

Sygn. akt: KIO/UZP 920/09

WYROK
z dnia 31 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Piotra Grzyba, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Drogowa Projektowo - Wykonawcza MAG-BUD Piotr Grzyb, 95-035 Ozorków, Helenów 28** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Powiat Zgierski Zarząd Powiatu Zgierskiego, 95-100 Zgierz, ul. Sadowa 6A** protestu z dnia 23 czerwca 2009 r.

przy udziale **Dariusza Grzelaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą "DROG-SERVICE" Dariusz Grzelak, 94-003 Łódź, ul. Lokajskiego 3 m 36** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie.**

2. kosztami postępowania obciąża **Piotra Grzyba, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Drogowa Projektowo - Wykonawcza MAG-BUD Piotr Grzyb, 95-035 Ozorków, Helenów 28** i nakazuje:
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Piotra Grzyba, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Drogowa Projektowo - Wykonawcza MAG-BUD Piotr Grzyb, 95-035 Ozorków, Helenów 28,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
 - 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 2 926 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Piotra Grzyba, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Drogowa Projektowo - Wykonawcza MAG-BUD Piotr Grzyb, 95-035 Ozorków, Helenów 28.**

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

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25.05.2009r., numer ogłoszenia: 79739-2009.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego dotyczy "Pełnienia funkcji inspektora nadzoru nad zadaniem pn. "Przebudowa chodnika w drodze powiatowej Nr 5101 E - ul. Sikorskiego w Głownie oraz nad zadaniem pn. "Przebudowa chodnika w drodze powiatowej Nr 5173 E -Al. Wyszyńskiego w Ozorkowie -2 zadania".

Zamawiającym jest Powiat Zgierski Zarząd Powiatu Zgierskiego, ul. Sadowa 6 A, 95-100 Zgierz zwany dalej "Zamawiającym".

Odwołującym jest Firma Drogowa Projektowo-Wykonawcza MAG-BUD Piotr Grzyb Helenów 28, 95-035 Ozorków zwany dalej "Odwołującym"

Przystępującym do postępowania odwoławczego jest DROG-SERVICE Roboty Drogowe Dariusz Grzelak 94-003 Łódź ul. Lokajskiego 3 m36 zwany dalej "Przystępującym".

Odwołanie zostało złożone pismem z dnia 06.07.2009 r. na podstawie art. 184 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) zwanej dalej "Ustawą".

Odwołujący zarzucił rozstrzygnięciu protestu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 1, art. 91 ust. 1 Ustawy.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
2. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego,
3. ponownej oceny i badania złożonych w postępowaniu ofert,
4. wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną.

W toczącym się postępowaniu Odwołujący złożył ofertę na zadanie "Przebudowa chodnika w drodze powiatowej Nr 5173 E -Al. Wyszyńskiego w Ozorkowie".

Oferta złożona przez Odwołującego była ofertą najkorzystniejszą. W związku z tym Odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania.

Zamawiający oddalił protest argumentując to wykonaniem przez Odwołującego kosztorysów inwestorskich dla inwestycji drogowych objętych przedmiotowym nadzorem, na podstawie których Zamawiający szacował wartość zamówienia. Zamawiający uznał, że Odwołujący posiada dodatkowe informacje o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia i miał ułatwione zadanie przy konstruowaniu oferty.

Odwołujący przyznaje, że wykonał dla Zamawiającego kosztorysy inwestorskie. Również poprzednio wykonał kosztorysy do innych robót i nie stanowiło to do tej pory przeszkody w wyborze jego oferty.

Zdaniem Odwołującego niezbędnymi dokumentami do sporządzenia oferty jest opis przedmiotu zamówienia czyli formularz kosztorysowy (tzw. kosztorys ślepy).

W postępowaniu przedmiotem zamówienia była usługa a nie robota budowlana, w związku z czym kosztorys inwestorski nie mógł być wykorzystany do szacowania wartości zamówienia. Dla Wykonawcy, który chce złożyć ofertę ważny jest zakres, wielkość i rodzaj prac, które będzie nadzorował. Tego wszystkiego może się dowiedzieć z formularza kosztorysowego, Ogólnej Specyfikacji Technicznej, Szczegółowej Specyfikacji Technicznej dotyczącej wykonania i odbioru robót budowlanych objętych usługą nadzoru. Wszystkie te elementy zostały opublikowane na stronie Zamawiającego.

Ponadto istnieje zapis w SIWZ - opis zadania częściowego 2, Zamawiający zaleca, aby Wykonawcy dokonali wizji lokalnej na terenie objętym nadzorem oraz zapoznali się z dokumentacją techniczną oraz kosztorysową.

Odwołujący podnosi ponadto, że Zamawiający podał do publicznej wiadomości w dniu 05.06.2009 roku ogłoszenie o rozstrzygnięciu zamówienia publicznego i podał wartość wybranej oferty 1.070.794,12 zł. Z kolei termin składania ofert na nadzór upływał w dniu 08.06.2009 roku.

W ocenie Odwołującego przedstawiona argumentacja przemawia za uwzględnieniem odwołania.

W złożonym proteście pismem z dnia 22.06.2009 r. Odwołujący zamieścił argumentację i podniósł zarzuty tak jak w odwołaniu. Przy czym podkreślił, że przytoczony art. 24 ust. 2 pkt 1 Ustawy wskazuje na wykluczenie wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania ..., i niedopuszczalne jest powoływanie się na inne postępowanie. Nie jest wiadome Odwołującemu, żeby wykonał szacunek wartości prac dla Zamawiającego na potrzeby postępowania dla pełnienia funkcji inspektora nadzoru.

Przystępujący do postępowania protestacyjnego w piśmie z dnia 26.06.2009 r. wniósł o:

1. uznanie protestu za bezzasadny,
2. utrzymanie w mocy wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu przystąpienia wskazał między innymi na to, iż wbrew twierdzeniom w proteście, kosztorysy inwestorskie nie ukazały się na stronie internetowej Zamawiającego, a tylko dokumentacja techniczna. Stąd tylko Odwołujący znał wartość robót wykonawczych.

Na podstawie tej wiedzy Odwołujący mógł dokładnie wyliczyć wartość usługi w przetargu oraz orientacyjnie znać cenę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, gdyż kosztorys inwestorski jest podstawą do oszacowania przedmiotu zamówienia na pełnienie funkcji inspektora nadzoru, zgodnie z art. 33 ust. 1 pkt 1 Ustawy.

Takiej możliwości nie mieli pozostali oferenci, gdyż nie dysponowali kosztorysami inwestorskimi.

Pismem z dnia 02.07.2009 r. Zamawiający rozstrzygnął protest oddalając go w całości i przedstawiając następującą argumentację.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 Ustawy stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Z orzecznictwa sądowego, arbitrażowego i doktryny wynika, że obowiązek wykluczenia Wykonawcy z postępowania występuje wówczas gdy Wykonawca bezpośrednio wykonywał czynności związane z przygotowaniem postępowania lub zachodzi bezpośredni związek pomiędzy rezultatem pracy tegoż Wykonawcy, a jego wykorzystaniem przez Zamawiającego. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) z dnia 20 listopada 2008 r. Sygn. akt KIO/UZP 1243/08 bezpośredni udział w postępowaniu, skutkujący wykluczeniem Wykonawcy polega na wykonaniu takich czynności, z których efektów korzysta Zamawiający prowadząc postępowanie. Czynności przygotowawcze muszą zatem przynieść wymierny efekt stanowiący bazę wszczęcia postępowania - wyrok KIO z dnia 30 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 730/08 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 30 września 2008r sygn. akt VII Ga 36/08. Odnosząc się do omawianego przypadku Zamawiający stwierdził, że Odwołujący na mocy zawartej w dniu 12 marca 2009 r. umowy świadczy na rzecz Zamawiającego usługi w zakresie sporządzania przedmiarów robót, szczegółowych specyfikacji technicznych oraz kosztorysów inwestorskich, związanych z budową i przebudową dróg powiatowych Powiatu

Zgierskiego, w tym dla inwestycji objętych przedmiotowym nadzorem. Tak więc Odwołujący sporządził kosztorysy inwestorskie dla inwestycji drogowych objętych przedmiotowym nadzorem, która to dokumentacja bezspornie stanowiła bazę wszczęcia przedmiotowego postępowania, gdyż w oparciu o nią Zamawiający dokonał szacowania wartości przedmiotu zamówienia w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie funkcji inspektora nadzoru. Zgodnie z dokumentem szacowania z dnia 06.05.2009 r. (w dokumentacji postępowania) szacunkowa wartość ww. zamówienia została sporządzona na podstawie kosztorysowej wartości robót budowlanych (objętych nadzorem) i została ustalona na poziomie 3% łącznej kosztorysowej wartości robót budowlanych objętych nadzorem, co w podziale na zadania stanowiło również 3% wartości kosztorysowej poszczególnej inwestycji drogowej objętej nadzorem.

Natomiast, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 1 października 2008 r. ocenę czy uczestniczenie wykonawcy lub posługiwanie się przez niego osobami uczestniczącymi w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania narusza uczciwą konkurencję należy dokonać z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy. Należy zatem wziąć pod uwagę, czy wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania daje przewagę Wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co ma on możliwości przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiada informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia. W realiach przedmiotowej sprawy znajomość kosztorysu inwestorskiego inwestycji objętych usługą nadzoru jest niewątpliwie posiadaniem dodatkowej informacji, która jest w swej istocie bezpośrednio związana z realizacją przedmiotowego zamówienia. Biorąc pod uwagę stan faktyczny Odwołujący ponad wszelką wątpliwość miał zatem ułatwione zadanie przy konstruowaniu oferty, w szczególności w zakresie kalkulacji ceny ofertowej, gdyż jako jedyny na etapie sporządzania oferty znał wartość kosztorysową robót objętych nadzorem inwestorskim.

Mając na uwadze powyższe i nałożony na Zamawiającego na mocy art. 7 ust. 1 Ustawy obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców, Zamawiający postanowił oddalić protest.

Pismem z dnia 06.07.2009 r. Przystępujący przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, podtrzymując swoje stanowisko w sprawie tak jak w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego w zakresie wiedzy tylko po stronie Odwołującego co do wartości kosztorysowej robót oraz wskazując na swój interes prawny jako wykonawcy wybranego.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ na trzy złożone oferty w przedmiotowym postępowaniu oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza.

Na podstawie SIWZ (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia) ustalono, że jedynym kryterium oceny ofert jest cena, ponieważ zgodnie z pkt 13. Kryteria oraz sposób oceny ofert p.pkt 13.1. SIWZ Zamawiający będzie oceniał oferty, w ramach danego zadania, według kryterium ceny (koszt) z wagą:100%.

Ze zbiorczego zestawienia ofert (Druk ZP-12) na zadanie nr 2 objęte postępowaniem odwoławczym (pełnienie funkcji inspektora nadzoru na zadanie pn. Przebudowa chodnika w drodze powiatowej Nr 5173E- Al. Wyszyńskiego w Ozorkowie”) wynika, że złożono trzy oferty:

1. DROG-SERVIS, Roboty Drogowe, Dariusz Grzelak 94-003 Łódź ul. Lokajskiego 3 m 36 (Przystępujący do postępowania odwoławczego) na kwotę 8.296,00 zł.
2. Linia Firma Projektowo-Wykonawcza, Jakub Jońca 95-070 Aleksandrów Łódzki ul. Piaskowa 39 na kwotę 8.418,00 zł.
3. Firma Drogowa Projektowo-Wykonawcza MAG-BUD, Piotr Grzyb, Helenów 28, 95-035 Ozorków (Odwołujący) na kwotę 7.198,00 zł.

W związku z powyższym oferta Odwołującego, przy cenie jako jedynym kryterium oceny ofert, jest ofertą najkorzystniejszą, co wypełnia przesłanki posiadania interesu prawnego do wniesienia odwołania w myśl art. 179 ust. 1 Ustawy, zgodnie z którym każdemu z wykonawców przysługują środki ochrony prawnej, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Ustawy, bowiem w przypadku uwzględnienia odwołania, Odwołujący uzyskałby zamówienie.

Protest i odwołanie zawiera zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 1, art. 91 ust. 1 Ustawy przy czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Postępowanie dotyczy pełnienia funkcji inspektora nadzoru budowlanego nad przebudową chodników w drogach powiatowych, to jest zadania pn. „Przebudowa chodnika w drodze powiatowej Nr 5101 E - ul. Sikorskiego w Głownie” oraz nad zadaniem pn. „Przebudowa chodnika w drodze powiatowej Nr 5173 E - Al. Wyszyńskiego w Ozorkowie -2 zadania”.

Zgodnie z pkt 3 Opis przedmiotu zamówienia ppkt 3.1. SIWZ Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych, to jest na zadanie nr 1 Przebudowa chodnika w drodze powiatowej Nr 5101 E - ul. Sikorskiego w Głownie i zadanie nr 2: Przebudowa chodnika w drodze powiatowej Nr 5173 E - Al. Wyszyńskiego w Ozorkowie.

Na podstawie przedłożonej dokumentacji postępowania i zgodnego oświadczenia stron na rozprawie ustalono, że Odwołujący złożył ofertę częściową na zadanie nr 2 (Przebudowa chodnika w drodze powiatowej Nr 5173 E - Al. Wyszyńskiego w Ozorkowie) i tego zadania dotyczy odwołanie.

Odwołujący sporządził na podstawie Umowy nr 19/09 z dnia 12.03.2009 r. zawartej z Zamawiającym przedmiar robót, szczegółową specyfikację techniczną oraz kosztorys inwestorski na roboty budowlane związane z przebudową chodnika w drodze powiatowej Nr 5173 E- Al. Wyszyńskiego w Ozorkowie.

Powyższe ustalono na podstawie wyżej wskazanej Umowy (§ 3 ust. 1 i ust. 2 pkt 20 Umowy), przedłożonej w poczet dowodów przez Zamawiającego na rozprawie.

Odwołujący nie zaprzeczył okoliczności wykonywania prac, podnosząc jednak, że służyły one odrębnemu postępowaniu, to jest realizacji robót budowlanych, a nie postępowaniu na pełnienie funkcji inspektora nadzoru na tychże robotach.

Na podstawie dokumentacji przetargowej Zamawiającego w zakresie ustalenia wartości zamówienia ustalono, co następuje.

1. Z wniosku o wszczęcie procedury w sprawie zamówienia publicznego z dnia 07.05.2009 r. (Druk ZP-3 w pkt 2.2) wynika, że jest możliwość składania ofert częściowych oraz że Zamawiający co do Zadania 1 - Pełnienie funkcji inspektora nadzoru nad zadaniem pn. Przebudowa chodnika w drodze powiatowej Nr 5101 E - ul. Sikorskiego w Głownie zabezpieczył kwotę 28.278,08 zł netto oraz 34.499,26 zł

brutto, natomiast na zadanie nr 2 - Przebudowa chodnika w drodze powiatowej Nr 5173 E -Al. Wszyńskiego w Ozorkowie 36.885,21 zł netto i 44.999,96 zł brutto.

2. W piśmie z dnia 21.05.2009 r. podano wartości szacunkowe poszczególnych części zamówienia w kwotach netto tak jak we wniosku o wszczęcie procedury w sprawie zamówienia publicznego z dnia 07.05.2009 r. Druk ZP-3 (jak wyżej), przy czym dodatkowo podano, że wartość szacunkową zamówienia ustalono zgodnie z art. 32 ust. 1 Ustawy na podstawie kosztorysowej wartości robót budowlanych podlegających usłudze nadzoru i kalkulacji własnej cen rynkowych. Zamieszczono również zapis, że „Szacowanie przedmiotu zamówienia dokonane zostało w dniu 06.05.2009 r. przez naczelnika Wydziału Drogownictwa Pana Bartłomieja W.”.
3. Informacja o zabezpieczeniu środków finansowych na realizację zamówienia publicznego Druk ZP-5 z dnia 04.06.2009 r. zawiera kwoty netto i brutto na zadanie nr 1 i nr 2, jak we wniosku o wszczęcie procedury w sprawie zamówienia publicznego z dnia 07.05.2009 r. Druk ZP-3 (jak wyżej) z zaznaczeniem, że wartość szacunkową zamówienia ustalono w dniu 05.05.2009 r. na podstawie kosztorysowej wartości robót budowlanych i kalkulacji cen rynkowych. Jednocześnie zaznaczono, że w uchwale budżetowej powiatu zgierskiego na rok 2009 r. zostały zabezpieczone środki finansowe w wysokości 79.500 zł brutto na realizację zadania opisanego w pkt 1 i 2 (Pełnienie funkcji inspektora nadzoru nad zadaniem pn. Przebudowa chodnika w drodze powiatowej Nr 5101 E - ul. Sikorskiego w Głownie i Przebudowa chodnika w drodze powiatowej Nr 5173 E - Al. Wszyńskiego w Ozorkowie).
4. Z protokołu postępowania Druk ZP-2 pkt 2 Opis przedmiotu zamówienia wynika, że łącznie na zadanie nr 1 i nr 2 ustalenia wartości zamówienia dokonano 06.05.2009 r. na podstawie art. 32 ust. 1 Ustawy w oparciu o kalkulację własną cen rynkowych przez naczelnika Wydziału Drogownictwa Pana Bartłomieja W.

Z umowy stanowiącej zał. Nr 2 do SIWZ wynika:

1. § 1 ust. 3 zamówienie obejmuje nadzór nad wykonaniem w/w robót budowlanych zgodnie z obowiązującymi przepisami, sztuką budowlaną, zasadami wiedzy technicznej i przy zachowaniu należytej staranności, właściwej organizacji pracy oraz zasad BHP.

2. § 1 ust. 4 wynagrodzenie wykonawcy za pełnienie czynności objętych umową strony ustalają w formie ryczałtu na kwotę
3. § 1 ust. 6 wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 4 obejmuje wszystkie koszty Wykonawcy ponoszone w związku z wykonaniem przedmiotu umowy, w tym m.in. koszty ponoszone w związku z zatrudnieniem dodatkowych osób, koszty ubezpieczenia, koszty utworzenia zaplecza socjalno - technicznego dla inspektorów, koszty dojazdów, inne koszty niezbędne dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.
4. § 4 ust. 1 do obowiązków wykonawcy należy: przejęcie od zamawiającego kompletnej dokumentacji technicznej w zakresie umożliwiającym prawidłowe sprawowanie nadzoru inwestorskiego, sprawowanie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót zgodnie z ustawą Prawo budowlane, a w szczególności: reprezentowanie Zamawiającego na budowie, uzgadnianie z Zamawiającym wszelkich odstępstw i zmian technologii robót, materiałów i urządzeń, sprawdzanie jakości wykonanych robót i wbudowanych materiałów, sprawdzanie i odbiór robót, potwierdzanie ilości wykonanych robót, potwierdzanie usunięcia wad, sprawdzanie rozliczeń wykonawcy, uczestniczenie w przeglądach gwarancyjnych, udział w naradach technicznych Zamawiającego i wykonawcy.

W SIWZ zamieszczona jest charakterystyka nadzorowanej inwestycji ze wskazaniem szczegółowych wymagań dotyczących realizacji robót budowlanych zawartych w Ogólnych Specyfikacjach Technicznych i Szczegółowych Specyfikacjach Technicznych, które są w SIWZ taksatywnie wymienione (pkt 3 ppkt 3.2. SIWZ Opis przedmiotu zamówienia z wypunktowanymi nazwami Ogólnych Specyfikacji Technicznych i z wypunktowanymi nazwami Szczegółowych Specyfikacji Technicznych) z informacją, że przedmiotowa dokumentacja dostępna jest na stronie internetowej Zamawiającego i z podaniem nazwy strony internetowej. Ponadto w SIWZ Zamawiający zaleca, aby Wykonawcy dokonali wizji lokalnej na terenie objętym nadzorem.

Zamawiający dokonując wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. pkt 1 Ustawy uczynił to w związku z faktem, że pozostali wykonawcy składający oferty na pełnienie nadzoru nie znali wartości kosztorysu inwestorskiego, przeciwnie do wiedzy w tym zakresie Odwołującego, jako wykonawcy kosztorysu inwestorskiego.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Podstawę wykluczenia z postępowania Odwołującego stanowi art. 24 ust. 2 pkt 1 Ustawy, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, chyba że ich udział w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.

W ocenie Izby spełnione zostały obydwie przesłanki powodujące wykluczenie Odwołującego z postępowania.

Po pierwsze Odwołujący wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania.

Pomimo, że faktycznie przygotowanie kosztorysu inwestorskiego służyło przebudowie chodnika w drodze powiatowej Nr 5173 E - Al. Wyszyńskiego w Ozorkowie, czyli realizacji roboty budowlanej, a nie pełnionemu nad nią nadzorowi inspektora nadzoru inwestorskiego, to w ocenie Izby czynność sporządzenia kosztorysu inwestorskiego służyła do określenia wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia dla postępowania na nadzór inwestorski nad tymi robotami budowlanymi.

Przepis art. 24 ust. 2 ust. 1 Ustawy stanowi o czynnościach związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania, w ramach których – stosownie do rozdziału II Działu II Ustawy na podstawie art. 32 ust. 1 Ustawy – mieści się czynność ustalania szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia .

Sam Odwołujący na rozprawie wobec przedłożenia przez Zamawiającego wyżej cytowanej Umowy nr 19/09 przyznał, że oprócz kosztorysu inwestorskiego przebudowy chodnika wykonywał część dokumentacji technicznej to znaczy: przedmiar robót, szczegółową specyfikację techniczną.

O tym, że przedmiar robót oraz szczegółowa specyfikacja techniczna jest związana z postępowaniem, objętym odwołaniem, świadczy cytowany powyżej zapis SIWZ, zgodnie z którym zamieszczono w SIWZ charakterystykę nadzorowanej inwestycji ze wskazaniem szczegółowych wymagań dotyczących realizacji robót budowlanych zawartych w Ogólnych Specyfikacjach Technicznych i Szczegółowych Specyfikacjach Technicznych, które są w SIWZ wypunktowane z nazwy z informacją, że przedmiotowa dokumentacja dostępna jest na stronie internetowej z podaniem nazwy strony internetowej Zamawiającego.

Tak więc skoro Odwołujący przyznał, że sporządzał przedmiary robót i szczegółowe specyfikacje techniczne, to bezspornym jest, że wchodzi one w skład wymienionej dokumentacji technicznej w SIWZ objętej przedmiotowym postępowaniem, to jest na nadzór robót przebudowy chodnika w drodze powiatowej Nr 5173 E -Al. Wyszyńskiego w Ozorkowie. Kosztorys inwestorski – jak wskazano powyżej – również mieścił się w zakresie czynności związanych z przygotowaniem niniejszego postępowania, ponieważ stanowił podstawę do ustalenia wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia obejmującej nadzór inwestorski nad robotami budowlanymi.

Tym samym została wypełniona dyspozycja art. 24 ust. 2 pkt 1 Ustawy w zakresie wykonywania czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania.

Ponadto została wypełniona przesłanka wykonywania bezpośredniego czynności przez wykonawcę, ponieważ zgodnie z Umową nr 19/09 wykonawcą prac wyspecyfikowanych ww. Umowie był Odwołujący.

Reasumując zostały wypełnione przesłanki:

1. wykonywania bezpośredniego czynności przez Odwołującego oraz
2. czynności, które były związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania.

Po drugie udział Odwołującego w wykonywanych czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania utrudnił uczciwą konkurencję.

Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego praktyką inwestorów i wykonawców jest ustalanie wynagrodzenia za pełnienie nadzoru inwestorskiego nad określonymi robotami budowlanymi na poziomie od 0,5% do 3% wartości kosztorysu inwestorskiego dotyczącego tych robót.

W związku z tym tylko Odwołujący znając wartość kosztorysową robót przebudowy chodnika, wiedział jaki procent stanowi wartość robót podana przez Zamawiającego w wyżej cytowanych dokumentach szacowania wartości prac w zakresie nadzoru budowlanego.

Jednocześnie też jak oświadczył Zamawiający i jak wynika z dokumentacji postępowania podstawą ustalenia wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, jak i określenia wysokości środków finansowych przeznaczonych przez Zamawiającego na realizację zamówienia (kwota podawana na otwarciu ofert) była kwota wynikająca z kosztorysu inwestorskiego na roboty budowlane, przygotowywanego przez Odwołującego. Kosztorys ten nie został udostępniony innym wykonawcom w toku postępowania na nadzór inwestorski, co strony potwierdziły na rozprawie. Odwołujący zatem

miał zdecydowanie korzystniejszą sytuację w stosunku do innych wykonawców kalkulując swoją cenę ofertową. Z jednej bowiem strony miał wiedzę co do kwoty kosztorysu, która była podstawą określenia przez Zamawiającego środków na sfinansowanie zamówienia, z drugiej zaś dysponował powszechną wiedzą na temat zasad ustalania wynagrodzenia na nadzory inwestorskie oraz wiedział jaki procent wartości kosztorysu inwestorskiego Zamawiający przyjął jako wartość szacunkową zamówienia na nadzór nad robotami budowlanymi.

Tym samym wiedząc jaki procent stanowi wartość prac podana przez Zamawiającego w dokumentach szacowania i znając zasadę od 0,5% do 3% wartości kosztorysowej robót budowlanych mógł złożyć najkorzystniejszą cenowo ofertę, przy cenie jako jedynym kryterium oceny ofert.

Takiej możliwości nie mieli pozostali oferenci, którzy złożyli droższe oferty, tj.:

1. DROG-SERVICE, Roboty Drogowe, Dariusz Grzelak 94-003 Łódź ul. Lokajskiego 3 m 36 (Przystępujący do postępowania odwoławczego) na kwotę 8.296,00 zł.
2. Linia Firma Projektowo-Wykonawcza, Jakub Jońca 95-070 Aleksandrów Łódzki ul. Piaskowa 39 na kwotę 8.418,00 zł.
3. Firma Drogowa Projektowo-Wykonawcza MAG-BUD, Piotr Grzyb, Helenów 28, 95-035 Ozorków na kwotę 7.198,00 zł.

Toczące się równocześnie postępowanie na wybór wykonawcy do realizacji robót budowlanych nie ma znaczenia - w ocenie Izby – dla oceny możliwości zapoznania się z kwotą wynikającą z kosztorysu inwestorskiego na roboty budowlane, z uwagi na to, że tylko 3 dni dzieliło jedno postępowanie od drugiego.

Posiadanie wiedzy w zakresie wysokości wartości kosztorysowej robót przebudowy chodnika objętych nadzorem budowlanym stanowiło posiadanie niezbędnej wiedzy do ustalenia najkorzystniejszej cenowo oferty, co nie było możliwe dla innych wykonawców, którzy nie wiedzieli jaki procent wartości szacowania prac na nadzór nad tymi robotami stanowi ta wartość w stosunku do wartości kosztorysowej robót. Tym samym nie mogli tak jak

Odwołujący złożyć najkorzystniejszej oferty, co wypełnia przesłankę utrudniania uczciwej konkurencji, wobec uprzywilejowania Odwołującego w stosunku do pozostałych oferentów.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust.6 i 7 Ustawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....