

Sygn. akt: KIO/UZP 1303/08

WYROK
z dnia 2 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Anna Packo
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~Aw—dniach*~~ 28 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **P.R.B. BUDOMAL A. Leśniak, R. Leśniak Sp. j., 90-642 Łódź, Al. Włókniarzy 221/225** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Spółdzielnię Mieszkaniową „Czerwony Rynek”, 93-166 Łódź, ul. Lelewela 3/7** protestu ~~/protestów*~~ z dnia 24 października 2008 r.

przy udziale **Stanisława Olborskiego** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **STALBOR Stanisław Olborski, Zakład Dekarsko-Murarski, 93-435 Łódź, ul. Brydzowa 5a** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Spółdzielnię Mieszkaniową „Czerwony Rynek”, 93-166 Łódź, ul. Lelewela 3/7 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 uiszczanego przez **P.R.B. BUDOMAL A. Leśniak, R. Leśniak Sp. j., 90-642 Łódź, Al. Włókniarzy 221/225,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Spółdzielnię Mieszkaniową „Czerwony Rynek”, 93-166 Łódź, ul. Lelewela 3/7** na rzecz **P.R.B. BUDOMAL A. Leśniak, R. Leśniak Sp. j., 90-642 Łódź, Al. Włókniarzy 221/225,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 936 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **P.R.B. BUDOMAL A. Leśniak, R. Leśniak Sp. j., 90-642 Łódź, Al. Włókniarzy 221/225.**

U z a s a d n i e n i e

Spółdzielnia Mieszkaniowa „Czerwony Rynek” w Łodzi, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie robót budowlanych wskazanych w audycie energetycznym w ramach kompleksowej termomodernizacji na budynku wielorodzinnym znajdującym się w zasobach Spółdzielni usytuowanym przy ul. Podmiejskiej 3 bud. 5 w Łodzi”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 29 sierpnia 2008 r., nr 1, poz. 203371.

Zamawiający w dniu 17 października 2008 r. (pismem z tej samej daty) poinformował P.R.B. BUDOMAL A. Leśniak, R. Leśniak, Sp. jawna z siedzibą w Łodzi, zwane dalej „Odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Stanisława Olborskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Dekarsko-Murarski STALBOR

z siedzibą w Łodzi, zwanego dalej „STALBOR” oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 23 października 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 24 października 2008 r.) Odwołujący wniósł protest, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp przez bezzasadne wykluczenie z udziału w postępowaniu polegające na nie wykazaniu w jakim zakresie Protestujący uczestniczył bezpośrednio w przygotowaniu postępowania,
2. art. 17 ust. 2 oraz art. 7 ust. 2 ustawy Pzp przez niezłożenie oświadczeń osób uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. braku oświadczeń obserwatorów Rady Nadzorczej, Rady Osiedla, kierownika Zamawiającego Prezesa Spółdzielni Zbigniewa P. oraz radcy prawnego (wydającego opinię w niniejszym postępowaniu), tym samym niezachowanie zasady bezstronności,
3. art. 85 ust. 2 oraz art. 181 ust. 2a ustawy Pzp przez brak wezwania do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy,
4. art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez niezłożenie przez STALBOR dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w zakresie polisy ubezpieczeniowej OC oraz zaniechanie wezwania do ich złożenia.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie protestu w całości,
2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności wykluczenia protestującego z udziału w postępowaniu,
3. powtórzenie czynności oceny ofert z udziałem Odwołującego, wykluczenie z udziału w postępowaniu STALBOR i dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Protestującego.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał, iż wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu nie znajduje żadnego uzasadnienia w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym. Nie uczestniczył on w fazie przygotowania postępowania, zaś jego kontakty z M. R. miały miejsce po dacie zatwierdzenia SIWZ w przedmiotowym postępowaniu i dotyczyły wykonania umowy nr 2/2007 z dnia 6 kwietnia 2007 r., tym samym podejrzenia Zamawiającego nie poparte jakimikolwiek dowodami nie mogą uzasadniać wykluczenia go z postępowania.

Dodatkowo podniósł, że mimo, iż ustawa nakazuje złożenie oświadczeń osobom wykonującym czynności w postępowaniu, w przedmiotowym postępowaniu brak jest oświadczeń w zakresie wskazanym w art. 17 ustawy Pzp złożonych przez: przedstawicieli – obserwatorów Rady Nadzorczej, obserwatorów Rady Osiedla oraz radcy prawnego.

Nadto Zamawiający nie wezwał wykonawców w terminach określonych przepisami ustawy Pzp do przedłużenia ważności wadium, a czynności tej dokonał po upływie terminu związania ofertą (23 października 2008 r.), w konsekwencji czego oświadczenia złożone w tym przedmiocie przez pozostałych wykonawców są bezskuteczne.

Pismem z dnia 27 października 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo wykonawca STALBOR otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 31 października 2008 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca STALBOR przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku protestu wniesionego przez Odwołującego.

Pismem z dnia 3 listopada 2008 r. (przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego częściowe uwzględnienie w zakresie zarzutu braku oświadczenia Prezesa Spółdzielni Zbigniewa P. oraz niezłożenia przez STALBOR kompletnych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie polisy ubezpieczeniowej OC i zaniechania wezwania do ich złożenia. W pozostałym zakresie protest oddalił, wskazując, iż zostało wszczęte postępowanie karne w sprawie złożenia niezgodnego z prawdą oświadczenia złożonego przez Przewodniczącego Komisji Przetargowej Marka R., który na etapie tworzenia specyfikacji współpracował z Odwołującym, który wskazywał na konieczność zawarcia konkretnych zapisów.

Obserwatorzy prac komisji przetargowej nie są jej członkami komisji przetargowej, nie dokonywali oceny ofert i nie mieli wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty. Tym samym osoby te nie mogły być uznane za osoby wykonujące czynności w postępowaniu.

Termin związania ofertą uległ zawieszeniu w dniu 23 października 2008 r., a wcześniej zostały skierowane wezwania do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą i ważności wadium.

Pismem z dnia 5 listopada 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w dniu 6 listopada 2008 r., wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 7 listopada 2008 r.), podtrzymując zarzuty i wnioski podniesione w proteście, z wyjątkiem uwzględnionych przez Zamawiającego. Przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 6 listopada 2008 r.

Pismem z dnia 13 listopada 2008 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu odwołania, przekazał kopię odwołania, jednocześnie wezwał uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 28 listopada 2008 r. (pismem z dnia 27 listopada 2008 r.) wykonawca STALBOR przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący bezzasadnego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, iż Zamawiający, pismem z dnia 17 października 2008 r. poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, wskazując m.in., iż z informacji uzyskanych od świadków wynika, iż Przewodniczący Komisji Przetargowej, uczestnicząc w pracach przygotowawczych do przetargu, wielokrotnie osobiście i za pośrednictwem faksu kontaktował się z Odwołującym, w związku z przygotowaniem przetargu. Powyższe – zdaniem Zamawiającego - powoduje, iż zachodzi uzasadnione podejrzenie, iż Odwołujący miał wpływ na treść SIWZ oraz znał jej postanowienia, co stawia go w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych wykonawców i narusza zasady sformułowane w art. 7 ustawy Pzp.

Odwołujący, zarówno w proteście, jak i odwołaniu, zarzucił Zamawiającemu bezpodstawne wykluczenie z postępowania, nie znajdujące żadnego uzasadnienia merytorycznego i faktycznego.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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 (...). Wykluczenie wykonawcy na podstawie tego przepisu może więc mieć miejsce jedynie wtedy, gdy wykonawca mógł wpłynąć na kształt opisu przedmiotu zamówienia, określenie wartości szacunkowej zamówienia, sporządzenie SIWZ i jest on w stosunku do pozostałych

wykonawców uprzywilejowany, o ile taki wykonawca, dzięki udziałowi w przygotowaniu postępowania, może wpłynąć na jego wyniki, przy czym uczestnictwo w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania musi mieć charakter bezpośredni, a rezultat jego prac musi zostać wykorzystany przez Zamawiającego, bez istotnej ingerencji.

Jednocześnie należy podkreślić, iż wykonawca nie może być wykluczony z postępowania na podstawie powyższego przepisu – zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 3 marca 2005 r. w sprawie *Fabricom S.A. przeciwko Belgii*, sygn. C-21/03 i C-34/03 (A.Kurowska, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów, Warszawa 2006, s. 134) bez możliwości wykazania, że jego udział w przygotowaniu postępowania, o ile takowy był, nie spowodował utrudnienia uczciwej konkurencji.

Dla ustalenia skuteczności wykluczenia należy zbadać, czy łącznie zaistniały ww. przesłanki, a przede wszystkim, czy wykonawca bezpośrednio uczestniczył w przygotowaniu postępowania.

Zamawiający, mimo iż konsekwentnie podnosi, iż Odwołujący uczestniczył w wykonywaniu czynności związanych z przygotowaniem przedmiotowego postępowania, nie potrafi ich precyzyjnie określić. Posługuje się jedynie ogólnymi sformułowaniami, nie potrafi wskazać konkretnych postanowień SIWZ, inspirowanych - jak twierdzi - przez Odwołującego. Jednocześnie podnosi, iż uwagi otrzymane od Odwołującego faksem w dniu 20 sierpnia 2008 r. nie zostały wprowadzone do treści SIWZ, a dotyczyły one warunków udziału w postępowaniu (żądania własności rusztowań, przerobu roboczego w okresie ostatnich pięciu lat na kwotę 2.000.000, 00 zł). Nie posiada przedmiotowego faksu, ale podkreśla, iż w Spółdzielni faktem powszechnie znanym była współpraca Odwołującego przy tworzeniu SIWZ. O współpracy miałyby świadczyć cena oferty Odwołującego, która różniła się od kolejnej o około 30.000,00 zł, treść zgłoszonych uwag. Z jednej strony podkreśla, iż nie wie, czy Odwołujący znał kwotę przeznaczoną na wykonanie zamówienia, z drugiej zaś twierdzi, że Odwołujący znał kosztorys inwestorski, który był przekazany po 18 sierpnia 2008 r., nie wie jednak przez kogo i kiedy. Wcześniej było prowadzone postępowanie, którego przedmiot odpowiadał przedmiotowi zamówienia, jednak był on prowadzony w trybie pozaustawowym i został unieważniony.

W oparciu o powyższe nie można uznać, iż Odwołujący bezpośrednio uczestniczył w przygotowaniu przedmiotowego postępowania. W SIWZ zawarto postanowienie (rozdział IX „Opis warunków udziału (...)” pkt 9.1.2.b, z treści którego wynika, iż wykonawcy byli zobowiązani do wykazania się „należytem wykonaniem w ciągu ostatnich 5 pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania (...) robót budowlanych, których suma w danym roku daje wartość brutto nie mniejszą niż 2.000.000,00 PLN, odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia (...)”. Korekta sugerowana przez Odwołującego miała dotyczyć – jak wynika z oświadczenia Zamawiającego złożonego na

rozprawie oraz notatki służbowej Jarosława Z. – wykonania co najmniej jednego obiektu o wartości robót przekraczających 2.000.000,00 zł. Izba ustaliła, iż wartość robót zgodnie z pkt 2 protokołu postępowania (Druk ZP-2) została ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego na kwotę 2.620.160,96 zł, co stanowi równowartość 675.804,33 euro. Zdaniem Izby żądanie wykazania się przez wykonawców wykonanymi robotami na kwotę 2.000.000,00 zł nie stanowi żądania nadmiernie wygórowanego. Jest bowiem porównywalne z wartością przedmiotu zamówienia. Warunek ten jest określony prawidłowo, został sformułowany jeszcze przed wpływem do Zamawiającego przedmiotowego faksu i nie może stanowić naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Wykonawcy ubiegający się o wykonanie zamówienia powinni bowiem wykazać się doświadczeniem w realizacji zamówienia, którego wartość jest porównywalna z wartością przedmiotu zamówienia.

Twierdzenia Zamawiającego, iż na wcześniejszym etapie (przygotowania postępowania przed dniem 20 sierpnia 2008 r.) Odwołujący uczestniczył w przygotowaniu SIWZ nie są poparte żadnymi dowodami. Są to jak podkreślał Zamawiający fakty powszechnie znane, niemniej jednak, aby można było uznać, iż współpraca na tym etapie faktycznie istniała, koniecznym jest jej udowodnienie, a dowodów na współpracę Zamawiający nie przedstawił. Dowodem takim nie może być różnica w oferowanej cenie za wykonanie przedmiotu zamówienia, rozmowy, z treści których nie można wywieść, czy Zamawiający miał wpływ na opis przedmiotu zamówienia, jego szacowanie, czy też sporządzenie SIWZ. Bezspornym jest, iż oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia nastąpiło w oparciu o kosztorys inwestorski (wykonany przez Piotra A.– Pracownia Projektowa „M i M TWARDOWSCY”), jak wynika to z Druku ZP-2, tak więc na ten element Odwołujący faktycznie nie miał żadnego wpływu. Opis przedmiotu zamówienia został ogólnie sformułowany w SIWZ, a jego konkretyzacja nastąpiła w załączonych do SIWZ przedmiarach, które niewątpliwie zostały sporządzone przez projektanta. Oznacza to, iż także na tą czynność nie miał wpływu Odwołujący. Natomiast na podstawie przedłożonych przez Zamawiającego materiałów (notatek służbowych, oświadczeń, zeznań, zawiadomień składanych do Prokuratury itp.) nie można ustalić, wobec braku wskazania postanowień SIWZ, które miały być zasugerowane przez Odwołującego, iż miał on faktyczny wpływ na tworzenie SIWZ. Sam fakt uczestnictwa w fazie przygotowawczej postępowania, o ile nie utrudnia on uczciwej konkurencji nie stanowi przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zamawiający nie tylko, że nie wykazał, ale i niczym nie udokumentował, że art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w niniejszej sprawie znajduje zastosowanie. Z ogólnikowych twierdzeń Zamawiającego nie można wywieść, iż wykonawca uczestniczył w przygotowaniu postępowania, a w konsekwencji miał przewagę nad innymi uczestnikami postępowania

Zamawiający podkreślił, iż oświadczenie Przewodniczącego Komisji Przetargowej złożone w trybie art. 17 ustawy Pzp jest nieprawdziwe (wymagał on wyłącznie złożenia oświadczenia na Druku ZP-11). W tym zakresie toczy się postępowanie nadzorowane przez Prokuraturę Rejonową Łódź-Górna w sprawie złożenia niezgodnego z prawdą oświadczenia (sygn. akt 2Ds-1284/08). W tym zakresie Izba nie może się wypowiadać. Do właściwości Izby należy jedynie ustalenie na podstawie posiadanych materiałów, czy wykluczenie Odwołującego z postępowania, nastąpiło po spełnieniu łącznie wszystkich przesłanek wskazanych z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp

Skład orzekający Izby nie odniósł się do pozostałych zarzutów podniesionych przez Odwołującego, gdyż - jak słusznie podniósł Przystępujący – zgodnie z treścią art. 184 ust. 1a ustawy Pzp w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego okoliczności w nim wskazanych, tj. wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę; opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu; wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia oraz odrzucenia oferty. Tak więc przedmiotowe odwołanie wniesione w dniu 24 października 2008 r. , tj. w dniu wejścia w życie znowelizowanych przepisów ustawy Pzp, mogło dotyczyć tylko jednego spośród podniesionych przez Odwołującego zarzutów, tj. zarzutu wykluczenia wykonawcy z postępowania i tylko ten zarzut został przez Izbę rozpatrzony.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*