorcjum tj. POI Allplan sp. z o.o. gdzie zatrudniony jest aktualnie Pan B. S. zaś żaden z pracowników Lidera Konsorcjum — Multiconsult Polska sp. z o.o. nie został wskazany jako choćby wykonujący czynności techniczne przy przygotowywaniu oferty. Jest to okoliczność o tyle ważna, iż POI Allplan sp. z o.o. w przypadku uzyskania zamówienia, wykonywałby wyłącznie część zamówienia dotyczącą Zamawiającego PKP S.A., nie zaś całość. Co najmniej niezrozumiałym wydaje się próba wykazywania, iż ten z konsorcjantów, który w przypadku uzyskania przez Odwołującego zamówienia i wykonywałby część zamówienia dotyczącą Zamawiającego PKP S.A. stanowiącą ponad 70 % zamówienia, nie bierze udziału w przygotowywaniu oferty w tym właśnie zakresie. Powyższe prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż przy przygotowywaniu oferty brał udział Pan B. S., albowiem miał on wiedzę dotyczącą całości inwestycji — tak części dotyczącej PKP S.A. jak i PKP S.A. a udział lidera konsorcjum przy przygotowywaniu oferty nie został uznany za konieczny właśnie z uwagi na udział Pana B. S. w przygotowywaniu oferty.

Zamawiający zwrócił uwagę, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego, wskazanym w treści Odwołania, Zamawiający nie mógł przewidzieć, że do przetargu przystąpi firma, w której zatrudnienie znalazł jej były pracownik. Co więcej należy pamiętać, że w dniu ogłaszania przetargu tj. dnia 06.11.2017 r., Zamawiający nie miał jeszcze wiedzy o zatrudnieniu Pana B. S. przez POI Allplan sp. z o.o. (gdyż wiedzy takiej mieć nie musiał) zważając na wielość podmiotów na rynku świadczących usługi projektowe. Zamawiający nie

musiał zatem spodziewać się, że ofertę złoży wykonawca, u którego pracuje Pan B. S. Zamawiający jest dużym przedsiębiorstwem zatrudniającym ponad dwa tysiące osób będących specjalistami w wielu różnych dziedzinach. Idąc tokiem rozumowania Odwołującego, należałoby spodziewać się, iż w każdym potencjalnym postępowaniu Zamawiający będzie przewidywał, że oferta może zostać złożona przez podmiot, który zatrudnia jakiegoś byłego pracownika Zamawiającego (a zwłaszcza pracownika, który brał czynny udział w przygotowaniu postępowania) przez sam tylko fakt, iż ludzie zmieniają pracę. powyższa argumentacja jest z gruntu absurdalna i niemożliwa do realizacji. Odwołujący zdaje się zapominać, iż były pracodawca nie ma obowiązku ani nawet potrzeby śledzić dalszej ścieżki zawodowej swoich byłych pracowników.

Wbrew temu co Odwołujący wskazuje w wyjaśnieniach z dnia 01.02.2018 r., jak również w Odwołaniu, posiadał on dodatkowe informacje o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia, które na etapie ogłoszenia postępowania nie były znane wszystkim zainteresowanym, tj.:

1. zbiorczym zestawieniem kosztów inwestycyjnych planowanych do poniesienia przez Zamawiających na zadaniu objętym niniejszym postępowaniem, w tym wartością robót budowlanych, która stanowiła podstawę ustalenia szacunkowej wartości zamówienia na prace projektowe;
2. szacunkową wartością zamówienia (kosztem wykonania dokumentacji projektowej);
3. Rezultatami Studium Wykonalności, które zgodnie z warunkami postępowania miały zostać udostępnione zwycięskiemu Wykonawcy dopiero po podpisaniu umowy na projektowanie;
4. wiedzą o stanie obiektu wynikającą z dostępu Pana B. S. do historycznej dokumentacji konstrukcyjnej dworca Olsztyn Główny pochodzącej z 1968 roku;
5. innymi obszernymi informacjami wynikającymi z udziału Pana B. S., m.in. w następujących czynnościach przygotowawczych do przetargu:
  - a) redagował i wносił uwagi do Opisu Przedmiotu Zamówienia wraz z załącznikami oraz do projektu umowy z projektantem na etapie uzgodnień PKP S.A. z PKP PLK S.A., a następnie uzgadniał te dokumenty przetargowe z ramienia PKP S.A. przed ogłoszeniem przetargu;
  - b) opracowywał dokumenty niezbędne do podpisania porozumienia pomiędzy PKP S.A. a PKP PLK S.A. o współpracy dla wyłonienia projektanta dla całości zamierzenia inwestycyjnego, tj. infrastruktury kolejowej zarządzanej przez PKP PLK S.A. oraz nowego dworca kolejowego planowanego przez PKP S.A.;
  - c) miał wgląd we wszystkie uwagi do ww. dokumentów zgłaszane przez Współzamawiającego — PKP PLK S.A. na etapie przygotowania przetargu;

- d) brał z ramienia Zamawiającego udział w posiedzeniach Rady Miasta Olsztyna Komisji Inwestycji i Rozwoju ws. zagospodarowania rejonu dworca Olsztyn Główny oraz w rozmowach z podmiotami zewnętrznymi interesariuszami inwestycji w rejonie stacji i dworca Olsztyn Główny (Urząd Miasta Olsztyna, Przewozy Regionalne Sp. z o.o., prywatny właściciel dworca PKS) oraz Współzamawiającym (PKP PLK S.A.), których przebieg i rezultaty miały decydujący wpływ na decyzje podejmowane przez PKP S.A. i PKP PLK S.A. odnośnie zakresu, formy i istotnych warunków udzielanego zamówienia;
- e) brał z ramienia Zamawiającego udział w spotkaniach z Warmińsko-Mazurskim Konserwatorem Zabytków w sprawie postępowania administracyjnego dot. wpisania obiektu dworca do rejestru zabytków, mającego istotny wpływ na ostateczny zakres i formę prac planowanych do realizacji przez PKP S.A.;
- f) brał udział w przygotowaniu i zatwierdzał dokumenty (w tym projekt Uchwały Zarządu PKP S.A.) niezbędne do wyrażenia przez Zarząd PKP S.A. zgody na zaciągnięcie przez Spółkę zobowiązania finansowego w ściśle określonej wysokości w celu ogłoszenia przetargu i podpisania umowy na prace projektowe, a także zgody na wszczęcie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w tej sprawie — przy czym Zarząd PKP S.A. powierzył wykonanie Uchwały podjętej w tej sprawie Panu B. S. jako Dyrektorowi Biura Projektowania w Centrali PKP S.A.;
- g) brał udział w ustaleniu kryteriów oceny ofert w przedmiotowym przetargu;
- h) pełnił nadzór nad wszystkimi działaniami Biura Inwestycji i Biura Projektowania prowadzonymi w imieniu PKP S.A., a zmierzającymi do ogłoszenia przedmiotowego postępowania — najpierw jako Dyrektor Biura Inwestycji, a następnie jako Dyrektor Biura Projektowania w Centrali PKP S.A.;
- i) miał dostęp do innych dokumentów i informacji związanych z przygotowaniem przedmiotowego postępowania, w związku z pełnieniem funkcji Dyrektora Biura Inwestycji, a następnie Dyrektora Biura Projektowania.

Powyższe dokumenty, stanowią jedynie niewielką część materiałów potwierdzający udział Pana B. S. w przygotowywaniu projektu.

W ocenie Zamawiającego bardzo istotną kwestią w przedmiotowej sprawie jest fakt, iż Pan B. S. posiadał pełną wiedzę o Rezultatach Studium Wykonalności, które zostało wykonane na potrzeby inwestycji: „Budowa dworca Olsztyn Główny wraz z modernizacją układu torowo peronowego i infrastruktury peronowej”. Rezultaty Studium Wykonalności, jak wynika z treści dokumentacji przetargowej, miały zostać przekazane wykonawcy wyłonionemu w przetargu dopiero po podpisaniu umowy, z uwagi na fakt, iż przedmiotowy dokument zawiera szacowanie wartości całej inwestycji, w tym w szczególności robót budowlanych lub usług, których wykonanie może być zlecone w związku z tą inwestycją.



Tym samym publikowanie przedmiotowych informacji na etapie przetargu, poprzez zamieszczenie ich na stronie internetowej do publicznej wiadomości, ze względu na charakter informacji zawartych w ww. dokumencie spowodowałoby, iż potencjalni oferenci w postępowaniach na wykonanie robót budowlanych lub usług, mogliby posiadać istotne informacje na długo przed ogłoszeniem przez Zamawiającego postępowań na ww. zamówienia na roboty budowlane i usługi z nimi związane.

Ponadto wykorzystanie informacji posiadanych przez Pana B. S., miało wpływ na to, że Odwołujący był w uprzywilejowanej pozycji względem innych potencjalnych wykonawców, z uwagi na fakt, iż jak wynika z powyżej wskazanych informacji i załączonych dokumentów, były to informacje bardzo szczegółowe o zdarzeniach i zmianach jakie zachodziły w dokumentacji przetargowej na etapie jej przygotowywania przez Zamawiającego. Zamawiający w żaden inny sposób nie jest w stanie wyeliminować zakłócenia konkurencji, z uwagi na fakt, iż musiałby przekazać wszystkie posiadane dokumenty dotyczące przedmiotowej inwestycji wykonawcom uczestniczącym nie tylko w tym postępowaniu, ale również w każdym innym postępowaniu mającym związek z przedmiotową inwestycją.

Istotnym jest, iż dokumenty nie odzwierciedlają pełnej wiedzy, jaką posiada Pan B. S.. Nie bez znaczenia w przedmiotowej sprawie pozostaje również fakt, iż jak zostało to wskazane w piśmie Zamawiającego informującym o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, Pan B. S., brał udział w licznych spotkaniach ze swoimi ówczesnymi współpracownikami z PKP S.A., jak również z przedstawicielami PKP PLK S.A., przedstawicielami Miasta Olsztyn, Warmińsko-Mazurskim Konserwatorem Zabytków. Spotkania te dotyczyły właśnie inwestycji „Budowa dworca Olsztyn Główny wraz z modernizacją układu torowo — peronowego i infrastruktury peronowej”. Wiedza jaką w toku tych spotkań pozyskał Pan B. S., bez wątpienia była bardzo obszerna i niemożliwa do przekazania przez Zamawiającego wszystkim wykonawcom przystępującym do przedmiotowego przetargu, bowiem udziału w spotkaniach, naradach, wszelkich szczegółów rozmów czy uzgodnień nie można w pełni ująć w dokumentacji czy notatkach w taki sposób by umożliwić do nich dostęp innym wykonawcom. Tym samym za w pełni uzasadnioną należy uznać decyzję Zamawiającego w zakresie wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, w zakresie, bezpodstawnego cofnięcia przez Zamawiającego czynności dokonanej na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, należy wskazać, że skład Komisji Przetargowej przez czas trwania postępowania zmieniał się wielokrotnie. Członkowie Komisji wyłączali się lub też byli zastępowani innymi osobami. W przypadku wyłączeń, w oświadczeniach o wyłączeniu Członkowie Komisji wskazywali na art. 17 ust. 1 pkt. 4) ustawy Pzp, stanowiący, o tym, że pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności

tych osób. Nie wskazywali oni jednak okoliczności faktycznych związanych z przyczyną wyłączenia ani tego, z którym wykonawcą wyłączenie ma związek. Członkowie Komisji Przetargowej, którzy pozostawali w trwającym postępowaniu wiedzę tę powzięli znacznie później niż wnioski POI Allplan sp. z o.o. o zmiany osoby do kontaktu w realizowanych już inwestycjach wpływały do PKP S.A. Po powzięciu przez Komisję i Kierownika Zamawiającego informacji, o tym, że Pan B. S. pracuje u POI Allplan sp. z o.o., Zamawiający pismem z dnia 25.01.2018 r., wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień,

Odwołujący jak wskazano powyżej złożył dnia 1.02.2018 r. wyjaśnienia, nie przedkładając żadnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń. Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami złożonymi przez Odwołującego, Zamawiający podjął decyzję o dalszych czynnościach w postępowaniu i wezwał wykonawcę do złożenia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Jednakże po przekazaniu ww. pisma do wykonawcy, do Komisji Przetargowej i Kierownika Zamawiającego zostały przekazane przez pracowników PKP S.A. dokumenty świadczące o tym, iż udział Pana B. S. w przygotowaniu dokumentacji przetargowej był znacznie szerszy niż wiedza Komisji w zakresie tego udziału w momencie uzyskania wyjaśnień Odwołującego, a fakt iż Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 1.02.2018 r. nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń, Odwołujący nie dał Zamawiającemu podstaw do ponownego wezwania go do złożenia wyjaśnień w przedmiotowej sprawie. Jednocześnie powzięta przez Komisję informacja, w zakresie udziału Pana B. S. w przygotowaniu inwestycji Olsztyn Główny do realizacji, w tym również w przygotowaniu niniejszego postępowania, powodowała tak dużą dysproporcję pomiędzy wiedzą POI Allplan sp. z o.o., a innymi wykonawcami, iż powyższej przewagi Odwołującego, która spowodowała zakłócenie konkurencji, nie można było wyeliminować w inny sposób, aniżeli poprzez wykluczenie tego oferenta. W związku z powyższym, za zasadne uznał Kierownik Zamawiającego, przy wsparciu Komisji, iż konieczne jest cofnięcie czynności dokonanej przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, co jest prawnie dopuszczalne, a następnie za zasadne uznano wykluczenie Odwołującego. Wskazać należy, iż zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 1 pkt 19 Ustawy Pzp, aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania Zamawiający musi dokonać analizy czy zostały spełnione łącznie następujące przesłanki: po pierwsze - stwierdzić udział wykonawcy w przygotowaniu prowadzonego postępowania, po drugie - ustalić, czy spowodowane tym ewentualne zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Jednocześnie przypomnienia wymaga, iż celem ww. przepisu jest wyeliminowanie z postępowania podmiotów, które nabyły w trakcie uczestnictwa w przygotowaniu postępowania wiedzę, która może je stawiać w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu (patrz Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 listopada 2017 r. KIO 2343/17; KIO 2344/17).

Należy również zwrócić uwagę na fakt, iż protokół postępowania załączony do Odwołania przedstawia stan na dzień 15.02.2018 r., zaś od tego czasu skład Komisji Przetargowej został dnia 01.03.2018 r. zmieniony, co również nie pozostaje bez znaczenia w przedmiotowej sprawie.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 96 ust. 1 pkt. 14 ustawy Pzp, poprzez niezamieszczenie w protokole postępowania informacji dotyczących osób wykonujących czynności związane z przygotowaniem postępowania o udzielenia zamówienia, Zamawiający wskazuje, iż w protokole z postępowania w pkt 4 lit. B, zostało wskazane, iż Pan B. S. przygotowywał opis przedmiotu zamówienia. Podkreślić zaś należy, iż wiedza Pana B. S. dotycząca szacowania wartości zamówienia, czy ustalania kryteriów oceny ofert wynikała również z zajmowanych przez niego stanowisk u Zamawiającego. Protokół zaś postępowania jest dokumentem, który do czasu jego ostatecznego zatwierdzenia Zamawiający ma prawo aktualizować. Tym samym powyższy zarzut należy uznać za chybiony.

W dniu 15 marca 2018 r. wykonawca TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego do udziału w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem zainteresowanym o ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, a przywrócenie go do postępowania może spowodować, że jego oferta zostanie oceniona jako najkorzystniejsza.

Izba dopuściła wykonawcę TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, (dalej: Przystępujący) do udziału w przedmiotowym postępowaniu w charakterze uczestnika postępowania, gdyż w ocenie składu orzekającego zostały wypełnione wszystkie przesłanki o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, pismem z dnia 25 stycznia 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 10 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień lub przedstawienia dokumentów, na to, że podjęte przez Wykonawcę środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności i profesjonalizmu, w szczególności, że udział jego pracownika lub osoby zatrudnionej na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, która brała udział w przygotowaniu postępowania, nie spowoduje naruszenia zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (zasady konkurencyjności i zasady równego traktowania wykonawców), w związku z zaistnieniem określonych postaw wykluczenia Wykonawcy z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że powziął informację o tym, że u partnera konsorcjum składającego ofertę, tj. w Przedsiębiorstwie Organizacji Inwestycji „Allplan” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zatrudniony jest były pracownik Zamawiającego (PKP S.A., Biuro Projektowania, Biuro Inwestycji), tj. pan B. S. biorący udział w przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia w Zakresie 2 – PKP S.A., w szczególności wskazania zakresu prac przy przygotowaniu dokumentacji oraz określenia zasad wynagrodzenia. Uczestnictwo pana B. S. w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania miało więc charakter bezpośredni, tj. rezultat tych prac przygotowawczych był bezpośrednio wykorzystywany w danym postępowaniu.

W związku z powyższym, Wykonawca winien udowodnić, iż posługując się ww. wymienioną osobą, która brała udział w przygotowaniu przedmiotowego postępowania, nie uzyskał przewagi konkurencyjnej z uwagi na fakt, iż mógł posiadać dodatkowe informacje o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia, które na etapie ogłoszenia postępowania nie były znane wszystkim zainteresowanym, tj. szacunkowa wartość zamówienia, warunki lokalizacyjne, techniczne, uzgodnienia z lokalnymi władzami, przez co miał możliwość dokonania głębszej analizy przedmiotowej inwestycji.

Nie bez znaczenia dla oceny zagadnienia, pozostaje również stopień trudności przygotowania oferty, z uwagi na skomplikowany charakter postępowania (rozdział zakresów oraz postępowanie administracyjne prowadzone przez Wojewódzki Urząd Konserwatora) – a tym samym fakt, iż Wykonawca mógł posiadać wcześniej wiedzę na temat opisu przedmiotu zamówienia, tj. informacje szczegółowe takie jak: zakres inwestycji, planowany zakres inwestycji (załącznik graficzny), inne dokumenty posiadane przez Zamawiającego (korespondencja) – załączniki dotyczące tych zagadnień byłyby przekazane przy udzielaniu zamówień wykonawczych), który w niezmienionej formie albo z małymi modyfikacjami został udostępniony w momencie ogłoszenia postępowania, zatem Wykonawca wcześniej mógł powziąć dodatkowe informacje niezbędne do przygotowania oferty.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący pismem z dnia 1 lutego 2018 r. udzielił następujących wyjaśnień. Odwołujący wskazał, że w czynnościach dotyczących przygotowania oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia ze strony partnera konsorcjum nie brał udziału pan B. S., w związku z czym fakt, iż jest on pracownikiem partnera konsorcjum nie spowodował choćby zagrożenia zakłócenia konkurencji i naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. W przygotowanie oferty ze strony partnera konsorcjum tj. POI Allplan spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zaangażowane były wyłącznie pani A. T. – prokurent i pani P. F. – pracownik działu ofertowania w siedzibie spółki w Bydgoszczy. Natomiast pan S. nie zajmuje stanowiska kierowniczego, a osoby które przygotowywały ofertę stanowczo zaprzeczają aby pan S. pozostawał z nimi w jakimkolwiek kontakcie czy przekazywał jakiegokolwiek informacje na temat tego postępowania. Ponadto, jak wynika ze złożonej przez Odwołującego oferty, pan S. nie został wskazany jako osoba, która będzie zaangażowana do realizacji zamówienia.

Nie bez znaczenia w ocenie Odwołującego jest też fakt, że ceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu były do siebie zbliżone, natomiast cena zaoferowana przez Odwołującego nie była ceną najniższą (ani najwyższą) co dowodzi, iż wszyscy potencjalni wykonawcy opierali się na tożsamych wiadomościach przekazanych przez Zamawiającego. Ponadto należy wspomnieć, iż Zakres 2, w którego opracowanie był zaangażowany pan S., stanowi jedynie potencjalnie zakres tego postępowania, gdyż zgodnie z odpowiedzią nr 21 na pytania wykonawców, Zamawiający odpowiedział, że w sytuacji odstąpienia od tej części zamówienia nie zostanie on zlecony wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu. W tej sytuacji realizowane będzie wyłącznie Zakres 1, stanowiący przeważającą część kontraktu i będący najbardziej skomplikowanym w ramach tego zadania, a przy którego przygotowaniu pan B. S. nie brał udziału.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający opublikował do wiadomości wszystkich wykonawców wszystkie materiały, przy których tworzeniu pracował pan B. S., czym zniwelował ewentualną groźbę naruszenia art. 7 ustawy Pzp poprzez zastosowanie odpowiednio zasad wynikających z art. 31 d) ustawy Pzp.

Odwołujące wskazał, że w związku z powyższym uzasadniona jest teza, że przystępując do sporządzania oferty wszyscy potencjalni wykonawcy dysponowali identycznymi informacjami i zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców została zachowana. Ponadto nie bez znaczenia jest fakt, że Zamawiający podczas prowadzenia postępowania zmienił – pod wpływem przesyłanych do niego zapytań wykonawców – zapisy SIWZ, na co pracownik partnera odwołującego się Konsorcjum (a były pracownik Zamawiającego) nie mógł mieć wpływu a co więcej nie mógł posiadać takiej wiedzy. Co więcej, na każdym etapie przedmiotowego postępowania to wyłącznie

Zamawiający miał wpływ na postanowienia SIWZ i to tylko od jego autonomicznej decyzji zależał ostateczny kształt postanowień SIWZ, co w przedmiotowym postępowaniu znalazło odzwierciedlenie.

Pismem z dnia 2 marca 2018 r. „Informacja o wykluczeniu wykonawcy z postępowania”, Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp ustawy Pzp, wskazując następujące uzasadnienie.

Zamawiający powziął informację, iż u Wykonawcy Przedsiębiorstwo Organizacji Inwestycji „Allplan” Sp. z o.o., będącego partnerem konsorcjum składającego ofertę, zatrudniony jest były pracownik Zamawiającego (PKP SA. Biuro Projektowania, Biuro Inwestycji), tj.: Pan B. S., który jako dyrektor Biura Inwestycji, a następnie jako Dyrektor Biura Projektowania w Centrali PKP S.A. weryfikował i akceptował dokumenty związane z przygotowaniem ww. postępowania.

Zdaniem Zamawiającego uczestnictwo ww. osoby w zakresie wyżej opisanych czynności, związanych z przygotowaniem postępowania o zamówienie, zostało wykorzystane w ceru przygotowania oferty w danym postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający (działając na podstawie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp) zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, lub przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez Wykonawcę środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności zawodowej i profesjonalizmu, w szczególności wyczerpujących wyjaśnień, że udział jego pracownika lub osoby zatrudnionej na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, która brała udział w przygotowaniu postępowania, nie spowoduje naruszenia zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 Pzp (zasady konkurencyjności i zasady równego traktowania Wykonawców), w związku z zaistnieniem określonych podstaw wykluczenia Wykonawcy z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19) ustawy Pzp.

Na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca w dniu 1 lutego 2018 r. udzielił wyjaśnień, które zdaniem Zamawiającego nie udowodniły, że pozycja Wykonawcy w postępowaniu nie była korzystniejsza niż innych Wykonawców w nim uczestniczących i tym samym nie udowodnił, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłócił konkurencji mimo, że Zamawiający zapewnił temu Wykonawcy możliwość udowodnienia jej braku. Powstałe zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie tegoż Wykonawcy z udziału w postępowaniu, z uwagi na poniższe argumenty.

Bezspornym faktem w niniejszej sprawie jest to, że przed terminem składania i otwarcia ofert (14.12.2017 r.) były pracownik PKP S.A. (Pan B. S. były Dyrektor Biura

Inwestycji a następnie Biura Projektowania) był zatrudniony u Wykonawcy, tj.: od dnia 16.10.2017 r.

W złożonych wyjaśnieniach z dnia 1 lutego 2018 r. Wykonawca oświadczył m.in., że:

1) p. B. S. jest szeregowym pracownikiem biura zamiejscowego w Gdańsku, które zajmuje się wyłącznie realizacją inwestycji i nie zajmuje stanowiska kierowniczego w Wykonawcy,

2) osoby uczestniczące w przygotowaniu w/w oferty stanowczo zaprzeczają jakoby pan S. pozostawał z nimi w jakimkolwiek kontakcie czy przekazywał jakiegokolwiek informacje na temat tego postępowania,

3) w złożonej przez konsorcjum oferty, pan S. nie został wskazany jako osoba, która będzie zaangażowana ze strony konsorcjum w realizację zamówienia,

4) Zamawiający powziął informację dotyczącą zmiany pracodawcy przez pana S. jeszcze przed ogłoszeniem niniejszego postępowania, zatem - biorąc pod uwagę profil zawodowy i kompetencje pana B. S. - z pewnością musiał liczyć się, iż zostanie on zatrudniony na stanowisku projektanta w biurze projektowym,

5) Zakres 2, w którego opracowanie był zaangażowany pan S., stanowi jedynie potencjalnie zakres tego postępowania, gdyż zgodnie z odpowiedzią nr 21 na pytania wykonawców Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż w sytuacji odstąpienia od tej części zamówienia nie zostanie on zlecony wykonawcy wybranemu w niniejszym postępowaniu,

6) ceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu były do siebie zbliżone natomiast cena zaoferowana przez Konsorcjum nie była ceną najniższą (ani najwyższą) co dowodzi, iż wszyscy potencjalni wykonawcy opierali się na tożsamyach wiadomościach przekazanych przez Zamawiającego.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga to, iż ogólną zasadą zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jest zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Czynności związane z przygotowaniem postępowania opisane są w rozdziale 2 Działu II PZP, w art. 29 - 38 ustawy Pzp. Do najważniejszych z tych czynności należy opisanie przedmiotu zamówienia, ustalenie wartości zamówienia i sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym opracowanie wzoru umowy lub istotnych postanowień umowy. Wbrew temu co twierdzi Wykonawca, dysponował dodatkowymi informacjami o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia, które na etapie ogłoszenia postępowania nie były znane wszystkim zainteresowanym, tj.:

1) założeniami funkcjonalno-przestrzennymi i koncepcją nowego dworca;

2) zbiorczym zestawieniem kosztów inwestycyjnych planowanych do poniesienia przez Zamawiających na zadaniu objętym niniejszym postępowaniem, w tym wartością robót budowlanych, która stanowiła podstawę ustalenia szacunkowej wartości zamówienia na prace projektowe;

3) szacunkową wartością zamówienia (kosztem wykonania dokumentacji projektowej); Zamawiający dysponuje materiałami, z których jasno wynika, iż p. B. S. brał czynny i bezpośredni udział w pozyskiwaniu źródeł szacowania wartości zamówienia;

4) Rezultatami Studium Wykonalności, które zgodnie z warunkami postępowania miały zostać udostępnione zwycięskiemu Wykonawcy dopiero po podpisaniu umowy na projektowanie;

5) wiedzą o stanie obiektu Unikającą z dostępu p. B. S. do historycznej dokumentacji konstrukcyjnej dworca Olsztyn Główny pochodzącej z 1968 roku;

6) innymi obszernymi informacjami wynikającymi z udziału p. B. S. m.in. w następujących czynnościach przygotowawczych do przetargu:

a) redagował i wносił uwagi do Opisu Przedmiotu Zamówienia wraz z załącznikami oraz do projektu umowy z projektantem na etapie uzgodnień PKP S.A. z PKP PLK S.A., a następnie uzgadniał te dokumenty przetargowe z ramienia PKP S.A. przed ogłoszeniem przetargu;

b) opracowywał dokumenty niezbędne do podpisania porozumienia pomiędzy PKP S.A. a PKP PLK S.A. o współpracy dla wyłonienia projektanta dla całości zamierzenia inwestycyjnego, tj. infrastruktury kolejowej zarządzanej przez PKP PLK S.A. oraz nowego dworca kolejowego planowanego przez PKP S.A.;

c) miał wgląd we wszystkie uwagi do ww. dokumentów zgłaszane przez Współzamawiającego — PKP PLK S.A. na etapie przygotowania przetargu;

d) brał z ramienia Zamawiającego udział w posiedzeniach Rady Miasta Olsztyna - Komisji Inwestycji i Rozwoju ws. zagospodarowania rejonu dworca Olsztyn Główny oraz w rozmowach z podmiotami zewnętrznymi — interesariuszami inwestycji w rejonie stacji i dworca Olsztyn Główny (Urząd Miasta Olsztyna, Przewozy Regionalne Sp. z o.o., prywatny właściciel dworca PKS) oraz Współzamawiającym (PKP PLK S.A.), których przebieg i rezultaty miały decydujący wpływ na decyzje podejmowane przez PKP S.A. i PKP PLK S.A. odnośnie zakresu, formy i istotnych warunków udzielanego zamówienia;

e) brał z ramienia Zamawiającego udział w spotkaniach z Warmińsko-Mazurskim Konserwatorem Zabytków w sprawie postępowania administracyjnego dot. wpisania obiektu dworca do rejestru zabytków, mającego istotny wpływ na ostateczny zakres i formę prac planowanych do realizacji przez PKP S.A.;

f) brał udział w przygotowaniu i zatwierdzał dokumenty (w tym projekt Uchwały Zarządu PKP S.A.) niezbędne do wyrażenia przez Zarząd PKP S.A. zgody na zaciągnięcie przez Spółkę zobowiązania finansowego w ściśle określonej wysokości w celu ogłoszenia przetargu i podpisania umowy na prace projektowe, a także zgody na wszczęcie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w tej sprawie — przy



czym Zarząd PKP S.A. powierzył wykonanie Uchwały podjętej w tej sprawie p. B. S. jako Dyrektorowi Biura Projektowania w Centrali

PKP S.A.;

g) brał udział w ustaleniu kryteriów oceny ofert w przedmiotowym przetargu;

h) pełnił nadzór nad wszystkimi działaniami Biura Inwestycji i Biura Projektowania prowadzonymi w imieniu PKP S.A., a zmierzającymi do ogłoszenia przedmiotowego postępowania — najpierw jako Dyrektor Biura Inwestycji, a następnie jako Dyrektor Biura Projektowania w Centrali PKP S.A.;

i) miał dostęp do innych dokumentów i informacji związanych z przygotowaniem przedmiotowego postępowania, w związku z pełnieniem funkcji Dyrektora Biura Inwestycji a następnie Dyrektora Biura Projektowania.

Zamawiający jest w posiadaniu dokumentacji, z której wynika, iż ww. osoba brała czynny udział w oszacowaniu wartości robót budowlanych planowanych do wykonania w ramach inwestycji oraz wartości prac projektowych na potrzeby przetargu, w przygotowaniu SIWZ przedmiotowego przetargu poprzez wnoszenie uwag, zmian w treści SIWZ wraz z załącznikami (OPZ oraz umowa na prace projektowe), w ustaleniu kryteriów oceny ofert w przedmiotowym przetargu, w przygotowaniu dokumentacji (w tym Uchwały Zarządu Zamawiającego) niezbędnej do wyrażenia przez Zarząd PKP S.A. zgody na zaciągnięcie przez Spółkę zobowiązania finansowego w ściśle określonej wysokości w celu ogłoszenia przetargu i podpisania umowy na prace projektowe, a także zgody na wszczęcie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w tej sprawie.

Celem art. 24 ust. 1 pkt 19) ustawy Pzp jest wyeliminowanie z postępowania podmiotów, które nabyły w trakcie uczestnictwa w przygotowaniu postępowania wiedzę, która może je stawiać w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zamawiający nie może zbagatelizować roli ww. osoby biorącej udział w przygotowaniu omawianej dokumentacji. Nadmienić należy, że w świetle art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, nie ma znaczenia czy udział w przygotowaniu postępowania przybierać będzie charakter czynności bezpośrednich czy pośrednich. Istotne znaczenie ma w ogóle sam udział w przygotowaniu postępowania po stronie Zamawiającego, co w niniejszej sprawie miało miejsce. Ustawodawca w sposób szeroki określił udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania, uznając że wykluczeniu podlega wykonawca, który samodzielnie brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, ale również wykonawca którego pracownik bądź inna osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług wykonywała takie czynności— co również miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym, gdyż Pana B. S. łączy z Wykonawcą właśnie umowa cywilnoprawna.

Biorąc pod uwagę powyższe, Wykonawca znajdował się w korzystniejszej sytuacji przy sporządzaniu swojej oferty z powodu informacji, które uzyskał w przedmiocie danego zamówienia publicznego w trakcie wykonywania przez jego pracownika ww. prac przygotowawczych. Informacje te, istotne dla kalkulacji ceny ofertowej, nie były znane innym oferentom, biorącym udział w postępowaniu, Zamawiający wyklucza zatem ww. Wykonawcę, gdyż nie udowodnił on Zamawiającemu, że udział wskazanej przez niego osoby, nie zakłóci konkurencji w niniejszym postępowaniu,

Wszyscy wykonawcy powinni mieć jednakowe szanse i równą wiedzę na temat realizacji, zasad i szczegółów danego zamówienia (lokalizacje obiektów, liczbę budynków, dworców, itd.), co ma istotne znaczenie przy sporządzaniu treści oferty i oszacowaniu nakładów pracy u danego Wykonawcy i jest fundamentalną zasadą prawa zamówień publicznych.

Powstałe zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie tegoż Wykonawcy z udziału w postępowaniu.

#### **Izba zważyła co następuje.**

Stosownie do treści przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. W ocenie Izby przywołany przepis należy rozpatrywać łącznie z art. 24 ust. 8 i ust. 10 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp wykonawca, który podlega wykluczeniu m.in. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności wyczerpująco wyjaśnić, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie spowoduje naruszenia zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie zaś z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp w przypadkach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp przed wykluczeniem wykonawcy Zamawiający jest obowiązany zapewnić temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

W wyroku ETS z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 *Fabricom SA v. Państwo Belgijskie*, zwrócono uwagę, na brak automatyzmu przy wykluczeniu wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu danego postępowania.

Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że udział danego wykonawcy w niektórych pracach przygotowawczych może prowadzić do zakłócenia konkurencji między oferentami, uznał jednak również, że istnieją przypadki, w których wykluczenie z procedury przetargowej osób wykonujących niektóre prace przygotowawcze jest nieuzasadnione, bowiem ich uczestnictwo w procedurze nie stanowi żadnego niebezpieczeństwa dla konkurencji między oferentami. Tym samym, zamawiający jest obowiązany wykluczyć wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania tylko i wyłącznie wtedy, gdy jest w stanie wykazać, iż jego udział w tym postępowaniu utrudnił konkurencję, tj. jego pozycja była korzystniejsza od innych wykonawców w nim uczestniczących oraz, że spowodowanego tym zakłócenia konkurencji nie da się wyeliminować w inny sposób niż poprzez wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Skład orzekający stoi na stanowisku, zgodnie z którym fakt, że dany wykonawca brał udział w przygotowaniu postępowania nie stanowi wystarczającej przyczyny wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia. Oczywistym jest, że wykonawca taki, przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia, nabywa informacje o przedmiocie zamówienia, jeśli jednak informacje te wchodziły również w zakres dokumentacji postępowania i były do wykorzystania na równych zasadach dla wszystkich zainteresowanych uczestnictwem w przetargu, to uznać należy, iż przewaga wykonawcy, który przygotowywał dokumentację takiego postępowania, w którym następnie złożył ofertę, będzie polegać jedynie na wcześniejszej znajomości przedmiotu zamówienia i ewentualnie krótszym czasie przygotowania oferty. Jednakże okoliczność ta nie stanowi wystarczającego dowodu utrudnienia uczciwej konkurencji.

Rozważania wymaga kwestia jak należy rozumieć pojęcie „udowodnienia”, o którym mowa w przepisie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, w szczególności czy zwrot ten oznacza, że wezwany wykonawca zawsze ma obowiązek przedstawić dowody w postaci dokumentów, które będą potwierdzać okoliczności przywoływane przez wykonawcę. W ocenie składu orzekającego przyjęcie takiego stanowiska mogłoby prowadzić w określonych okolicznościach do nadmiernego i nieuzasadnionego formalizmu, a w konsekwencji wykonawca, który w odpowiedzi na takie wezwanie złożył tylko wyjaśnienia, musiałby zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na brak załączenia dowodów. W ocenie składu orzekającego nie taki jest cel omawianej regulacji. Celem jest przede wszystkim ustalenie, czy udział wykonawcy, bądź jak w przedmiotowej sprawie – jego pracownika – w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Mając na uwadze różnorodność stanów faktycznych, jakie mogą mieć miejsce na gruncie omawianej regulacji, nie można, w ocenie składu orzekającego, kategorycznie wykluczyć możliwości wystąpienia sytuacji, w których wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę będą mogły zostać ocenione przez zamawiającego pozytywnie, tj. dadzą

podstawę do stwierdzenia, że wykonawca udowodnił, że nie doszło do zakłócenia konkurencji w danym postępowaniu. Należy przy tym pamiętać, że udowodnieniu w omawianym przypadku podlega przesłanka negatywna, co tym bardziej może powodować trudności w złożeniu stosownych dokumentów, rozumianych jako dowody. Jednocześnie należy z całą mocą podkreślić, że w sytuacji złożenia w odpowiedzi na wezwanie z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp jedynie wyjaśnień (tj. bez załączenia dowodów w postaci dokumentów) ich treść powinna podlegać wnikliwej ocenie, a same wyjaśnienia powinny być wyczerpujące, treściwe, rzeczowe, merytoryczne oraz odnosić się szczegółowo do okoliczności konkretnej sprawy. Z pewnością nie wystarczy złożenie przez wykonawcę ogólnych wyjaśnień, które nie będą niczego istotnego wnosić do sprawy oraz które nie pozwolą na stwierdzenie, że nie doszło do zakłócenia konkurencji. Innymi słowy, w ocenie składu orzekającego, jest dopuszczalne w określonych przypadkach, aby w odpowiedzi na wezwanie na podstawie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, wykonawca udowodnił, że nie doszło do zakłócenia konkurencji składając jedynie wyjaśnienia. Taka sytuacja może mieć miejsce w szczególności, gdy brak jest możliwości potwierdzenia twierdzeń wykonawcy stosownymi dokumentami i jednocześnie przywoływane przez wykonawcę okoliczności nie budzą wątpliwości i znajdują potwierdzenie w rzeczywistości.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpatrywanej sprawy Izba doszła do przekonania, że wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego pismem z dnia 1 lutego 2018 r. zasługują na pozytywną ocenę, tj. Odwołujący w zakresie w jakim dotyczyło wezwanie z dnia 25 stycznia 2018 r. w sposób wystarczający udowodnił Zamawiającemu, że nie doszło do naruszenia konkurencji.

Izba, oceniając udzielone wyjaśnienia, miała przede wszystkim na uwadze samą (dość ogólną) treść wezwania, w szczególności okoliczność, że dotyczyło ono jedynie Zakresu 2 zamówienia i tego, że Zamawiający wskazał, że pan B. S. brał udział w przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności wskazania zakresu prac przy przygotowaniu dokumentacji oraz określenia zasad wynagrodzenia i mógł znać szacunkową wartość przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi na powyższe Odwołujący zwrócił uwagę, że efekty pracy pana S. w tym zakresie zostały udostępnione wykonawcom na etapie postępowania i wobec braku przeciwnego dowodu ze strony Zamawiającego (Zamawiający nie wskazał jakie elementy opisu przedmiotu zamówienia nie zostały udostępnione, a o których wiedza mogła dawać Odwołującemu przewagę) stanowisko Zamawiającego nie mogło się ostać. Ponadto Odwołujący przywołał konkretne okoliczności znajdujące potwierdzenie chociażby w samej dokumentacji postępowania takie jak to, że Odwołujący nie wskazał pana B. S. w wykazie osób. Podobnie z dokumentacji postępowania wynika, że w przedmiotowym postępowaniu złożone zostały cztery oferty, trzy z nich prezentują podobny poziom cenowy:

1. oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BBC Best Building Consultants sp. z o.o., sp. k. oraz BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Ł. Z. - cena 5 089 740,00 zł, oferta ta została odrzucona ze względu na rażąco niską cenę,

2. oferta Odwołującego - cena 5 285 310,00 zł,

3. oferta Przystępującego – cena 5 965 500,00 zł,

4. oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PIG Architekci sp. z o.o. oraz GMT sp. z o.o. – cena 7 380 00,00 zł.

Zauważenia wymaga, że ceny wszystkich ofert są poniżej wartości, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia, tj. kwoty 8 278 515,00 zł brutto. Ponadto nie bez znaczenia w ocenie składu orzekającego jest również wskazana przez Odwołującego podczas rozprawy okoliczność, że członek odwołującego się konsorcjum – firma Allplan Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy jest doświadczonym wykonawcą obecnym na rynku zamówień od dłuższego czasu, z powodzeniem wygrywającym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez PKP S.A., co dodatkowo uwiarygadnia stanowisko prezentowane przez Odwołującego, że pozyskanie pana B. S. jako pracownika nie przyczyniło się do polepszenia sytuacji tego wykonawcy na rynku zamówień ogłaszanych przez tego konkretnego Zamawiającego, ponieważ już wcześniej, bez pana S., wykonawca ten radził sobie bardzo dobrze. Izba nie znalazła również żadnych argumentów, aby odmówić wiarygodności prezentowanym przez Odwołującego wyjaśnieniom przedstawiającym strukturę firmy Allplan oraz okoliczność, iż to wskazane w wyjaśnieniach z dnia 1 lutego 2018 r. osoby przygotowywały ofertę z ramienia tego członka konsorcjum. Wyjaśnienia te są spójne ze stanowiskiem prezentowanym podczas rozprawy, a sam Zamawiający jak również i Przystępujący nie wskazali żadnych okoliczności z których mogłoby wynikać, że wyjaśnienia te są niewiarygodne. Ponadto z udzielonych wyjaśnień wynika również pośrednio zakres obowiązków jakie wykonuje Pan S., a okoliczność iż po jego zatrudnieniu został on wskazany na dotychczas trwających realizacjach jako osoba do kontaktu z ramienia wykonawcy zdają się potwierdzać wyjaśnienia wykonawcy.

Powyższe okoliczności, chociaż nie przesądzają o braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy w oparciu o omawianą przesłankę, stanowią dopełnienie argumentacji przedstawionej na wezwanie Zamawiającego.

Natomiast w informacji o wykluczeniu Odwołującego z dnia 2 marca 2018 r. Zamawiający wskazał szereg nowych, konkretnych okoliczności faktycznych, do których na etapie udzielania wyjaśnień z dnia 1 lutego 2018 r. Odwołujący nie miał szansy się ustosunkować. Skoro Izba pozytywnie oceniła te wyjaśnienia, należy uznać że zasadne jest kontynuowanie procedury z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, ponieważ Odwołujący musi dostać szansę pełnego odniesienia się do wszystkich wątpliwych okoliczności, które mogą

skutkować potencjalnym zakłóceniem konkurencji. Podczas rozprawy Odwołujący uprawdopodobnił w ocenie składu orzekającego, że okoliczności podniesione w informacji z dnia 2 marca 2018 r. mogą być obalone stosownymi dowodami. Skoro bowiem pewien zakres informacji wskazanych w piśmie z dnia 2 marca 2018 r. jest ogólnie dostępny, chociażby na stronach internetowych, czy też na wniosek w odpowiednich instytucjach i w ramach przygotowania się do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący pozyskał te informacje właśnie w taki sposób, nie powinien mieć trudności w udowodnieniu tego w odpowiedzi na wezwanie z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp poprzez złożenie Zamawiającemu stosownych dokumentów. Podkreślić należy, że w ponownym wezwaniu Zamawiający powinien wskazać wszystkie okoliczności budzące jego wątpliwości, których udowodnienie uznaje za kluczowe dla oceny czy doszło do naruszenia zasady konkurencji w przedmiotowym postępowaniu. Innymi słowy ponowne wezwanie powinno być precyzyjne, tak aby Odwołujący miał pewność, w jakim zakresie ma udzielić wyjaśnień i przedstawić stosowne dowody. Natomiast Zamawiający przy ocenie złożonych w odpowiedzi na to wezwanie wyjaśnień i dowodów powinien mieć na uwadze, że stosując najbardziej z dotkliwych sankcję wykluczenia wykonawcy z postępowania ma obowiązek działać z należytą starannością, tak aby ewentualne wykluczenie miało miejsce w oparciu o przesłanki nie budzące wątpliwości.

Odnosząc się natomiast do stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy, zgodnie z którym nie można wyróżnić szans wykonawców w żaden sposób ponieważ pan S. jako osoba odpowiedzialna za przygotowanie całego postępowania posiadał bardzo rozległą wiedzę, nie zasługuje na aprobatę. Ze stanowiska Zamawiającego można bowiem odnieść wrażenie, że pan S. posiadał niemal wiedzę absolutną na temat przedmiotowego postępowania, a sam Zamawiający nie jest w stanie ustalić jak bardzo ta wiedza była rozległa. Powyższe jednak nie znajduje odzwierciedlenia w następujących okolicznościach sprawy. Jak bowiem słusznie wskazał Odwołujący, do momentu upływu terminu składania ofert treść SIWZ ulegała zmianom. Zamawiający nie wykazał, aby zmiany te były na tyle mało istotne, że Odwołujący mógł mieć istotną przewagę nad konkurencją. Ponadto argument o tym, że pan S. opracowywał kryteria oceny ofert również w świetle przedstawionych dowodów nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ jak wynika z przedstawionego dowodu – załącznika nr 7 do odpowiedzi na odwołanie na dzień 16 czerwca 2017 r. proponowane przez pana S. kryteria to cena 60% i doświadczenie 40%, ewentualnie cena 40%, doświadczenie 40% oraz termin 20%. Natomiast jak wynika z treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ kryteriami oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu były cena 60%, wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z technologią BIM – 20% oraz doświadczenie kluczowego personelu 20%. Dodatkowym potwierdzeniem, że pan S. nie miał wpływu na ostateczny kształt kryteriów jest treść samego

protokołu postępowania sporządzonego na druku ZP-PN, gdzie wśród osób opracowujących kryteria oceny ofert nie został on wskazany. Jak wskazano wcześniej w zakresie wezwania z dnia 25 stycznia 2018 r., udzielone w odpowiedzi na to wezwanie pismem z dnia 1 lutego 2018 r. wyjaśnienia zostały przez skład orzekający ocenione pozytywnie, tym samym argumentacja prezentowana przez Zamawiającego w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

W tym miejscu wskazać należy, że w ocenie Izby ewentualna wcześniejsza wiedza na temat szacunkowej wartości zamówienia również nie jest wystarczającym argumentem przemawiającym za zastosowaniem wobec Odwołującego najbardziej z dotkliwych sankcji.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów odwołania, a dotyczących naruszenia przepisów art. 24 ust. 10 ustawy Pzp poprzez brak wskazania w protokole sposobu zapewnienia konkurencji oraz 96 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poprzez niezamieszczenie w protokole postępowania informacji dotyczących osób wykonujących czynności związane z przygotowaniem postępowania, Izba doszła do przekonania, że zarzuty te nie potwierdziły się. Zauważyć należy, że z dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego wynika, że protokół prowadzony jest na bieżąco. Ponadto wyjaśnienia w tym miejscu wymaga, że prowadzenie protokołu postępowania służy bieżącemu dokumentowaniu jego przebiegu i jest obowiązkiem Zamawiającego. W treści protokołu powinny znaleźć odzwierciedlenie informacje, o których mowa w treści przepisu art. 96 ust. 1 ustawy Pzp. Stosownie natomiast do treści ust. 3 protokół wraz z załącznikami jest jawny i tym samym może być on uznany za jedno ze źródeł informacji dla wykonawców biorących udział w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia jednak w ocenie Izby nie jest to główne źródło wiedzy. Stąd też ewentualne uchybienia jakich mógłby się dopuścić Zamawiający wobec treści art. 96 uznać należy jako uchybienia o charakterze formalnym, tj. nie mających wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba nie dopatrzyła się również naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uznając, że treść informacji o wykluczeniu wykonawcy z dnia 2 marca 2018 r. jest obszerna i Zamawiający przywołał wprost okoliczności faktyczne, które legły u podstaw wykluczenia. Natomiast to, że Odwołujący został wykluczony w oparciu o okoliczności, co do których Zamawiający nie dał mu szansy udowodnienia, że nie doszło do naruszenia konkurencji, nie dają podstawy do uznania, że treść informacji o wykluczeniu była niepełna.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010

**Sygn. akt: KIO 473/18**

r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....