

WYROK
z dnia 27 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agnieszka Bartczak-Żuraw**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Scott Wilson Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. GEOMAR S.A., 3. GISPRO Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa, działającą poprzez Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków**

przy udziale:

- A. wykonawcy **MGGP S.A, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **Krakowskie Biuro Projektów Dróg i Mostów Transprojekt Sp. z o.o., Mogilska 25, 31-542 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Scott Wilson Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. GEOMAR S.A., 3. GISPRO Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr**

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Scott Wilson Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. GEOMAR S.A., 3. GISPRO Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Scott Wilson Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. GEOMAR S.A., 3. GISPRO Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa działającej poprzez Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa, działająca poprzez Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego w procedurze przyspieszonej postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”), którego przedmiotem jest: „Wykonanie dokumentacji różnicowej wraz z inwentaryzacją geodezyjną dla zadania: Budowa autostrady A4 na odcinku od węzła Brzesko do węzła Wierzchosławice w km 479+000 - 499+800”. Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę wyższą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2011/S 53- 087209 w dniu 17 marca 2011 r.

W dniu 1 kwietnia 2011 r. zamawiający, działając na podstawie art. 51 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp przekazał wykonawcom zaproszenia do składania ofert wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”).

W dniu 4 kwietnia 2011 r. na stronie internetowej zamieścił informację – zestawienie wykonawców, którzy zostali zaproszeni do składania ofert w przedmiotowym postępowaniu.

W dniu 11 kwietnia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm: Scott Wilson Sp. z o.o., ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa (Lider Konsorcjum), GEOMAR Spółka Akcyjna, ul. Piotra Skargi 23, 70-487 Szczecin, GISPRO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Witolda Gąbrowicza 17A, 70-785 Szczecin, wobec czynności podjętych przez zamawiającego, a polegających na:

1. zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego: Krakowskiego Biura Projektów Dróg i Mostów Transprojekt Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków (dalej „Transprojekt”),
2. zaproszeniu wykonawcy podlegającego wykluczeniu - Transprojekt - do złożenia oferty.

Zaskarżanym czynnościom zamawiającego zarzucał:

1. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne jego niezastosowanie w sytuacji, gdy zachodziły ku temu wyraźne

przesłanki, to jest poprzez niewykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy Transprojekt, w sytuacji gdy wykonawca ten będąc podmiotem bezpośrednio wykonującym dokumentację przetargową, niezbędną do przeprowadzenia postępowania oraz realizacji zamówienia - to jest dokumentację projektową (dalej „Dokumentacja Bazowa”), złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a udział wykonawcy Transprojekt w postępowaniu w sposób rażąco narusza konkurencję oraz zasadę równego traktowania wykonawców, bowiem pozostali wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia są zmuszeni uzyskać odpłatnie przedmiotową Dokumentację Bazową w wersji edytowalnej właśnie od wykonawcy Transprojekt - twórcy tejże dokumentacji;

2. naruszenie art. 51 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaproszenie przez zamawiającego wykonawcy Transprojekt do złożenia oferty w postępowaniu, pomimo wystąpienia przesłanek, których skutkiem powinno być wykluczenie tego wykonawcy z postępowania, a która to czynność narusza uczciwą konkurencję oraz zasadę równego traktowania wykonawców;
3. naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust 1 ustawy Pzp poprzez braki w dokumentacji SIWZ, kolidujące z obowiązkiem wyczerpującego przedstawienia wszystkich okoliczności wpływających na sporządzenie oferty, tj. poprzez brak dołączenia do SIWZ Dokumentacji Bazowej, stanowiącej podstawową część opisu przedmiotu zamówienia;
4. naruszenie art. 51 ust. 1a ustawy Pzp poprzez zaniechanie poinformowania wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków przez wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odwołujący podkreślał, iż wskazane powyżej naruszenia przepisów ustawy Pzp mogą, każde z osobna, mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż naruszają uczciwą konkurencję, bowiem w związku z ich dokonaniem zamawiający dopuścił wykonawcę Transprojekt, biorącego bezpośredni udział w przygotowaniu dokumentacji niezbędnej do przeprowadzenia postępowania oraz realizacji przedmiotu zamówienia, a poprzez zobowiązanie innych wykonawców do nabycia wersji edytowalnej wspomnianej dokumentacji bezpośrednio od wykonawcy Transprojekt postawił wykonawcę Transprojekt w sytuacji niewspółmiernie uprzywilejowanej, tym bardziej, że wykonawca ten nie będzie ponosił żadnych kosztów związanych z nabyciem przedmiotowej dokumentacji (gdyż jest już w jej posiadaniu). Wskazywał, że wykonawca Transprojekt odmawia sprzedaży przedmiotowej dokumentacji, czym praktycznie uniemożliwia innym podmiotom udział w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe naruszenia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności dopuszczenia wykonawcy Transprojekt do udziału w postępowaniu oraz czynności zaproszenia tegoż wykonawcy do złożenia oferty,
2. nakazanie zamawiającemu dokonania wykluczenia wykonawcy Transprojekt z udziału w postępowaniu,
3. zwrot kosztów postępowania.

Odwołujący wskazywał, iż powziął informację o zaproszeniu do składania ofert w dniu 4 kwietnia 2011 r. po pojawieniu się na stronie internetowej zamawiającego w dniu 4 kwietnia 2011 r. informacji - „zestawienia Wykonawców, którzy zostali zaproszeni do składania ofert w postępowaniu”, tym samym niniejsze odwołanie składane jest z zachowaniem 10-dniowego ustawowego terminu do jego wniesienia.

Odwołujący podnosił, iż posiada interes prawny w złożeniu niniejszego odwołania, bowiem w przypadku uwzględnienia odwołania wykonawca Transprojekt nie zostanie zaproszony do złożenia oferty w rzeczonym postępowaniu i w następstwie czego odwołujący będzie miał znacznie większą szansę na wybór jego oferty.

Odwołujący wskazywał, iż w dniu 17 marca 2011 r. ukazało się ogłoszenie zamawiającego o przetargu na usługi, których przedmiotem jest „Wykonanie dokumentacji różnicowej wraz z inwentaryzacją geodezyjną dla zadania: Budowa autostrady A4 na odcinku od węzła Brzesko do węzła Wierzchosławice w km 479+000 - 499+800”. Przedmiot zamówienia, jako odcinek autostrady A-4, został podzielony na dwie części:

- część 1 - Budowa Węzła Wierzchosławice wraz z odcinkiem autostrady A-4 w km 497+740-499+800
- część 2 - Budowa Autostrady A-4 w km 479+000 - 497+740.

Zamawiający ustalił dla każdej z wyżej wymienionych części przedmiotu zamówienia odrębne terminy opracowania dokumentacji różnicowej, a to ze względu na planowane różne terminy wykonania robót wynikających z opracowanej dokumentacji. Poszczególne części przedmiotu zamówienia są przypisane do odpowiednich etapów realizacji zamówienia:

ETAP 1 - obejmuje wykonanie - w terminie 3 tygodni od zawarcia umowy - dla części 1- Budowa Węzła Wierzchosławice wraz z odcinkiem autostrady A-4 w km 497+740 - 499+800:

- inwentaryzacji placu budowy - przez co należy rozumieć kompletny pomiar geodezyjny wszystkich istotnych elementów obiektów dla określenia zakresu wykonanych prac i ich zgodności z zaprojektowanymi rozwiązaniami,
- dokumentacji różnicowej - przez co należy rozumieć naniesienie na dokumentacji

projektowej opracowanej przez Transprojekt zakresów wykonanych prac budowlanych z wyodrębnieniem zakresów pozostających do wykonania prac budowlanych - wprowadzenie danych inwentaryzacyjnych; określenie obmiarowe wykonanych prac - wyliczenie ilości prac pozostających do wykonania, jako różnica pomiędzy stanem wyjściowym opartym na dokumentacji opracowanej przez Transprojekt a zinwentaryzowaną ilością prac wykonanych,

- projektu tymczasowej organizacji ruchu - opracowania projektu organizacji ruchu z wykorzystaniem istniejącej dokumentacji opracowanej przez Transprojekt jako bazy do wrysowania.

ETAP 2 - obejmuje wykonanie - w terminie 2 miesięcy od zawarcia umowy - dla części 2-Budowa Autostrady A-4 w km 479+000 - 497+740:

- inwentaryzacji terenu budowy - w warunkach identycznych jak wskazane dla ETAPU 1,
- dokumentacji różnicowej - w warunkach identycznych jak wskazane dla ETAPU 1,
- projektu wykonawczego połączenia odcinków autostrady na styku Części 1 z Częścią 2.

ETAP 3 i ETAP 4 odnoszą się do czynności następujących po ETAPIE 1 i ETAPIE 2 i do ich wykonania może dojść dopiero po wykonaniu ETAPU 1 i 2.

W treści SIWZ zamawiający określił poszczególne zakresy prac, których wykonania oczekuje, przy czym wielokrotnie odsyła do dokumentacji projektowej - „Dokumentacji Bazowej” opracowanej przez Transprojekt (w SIWZ również występującej pod skrótem „DB”), jako do elementu opisu przedmiotu zamówienia. Świadczą o tym m. in. następujące zapisy SIWZ zawarte w Tomie III: Opisie przedmiotu zamówienia: Pkt IV. Obiekt inwentaryzacji, drugi akapit:

„Do elementów wchodzących w skład Placu budowy (szczegółowo opisanego w DB) zaliczyć należy m. in.: (...)- strona 7 OPZ

Pkt V B. 2. Dokumentacja różnicowa, pierwszy akapit:

„Na podstawie prac opisanych wyżej - w oparciu o dane pochodzące z Inwentaryzacji Wykonawcy i dane pochodzące pracy Komisji Inwentaryzacyjnej Zamawiającego, oraz posiadaną DB, DOR i przedmiary robót Wykonawca określi zakres, ilość i rodzaj robót niezbędnych do całkowitego zakończenia Budowy autostrady zgodnie z DB co opisze w dokumentacji Różnicowej (DR).” strona 13 OPZ

i dalej:

„część rysunkowa powinna zostać wykonana w oparciu o rysunki Dokumentacji Bazowej (dopuszcza się rozwiązanie polegające na naniesieniu różnic bezpośrednio na rysunki DB).”

„DR powinna odpowiadać co do stopnia szczegółowości opisu i rysunków Projektowi

Wykonawczemu Dokumentacji Bazowej, a w szczególności zawierać kolejne odpowiedniki rysunków DB (...)" - strona 14 OPZ.

Również Załącznik nr 1 oraz Załącznik nr 2 do Tomu III SIWZ tj. Opisu przedmiotu zamówienia, jednoznacznie wskazują, że Dokumentacja Bazowa stanowi podstawowy element opisu przedmiotu zamówienia, przy czym, jak wynika z treści przedmiotowych załączników, do SIWZ załączono jedynie spis dokumentacji, jaka została zawarta w Dokumentacji Bazowej, a nie jej pełną treść. Z powyższego jednoznacznie wynika, że przedmiotowa Dokumentacja Bazowa jest elementem opisu przedmiotu zamówienia, a szczegóły prac, jakie mają zostać wykonane odnoszą się właśnie do treści tej dokumentacji. Wskazywał ponadto, że zamawiający do chwili obecnej nie udostępnił tej dokumentacji wykonawcom. Co oczywiste wykonawca Transprojekt jako autor tej dokumentacji posiada ją we własnych zasobach, w tym również w wersji edytowalnej. Zatajenie przed pozostałymi wykonawcami Dokumentacji Bazowej skutkuje brakiem możliwości prawidłowego skalkulowania ceny ofertowej przez pozostałych wykonawców, w tym odwołującego, bowiem de facto wykonawcy ci pozbawieni są pełnej wiedzy o zakresie przedmiotu zamówienia, a który to zakres doskonale zna wykonawca Transprojekt. Brak przedstawienia przez zamawiającego przedmiotowej Dokumentacji Bazowej na etapie przekazania SIWZ powoduje, że wykonawcy, nie mając wiedzy na temat zakresu zamówienia, ale również wiedzy o „stopniu szczegółowości opisu i rysunków DB” nie są w stanie rzetelnie i prawidłowo skalkulować ceny ofertowej, w sytuacji gdy Transprojekt posiada doskonałą wiedzę o wszystkich elementach związanych z zakresem przedmiotu zamówienia oraz stopniu szczegółowości dokumentacji, jaką należy stworzyć. Brak tej wiedzy niekorzystnie wpływa na sytuację pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu w stosunku do pozycji Transprojekt i jest ewidentnym przejawem nierównego traktowania oraz naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Zwracał również uwagę, że wykonanie przedmiotu zamówienia - dokumentacji różnicowej wymaga dokonywania opracowań na dokumentacji projektowej opracowanej przez Transprojekt.

Zgodnie z SIWZ t. III. Pkt A. 9.:

*„Zamawiający udostępni Wykonawcy Dokumentację Bazową (DB) [opracowaną przez Transprojekt] w formacie *.pdf [wersja nieedytowalna]”.*

Posiadanie Dokumentacji Bazowej jedynie w formacie *.pdf nie jest jednak dla wykonawców wystarczające, bowiem dla celów wykonania przedmiotu zamówienia koniecznym jest posiadanie dokumentacji projektowej „DB” w wersji edytowalnej.

Tymczasem zamawiający podaje w SIWZ t. III. Pkt A. 11 że:

„Koszty i starania związane z, uzyskaniem od Projektanta [Transprojekt - co wynika z opisu na str. 5 t. III] dokumentacji uzupełniającej Dokumentację Bazową (DB) w tym DB w wersji papierowej oraz plików cyfrowych w wersji edytowalnej [czytaj: „wersji edytowalnej DB”] (itp.) obciążają w całości Wykonawcę”.

Zamawiający na prośbę skierowaną do niego o przekazanie choćby odpłatnie wersji edytowalnej Dokumentacji Bazowej utrzymał swoje stanowisko wyrażone w SIWZ, powołując się na fakt, że nie oczekuje wersji edytowalnej dokumentacji różnicowej. Z dokumentacji przetargowej wynika, że istnieje konieczność podziału Dokumentacji Bazowej na dwa odrębne opracowania (SIWZ t. III. Pkt I. Uwarunkowania ogólne, drugi akapit i dalej), co nie jest możliwe do wykonania na wersji papierowej (*.pdf) Dokumentacji Bazowej. Pomimo, że Zamawiający oczekuje otrzymania dokumentacji jedynie w formacie *.pdf (choć nie tylko, o czym świadczy zapis na stronie 15 OPZ, że „rysunki autorstwa Wykonawcy winny być przekazane w formacie AutoCAD *.dwg - elektronicznej wersji edytowalnej) to jej stworzenie odbywa się przy pomocy programów komputerowych, a do tego niezbędne jest posiadanie wersji edytowalnej „DB”. Odwołujący wskazywał, że wersja w formacie *.pdf umożliwia jedynie:

1. odczyt dokumentacji,
2. wydruk dokumentacji

Podczas gdy wersja w formacie *.dwg (elektroniczna wersja edytowalna) umożliwia:

1. odczyt dokumentacji,
2. wydruk dokumentacji,
3. projektowanie z wykorzystaniem programu, modyfikację dokumentacji, wprowadzenie i oznaczenie zakresów wykonanych i pozostających do wykonania, odzwierciedlenie stanu różnic, wymiarowanie/obmiarowanie itp.

W ramach niniejszego przetargu zadanie wykonawcy prawie w całym zakresie polega na czynnościach wskazanych w punkcie 3 powyżej. Zamawiający zainteresowany jest wprawdzie gotowym produktem w postaci ostatecznej dokumentacji, do czego wystarczająca wydaje się być forma *.pdf, tym niemniej samo stworzenie dokumentacji odbywa się właśnie w formacie *.dwg. Przejście z dokumentacji edytowalnej (*.dwg), w której następuje opracowanie dokumentacji na wersję (*.pdf) dokonuje się automatycznie przy minimalnym nakładzie pracy i jest elementem zamykającym dokumentację przed jej drukowaniem. Z kolei dokonanie odwrotnej czynności tj. przejście z dokumentacji (*.pdf) na wersję edytowalną (*.dwg), której posiadanie jest niezbędne do wykonania zamówienia, wymaga ogromnych kosztów i zaangażowania personelu wykonawcy i polega na ręcznym wprowadzaniu do komputera setek tysięcy danych zawartych w tekście dokumentacji w formacie *.pdf. Ponieważ Dokumentacja Bazowa to około 100 tomów opracowań o zawartości nieznaną wykonawcom, można z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością stwierdzić, że terminy realizacji zamówienia określone przez zamawiającego (w szczególności termin 3 tygodni dla ETAPU 1) są możliwe do zachowania jedynie przy posiadaniu wersji edytowalnej Dokumentacji Bazowej. Dochowanie wspomnianych terminów (w szczególności termin 3 tygodni dla ETAPU 1) przy posiadaniu jedynie wersji *.pdf Dokumentacji Bazowej byłoby wprawdzie teoretycznie możliwe, ale jedynie przy zaangażowaniu przez wykonawcę do realizacji zamówienia ogromnej rzeszy

personelu - specjalistów, a to powoduje, że oferty pozostałych wykonawców, w stosunku do oferty Tansprojekt staną się nieporównywalnie mniej korzystne. Brak posiadania przez wykonawcę wersji edytowalnej Dokumentacji Bazowej wymusza ręczne wprowadzenie setek tysięcy danych do programu i dopiero następnie pracę na tych „danych” (realizację rzeczywistego przedmiotu niniejszego zamówienia). Tymczasem posiadanie wersji edytowalnej oznaczałoby posiadanie przedmiotowych „danych” już „wprowadzonych do programu komputerowego” a wykonawca miałby za zadanie jedynie pracę na tych danych. Przy posiadaniu jedynie wersji *.pdf przedmiotowej dokumentacji wymagane będzie przetworzenie rysunków stworzonych przez Transprojekt do grafiki edytowalnej - „przerysowanie do wersji edytowalnej”, co wiąże się z ogromnym nakładem pracy, potrzebą czasu oraz kosztami. Zatem wykonawcy posiadający jedynie wersję projektu w formacie *.pdf, celem wykonaniem zamówienia, będą zmuszeni do złożenia oferty z uwzględnieniem kalkulacji wyłożenia dodatkowych ogromnych środków finansowych. Wszystko to z uwagi na fakt, że do wykonania zamówienia w praktyce niezbędne jest uzyskanie edytowalnej wersji projektu - Dokumentacji Bazowej. Tymczasem wykonawca Transprojekt, biorący udział w postępowaniu, będąc już w uprzywilejowanej pozycji kosztowej (brak potrzeby zakupu posiadanej już przez siebie dokumentacji projektowej w wersji edytowalnej) odmawia nadto jej udostępnienia (odsprzedaży) pozostałym wykonawcom, przez co dodatkowo ogranicza możliwości uzyskania przez nich przedmiotowego zamówienia. Fakt odmowy sprzedaży przez Transprojekt przedmiotowej dokumentacji w wersji edytowalnej innym wykonawcom wynika chociażby z rozmowy telefonicznej z przedstawicielem Transprojekt z dnia 11 kwietnia 2011 r. Transprojekt odmawia ponadto podania kosztów nabycia edytowalnej wersji dokumentacji, a w związku z tym uniemożliwia prawidłową wycenę przedmiotu zamówienia. W tych okolicznościach złożenie przez Transprojekt wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a co istotniejsze zaproszenie przez zamawiającego wykonawcy Transprojekt do złożenia oferty, w sposób rażąco narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych. Odwołujący nie może się zgodzić z taką decyzją zamawiającego.

Odwołujący podnosił także, że dopiero wraz z otrzymaniem od zamawiającego informacji o zaproszeniu go do składania ofert (nie zawierającej żadnej informacji na temat pozostałych wykonawców w zakresie zaproszenia ich do składania ofert) otrzymał dokumentację przetargową w postaci SIWZ, w ramach których to dokumentów - w Opisie Przedmiotu Zamówienia (Tom III) w pkt V. A. 9. i 11., zamawiający w praktyce zobowiązywał wykonawców do nabycia od Projektanta Dokumentacji Bazowej wersji edytowalnej „DB” w całości na koszt wykonawcy. O fakcie zaproszenie wykonawcy Transprojekt do złożenia oferty odwołujący dowiedział się dopiero w chwili, gdy na stronie internetowej zamawiającego pojawiła się notatka, że zamawiający zaprosił do złożenia oferty również Transprojekt -

podmiot biorący bezpośredni udział w przygotowaniu postępowania - sporządzający projekt - Dokumentację Bazową, będącą istotną częścią opisu przedmiotu zamówienia.

Reasumując, brak przedstawienia w SIWZ Dokumentacji Bazowej koliduje z obowiązkiem wyczerpującego przedstawienia wszystkich okoliczności wpływających na sporządzenie oferty. Dokumentacja Bazowa powinna być częścią SIWZ ponieważ jest opisem przedmiotu zamówienia, a opis przedmiotu zamówienia to podstawowy element SIWZ. Nie może budzić również wątpliwości, że Transprojekt, jako podmiot, który czynnie uczestniczył w dokonywaniu opisu przedmiot zamówienia (stworzył „DB”) wykonywał czynności bezpośrednio związane z przygotowaniem SIWZ. Z kolei brak w dokumentacji przekazywanej wykonawcom wersji edytowalnej „DB” sprawia, że udział w postępowaniu wykonawcy Transprojekt utrudnia uczciwą konkurencję. Podkreślał, że dokumentacja projektowa - „DB” powstała na skutek udzielenia wykonawcy Transprojekt zamówienia publicznego i była celowo związana z konkretnym zadaniem inwestycyjnym - określonym odcinkiem Autostrady A4. Wykonawca projektu - Transprojekt miał przy tworzeniu Dokumentacji Bazowej pełną świadomość i wiedzę, że tworzy tę dokumentację na potrzeby postępowań przetargowych związanych z konkretną inwestycją i dlatego jego udział w ramach niniejszego postępowania podlega pod art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Szczególnie istotna jest przy tym okoliczność, że uprzywilejowanie projektanta - wykonawcy Transprojekt - nie jest wynikiem okoliczności niezależnych od zamawiającego i projektanta, ponieważ udzielając zamówienia na projekt Dokumentacji Bazowej zamawiający mógł zastrzec wersję edytowalną, a projektant może ją nawet teraz dostarczyć. Odwołujący wskazywał, iż nie jest dyskryminowany w skutek obiektywnych i niezależnych okoliczności, ale wskutek określonego sposobu działania zamawiającego i projektanta (Transprojekt) - stron poprzedniej umowy o zamówienie publiczne, czego przejawem jest również odmowa udostępniania (nawet odpłatnie) przez Transprojekt innym wykonawcom Dokumentacji Bazowej w formacie edytowalnym. Tym samym nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że zaproszenie do złożenia oferty wykonawcy Transprojekt, w sposób rażąco narusza regulację art. 24 ust 2 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust 1 ustawy Pzp, jak również art. 51 ust. 1 ustawy Pzp.

Kopię odwołania przekazano zamawiającemu faxem w dniu 11 kwietnia 2011 r.

W dniu 11 kwietnia 2011 r. zamawiający wezwał wykonawców w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 14 kwietnia 2011 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów (dalej „MGGP”), wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości oraz popierając zarzuty, wnioski i twierdzenia odwołującego. Potwierdzał informacje dotyczące odmowy udostępnienia przez Transprojekt innym wykonawcom Dokumentacji Bazowej w wersji

edytowalnej, jak też odmowy podania kosztów nabycia tej dokumentacji, na dowód czego MGGP przedłożył pismo Transprojekt z dnia 7 kwietnia 2011 r. skierowane do MGGP wystosowane w odpowiedzi na wniosek MGGP z dnia 4 kwietnia 2011 r. Podnosił, iż ma interes prawny w przystąpieniu po stronie odwołującego, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania Transprojekt nie zostanie zaproszony do złożenia ofert w niniejszym postępowaniu, w następstwie czego przystępujący będzie miał znacznie większą szansę na jego wybór.

W dniu 14 kwietnia 2011 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy Transprojekt (uprzednio przesłane w dniu 13 kwietnia 2011 r. faxem), w którym wykonawca wnosił o oddalenie odwołania w całości jako całkowicie bezpodstawnego. W treści przystąpienia wykonawca Transprojekt wskazał, iż jego interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp polega na tym, że w przypadku jego wykluczenia przez zamawiającego z niniejszego postępowania pozbawiłoby to zamawiającego możliwości dokonania wyboru oferty Transprojekt jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji dalszego ubiegania się o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego, tj. zawarcia umowy w sprawie realizacji usługi. Podnosił, że zaprezentowane stanowisko przystępującego znajduje potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2011 r. sygn. akt KIO/UZP 1756/09, gdzie stwierdzono, że: *„Interes prawny może być rozumiany, bądź jako wnoszenie środków ochrony prawnej w celu zapewnienia możliwości uznania oferty złożonej przez wnoszącego je wykonawcę za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarcia z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego (interes prawny sensu stricto) (...)”*. W uzasadnieniu wskazywał, że odwołujący w treści odwołania sformułował zarzut polegający na zaniechaniu przez zamawiającego czynności wykluczenia z niniejszego postępowania Transprojekt na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Wskazany przepis ustawy Pzp zawiera przesłankę wykluczenia z postępowania wykonawcy, którą jest bezpośrednio wykonywanie przez wykonawcę czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwanie się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział wykonawcy w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Przepisu art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie stosuje się do wykonawców, którym udziela się zamówienia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 2 lub art. 67 ust. 1 pkt 1 i 2 tej ustawy. Na poparcie zarzutu odwołujący wskazał okoliczność, iż Transprojekt jest autorem dokumentacji projektowej będącą tzw. Dokumentacją Bazową („DB”) w rzeczonym przetargu. Transprojekt podnosił, iż tak sformułowany zarzut w niniejszym stanie faktycznym sprawy nie jest zasadny, a zatem nie zasługuje na uwzględnienie. Zdaniem przystępującego Transprojekt kluczowe znaczenie dla prawidłowego rozstrzygnięcia zawisłego przed Krajową Izbą Odwoławczą odwołania jest zagadnienie bezpośrednio wykonywania wyżej wymienionych

czynności. Zdaniem Transprojekt z takimi przypadkami mielibyśmy do czynienia w przypadku, gdyby Transprojekt uczestniczył w samym przygotowaniu SIWZ sporządzonej na potrzeby niniejszego postępowania przetargowego. Bezsprzecznie można stwierdzić, iż taka sytuacja nie miała tutaj miejsca, zaś dokumentacja projektowa została przygotowana przez Transprojekt na skutek wyboru jego oferty w odrębnym od rzeczonoego postępowaniu prowadzonym p.n. „Wykonanie dokumentacji projektowej dla budowy autostrady A4 na odcinku węzeł Brzesko węzeł Krzyż od km 469+000-km 502+796,97”, prowadzonym zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawa Pzp). Zatem przystępujący Transprojekt, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie miał żadnego bezpośredniego wpływu na kształt opisu przedmiotu zamówienia na przedmiotową usługę. Identyczne zapatrywanie zaprezentowała Krajowa Izba Odwoławcza w wyr. o sygn. akt KIO/UZP 1835/10 z dnia 9 września 2010 r. wskazując, że: *„Zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych sam fakt udziału w przygotowaniu postępowania, w tym w odniesieniu do opracowywania dokumentacji projektowej, nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy, niezbędną przesłanką wykluczenia jest wpływ na konkurencyjność postępowania”*. Transprojekt podkreślał tożsamą z powyższym poglądem linię orzecniczą sądów powszechnych. Przywoływał wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach o sygn. akt XIX Ga 280/2008 z dnia 31 lipca 2008 r. wydany o oparciu o podobny stan faktyczny w zawisłej tu sprawie. W wyroku tym stwierdzono, iż: *„Bezspornym jest, że dokumentacja projektowa i kosztorys inwestorski wykonywał X Spółka z o.o. w (...), w której 95% udziałów posiada lider Konsorcjum (...) S.A. w (...), a Pan Marian O. - prokurent lidera Konsorcjum, zasiadał w Radzie Nadzorczej X Spółka z o.o. w (...). Przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 wskazuje przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania przetargowego. Jednakże, aby zaistniała przesłanka wykluczenia, uczestnictwo w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania musi mieć charakter bezpośredni na co trafnie zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza. A zatem to na skarżącym - co słusznie podkreśliła KIO - spoczywał ciężar dowodu po myśli art. 6 k.c. W okolicznościach niniejszej sprawy lider Konsorcjum nie wykonywał bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania. Nie zostało również wykazane, aby lider Konsorcjum powierzył sporządzenie oferty osobom uczestniczącym w przygotowaniu prowadzonego postępowania. Brak było zatem podstaw do uznania, że zachodziła konieczność wykluczenia Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia - w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP. Jedynie na marginesie należy wskazać, iż dopiero w sytuacji zaistnienia przesłanek, o których mowa wyżej, taki wykonawca musiałby udowodnić, iż mimo powyższych okoliczności jego udział w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji”*. Z powyższego wynika, iż zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Transprojekt z niniejszego postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Z ostrożności

procesowej przystępujący Transprojekt podnosił także to, że: „1. Ciężar udowodnienia przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp spoczywa na zamawiającym, gdyż on ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy. Sankcja wykluczenia jest dla wykonawców szczególnie dotkliwa - uniemożliwia dalsze ubieganie się o udzielenie zamówienia a z punktu widzenia samego zamawiającego prowadzi do dopuszczenia do badania i oceny mniejszej liczby ofert, a więc udzielenia zamówienia w warunkach mniej konkurencyjnych. Podejmując decyzję o wykluczeniu zamawiający winien szczegółowo zbadać i rozważyć jej podstawy.” (teza 1 wyroku KIO z dnia 13 sierpnia 2009 r.o sygn. akt KIO/UZP 995/09). Zdaniem Transprojekt nie było żadnych przeszkód to zaproszenia go do wzięcia udziału w przedmiotowym postępowaniu. Odnosząc się do kolejnego zarzutu odwołującego dotyczącego sporządzania opisu przedmiotu niniejszego zamówienia w sposób niewyczerpujący i niejednoznaczny, a zatem wbrew postanowieniom art. 29 ust. 1 ustawy Pzp Transprojekt wskazywał, iż przedmiotem przetargu jest usługa. W związku z powyższym nie są nim roboty budowlane, które musiałyby zgodnie z art. 31 ust. 1 i 2 ustawy Pzp zostać opisane przy pomocy dokumentacji projektowej i STWiOR albo programu funkcjonalno-użytkowego. W konsekwencji zamawiający jako gospodarz postępowania miał swobodę co do sposobu opisu przedmiotu zamówienia, o ile nie ograniczył konkurencji, ponieważ: „Wykonawca nie jest uprawniony, aby ustalać za Zamawiającego jakie parametry przedmiotu zamówienia mają mieć charakter istotny. Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to on płaci za wykonanie przedmiotu zamówienia i ma prawo oczekiwać, że opisany w siwz przedmiot zamówienia zaspokoi jego oczekiwania w najszerszym zakresie.” (wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2010 r.o sygn. akt 1048/10 z dnia 22 czerwca 2010 r.). Wskazywał także, iż zamawiający w treści pkt IV. Obiekt inwentaryzacji Tomu III OPZ (str. 70 - 74 SIWZ) zawarł istotne postanowienia zawarte w Dokumentacji Bazowej pozwalające wykonawcom na zapoznanie się z ich kształtem, co przywołał także sam odwołujący na str. 4 odwołania. Ponadto celem uzupełnienia swojej wiedzy w powyższym zakresie wykonawca w celu prawidłowego przygotowania oferty mógł się zwrócić do zamawiającego o udzielenie mu wyjaśnień w trybie art. 38 ustawy Pzp. Według najlepszej wiedzy przystępującego w pytaniach kierowanych do zamawiającego nie znalazły się pytania lub wnioski o udostępnienie Dokumentacji Bazowej, stąd należy wnioskować, że Dokumentacja Bazowa nie była niezbędna oferentom do określenia ceny oferty. W istocie bowiem do określenia ceny całkowicie wystarczające były dane zawarte w SIWZ. Wreszcie kluczowy jest ten fakt, iż zamawiający jest w posiadaniu Dokumentacji Bazowej w wersji papierowej oraz w wersji elektronicznej w formacie PDF (przekazanej zgodnie z wskazaną wyżej umową w 2009 roku) w zgodzie z dotychczasową praktyką stosowaną przez zamawiającego. Format PDF jest ogólnie stosowany przy przekazywaniu dokumentacji w formie elektronicznej ze względu na

brak konieczności stosowania specjalistycznego oprogramowania do odczytywania rysunków oraz ze względu na bezpieczeństwo danych (związane z zabezpieczeniem dokumentacji przed ewentualnymi nieuprawnionymi zmianami dokonywanymi przez wykonawcę z uwagi na ochronę autorskich praw osobistych). Zastosowania wersji edytowalnej powodowałoby, że identyfikacja zmian dokonanych przez wykonawcę robót byłaby bardzo utrudniona o ile nawet niemożliwa. Podnosił, że gdyby zamawiający chciał otrzymać Dokumentację Bazową w wersji edytowalnej, zastrzegłby taką wolę w SIWZ, czego jednak nie uczynił. Działania takie miały z pewnością w pełni świadomy charakter. Podnosił dodatkowo, że profesjonalista jakim z pewnością jest odwołujący, może bez problemu wykonać dokumentację różnicową i inwentaryzację bez wersji edytowalnej, nanosząc wyniki na wersję sporządzoną w formacie PDF. Argument odwołującego o konieczności jakoby wprowadzenia „*ręcznie setek tysięcy danych*” jest całkowicie nieuzasadniony i świadczy o braku umiejętności odwołującego się w rozwiązaniu tego typu problemu. Natomiast, w opinii przystępującego, przywołany przez odwołującego pkt. A. 11 Tomu III SIWZ (str. 5 odwołania) odnosi się już do wykonawcy, który zostanie wybrany do realizacji przedmiotowej usługi. Biorąc pod uwagę zaprezentowane wywody, zdaniem Transprojekt, należy uznać, iż zamawiający nie uchybił regulacji zawartej w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, a zakres opisu sporządzonego w kształcie przedłożonym w SIWZ nie stanowi dla wykonawców przeszkody uniemożliwiającej im złożenie właściwej oferty. Transprojekt ustosunkował się też do twierdzenia odwołującego w zakresie odmowy udostępnienia edytowalnej wersji Dokumentacji Bazowej. Wskazywał, iż zgodnie z postanowieniem § 11 umowy z dnia 4 maja 2005 (nr I/154/DI-15/2005/05009) zawartej w wyniku przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania, którego przedmiotem było sporządzenie dokumentacji projektowej stanowiącej element niniejszego przedmiotu zamówienia było przeniesienie majątkowych praw autorskich do ww. projektu na rzecz zamawiającego. W tych okolicznościach Transprojekt nie był i nie jest uprawniony oraz umocowany do rozporządzenia na rzecz osób trzecich już nie swoją własnością, tj. dokumentacją projektową, stąd był zmuszony w dniu 11 kwietnia 2011 r. odmówić jej udostępnienia z uwagi na konsekwencje prawno-autorskie. Mając na względzie powyższe, wnosił o oddalenie odwołania.

W dniu 20 kwietnia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła faxem odpowiedź na odwołanie (w dniu 21 kwietnia 2011 r. wpłynął oryginał), w której zamawiający podnosił niezasadność odwołania. Wskazywał, iż złożone odwołanie dotyczy czynności zaproszenia przez zamawiającego do składania ofert jednego z wykonawców - Transprojekt oraz zaniechania wykluczenia tego wykonawcy przez zamawiającego. Cała argumentacja odwołującego opiera się natomiast na założeniu, iż Dokumentacja Bazowa (a w szczególności Dokumentacja Bazowa w wersji edytowalnej) autorstwa Transprojekt powinna

stanowiąc obowiązkowy element opisu przedmiotu zamówienia. Podnosił, iż wykluczenie wykonawcy z przyczyny podanej w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp może nastąpić jedynie w przypadku łącznego zaistnienia wszystkich koniecznych przesłanek, to jest:

- wykonywania bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania,
- utrudnienia uczciwej konkurencji, skutkiem udziału wykonawcy uczestniczącego wcześniej w przygotowaniu postępowania.

Opracowanie przez wykonawcę Dokumentacji Bazowej nie oznacza, że „*wykonywał on [Transprojekt] - bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania*” pn. „Wykonanie dokumentacji różnicowej wraz z inwentaryzacją geodezyjną (...)”. Czynności te można traktować najwyżej jako pośredni udział w przygotowaniu postępowania. Istotne są bowiem w brzmieniu artykułu słowa „*wykonywali bezpośrednio czynności*”. Udział Transprojekt nie miał charakteru udziału bezpośredniego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wg komentarza „Prawo zamówień publicznych Komentarz” G. Wicik/P. Wiśniewski wydawnictwo C.H. Beck Warszawa 2007, str. 184. wykluczyć należy wykonawcę w sytuacji, gdy brał on udział bezpośredni w przygotowaniu postępowania i „*co więcej taki Wykonawca, dzięki udziałowi w przygotowaniu postępowania, może wpłynąć na jego warunki*”. W niniejszym postępowaniu rezultat prac wykonawcy Transprojekt jest wykorzystywany bez jego istotnej ingerencji w niniejszym postępowaniu przygotowawczym. Kierunek wykładni 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp zawiera orzeczenie ETS sygn. C-21/03 C-34/03 z 3 marca 2005 r. Fabricom SA przeciwko Belgii, gdzie Trybunał stwierdził, że jednostka zamawiająca nie może odmówić uczestnictwa w postępowaniu, wykonawcy realizującemu określone prace badawcze, dające informacje na temat zamówienia, chyba że wykaze, iż przedsiębiorca odniósł z tego tytułu nieuzasadnione korzyści mogące zniekształcić normalne warunki konkurencji (wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 120/07). Niemniej jednak, w niniejszym postępowaniu nie mamy do czynienia z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Transprojekt, który został zaproszony do złożenia oferty, nie wykonywał żadnych czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania. Wykonawca ten na podstawie umowy zawartej w wyniku przeprowadzonego wiele lat wcześniej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonał dokumentację projektową dla realizacji robót budowlanych związanych z budową autostrady A4 na odcinku od węzła Brzesko do węzła Wierzchosławice km 479+000 - 499+800. Transprojekt nie był w stanie przewidzieć, że roboty zostaną przerwane i przedmiotowa dokumentacja projektowa będzie musiała posłużyć jako podkład dla opracowania dokumentacji różnicowej. Tym samym nie zawarł w niej zapisów, które mogłyby w jakikolwiek sposób utrudnić uczciwą konkurencję. Skoro więc brak jest podstaw do wykluczenia Transprojekt z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24

ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, należy uznać za bezzasadny zarzut dotyczący naruszenia art. 51 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaproszenie tego wykonawcy do składania ofert. Zamawiający tym samym nie naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie zgadzał się również z argumentacją odwołującego dotyczącą naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 Pzp, jakoby Dokumentacja Bazowa stanowiła podstawową część opisu przedmiotu zamówienia i jako taka winna być dołączona do SIWZ. Przekazany wraz z SIWZ Opis przedmiotu zamówienia (dalej jako „OPZ”) spełnia wymagania jakie stawia mu zapis art. 29 ust 1 ustawy Pzp oraz jest wyczerpujący z punktu widzenia celu jakemu ma służyć. W szczególności jest on wystarczający dla przygotowania rzetelnej oferty, tym samym szczegółowa znajomość Dokumentacji Bazowej na tym etapie jest zbędna. Przedmiot zamówienia opisany jest jednoznacznie, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń i uwzględnia wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W OPZ określono jednoznacznie:

- lokalizację i rozmiary placu budowy,
- elementy składowe przyszłej autostrady tj. rodzaj przekroju poprzecznego, ilość i rodzaj obiektów inżynierskich, kolizje z elementami istniejącej infrastruktury itp. wskazano szczegółowe wymagania co do formy i zakresu dokumentacji stanowiącej przedmiot zamówienia, odwołując się do stosownych przepisów.
- w załącznikach przedstawiono spis elementów składowych Dokumentacji Bazowej z podziałem na poszczególne opracowania odpowiadające m.in. wszystkim obiektom inżynierskim, kolizjom i urządzeniom towarzyszącym.

OPZ zawiera również wszelkie dane niezbędne do wyceny przedmiotu zamówienia, i tak:

- koszt prac geodezyjnych wykonawca mógł określić w oparciu o informacje podane w OPZ na temat powierzchni placu budowy, ilości punktów granicznych i informacje wskazujące na elementy, które muszą zostać zinwentaryzowane,
- koszt opracowania dokumentacji różnicowej wykonawca mógł określić korzystając np. ze Środowiskowych Zasad Wyceny Prac Projektowych, dysponując wiedzą (wynikającą z treści OPZ) co do klasy technicznej drogi, jej długości, ilości obiektów inżynierskich i kolizji z urządzeniami obcymi itp.
- znając wymagane przez zamawiającego terminy wykonania poszczególnych części dokumentacji oraz skład i minimalną liczebność personelu niezbędnego do terminowej realizacji przedmiotu zamówienia (określone przez zamawiającego w OPZ), wykonawca mógł przewidzieć zakres i stopień mobilizacji swoich sił i środków technicznych.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie Dokumentacji Różnicowej (DR) wraz z

inwentaryzacją geodezyjną dla zadania: Budowa autostrady A4 na odcinku od węzła Brzesko do węzła Wierzchosławice km 479 + 000 - 499+800. Jak wynika z OPZ, zadaniem wykonawcy jest w pierwszej kolejności wykonanie szczegółowej inwentaryzacji geodezyjnej robót odebranych jak i nieodebranych. Zgodnie z wyceną inwestorską wartość inwentaryzacji geodezyjnej stanowi około 60% wartości zamówienia. Następnie wyniki tej inwentaryzacji winny być zilustrowane w Dokumentacji Różnicowej (np. poprzez naniesienie na Dokumentację Bazową lub wykonanie nakładki na Dokumentację Bazową), tak aby możliwe było określenie zakresu, ilości i rodzaju robót, niezbędnych do całkowitego zakończenia budowy przedmiotowego odcinka autostrady zgodnie z Dokumentacją Bazową. Dodatkowo, jeżeli w oparciu o wyniki inwentaryzacji, stwierdzona zostanie taka konieczność, zadaniem wykonawcy będzie opracowanie projektów wykonawczych dla robót zabezpieczających, robót naprawczych bądź robót wynikających ze zmiany stanu gruntów spowodowanego wstrzymaniem Budowy. Fakt, że zamawiający powołuje się w OPZ na Dokumentację Bazową, nie stanowi, że jest ona elementem tegoż opisu. Dokumentacja Bazowa jest materiałem wyjściowym (niejako podkładem) dla wykonania Dokumentacji Różnicowej. Nie określa ona ani zakresu, ani stopnia skomplikowania dokumentacji różnicowej. DB nie ma również żadnego wpływu na zakres i ilość projektów wykonawczych, do których opracowania Wykonawca będzie zobowiązany. Z uwagi na powyższe zamawiający nie zgadzał się z opinią odwołującego, jakoby brak zamieszczenia przez zamawiającego w OPZ Dokumentacji Bazowej skutkowało brakiem możliwości prawidłowego skalkulowania ceny ofertowej, a wykonawcy są pozbawieni pełnej wiedzy o zakresie przedmiotu zamówienia. Odwołujący podkreśla, że wykonawcy nie posiadają wiedzy o stopniu szczegółowości opisu i rysunków Dokumentacji Bazowej. Należy jednak stwierdzić, że Dokumentacja Bazowa jest niczym innym jak dokumentacją projektową, o której mowa w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego. Rozporządzenie to szczegółowo określa zakres i formę projektu wykonawczego, STWIORB, przedmiaru robót. Zakres i formę projektu budowlanego określa Prawo Budowlane. Tym samym, Wykonawca jako doświadczony uczestnik rynku budowlanego, ma świadomość co do zakresu i szczegółowości, z jaką takie dokumenty są sporządzane. Znajomość samej Dokumentacji Bazowej na etapie składania ofert nie jest konieczna. Dlatego też zamawiający nie przekazał jej wykonawcom wraz z SIWZ, jedynie zastrzegł, że zostanie ona przekazana wybranemu w postępowaniu wykonawcy, w dniu podpisania umowy. Istotnym jest, że Dokumentacji Bazowej stanowi obszerne opracowanie, i przygotowanie, dla każdego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu, kserokopii takiej dokumentacji wiązałoby się z poniesieniem przez zamawiającego dodatkowych, znacznych kosztów. W tych okolicznościach przekazywanie

DB Wykonawcom, jedynie w celu jej pobieżnego przeglądu jest nieuzasadnione. Żaden z wykonawców, w tym również odwołujący, nie wystąpił do zamawiającego z prośbą o udostępnienie Dokumentacji Bazowej. Przeciwnie, wykonawcy, od momentu zaproszenia do składania ofert, wykazywali żywe zainteresowanie możliwością dokonania wizji na placu budowy i za zgodą zamawiającego w tym celu wizytowali teren budowy. Powyższe obrazuje, że dla przygotowania rzetelnej oferty w niniejszym postępowaniu to właśnie wizja na terenie budowy ma dla wykonawców większe znaczenie aniżeli wgląd do Dokumentacji Bazowej. Działanie takie jest uzasadnione, biorąc pod uwagę, że przedmiot zamówienia to w głównej mierze inwentaryzacja i ilustracja jej wyników. Na marginesie zamawiający wskazywał, iż za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót zamawiający opisuje przedmiot zamówienia jedynie w przypadku robót budowlanych (zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp). Nie ma zatem podstawy do żądania uczynienia z dokumentacji bazowej elementu opisu przedmiotu zamówienia na usługi projektowe. Zamawiający przyznaje, że w Tomie III SIWZ zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt V.A.II OPZ, zawarty został zapis, iż koszty i starania związane z uzyskaniem od Projektanta dokumentacji uzupełniającej Dokumentację Bazową (DB) w tym DB w wersji papierowej oraz plików cyfrowych w wersji edytowalnej (itp.) obciążają w całości wykonawcę. Powyższy zapis nie narzuca wykonawcom konieczności pozyskania dokumentacji uzupełniającej. Stanowi on dla zamawiającego zabezpieczenie przed żądaniami wykonawcy dotyczącymi przekazywania na etapie realizacji zamówienia dokumentów, które nie są niezbędne dla wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający natomiast, zgodnie z zapisami OPZ zobowiązuje się do przekazania Wykonawcy Dokumentacji Bazowej w formacie *.pdf, oraz innych posiadanych dokumentów, które będą przydatne dla realizacji zamówienia (pkt V.A.9 OPZ). Jeżeli chodzi o argumentację odwołującego oraz przystępującego MGGP dotyczącą konieczności dysponowania dla realizacji przedmiotu zamówienia Dokumentacją Bazową w wersji edytowalnej, to celowo pomija ona stanowisko zajęte przez zamawiającego w toku postępowania. Według zapisów zawartych w Części B Tomu III SIWZ zatytułowanej „Warunki szczegółowe, co do zakresu” część rysunkowa Dokumentacji Różnicowej powinna zostać wykonana w oparciu o rysunki Dokumentacji Bazowej, przy czym zamawiający dopuszcza rozwiązanie polegające na naniesieniu różnic bezpośrednio na rysunki Dokumentacji Bazowej (str. 14). Odpowiadając na zapytania wykonawców, w piśmie z dnia 7 kwietnia 2011 r. (znak: GDDKiA O/KR-R-2bk/284/12/wyj1/2011) zamawiający wyraźnie zaznaczył, że możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia na podstawie dostarczonych przez zamawiającego plików *.pdf. Wymóg dostarczenia rysunków autorstwa wykonawcy w formacie AutoCAD (*.dwg) dotyczy jedynie rysunków wykonywanych od podstaw przez projektanta wykonawcy Dokumentacji Różnicowej np. rysunków uzupełniających dokumentację bazową w Dokumentacji

Różnicowej, oraz projektu połączenia Części 1 z Częścią 2. W związku z udzieleniem ww. wyjaśnień zamawiający wyraźnie zaznaczył, iż pozyskanie plików cyfrowych w wersji edytowalnej nie jest bezwzględnie wymagane. W zakresie zarzutu naruszenia art. 51 ust. 1a ustawy Pzp, dotyczącego zaniechania poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków, to zamawiający dokonał tej czynności w dniu 11 kwietnia 2011 r. pismem znak GDDKiA O/KR-R-2bk/284/12/2011. Dodatkowo zestawienie wykonawców, którzy zostali zaproszeni do składania ofert w postępowaniu zostało zamieszczone na stronie www w dniu 4 kwietnia 2011r., co potwierdza również odwołujący. W tym stanie rzeczy odwołanie, zdaniem zamawiającego, powinno zostać w całości oddalone.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację postępowania, jak również biorąc pod uwagę wyjaśnienia stron oraz uczestników postępowania złożone do protokołu oraz pisemnie podczas rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący spełnia również przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby odwołanie nie może zostać uwzględnione z uwagi na poniższą argumentację.

Izba wskazuje, iż zasadniczym przedmiotem zaskarżenia przez odwołującego było zaniechanie wykluczenia przez zamawiającego wykonawcy Transprojekt w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp oraz zaproszenie wykonawcy podlegającego wykluczeniu do dalszego etapu postępowania, tj. składania ofert. Odwołujący zarzucał także naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez braki w dokumentacji SIWZ kolidujące z obowiązkiem wyczerpującego przedstawienia wszystkich okoliczności wpływających na sporządzenie oferty, ale jak wynika z treści odwołania oraz wyjaśnień przedstawionych na rozprawie zarzut ten postawiony został przede wszystkim jako uzasadnienie utrudniania konkurencji poprzez udział wykonawcy Transprojekt w niniejszym postępowaniu, ponieważ jako autor Dokumentacji Bazowej dokumentację tę zna w całości, jak również posiada jej edytowalną wersję, której zamawiający nie zapewnił pozostałym wykonawcom i odmawia jej udostępnienia (przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp). Powyższy zarzut dotyczący opisu przedmiotu zamówienia, jak wskazywał odwołujący, nie miał na względzie doprowadzenia do zmiany postanowień SIWZ powoływanych w treści odwołania jako szczególnie naruszających równość i konkurencję pomiędzy wykonawcami, stąd nie zawarł on żądania zmiany SIWZ ani nie oczekiwał takiej

zmiany na skutek rozpoznania odwołania. Podnosił, iż obranym przez niego celem było doprowadzenie do wyrównania konkurencji w postępowaniu poprzez wyłączenie możliwości złożenia oferty przez Transprojekt, ponieważ podmiot ten, z uwagi na przygotowywanie Dokumentacji Bazowej, posiada uprzywilejowaną pozycję w postępowaniu, co wyczerpuje przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wbrew stanowisku odwołującego, stan faktyczny istniejący w niniejszej sprawie nie potwierdza zasadności zastosowania wobec Transprojekt sankcji wykluczenia, o którym mowa w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Przepis ten przewiduje, iż z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się również wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji, przy czym przepisu nie stosuje się do wykonawców, którym udziela się zamówienia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 2 lub art. 67 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Niezbędną przesłanką zastosowania powyższego przepisu jest zatem wykazanie, że wykonawca wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności. Dopiero w sytuacji zaistnienia przesłanek (lub jednej z nich), o których mowa wyżej, taki wykonawca musiałby udowodnić, iż mimo powyższych okoliczności jego udział w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Ustawa Pzp przez „przygotowanie postępowania” rozumie czynności podejmowane przez zamawiającego (jego pracowników, jednostki organizacyjne lub osoby trzecie, którym na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy Pzp może on powierzyć przygotowanie postępowania) wymienione w Rozdziale II „Przygotowanie postępowania” w art. 29 - 38 ustawy Pzp. Zaliczyć do nich należy: opis przedmiotu zamówienia, oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W niniejszym postępowaniu osią sporu pomiędzy stronami było zatem to, czy wykonawca, który opracował pierwotną dokumentację projektową (Dokumentację Bazową), stanowiącą podstawę do opracowania Dokumentacji Różnicowej, do której to Dokumentacji Bazowej odsyła dokumentacja przetargowa i która w kształcie takim, jaki nadał jej projektant, musi być uwzględniona przy wykonaniu zamówienia (nie jest możliwe wykonanie zamówienia bez posiadania i znajomości Dokumentacji Bazowej), może być uznany za wykonawcę, który wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, co z kolei skutkuje koniecznością oceny wpływu udziału tego wykonawcy na zachowanie uczciwej konkurencji i jego ewentualne wykluczenie w razie uznania, iż wpływ taki zachodzi. Zdaniem zamawiającego o wypełnieniu przesłanki

bezpośredniości nie może być mowy, ponieważ celem przygotowania dokumentacji projektowej przez Transprojekt na podstawie umowy zawartej w dniu 4 maja 2005 r. po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było wykorzystanie jej dla realizacji robót budowlanych związanych z budową autostrady A4 na odcinku od węzła Brzesko do węzła Wierzchosławice km 479+000 – 499+800. Nikt, w tym i projektant nie mógł przewidzieć, że nastąpi przerwanie robót budowlanych wskutek odstąpienia od umowy z dotychczasowym wykonawcą i zaistnieje konieczność inwentaryzacji placu budowy, a w konsekwencji weryfikacji dokumentacji projektowej w oparciu o ustalenia inwentaryzacyjne i sporządzenie Dokumentacji Różnicowej, która z kolei stanowić będzie podstawę dla opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane dla potrzeb ponownego wyłonienia wykonawcy tych robót. Zamawiający wskazywał, że konieczność uwzględnienia Dokumentacji Bazowej może być uznana jedynie za pośredni udział w postępowaniu przygotowawczym, które samodzielnie prowadził zamawiający, opracowując opis przedmiotu zamówienia i pozostałe postanowienia SIWZ, zaś wykonawca Transprojekt nie wykonywał żadnych czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania.

Odwołujący natomiast, uzasadniając bezpośredni charakter uczestnictwa wykonawcy Transprojekt w czynnościach związanych z przygotowaniem przedmiotowego postępowania, podkreślał, iż o bezpośrednim udziale można mówić wówczas, gdy to dany wykonawca wykonywał czynności związane z przygotowaniem postępowania, a rezultat prac wykonawcy zostaje wykorzystany przez zamawiającego bez istotnej ingerencji. Zdaniem odwołującego tak jest w niniejszym przypadku, ponieważ przygotowana bezpośrednio przez wykonawcę Transprojekt dokumentacja projektowa jest niezbędna do przeprowadzenia postępowania, stanowi istotną część opisu przedmiotu zamówienia (opis przedmiotu zamówienia zawiera streszczenie Dokumentacji Bazowej, wielokrotnie do Dokumentacji Bazowej bezpośrednio odsyła) i została do niego włączona bez zmian. Ponadto wykonawca Transprojekt miał pełną świadomość, iż wykonując dokumentację projektową dla zadania inwestycyjnego budowa autostrady A-4 od węzła Brzesko do węzła Krzyż będzie ona wykorzystywana na potrzeby postępowań prowadzonych w związku z wykonywaniem tej inwestycji. Odwołujący powoływał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w którym Izba uznawała za bezpośrednie wykonywanie czynności związanych z przygotowaniem postępowania, o którym mowa w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp sporządzenie dokumentacji projektowej czy kosztorysu wykorzystywanych następnie w innych postępowaniach jako element opisu przedmiotu zamówienia.

Izba wskazuje, iż pojęcie bezpośredniego wykonywania czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania należy oceniać zarówno na płaszczyźnie, czy to konkretny wykonawca uczestniczył w wymienionych powyżej czynnościach

przygotowawczych, jak i czy udział w tych czynnościach miał na celu przygotowanie prowadzonego postępowania. W ocenie Izby z uwagi na szczególnie sankcyjny charakter przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i dotkliwe dla wykonawcy konsekwencje jego zastosowania wykładnia tego przepisu winna mieć charakter ścisły i opierać się przede wszystkim na jego literalnym brzmieniu. Niewątpliwie brak jest podstaw do wykluczenia, gdy w przygotowaniu postępowania przygotowawczego brał udział podmiot inny niż sam wykonawca (np. podmiot zależny od wykonawcy). Nie zachodzi wówczas tożsamość wykonawcy i nie można mówić o bezpośrednim udziale danego podmiotu. Z taką sytuacją w sposób oczywisty nie mamy do czynienia w tym przypadku (stąd nieadekwatność w tym zakresie orzeczenia Sądu przywołanego przez Transprojekt), gdzie okoliczność, iż to Transprojekt wykonywał Dokumentację Bazową nie była przedmiotem sporu. Jak jednak wskazano powyżej, w ocenie Izby, pojęcie to należy rozważać także w innym wymiarze niż tożsamość wykonawcy biorącego udział w przygotowaniu postępowania i wykonawcy składającego następnie w tym postępowaniu wnioski lub ofertę, a mianowicie w kontekście celu podejmowanych przez wykonawcę czynności. Art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wyraźnie bowiem wskazuje, aby czynności wykonawcy były związane z przygotowaniem prowadzonego (a zatem tego konkretnego) postępowania. Tym samym jego udział w czynnościach przygotowawczych, tj. sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia, określenia wartości szacunkowej czy przygotowywaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, winien dotyczyć danego postępowania. Wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu może mieć zatem miejsce wtedy, gdy wykonawca mógł wpłynąć na kształt opisu przedmiotu zamówienia, określenie wartości szacunkowej zamówienia, sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie Izby niezbędne jest zatem, aby rezultat prac przygotowawczych na potrzeby danego postępowania był bezpośrednio wykorzystany w tym postępowaniu. Tymczasem dokumentacja projektowa sporządzona była przez Transprojekt na potrzeby innego postępowania, a konieczność jej wykorzystania dla wykonania zamówienia objętego niniejszym przetargiem wynika jedynie z jego specyfiki – sporządzenie Dokumentacji Różnicowej dokonywane jest w oparciu o dokumentację projektową, na podstawie której były wykonywane roboty budowlane. Nie można zatem uznać, iż każdy przypadek, gdy dokumentacja projektowa wykorzystywana jest w innych postępowaniach projektant tej dokumentacji zawsze będzie uznawany za wykonującego bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, niezależnie od tego, czy jego udział miał wymiar faktyczny (tj. rzeczywiście uczestniczył w wykonywaniu czynności związanych z przygotowaniem postępowania, wpływając choćby na opis przedmiotu zamówienia), czy też sprowadzał się jedynie do wykorzystania efektu jego prac wykonanych w ramach innych postępowań, podczas gdy on sam w przygotowaniu danego postępowania nie uczestniczył i nie miał żadnego wpływu na jego warunki ani opis

przedmiotu zamówienia. Izba podkreśla, że orzecznictwo przywoływane przez odwołującego na potwierdzenie, iż wykonawca prac projektowych czy kosztorysu wykorzystywanych następnie w innych postępowaniach zawsze uznawany jest za bezpośrednio wykonującego czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania dotyczy w głównej mierze sytuacji, gdy projektant opracował dokumentację projektową, specyfikację techniczną, program funkcjonalno-użytkowy, doprowadzając przez te czynności do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w danym postępowaniu (np. na roboty budowlane). Wynika to m.in. ze sposobu, w jaki zgodnie z przepisami prawa dokonuje się opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane – opis przedmiotu zamówienia następuje za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych czy też programu funkcjonalno-użytkowego sporządzanych na potrzeby danego postępowania. W takich okolicznościach niewątpliwie projektant wykonuje bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, ponieważ bezpośrednio wpływa na opis przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu. Jest to jednak sytuacja odmienna od tej, z którą mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Przedmiot zamówienia obejmuje bowiem w szczególności wykonanie i opracowanie szczegółowej inwentaryzacji geodezyjnej robót odebranych i nieodebranych oraz sporządzenie na podstawie wyników inwentaryzacji - w oparciu o dane pochodzące z inwentaryzacji wykonawcy oraz dane pochodzące z pracy Komisji Inwentaryzacyjnej zamawiającego oraz posiadaną Dokumentację Bazową, Dokumentację Odbioru Robót i przedmiary robót, zakresu, ilości i rodzaju robót niezbędnych do całkowitego zakończenia budowy autostrady zgodnie z Dokumentacją Bazową, co zostanie przez wykonawcę opisane i zilustrowane w Dokumentacji Różnicowej (np. poprzez naniesienie na Dokumentację Bazową lub wykonanie nakładki na Dokumentację Bazową). Dodatkowo, jeżeli w oparciu o wyniki inwentaryzacji stwierdzona zostanie taka konieczność, wykonawca opracuje projekty wykonawcze dla robót zabezpieczających, robót naprawczych oraz robót wynikających ze zmiany stanu gruntów spowodowanych wstrzymaniem budowy. Dokumentacja Różnicowa powinna zawierać w szczególności część opisową określającą stan zaawansowania robót na danym elemencie zagospodarowania, obiekcie czy urządzeniu oraz opis czynności niezbędnych dla kontynuacji robót z uwzględnieniem czynności dodatkowych wynikających ze skutków wstrzymania robót na okres ponad pół roku, część rysunkową ilustrującą czytelnie, jakie elementy planu zagospodarowania oraz które części składowe poszczególnych obiektów i urządzeń zostały wykonane, a które wymagają kontynuacji, a jeżeli to niezbędne – rysunki uzupełniające (część rysunkowa powinna być wykonana w oparciu o rysunki Dokumentacji Bazowej, przy czym dopuszczalne było naniesienie różnic bezpośrednio na rysunki Dokumentacji Bazowej), różnicowego przedmiaru robót oraz kosztorysu inwestorskiego opartego o ten przedmiar. Spis Dokumentacji Bazowej – projekt budowlany i wykonawczy został załączony do SIWZ (opisu

przedmiotu zamówienia). Opis przedmiotu zamówienia oraz SIWZ sporządzana została przez zamawiającego samodzielnie, a konieczność wykorzystania Dokumentacji Bazowej związana jest ze sposobem wykonania zamówienia wynikającego ze specyfiki jego przedmiotu, jakim jest sporządzenie Dokumentacji Różnicowej. Oznacza to zatem, iż nie zaistniała przesłanka warunkująca wykluczenie wykonawcy Transprojekt na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, a zarazem i warunkująca ocenę, czy udział tego wykonawcy utrudni uczciwą konkurencję. W ocenie Izby dla stwierdzenia przesłanki bezpośredniości nie jest bowiem wystarczające, aby Transprojekt wykonał Dokumentację Bazową niezbędną do przeprowadzenia postępowania i realizacji zamówienia, ponieważ nie jest to równoznaczne z bezpośrednim wykonywaniem czynności przygotowawczych w ramach postępowania na wykonanie Dokumentacji Różnicowej. Niewątpliwie sporządzenie Dokumentacji Bazowej było czynnością związaną z prowadzeniem zadania inwestycyjnego na budowę autostrady A-4 na wskazanym odcinku, co jednak nie jest tożsame z uznaniem, iż w każdym przypadku wykorzystania tej dokumentacji na potrzeby postępowań pozostających w związku z tą inwestycją zachodzi przesłanka bezpośredniego udziału projektanta w czynnościach związanych z przygotowaniem takich postępowań. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wyraźnie bowiem uzależnia zastosowanie przewidzianej w nim sankcji przede wszystkim od wykazania bezpośredniego udziału w czynnościach związanych z przygotowaniem danego postępowania, a nie udziału w czynnościach, które pozostają jedynie w związku z prowadzonym postępowaniem, podczas gdy cel ich wykonania nie był z prowadzonym postępowaniem bezpośrednio powiązany. W związku z powyższym Izba uznała, iż stan faktyczny niniejszej sprawy nie wyczerpuje dyspozycji przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, a zatem nie można uznać, iż doszło do zarzucanego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Oznacza to zarazem, iż niezasadny jest zarzut naruszenia art. 51 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby powyższa konstatacja nie oznacza, iż w niniejszym postępowaniu zachowane zostały w prawidłowy sposób zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji. Wniosek ten wynika jednak nie tyle z zarzucanego naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, co z takiego ukształtowania postanowień SIWZ (opis przedmiotu zamówienia), które uprzywilejowywały wykonawcę Dokumentacji Bazowej. Jak było to już stwierdzone powyżej odwołujący zarzucał także naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez braki w dokumentacji SIWZ kolidujące z obowiązkiem wyczerpującego przedstawienia wszystkich okoliczności wpływających na sporządzenie oferty, tj. poprzez brak dołączenia do SIWZ pełnej treści Dokumentacji Bazowej (dołączono jedynie spis), stanowiącej, w opinii odwołującego, podstawową część opisu przedmiotu zamówienia. Izba podziela w tym zakresie argumentację odwołującego, iż SIWZ

powinna stwarzać możliwość pełnego zapoznania się z warunkami realizacji zamówienia wszystkim wykonawcom na tych samych warunkach, a niewątpliwie treść Dokumentacji Bazowej takie warunki realizacji zamówienia określała. Nie można także uznać, iż nie stanowiła ona elementu opisu przedmiotu zamówienia, skoro opis przedmiotu zamówienia wielokrotnie do Dokumentacji Bazowej odsyła oraz brak jest możliwości prawidłowego wykonania zamówienia bez jej znajomości. Okoliczność, iż przepisy prawa wymagają jedynie w przypadku zamówień na roboty budowlane posłużenia się w opisie dokumentacją projektową, nie zmienia tego, iż naczelną zasadą wynikającą z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp jest sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, iż znajomość Dokumentacji Bazowej była wykonawcom zbędna na etapie składania ofert. Skoro bowiem szczegóły prac, jakie mają zostać wykonane odnoszą się do treści tej dokumentacji (np. Dokumentacja Różnicowa powinna odpowiadać co do stopnia szczegółowości opisu i rysunków Projektowi Wykonawczemu Dokumentacji Bazowej, a w szczególności zawierać odpowiedniki rysunków Dokumentacji Bazowej), a opracowanie Dokumentacji Różnicowej dokonuje się na Dokumentacji Bazowej, to trudno uznać, iż brak wiedzy co do treści tej dokumentacji stanowi wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia. Jak wskazano jednak powyżej, powyższy zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedstawiony został przede wszystkim jako uzasadnienie dla spełnienia przesłanki wykluczenia z postępowania wykonawcy Transprojekt z uwagi na posiadanie przez niego pełnej wiedzy na temat dokumentacji projektowej, podczas gdy innym wykonawcom nie została ona udostępniona. Odwołujący nie podnosił konieczności zmiany SIWZ w tym zakresie ani nie wnosił o nakazanie udostępnienia Dokumentacji Bazowej. Izba stwierdza również, iż odwołujący nie dowiódł w sposób przekonujący, iż dostęp do Dokumentacji Bazowej był kluczowy dla wyceny oferty, zaś brak takiego dostępu uniemożliwił rzetelną wycenę. Należy bowiem podnieść, iż wykonawcy (także odwołujący i przystępujący MGPP) nie występowali z żądaniem udostępnienia Dokumentacji Bazowej w formacie PDF (a taki posiadał zamawiający), co zapewne pozwoliłoby na ocenę stopnia szczegółowości wymagań zamawiającego, lecz udostępnienia jej w formie edytowalnej, której uzyskanie miało znaczenie na etapie m.in. dla ustalenia ceny oferty z uwagi na kalkulację kosztu jej uzyskania oraz kalkulację ceny oferty, gdy uzyskanie wersji edytowalnej może nie być możliwe, jednak nie miało wpływu na samą możliwość wykonania zamówienia (zamawiający w wyjaśnieniach z 7 kwietnia 2011 r. wyraźnie wskazał, iż nie jest wymagane pozyskanie plików cyfrowych w wersji edytowalnej). Oznacza to, iż kluczowe znaczenie dla wyceny oferty miało dla nich posiadanie wersji edytowalnej Dokumentacji Bazowej, a nie sam fakt zapoznania się z treścią Dokumentacji Bazowej. Świadczy o tym choćby zapytanie nr 3.2. i

3.3. zawarte w wyjaśnieniach z dnia 7 kwietnia 2011 r. W ocenie Izby odwołujący nie zdołał zatem dowieść, iż zaniechanie załączenia pełnej treści Dokumentacji Bazowej miało de facto istotny wpływ na możliwość skalkulowania ceny oferty. Z kolei zastrzeżenia dotyczące nieudostępnienia wersji edytowalnej wykonawcom dotyczyły nie tyle opisu przedmiotu zamówienia naruszającego art. 29 ust. 1 ustawy Pzp (odwołujący przyznał, iż jest możliwe wykonanie zamówienia bez wersji edytowalnej, ale jest ono pracochłonne i oferta staje się niekonkurencyjna wobec podmiotu, który taką wersją dysponuje), co stworzenia poprzez odpowiednie postanowienia SIWZ uprzywilejowanej pozycji dla wykonawcy Transprojekt, uzależniając pozostałych wykonawców od dyskrecjonalnej decyzji tego podmiotu o udostępnieniu takiej wersji oraz obciążając kosztami, których wykonawca ten ponosić nie musi, bez określenia, na jakim poziomie koszty te będą się kształtować. Powyższe jednak nie wyczerpuje dyspozycji art. 36 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, ale raczej art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który przewiduje, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (względnie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), ponieważ zamawiający poprzez kwestionowane postanowienia opisu przedmiotu zamówienia (tom III pkt V. A.11) zróżnicował pozycję wykonawców w postępowaniu. Odwołujący takiego zarzutu jednak nie postawił, a ponadto, jak było to już wskazywane, powyższe regulacje SIWZ były przywoływane jako przejawy utrudniania konkurencji poprzez udział wykonawcy Transprojekt w niniejszym postępowaniu potwierdzające zaistnienie przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, a nie podstawy do odpowiedniej modyfikacji SIWZ. Kwestia ta była przedmiotem wyjaśnień pomiędzy wykonawcami a zamawiającym (vide wyjaśnienie nr 3 z dnia 7 kwietnia 2011 r.), gdzie wykonawcy, opierając się na przekonaniu, iż autorskie prawa majątkowe przysługują zamawiającemu, domagali się zmiany strony, od której należy pozyskać Dokumentację Bazową w wersji edytowalnej z Projektanta (Transprojekt) na zamawiającego oraz podania kosztów pozyskania tej dokumentacji, zaś zamawiający nie przychylił się do ich prośby, wskazując, iż możliwe jest wykonanie zamówienia bez wersji edytowalnej. Tym samym brak właściwej reakcji zamawiającego mógł stanowić podstawę dla wniesienia skutecznego środka ochrony prawnej w tym zakresie. Powyższe jednak, w ocenie Izby, nie jest tożsame z zaistnieniem przesłanki wykluczenia z postępowania określonej w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wobec wykonawcy Transprojekt, która ma charakter samodzielny i wiąże się przede wszystkim z konsekwencjami ustalenia bezpośredniego uczestnictwa wykonawcy w przygotowaniu postępowania. Postanowienia SIWZ, które dyskryminują niektórych wykonawców, mają dla tej przesłanki znaczenie o tyle, o ile źródłem inspiracji dla ich powstania byłby wykonawca, którego udział w czynnościach przygotowawczych jest podnoszony. Tymczasem taka okoliczność nie została wykazana. Zamawiający samodzielnie sformułował postanowienia SIWZ, a zakres zarzutów i zaskarżenia odwołania odnosi się do tych postanowień jedynie w kontekście niekorzystnego

wpływu na sytuację pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu w stosunku do pozycji Transprojekt jako przejawu nieuczciwej konkurencji będącego potwierdzeniem okoliczności uzasadniającej jego wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Należy podkreślić, iż sposób sformułowania środka ochrony prawnej zależy od podmiotu go wnoszącego. Wykonawca niezależnie od zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy Transprojekt był uprawniony do kwestionowania także niekorzystnych dla niego (dyskryminujących) postanowień SIWZ, wnosząc o odpowiednią zmianę jej brzmienia, czego jednak nie uczynił i co sam na rozprawie potwierdził. Izba nie jest natomiast uprawniona w zastępowaniu wykonawcy w kształtowaniu zakresu postępowania odwoławczego będącego przedmiotem jej rozpoznania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 51 ust. 1a ustawy Pzp poprzez zaniechanie poinformowania wykonawców o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków przez wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, należy uznać, iż jest on zasadny, ponieważ zamieszczenie informacji na stronie internetowej zawierającej zestawienie wykonawców zaproszonych do składania ofert w dniu 4 kwietnia 2011 r. nie czyni zadość wymogom tego przepisu. Jednakże naruszenie to w ocenie Izby w przedmiotowym przypadku pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, gdyż informacja na stronie internetowej pozwalała na uzyskanie danych istotnych z punktu widzenia wniesienia ewentualnego odwołania (tj. wskazywała, którzy wykonawcy zostali uznani za spełniających warunki udziału w postępowaniu), oraz, jak wynika z oświadczenia zamawiającego oraz dokumentacji przetargowej, w dniu 11 kwietnia 2011 r., zamawiający przekazał wykonawcom prawidłową informację w tym zakresie, wskazując, iż zgodnie z pkt IV.1.2) ogłoszenia o zamówieniu do składania ofert zostali zaproszeni wszyscy wykonawcy, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zgodnie z treścią ww pkt IV.1.2) ogłoszenia o zamówieniu jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki opisane w pkt III.2 (warunki udziału) będzie mniejsza lub równa 10, do złożenia ofert zostaną zaproszeni wszyscy wykonawcy spełniający te warunki. Tym samym zarzucane naruszenie postaje bez wpływu na wynik postępowania, co uniemożliwia uwzględnienie odwołania jedynie w oparciu o powyższe naruszenie z uwagi na treść art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3600

zł zgodnie z przedłożoną do akt sprawy fakturą.

Przewodniczący:

.....