

WYROK
z dnia 30 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Andrzej Niwicki
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 lipca 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez „POLWAR” **S.A. ul. Starodworska 2, 80-137 Gdańsk** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg Miejskich w Słupsku ul. Przemysłowa 73/110, 76-200 Słupsk** protestu z dnia **2 lipca 2008 r.**

przy udziale „Most” **Sp. z o.o. ul. Kujawska 51a, 81-862 Sopot** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1) oddala odwołanie,

2) kosztami postępowania obciąża „POLWAR” S.A. ul. Starodworska 2, 80-137 Gdańsk,
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez „POLWAR” **S.A. ul. Starodworska 2, 80-137 Gdańsk;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 970 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset siedemdziesiąt złotych zero groszy) przez „POLWAR” **S.A. ul. Starodworska 2, 80-137 Gdańsk** na rzecz **Zarządu Dróg Miejskich w Słupsku ul. Przemysłowa 73/110, 76-200 Słupsk** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty noclegu, jako koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „POLWAR” **S.A. ul. Starodworska 2, 80-137 Gdańsk.**

2

Uzasadnienie

Odwołujący - „POLWAR” S.A. z siedzibą w Gdańsku wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, w którym zarzucił Zamawiającemu - Zarządowi Dróg Miejskich z siedzibą w Słupsku, naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5, w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655) poprzez niezasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania, jako wykonującego bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania przy jednoczesnym niezasadnym uznaniu, iż wykonawca ten utrudnił uczciwą konkurencję oraz niezasadne odrzucenie oferty nr 2 złożonej przez Odwołującego, ze względu na niezasadne wykluczenie tego wykonawcy z postępowania. Odwołujący podał w uzasadnieniu, że fakt opracowania przez niego dokumentacji

projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, a także opracowanie kosztorysu inwestorskiego, aczkolwiek świadczy o wykonaniu czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania, to jednak nie utrudnił uczciwej konkurencji, poprzez złożenie oferty na wykonanie robót budowlanych. Wskazał, że wszystkie przygotowane materiały przekazał Zamawiającemu, a z kolei Zamawiający udostępnił je, w granicach prawa, pozostałym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

- a) uwzględnienie odwołania,
- b) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- c) unieważnienie czynności wykluczenia „POLWAR” S.A.,
- d) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności oceny ofert, zgodnej z przepisami prawa,
- e) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyniku przeprowadzanego postępowania dowodowego w czasie rozprawy, w szczególności na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania udostępnionej przez Zamawiającego oraz wyjaśnień Odwołującego. Zamawiającego i Przystępującego do postępowania odwoławczego, ustaliła następujący stan faktyczny.

W dniu 15.05.2008r. Zamawiający ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Przebudowa mostu w ul. Garncarskiej”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

Wartość zamówienia oszacowano na kwotę 8 370 950 zł, co stanowi równowartość kwoty 2 159 075,08 euro.

3

Odwołujący, na podstawie umowy zawartej z Zamawiającym, wykonał dokumentację dla zadania „Przebudowa mostu w ul. Garncarskiej”, w skład której wchodzi następujące opracowania: dokumentacja projektowa, składająca się z projektu budowlanego wraz z pozwoleniem na budowę, projekt wykonawczy, który jest uszczegółowieniem projektu budowlanego, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót (branża drogowa i branża mostowa), projekt stałej organizacji ruchu, plan bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (BIOZ) oraz kosztorys inwestorski.

Dokumentacja przygotowana przez Odwołującego stanowiła integralną część Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, będącym przedmiotem postępowania odwoławczego, złożono 3 oferty:

- 1) Odwołującego z ceną 8 784 832,55 zł
- 2) „Most” Sp. z o.o. z ceną 9 693 582,12 zł
- 3) Bilfinger Berger Polska S.A. z ceną 11 978 774,64 zł.

W dniu 11.06.2008r. Zamawiający skierował do Odwołującego pismo wzywające do złożenia wyjaśnień, w związku z ewentualnością wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp. Odwołujący w dniu 13.06.2008. złożył takie wyjaśnienia, a mianowicie stwierdził, że „nie może być mowy o bezpośrednim uczestnictwie w czynnościach związanych z uczestnictwem w postępowaniu”, a także wskazał, że jego uczestnictwo w postępowaniu nie utrudniło uczciwej konkurencji. Na poparcie swych twierdzeń, w załączeniu do wyjaśnień, przedłożył opinię prawną z dnia 13.06.2008r.

Pismem z dnia 25.06.2008 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez „Most” Sp. z o.o. i o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp.

Na powyższe czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł w dniu 2.07.2008r. protest, a następnie, w związku z oddaleniem przez Zamawiającego protestu w dniu 9.07.2008 r., odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołanie zostało nadane w placówce pocztowej operatora publicznego w dn. 11.07.2008 r., jednocześnie przekazano Zamawiającemu kopię odwołania.

Wykonawca - „Most” Sp. z o.o. skutecznie przystąpił zarówno do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu (w dniu 5.07.2008r.), jak i do postępowania odwoławczego (w dn. 29.07.2008r) po stronie Zamawiającego.

4

W pismach prezentujących swoje stanowisko, Przystępujący wskazał, że zachodzą przesłanki wykluczenia „POLWAR” S.A. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp, ponieważ nie ulega wątpliwości, że wykonywał on bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, a jego udział w postępowaniu utrudnił uczciwą konkurencję. Na poparcie swoich twierdzeń Przystępujący wskazał konkretne pozycje kosztorysu ofertowego załączonego do oferty Odwołującego, w których Odwołujący, mając szczególną wiedzę na temat możliwości zoptymalizowania kosztów wykonania konkretnych prac (w opisie technicznym, stanowiącym załącznik do SIWZ, przewidziano zgodę projektanta odnośnie ostatecznych rozwiązań), mógł pozwolić sobie na duże oszczędności.

Krajowa Izba odwoławcza zważyła, co następuje.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp stanowi, że 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.

Z powyższego wynika, że zasadniczo wykonywanie bezpośrednio czynności przygotowujących postępowanie tj. między innymi opisanie przedmiotu zamówienia, a także ustalenie wartości zamówienia, stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy z późniejszego postępowania. Wyjątkiem jest sytuacja, gdy udział wykonawcy nie utrudni uczciwej konkurencji. O charakterze tegoż wyjątku świadczy określenie użyte w przepisie, o treści „chyba, że”.

Z opinii prawnych zamieszczonych na stronach internetowych UZP (www.uzp.gov.pl) wynika, że powinny być spełnione trzy przesłanki pozytywne, których łączne wystąpienie powoduje obowiązek Zamawiającego wykluczenia wykonawcy z postępowania, są to: przygotowanie postępowania, udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania oraz bezpośredni związek pomiędzy rezultatem pracy tegoż wykonawcy, a jej wykorzystaniem przez Zamawiającego. Przygotowanie postępowania oznacza: opis przedmiotu zamówienia, a w przypadku robót budowlanych – sporządzenie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, poprzez sporządzenie kosztorysu inwestorskiego, przygotowanie siwz.

W przypadku zaistnienia wskazanej sytuacji, Zamawiający jest zobowiązany do ustalenia okoliczności, czy udział takiego wykonawcy w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, stanowi utrudnienie uczciwej konkurencji. W zależności od dokonanych ustaleń wyklucza wykonawcę, bądź odstępuje od wykluczenia wykonawcy z postępowania.

5

Z wyroku z dnia 3.03.2005 r. C-21/03 i C-34/03 ETS wynika, że Zamawiający przed podjęciem rozstrzygnięcia co do wykluczenia wykonawcy z postępowania, powinien umożliwić wykonawcy wykazanie, że w danym przypadku udział tegoż wykonawcy nie wypaczy zasady uczciwej konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu bezspornie ustalono, że Odwołujący wykonał na rzecz Zamawiającego bezpośrednio czynności przygotowujące postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, opracowując między innymi dokumentację, w skład której wchodziły następujące opracowania: dokumentacja projektowa, składająca się z projektu budowlanego wraz z pozwoleniem na budowę, projekt wykonawczy, który jest uszczegółowieniem projektu budowlanego, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót (branża drogowa i branża mostowa), projekt stałej organizacji ruchu, plan bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (BIOZ), doprowadzając poprzez te czynności do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, o którym stanowią przepisy art. 29 i 31 ust 1 Pzp. Odwołujący także sporządził kosztorys inwestorski, wskazując w nim wartość netto 8.370.950 zł, która stała się bezpośrednio

wartością zamówienia, przyjętą przez Zamawiającego w protokole postępowania DRUK ZP-2, pole 2. Zamawiający przyjął tę wartość do późniejszej zmiany budżetu w zakresie zwiększenia środków na realizację zamówienia.

Z zestawienia cen ofert, gdzie w ofercie Odwołującego wskazano cenę 8.784.832,55 zł wynika, iż cena ta jest bardzo zbliżona do wartości zamówienia, a także niewiele różniącą się od kwoty, jaką Zamawiający podał bezpośrednio przed otwarciem ofert, jako kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – tj. 8.780.400 zł.

Powyższe wielkości, w ocenie KIO, świadczą, że nie można przyjąć, że wiedza Odwołującego wynikająca ze znajomości kosztorysu inwestorskiego, nie miała wpływu na cenę oferty. Należy przy tym zauważyć, że ceny dwóch pozostałych ofert były wyższe od ceny oferty Odwołującego: cena oferty „Most” Sp. z o.o. o kwotę 908.749, 57 zł, cena oferty Bilfinger Berger Polska S.A. o kwotę 3.193.942,09 zł. Różnica pomiędzy ceną oferty Odwołującego i ceną oferty drugiego w kolejności pod względem ceny oferty wykonawcy, nie jest w istocie wielka, gdyż wynosi niewiele ponad 900 000 zł, jednak zwraca uwagę fakt, że cena oferty Odwołującego jest ściśle powiązana z wartością kosztorysu inwestorskiego. Autorem tego kosztorysu był Odwołujący. Kosztorys inwestorski nie był udostępniany, wobec braku podstaw w świetle obowiązujących przepisów prawnych, pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu. Zatem, znajomość kosztorysu inwestorskiego przez Odwołującego, wbrew jego twierdzeniom, iż kosztorys inwestorski nie miał takiego znaczenia, stanowi o przewadze Odwołującego, jako wykonawcy uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto, drugą istotną przewagę Odwołującego nad innymi wykonawcami stanowi fakt, podnoszony przez Przystępującego do postępowania odwoławczego, możliwości ingerencji

6

Odwołującego, w zakres realizacji przedmiotowej roboty budowlanej poprzez czynności projektanta w trakcie realizacji procesu budowlanego. Niezależnie od tego, że projektantem jest osoba fizyczna, która pełni określone w ustawie Prawo budowlane funkcje w procesie budowlanym, to jednak nie można pominąć okoliczności, że projekt budowlany, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót oraz kosztorys inwestorski, sporządził Odwołujący, jako osoba prawna, w imieniu której czynności podwykonawcze wykonuje projektant.

KIO stwierdza, że wbrew określeniu użytemu przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, Odwołujący uzyskał wiedzę na temat prowadzonego postępowania w sposób uprawniony.

Zamawiający umożliwił Odwołującemu złożenie wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp na temat nie utrudniania konkurencji poprzez złożenie oferty w postępowaniu, o czym stanowi art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Odwołujący złożył bardzo wyczerpujące wyjaśnienia w tym przedmiocie (pismo z dnia 13.06.2008 r.), podtrzymał je w późniejszych pismach (z dnia 8.07.2008 r. i z dnia 29.07.2008 r. – odpowiedzi na przystąpienia wykonawcy „Most” Sp. z o.o. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu i do postępowania odwoławczego) wywodząc, że jego udział w opracowaniu materiałów stanowiących przygotowanie aktualnie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w żaden sposób nie spowodował korzystniejszej sytuacji w postępowaniu w stosunku do pozostałych wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, KIO uznała, że mimo bardzo szerokiej argumentacji Odwołującego, nie wykazano, iż jego udział w postępowaniu nie utrudnił konkurencji. Natomiast Zamawiający wykazał, na podstawie omówionych wyżej porównań, że poprzez złożenie oferty przez Odwołującego, której cena odpowiada niemal identycznej wartości kosztorysu inwestorskiego oraz kwocie, jaką Zamawiający przeznaczył początkowo na realizację przedmiotowego zadania, nie zostało wyeliminowane zagrożenie utrudnienia uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy, KIO stwierdziła, iż wystąpiły okoliczności zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp i dokonania czynności, których Zamawiający dokonał badając i oceniając oferty.

Zatem, Zamawiający nie naruszył przepisów prawnych wskazanych w odwołaniu.

Na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł oraz koszty noclegu drugiego z pełnomocników, jako uzasadnione koszty związane z dojazdem strony na posiedzenie Izby, w wysokości 370,00 zł, na podstawie faktur złożonych do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Słupsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....