

**WYROK**  
z dnia 11 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „BUDEXIM” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku oraz D. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą O. D. „D-ART” Firma Budowlana w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Kornowac

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe „Borbud” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Raciborzu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4 350 zł 46 gr (słownie: cztery tysiące trzysta pięćdziesiąt złotych czterdzieści sześć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, 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 Rybniku.

**Przewodniczący: .....**

Sygn. akt: KIO 1985/20

**Uzasadnienie**

Zamawiający - Gmina Kornowac prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Zadanie 3 „Budowa kanalizacji sanitarnej - etap III” realizowane w ramach Projektu „Uporządkowanie gospodarki ściekowej na terenie Gminy Kornowac - etap I”. Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 12 marca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 051-120004.

I. W dniu 17 sierpnia 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „BUDEXIM” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku oraz D. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą O. D. „D-ART” Firma Budowlana wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowe „BORBUD” sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu oraz zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy i odrzucenia jego oferty na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj. w szczególności:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe „BORBUD” sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu i dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, pomimo że powinien on zostać wykluczony z postępowania z uwagi na jego udział w czynnościach stanowiących element przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia, a spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie zostało wyeliminowane w inny sposób ani przez wykonawcę, ani przez zamawiającego;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe „BORBUD” sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu, pomimo że wykonawca ten działając w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd tj. nie wskazał faktu, że w toku wykonania dokumentacji projektowej wykorzystanej do przetargu zamawiającego powziął wiedzę o danych i dokumentach, które postawiły go w sytuacji uprzywilejowanej wobec innych wykonawców, jak również nie dokonał samooczenszczenia w tym zakresie, a powyższe miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, tj. na wybór tego wykonawcy jako najkorzystniejszej;
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości oraz udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usługowe „BORBUD” sp. z o.o.

- z siedzibą w Raciborzu, jako najkorzystniejszej;
- 2) wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowe „BORBUD” sp. z o.o. z siedzibą w Raciborzu;
  - 3) powtórzenia czynności w zakresie prawidłowego badania i oceny ofert;
  - 4) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

Argumentację na potwierdzenie podniesionych zarzutów odwołujący przedstawił w odwołaniu oraz uzupełniająco w piśmie wniesionym do Prezesa Izby w dniu 7 września 2020 r.

II. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 3 września 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając argumentację na poparcie swojego stanowiska.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 21 sierpnia 2020 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowe „Borbud” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Raciborzu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wraz ze stanowiskiem co do braku zasadności zarzutów zawartych w odwołaniu.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

**Izba ustaliła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania.

Na podstawie dokumentacji postępowania, dowodów z dokumentów przedstawionych przez strony oraz uczestnika postępowania oraz stanowisk stron i uczestnika postępowania, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przystępujący (Przedsiębiorstwo Usługowe „Borbud” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Raciborzu) był uczestnikiem konsorcjum, które na rzecz innego zamawiającego, tj. Przedsiębiorstwa Wodociągowo – Kanalizacyjnego „Górna Odra” sp. z o.o. z siedzibą w Roszkowie wykonało zamówienie publiczne pn. „Wykonanie dokumentacji projektowej wraz z dokumentami przetargowymi dla zadania: Zadanie 11. Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Pogrzebień i Kornowac w gminie Kornowac”. Umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w dniu 9 stycznia 2009 r. Do obowiązków przystępującego (lidera konsorcjum) należało: doradztwo techniczne w branży konstrukcyjnej, w razie konieczności wspólne reprezentowanie konsorcjum przed zamawiającym lub organami administracyjnymi oraz rozliczenie przedmiotu umowy, a do obowiązków partnera konsorcjum (A. M. i M. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Projektów PROFIM Spółka Cywilna) należało: realizacja przedmiotu zamówienia, w tym wykonanie opracowań projektowych objętych umową, uczestnictwo w naradach i spotkaniach organizowanych przez zamawiającego oraz bieżący kontakt z zamawiającym, nadzór nad zespołem projektowym, rozliczenie kosztów z liderem konsorcjum. W ramach przedmiotu zamówienia opracowane zostały między innymi uzgodnienia dokumentacji projektowej oraz ekspertyza geologiczna. W dniu 17 marca 2014 r. Gmina Kornowac zakupiła od Przedsiębiorstwa Wodociągowo-Kanalizacyjnego „Górna Odra” sp. z o.o. prawa do dokumentacji projektowej dla zadania pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Pogrzebień i Kornowac w gminie Kornowac”. Obecne postępowanie zostało przez zamawiającego wszczęte w dniu 12 marca 2020 r. W trakcie postępowania odwołujący zwrócił się do zamawiającego w trybie przepisu art. 38 ust. 1 ustawy Pzp o udostępnienie brakującej dokumentacji, tj. uzgodnień dokumentacji projektowej oraz dokumentacji geologicznej. W treści wniosków odwołujący wskazał, że brak udostępnienia ww. dokumentów uniemożliwia dokonanie rzetelnej wyceny przedmiotowego zadania. Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na wnioski odwołującego (m.in. ze względu na upływ terminu wskazanego w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp). Odwołujący uzyskał dostęp do ww. dokumentacji w związku z udziałem członków konsorcjum odwołującego we wcześniejszych postępowaniach przeprowadzanych w ramach przedmiotowego projektu budowy kanalizacji sanitarnej na terenie gminy Kornowac (etap I i II). W postępowaniu oferty złożyło dwunastu wykonawców, w tym odwołujący. Pismem z dnia 13 maja 2020 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o odrzucenie oferty przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Pismem z dnia 5 czerwca 2020 r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 24 ust. 10 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, czy jego udział w ramach konsorcjum z Biurem Projektów „PROFIM” s.c., które to konsorcjum w 2009 r. wykonało dokumentację projektową m.in. dla zadania objętego obecnym postępowaniem o udzielenie zamówienia, nie zakłóca konkurencji w tym postępowaniu. Odpowiedzi na ww. pismo zamawiającego przystępujący udzielił pismem z dnia 9 czerwca 2020 r. W treści ww. pisma przystępujący, na poparcie swojego stanowiska o niewystępowaniu zakłócenia konkurencji w związku z jego udziałem w postępowaniu, wskazał na takie okoliczności jak: opublikowanie pełnej treści dokumentacji projektowej wykonanej na podstawie umowy z dnia 9 stycznia 2009 r., wraz ze specyfikacją techniczną oraz przedmiarem robót, uprzednią publikację dokumentacji projektowej w ramach wcześniejszych etapów realizacji inwestycji, znaczny upływ czasu od wykonania dokumentacji projektowej na podstawie umowy z dnia 9 stycznia 2009 r. do wszczęcia obecnego postępowania, brak możliwości korzystania z wiedzy lub potencjału osób biorących bezpośredni udział w przygotowaniu dokumentacji projektowej, naturalne zmiany w otoczeniu projektowanej uprzednio przestrzeni, podział zadań pomiędzy członkami konsorcjum będącego wykonawcą zamówienia publicznego na wykonanie dokumentacji projektowej, niewykorzystanie przez obecnego zamawiającego pełnego zakresu dokumentacji wykonanej na podstawie umowy z dnia 9 stycznia 2009 r., wystarczający czas na zapoznanie się z dokumentacją obecnego postępowania przez wykonawców zainteresowanych złożeniem oferty (6 tygodni od ogłoszenia postępowania do terminu składania ofert, w tym prawie 5 tygodni na zwrócenie się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień treści SIWZ na podstawie art. 38 ustawy Pzp). W dniu 12 sierpnia 2020 r. zamawiający zawiadomił o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

**Izba zważyła, co następuje:**

Mając na uwadze przedstawione powyżej ustalenia faktyczne Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem 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. Ponadto, zgodnie z przepisem art. 24 ust. 10 ustawy Pzp w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp, przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Zamawiający wskazuje w protokole sposób zapewnienia konkurencji.

W niniejszej sprawie zamawiający umożliwił przystępującemu złożenie wyjaśnień, o których mowa w art. 24 ust. 10 ustawy Pzp i po zapoznaniu się z ich treścią uznał, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóca konkurencji. W ocenie składu orzekającego treść wyjaśnień przystępującego wskazuje, iż jego udział w obecnym postępowaniu nie powinien stanowić zakłócenia konkurencji w postępowaniu i w związku z tym temu wykonawcy nie należy odmawiać prawa ubiegania się o przedmiotowe zamówienie poprzez zastosowanie podstawy wykluczenia z postępowania wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Przemawiają za tym okoliczności wskazane przez przystępującego w piśmie z dnia 9 czerwca 2020 r. Należy w tym miejscu wskazać w szczególności na: zapewnienie wykonawcom zainteresowanym złożeniem oferty wystarczającego czasu na zapoznanie się z dokumentacją obecnego postępowania (od 12 marca do 22 kwietnia 2020 r.), znaczny upływ czasu od wykonania dokumentacji projektowej na podstawie umowy z dnia 9 stycznia 2009 r., podział zadań pomiędzy członkami konsorcjum będącego wykonawcą zamówienia publicznego na wykonanie dokumentacji projektowej (brak bezpośredniego zaangażowania przystępującego w przygotowanie dokumentacji stanowiącej przedmiot zamówienia), związany z dwiema poprzednimi okolicznościami brak możliwości korzystania z wiedzy lub potencjału osób biorących bezpośredni udział w przygotowaniu dokumentacji projektowej, a także naturalne zmiany w otoczeniu projektowanej uprzednio przestrzeni. Zaniechanie nastąpiło natomiast ze strony zamawiającego, który nie udostępnił wykonawcom wszystkich dokumentów, w których przygotowaniu uprzednio brał udział przystępujący (ekspertyza geologiczna oraz uzgodnienia). Jeżeli zatem należałoby mówić o ewentualnym naruszeniu konkurencji w postępowaniu, to nie na skutek wzięcia w nim udziału przez przystępującego, lecz zaniechania ze strony zamawiającego. Zaistnienie takiej sytuacji nie uzasadnia jednak zastosowania sankcji wykluczenia z postępowania względem przystępującego. Wykluczenie z postępowania przystępującego byłoby tym bardziej niezasadne wobec zachowania odwołującego. Wymaga bowiem zauważenia, iż dokumenty, których udostępnienia domagał się odwołujący, zostały wskazane w treści dokumentacji postępowania. Wnosząc o ich udostępnienie odwołujący wskazywał, iż bez zapoznania się z ich treścią nie jest możliwe dokonanie rzetelnej wyceny przedmiotu zamówienia. Kolejne działania odwołującego zdają się jednak całkowicie przeczyć powyższemu stwierdzeniu. Po pierwsze, odwołujący nie skorzystał z przysługującego mu środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie do Izby. Po drugie, odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, mimo wcześniejszych twierdzeń o braku możliwości dokonania rzetelnej wyceny oferty, co w przypadku profesjonalnego podmiotu, jakim jest wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, należy uznać za co najmniej niezrozumiałe. Dodatkowo należy zauważyć, iż odwołujący był w posiadaniu żądanych dokumentów w związku z udziałem w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Przyjmując zatem stanowisko odwołującego, należałoby uznać, iż był on w uprzywilejowanej sytuacji względem tych wykonawców, którzy nie wzięli udziału w poprzednich postępowaniach. Ponadto, odwołujący nie wykazał dostatecznie braku posiadania istotnych informacji potrzebnych do dokonania rzetelnej wyceny oferty, co miałyby potwierdzać przewagę konkurencyjną przystępującego. Stanowisku odwołującego zaprzeczył zamawiający i przystępujący, przedstawiając argumentację w ramach której zostały wskazane konkretne fragmenty dokumentacji postępowania, zawierające informacje, które odwołujący wskazywał jako mające znaczenie dla dokonania wyceny i uzyskania przewagi konkurencyjnej przez przystępującego. Argumentacja zamawiającego została dodatkowo poparta stanowiskiem projektanta. Rozstrzygnięcie sporu pomiędzy stronami w tym zakresie wymagałoby posiadania wiadomości specjalnych. Odwołujący nie wnosił jednak o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, a to na odwołującym w pierwszej kolejności spoczywa ciężar dowodu.

Podsumowując: w ocenie składu orzekającego okoliczności faktyczne niniejszej sprawy przemawiają za uznaniem, iż udział przystępującego w obecnym postępowaniu nie stanowi zakłócenia konkurencji w postępowaniu i w związku z tym temu wykonawcy nie należy odmawiać prawa ubiegania się o przedmiotowe zamówienie poprzez zastosowanie podstawy wykluczenia z postępowania wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Ewentualne naruszenie konkurencji w postępowaniu nie było skutkiem wzięcia w nim udziału przez przystępującego, lecz zaniechania ze strony zamawiającego, co nie uzasadnia jednak zastosowania sankcji wykluczenia z postępowania względem wykonawcy (przystępującego). Należy podkreślić, iż Izba uprawniona jest do orzekania wyłącznie w granicach zarzutów odwołania. Natomiast zamawiający obowiązany jest do oceny zaistniałej sytuacji pod kątem wszystkich przepisów ustawy Pzp, które ewentualnie powinny w takiej sytuacji znaleźć zastosowanie, w tym przepisów dotyczących unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp nie podlegał rozpoznaniu wobec zaniechania przedstawienia przez odwołującego w treści odwołania jakiegokolwiek uzasadnienia odnoszącego się do przesłanek składających się na podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazaną w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Jako konsekwencję niestwierdzenia zasadności zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp oraz zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp należało za niepotwierdzony uznać również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....