

Sygn. akt KIO/ UZP 6/08

WYROK
z dnia 31 stycznia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek
Członkowie: Andrzej Niwicki
Marzena Ordysińska
Protokolant: Edyta Skowrońska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: INSTALBUD Sp. z o.o., ul. Boya Żeleńskiego 6a, Rzeszów, Witold Żabiński, Wojciech Foltman, Krystyna Sobota - Foltman Zespół Projektowo-Realizacyjny PRO-SAN S.C., ul. Mikołowska 19A/4, Katowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Bp. Nankera 103, Piekary Śląskie** protestu z dnia 19 grudnia 2007 r.

przy udziale **Konsorcjum: Przedsiębiorstwa Specjalistycznego „Energoterm” Sp. z o.o., ul. Płaska 4-10, Toruń, Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego Sp. z o.o., ul. Sobieskiego 2, Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1 . oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **INSTALBUD Sp. z o.o., ul. Boya Żeleńskiego 6a, Rzeszów, Witold Żabiński, Wojciech Foltman, Krystyna Sobota - Foltman Zespół Projektowo-Realizacyjny PRO-SAN S.C., ul. Mikołowska 19A/4, Katowice** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **INSTALBUD Sp. z o.o., ul. Boya Żeleńskiego 6a, Rzeszów, Witold Żabiński, Wojciech Foltman, Krystyna Sobota - Foltman Zespół Projektowo-Realizacyjny PRO-SAN S.C., ul. Mikołowska 19A/4, Katowice**
- 2) dokonać wpłaty kwotyzł gr (słownie:.....) przez na rzecz stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu
- 3) dokonać wpłaty kwoty zł ... gr (słownie:.) przez na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35. 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **INSTALBUD Sp. z o.o., ul. Boya Żeleńskiego 6a, Rzeszów, Witold Żabiński, Wojciech Foltman, Krystyna Sobota - Foltman Zespół Projektowo-Realizacyjny PRO-SAN S.C., ul. Mikołowska 19A/4, Katowice**

Uzasadnienie

Odwołujący – konsorcjum wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Wykonawców: INSTALBUD Sp. z o.o. z Rzeszowa oraz Witold Żabiński, Wojciech Foltman, Krystyna Sobota-Foltman, przedsiębiorców prowadzących wspólnie działalność gospodarczą pod nazwą Zespół Projektowo Realizacyjny „PRO-SAN” s.c. z Katowic, zwani dalej konsorcjum INSTALBUD - złożył ofertę w przetargu nieograniczonym na „Budowę kanalizacji sanitarnej, deszczowej i sieci wodociągowej w dzielnicy: Brzozowice Kamień w Piekarach Śląskich”.

Zamawiający w dniu 13 grudnia 2007r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Specjalistyczne ENERGOTERM Sp. z o.o. z Torunia oraz Biuro Projektów Budownictwa Komunalnego Sp. z o.o. z Katowic.

Od powyższego rozstrzygnięcia postępowania, w dniu 19 grudnia 2007r. konsorcjum, którego liderem jest INSTALBUD Sp. z o.o. wniosło protest na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie konsorcjum wskazało, jako naruszające wymienione przepisy ustawy, zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, pomimo zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 2 pkt 1 oraz 4 ustawy, a w konsekwencji nieprawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu. Dla uzasadnienia stawianych zarzutów wskazane zostały okoliczności wykonywania przez jednego z konsorcjantów, bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania (koncepcji sieci kanalizacyjnej), a także braku wniesienia w sposób skuteczny wadium w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

O oddaleniu protestu Zamawiający poinformował konsorcjum w dniu 28 grudnia 2007 roku, wskazując w uzasadnieniu na brak podstaw do stwierdzenia uprzywilejowania wybranego wykonawcy, z tego tytułu że uczestniczył bezpośrednio w przygotowaniu postępowania. Dalej Zamawiający wyjaśniał, że wskazana koncepcja stanowiła podstawę określenia przedmiotu zamówienia, jednak została ona w tym celu poddana modyfikacji dokonywanej już bez udziału projektanta, w zakresie szczegółów technicznych dotyczących między innymi tras sieci, wymagań materiałowych, sposobu wykonawstwa. W ocenie Zamawiającego samo posiadanie przez wykonawcę wcześniejszej wiedzy na temat przedmiotu zamówienia, nie przesądza jeszcze o naruszeniu uczciwej konkurencji, jeżeli wiedza ta nie dawała mu żadnej przewagi w przygotowaniu się do postępowania, pozwalającej na zdobycie zamówienia za pomocą środków nie znajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie konkurencji. Jako niezasadny uznano również zarzut

nieskuteczności wniesionego przez jednego z członków konsorcjum wadium w terminie poprzedzającym udzielenie mu pełnomocnictwa do reprezentowania wykonawców w postępowaniu. Fakt wniesienia wadium przez jednego z konsorcjantów był w ocenie Zamawiającego wystarczający dla uznania skuteczności dokonania czynności względem całego konsorcjum.

Od rozstrzygnięcia protestu, konsorcjum INSTALBUD wniosło w dniu 02 stycznia 2008 r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty jak w proteście i wnosząc o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia z udziału w postępowaniu konsorcjum ENERGOTERM i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

W dniu 07 stycznia 2008 r., wpłynęło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych faksem, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wniesione przez konsorcjum wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „Energoterm” Sp. z o. o. z Torunia oraz Biuro Projektantów Budownictwa Komunalnego Sp. z o.o. z Katowic.

Interes prawy Odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się w tym, iż w przypadku uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego stałaby się najkorzystniejszą z punktu widzenia kryterium oceny ofert, tj. ceny.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie przedłożonej dokumentacji oraz złożonych przez strony wyjaśnień ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Powołane w odwołaniu podstawy materialne wykluczenia Wykonawcy z postępowania nie znajdują uzasadnienia w stanie faktycznym sprawy. Powołany artykuł 24 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2007, Nr 223, poz. 1655) stanowi, iż z postępowania wyklucza się 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. Samo uczestniczenie wykonawcy, czy też posługiwanie się przez niego osobami uczestniczącymi w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania nie stanowi wystarczającej podstawy do wypełnienia dyspozycji przytoczonej normy. Koniecznym warunkiem jest, aby udział tych osób prowadził do zachwiania konkurencji, tj. równowagi szans każdego uczestnika na uzyskanie zamówienia. Zatem jeżeli udział tych osób nie utrudni uczciwej konkurencji zamawiający nie ma podstaw do wykluczenia

wykonawcy z postępowania. Ocena, czy doszło do uprzywilejowania wykonawcy korzystającego przy sporządzaniu oferty z wiedzy osób uczestniczących w czynnościach na etapie przygotowania postępowania, zależy od okoliczności konkretnej sprawy. Jeżeli wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania daje przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co ma możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiada informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia przez co ma możliwość dokonania głębszej analizy inwestycji, udział wykonawcy będzie mógł być oceniony, jako naruszający zasady uczciwej konkurencji. Nie bez znaczenia dla ustalenia wystąpienia naruszenia konkurencji pozostaje zakres informacji pozyskanych przez wykonawcę, jak również stopień trudności przygotowania oferty. W przedmiotowym postępowaniu ustalono, że Wykonawca przy sporządzaniu oferty korzystał z wiedzy osoby przygotowującej na zlecenie zamawiającego koncepcję sieci kanalizacyjnej, na podstawie której Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia przedmiotowym postępowaniu. Bezspornym w sprawie była okoliczność, iż koncepcja ta sporządzona została w 2003r. dla całości inwestycji obejmującej całą sieć gospodarki wodno-ściekowej na terenie gminy Piekary Śląskie. Jak wyjaśnił Zamawiający, koncepcja obejmowała jedynie główne kanały transportu ścieków i była podstawą do wystąpienia o środki finansowe z Unii Europejskiej. Wszczęte w 2007r. postępowanie obejmowało jedynie część opracowanej w 2003r. koncepcji i dotyczyło wyłącznie odcinka w dzielnicy Brzozowice Kamień. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w 2007 r. w przetargu organizowanym na zaprojektowanie oraz wykonanie roboty budowlanej, zmodyfikował założenia opracowanej koncepcji odnośnie głównych przebiegów kanałów odprowadzających ścieki do oczyszczalni, dokonując ich zmiany (skrócenia, wydłużenia, a także w ogóle wyłączenia pewnych odcinków), co znalazło odzwierciedlenie w załączonych do SIWZ mapach. Ponadto przedmiot zamówienia został uszczegółowiony o kanały odbioru ścieków z poszczególnych gospodarstw. Odwołujący w trakcie rozprawy wskazywał, że fakt posiadania przez jednego z wykonawców wcześniejszej wiedzy w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, jak również szacowanej wielkości zamówienia, stawiał go w pozycji uprzywilejowanej i skutkowało zróżnicowanym traktowaniem wykonawców przez Zamawiającego. Posiadanie wiedzy już w 2003 roku o warunkach hydrologicznych gruntu na którym mają być zaprojektowane i wykonane prace budowlane, jego uzbrojeniu, przeznaczeniu terenu, zgodach właścicieli działek po których przebiega trasa, były informacjami ważnymi dla sporządzanej w 2007 roku oferty. Oddalając zarzut Odwołującego, skład orzekający Izby uznał, iż posiadane w 2003 roku informacje wynikające z ogólnej koncepcji przyszłej inwestycji nie stawiały Wykonawcy, uczestniczącego w jej opracowaniu, w sytuacji uprzywilejowanej. Całość informacji o przedmiocie zamówienia została przekazana przez Zamawiającego na równych warunkach wszystkim zainteresowanym

wzięciem udziału w przedmiotowym postępowaniu. Sam fakt posiadania przez jednego wykonawcę informacji o ogólnej koncepcji planowanej inwestycji (załączonej również do SIWZ) nie stanowi wystarczającej podstawy do zróżnicowanego traktowania wykonawców w postępowaniu. Odwołujący nie wskazał, w jaki sposób informacja powzięta przez Wykonawcę w 2003 r. na etapie opracowywania koncepcji mogła wpłynąć na sposób kalkulowania oferty w 2007 roku. Wszystkie informacje dotyczące przedmiotu zamówienia zostały przekazane wykonawcom zainteresowanym wzięciem udziału w postępowaniu i każdy z nich miał możliwość skalkulowania ceny oferty na równych zasadach. Fakt posiadania wcześniej informacji o planowanej inwestycji, wstępnych ustaleniach koncepcji sieci kanalizacyjnej oraz wstępnej wartości szacunkowej, w przedmiotowym postępowaniu, w ocenie składu orzekającego nie naruszała zasady uczciwej konkurencji i w związku z tym nie zachodziła podstawa do wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy. W ten sam sposób należy również ocenić zarzut posiadania w 2003 r. informacji o szacunkowej wartości zamówienia. Zamawiający dwukrotnie dokonywał szacowania wartości przedmiotu zamówienia w 2007 roku, co było konsekwencją unieważnienia pierwszego z postępowań ogłoszonego na realizację wskazanego odcinka sieci kanalizacyjnej biorąc pod uwagę sporządzony przez siebie program funkcjonalno - użytkowy.

W zakresie zarzutu braku wniesienia wadium przez wybrane konsorcjum skutkujące obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, skład orzekający Izby nie przychylił się do przedstawionego przez Odwołującego stanowiska. Zgodnie z 46 ust. 5 ustawy, wadium służy zabezpieczeniu interesu Zamawiającego na wypadek odmowy przez wybranego wykonawcę podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, zaniechania wniesienia zabezpieczenia, albo niemożności podpisania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Okoliczność wniesienia wadium przez jednego z konsorcjantów w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, nie stoi na przeszkodzie uzyskania przez Zamawiającego świadczenia od ubezpieczyciela. Sam Zamawiający w wyjaśnieniach udzielanych dwukrotnie w odpowiedziach na pytania do SIWZ, w dniach 8 oraz 11 października, wyjaśnił iż wadium składane w formie gwarancji ubezpieczeniowej może być wystawione na lidera konsorcjum, co miało miejsce w przypadku wybranego konsorcjum. Treść gwarancji wystawionej przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji CIGNA STU S.A. w Warszawie, zawiera dokładne takie samo sformułowanie, jakiego użył Zamawiający udzielając wyjaśnień, w celu oznaczenia podmiotu na który została wystawiona, tj. „lidera konsorcjum (odpowiedź z 08.10.2007r.) (Pełnomocnika) działającego na podstawie pełnomocnictwa w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (odpowiedź z 11.10.2007)”. Podnoszona przez Odwołującego dodatkowo okoliczność wystawienia gwarancji wcześniej od daty udzielenia pełnomocnictwa liderowi konsorcjum, załączonego do oferty nie stanowi podstawy do

uznania nieskuteczności wniesionego wadium. Izba nie miała wątpliwości, że zobowiązanym z gwarancji jest członek konsorcjum ubiegającego się o udzielenie zamówienia na „budowę kanalizacji sanitarnej, deszczowej i sieci wodociągowej w dzielnicy Brzozowice Kamień w Piekarach Śląskich, nr referencyjny nadany sprawie: 2005/PL/16/C/PE/006-07”, jak również tego, że beneficjentem gwarancji jest Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z Piekar Śląskich. Podobne stanowisko wyrażone zostało przez Sąd Okręgowy w Poznaniu Wydział II Cywilno Odwoławczy (sygn. II Ca 489/06) w analogicznym stanie faktycznym. Sąd stwierdził, że data wystawienia na rzecz jednego z członka konsorcjum gwarancji – wcześniejsza w stosunku do udzielenia pełnomocnictwa liderowi konsorcjum – nie miała żadnego znaczenia prawnego, a w szczególności nie dawała podstaw do przyjęcia, iż omawiana gwarancja nie została wniesiona przez konsorcjum.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*