

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 września 2008 roku

Sąd Okręgowy w Słupsku, VII Wydział Gospodarczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Wanda Dumanowska (spr.)

Sędziowie: SO Małgorzata Banaś

SO Jolanta Deniziuk

Protokolant: st. sekr. sąd. Karolina Mońko

po rozpoznaniu w dniu 30 września 2008 roku w Słupsku

na rozprawie

sprawy ze skargi **POLWAR Spółki Akcyjnej w Gdańsku**

z udziałem zamawiającego **Gminy Miasta Słupsk Zarządu Dróg Miejskich w Słupsku**

i interwenienta ubocznego **MOST Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Sopocie**

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 30 lipca 2008, sygn. akt KIO/UZP 730/08

1. oddała skargę;
2. zasądza od skarżącego **POLWAR Spółki Akcyjnej w Gdańsku** na rzecz:
 - a. zamawiającego **Gminy Miasto Słupsk Zarządu Dróg Miejskich w Słupsku** kwotę 3.600 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VII Ga 36/08

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 30 lipca 2008 roku Krajowa Izba Odwoławcza, orzekająca w sprawie KIO/UZP 730/08, na skutek odwołania wniesionego przez „POLWAR” S.A. w Gdańsku od rozstrzygnięcia, przez zamawiającego Zarząd Dróg Miejskich w Słupsku, protestu z dnia 2 lipca 2008 roku, oddaliła odwołanie oraz kosztami postępowania obciążyła odwołującego.

Z uzasadnienia tego wyroku wynika, że podstawą jego wydania był art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp. Jako podstawę rozstrzygnięcia o kosztach postępowania wskazano art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, przyznając zamawiającemu koszty w wysokości 3970 zł.

Skargę na powyższy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej złożył odwołujący. Zaskarżył w całości wyrok, zarzucając:

1. błąd w ustaleniach faktycznych mający wpływ na wynik sprawy, poprzez uznanie za prawdziwe stwierdzenie na którym zostało oparte rozstrzygnięcie, iż cena z oferty odwołującego się jest bardzo zbliżona do wartości zamówienia, podczas gdy w rzeczywistości tak nie jest, a takie ustalenie wynika z pomylenia kwot netto i kwot brutto;
2. błąd w ustaleniach faktycznych mających wpływ na wynik sprawy, poprzez niezasadne uznanie, iż ceny oferty odwołującego się jest ściśle powiązana z wartością kosztorysu inwestorskiego, podczas gdy w rzeczywistości tak nie jest, a stwierdzenie takie jest bezpodstawne;
3. błąd w ustaleniach faktycznych mający wpływ na wynik sprawy poprzez uznanie, że wykonanie kosztorysu inwestorskiego ma jakikolwiek wpływ na dokonywanie realnej wyceny kosztów przez Wykonawców, podczas gdy w/w kosztorysy nie mają ze sobą żadnego związku;
4. błąd w ustaleniach faktycznych mający wpływ na wynik sprawy poprzez uznanie, iż wprowadzenie możliwości ingerencji projektanta w zakresie realizacji przedmiotowej roboty budowlanej, stanowi i jego nieuzasadnionej przewadze, podczas, gdy zapis taki jest koniecznością wynikającą z przepisów prawa budowlanego oraz możliwości wystąpienia nadzwyczajnych okoliczności, zaś do nieuzasadnionej przewagi nie może dojść choćby z tego względu, iż na tym etapie postępowania moc decyzyjną w sprawie odstępstw od projektu posiada nadzór inwestorski;
5. błąd w ustaleniach faktycznych mający wpływ na wynik sprawy, poprzez uznanie, że odwołujący się nie wykazał, iż nie utrudniał konkurencji, podczas gdy w rzeczywistości było odwrotnie.

W konkluzji skargi wniósł o zmianę orzeczenia w całości i uwzględnienie odwołania odwołującego oraz zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:

W dniu 15 maja 2008 roku Zamawiający - Zarząd Dróg Miejskich w Słupsku ogłosił przetarg nieograniczony na wykonanie robót budowlanych pn. „Przebudowa mostu w ulicy Garncarskiej” (dowód: ogłoszenie o zamówieniu w dokumentacji przetargowej zamawiającego).

W przetargu tym zostały złożone 3 oferty tj. Odwołującego z ceną 8 784 832,55 zł, „Most” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z ceną 9 693 582,12 zł oraz Billfinger Berger Polska S.A. z ceną 11 978 774,64 zł (dowód: zbiorcze zestawienie ofert w dokumentacji przetargowej zamawiającego).

W dniu 11 czerwca 2008 roku Zamawiający skierował do „POLWAR” S.A. w Gdańsku pismo wzywające do złożenia wyjaśnień, w związku z ewentualnym

wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp (dowód: wezwanie do złożenia wyjaśnień - k. 48)

Pismem z dnia 25 czerwca 2008 roku Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez „Most” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialności 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. (dowód: pismo Zamawiającego z dnia 25 czerwca 2008 roku- k. 58 do 60).

W dniu 2 lipca 2008 roku Odwołujący złożył protest, a następnie, w związku z oddaleniem przez Zamawiającego protestu w dniu 9 lipca 2008 roku, odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dowód: protest „POLWAR” S.A. w Gdańsku z dnia 1 lipca 2008 roku- k. 61-65, rozstrzygnięcie protestu z dnia 9 lipca 2008 roku - k. 84-88).

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia ofert osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.

Celem tego przepisu jest realizacja zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz

równego traktowania wykonawców. Jego dyspozycją objęci są wykonawcy, którzy wykonali pewne czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności. Ustawodawca założył bowiem, że mogli oni uzyskać pewne informacje dotyczące postępowania, a to może zapewnić im przewagę i pozwolić odpowiednio przygotować ofertę. Nadto uczestnicząc w tych czynnościach - w przygotowaniu postępowania o zamówienie publiczne, mogli wpłynąć na jego warunki.

Obowiązek wykluczenia dotyczy wskazanych powyżej wykonawców, którzy (lub osoby, którym posługiwali się w celu sporządzenia oferty) brali udział w przygotowaniu tego postępowania, przy czym przez "przygotowanie postępowania", należy rozumieć czynności podejmowane przez zamawiającego (jego pracowników, jednostki organizacyjne lub osoby trzecie, którym na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy może on powierzyć przygotowanie postępowania) wymienione w Rozdziale II "Przygotowanie postępowania" - art. 29 do 38 Pzp. Zaliczyć do nich należy: opis przedmiotu zamówienia, w przypadku robót budowlanych - sporządzenie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, programu funkcjonalno-użytkowego, oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, w przypadku robót budowlanych poprzez sporządzenie kosztorysu inwestorskiego, przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nadto musi zachodzić bezpośredni związek pomiędzy rezultatem pracy podmiotu uczestniczącego w postępowaniu przygotowawczym a jego wykorzystaniem przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Przesłanką negatywną, która niweczy skutek w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania, jest wykazanie, iż udział tego wykonawcy nie utrudni uczciwej konkurencji.

Wykładnią tej przesłanki zajmował się Europejski Trybunał Sprawiedliwości jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującej dyrektyw, lecz w sposób odpowiadający obecnemu brzmieniu przedmiotowej regulacji. Zgodnie z wyrokiem Trybunału z dnia 3 marca 2005 r. (w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 w postępowaniach Fabricom S.A. przeciwko Państwu belgijskiemu), dyrektywy Rady odnoszące się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, dostawy, roboty budowlane, w szczególności przepisy zobowiązujące zamawiających do zagwarantowania, że nie będzie dyskryminacji pomiędzy wykonawcami stoją na przeszkodzie zasadzie, zgodnie z którą nie dopuszcza się do złożenia

wniosku o uczestnictwo lub złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi przez osobę, na której spoczywa obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, bez umożliwienia tej osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenie nie mogło zniekształcić konkurencji.

W doktrynie i judykaturze przyjmuje się, iż wykonawca, który przygotowywał postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (lub przy przygotowaniu oferty posługiwał się osobami, które postępowanie przygotowywały) ma przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami w tym postępowaniu i to zarówno wtedy, gdy np. zainspirowałby pewne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i wtedy, gdyby wcześniej aniżeli inni znał jej treść (vide: Komentarz J. Pieroga do art. 24 Pzp, Legalis, Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz, LEX/el 2007, wyrok ZA przy UZP z 1.02.2005r., UZP/ZO70-141/05, wyrok ZA z 8.03.2006, UZP/ZO/O-617/06, wyrok ZA z 28.03.2006, UZP/ZO/O-855/06, wyrok ZA z 8.08.2006r., UZP/ZO/O-2243/06).

Po nowelizacji Prawa zamówień publicznych, ustawą z dnia 7 kwietnia 2006r., zaakcentowano konieczność bezpośredniego udziału wykonawcy w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania i zrezygnowano z bezwzględnego obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy. Istnienia takiej zależności zamawiający nie może domniemywać, lecz musi ją niezbicie ustalić w okolicznościach konkretnego przypadku. Oznacza to, iż zamawiający musi przeanalizować czy udział takiego wykonawcy w dalszym postępowaniu

utrudni uczciwą konkurencję a wykonawca powinien mieć możliwość wykazania tej

okoliczności. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na wykonawcy - art. 6 kc (vide: P. Wiśniewski w: A. Kurowska, M. Samowski, G. Wójcik, P. Wiśniewski, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów, UZP, Warszawa 2006, s. 134 i 135). Zatem z obowiązkiem wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będziemy mieli do czynienia tylko w sytuacji, gdy rezultat prac przygotowawczych będzie bezpośrednio wykorzystany w tym postępowaniu oraz charakter czynności będzie mógł mieć wpływ na wynik postępowania np. sporządzenie dokumentacji projektowej oraz kosztorysu inwestorskiego będzie niewątpliwie faworyzowało jego wykonawcę, bowiem inni wykonawcy nie będą posiadali wiedzy o ustalonej wartości zamówienia, co może mieć wpływ na wynik postępowania (vide: J. Pieróg, Komentarz do art. 24 Pzp, Legalis).

A contrario udział wykonawcy w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji wtedy, gdy działania przez niego podejmowane wynikają wyłącznie z istoty konkurencji, a wykonawca taki, uczestnicząc w przygotowaniu postępowania, nie dokonał czynności lub nie nabył wiedzy (np. nie uzyskał informacji, które pozwoliłyby mu na odpowiednio wcześniejsze przygotowanie się do postępowania), która pozwoliłaby mu na uzyskanie zamówienia publicznego przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo ustaliła, że „POLWAR” Spółka Akcyjna w Gdańsku wykonała na rzecz Zarząd Dróg Miejskich w Słupsku czynności bezpośrednio 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 uszczególnieniem projektu budowlanego, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót (branża drogowa i branża mostowa), projekt stałej organizacji ruchu, plan bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, doprowadzając poprzez te czynności do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia. Nadto skarżący sporządził kosztorys inwestorski, wskazując w nim wartość netto 8.370.950 zł, która stała się bezpośrednio wartością zamówienia, przyjętą przez Zamawiającego w protokole postępowaniu DRUK ZP-2, pole 2. Zamawiający przyjął tę wartość do późniejszej zmiany budżetu w zakresie zwiększenia

środków na realizację zamówienia.

W trakcie trwania postępowania zamawiający, pismem z dnia 11 czerwca 2008r., zwrócił się do skarżącego o złożenie wyjaśnień, czym umożliwił mu wykazanie powyższej przesłanki. W odpowiedzi na to skarżący przedstawił opinię prawną sporządzoną przez jego aktualnego pełnomocnika, reprezentującego go w niniejszym postępowaniu (vide: opinie k-51 do 57).

Zdaniem Sądu Okręgowego przedłużenie przedmiotowej opinii nie spełnia wymogu dowodu w rozumieniu art. 6 kc, tym samym skarżący nie sprostował obowiązkowi wykazania, iż jego udział w przygotowaniu postępowania nie utrudni uczciwej konkurencji. Nadto dla rozstrzygnięcia niniejszej skargi zasadnicze znaczenie miało zaistnienie przesłanek z art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp a nie zbieżność ceny netto wskazanej w ofercie skarżącego do kwoty, jaką Zarząd Dróg Miejskich w Słupsku podał bezpośrednio przed otwarciem oferty, jako kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - tj. 8.740.400 zł. Natomiast znajomość tej kwoty, wynikająca z uczestnictwa w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania, świadczy o przewadze skarżącego nad innymi wykonawcami, którzy przystąpili do tegoż postępowania bez tej wiedzy. Nie ma bowiem wątpliwości, że jako autor kosztorysu inwestorskiego POLWAR S.A. na długo przed pozostałymi uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia przetargowego znał wartość zamówienia, stosownie do art. 33 ust. 1 Pzp, kosztorys inwestorski stanowi bowiem podstawę wyliczenia tej wartości.

Wobec powyższego, skoro wykluczenie skarżącego z postępowania było zasadne, na mocy art. 198 pkt 2 Pzp, skargę jako bezzasadną należało oddalić.

O kosztach orzeczono na podstawie art. 108 § 1 i 98 k.p.c. w zw. z § 12 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 6 pkt 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego

Nr 163, poz. 1349 z późn. zm). /W/.

f!

ri '

\S'''-