

Sygn. akt: KIO 1696/10

WYROK
z dnia 26 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Ryszarda Olejnickiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „ATEST” Ryszard Olejnicki, 71-653 Szczecin, ul. Rugiańska 17** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasto Szczecin, 70-456 Szczecin, Armii Krajowej 1**

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Ryszarda Olejnickiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „ATEST” Ryszard Olejnicki, 71-653 Szczecin, ul. Rugiańska 17 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Ryszarda Olejnickiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „ATEST” Ryszard Olejnicki, 71-653 Szczecin, ul. Rugiańska 17**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miasto Szczecin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Remont węzła cieplnego i instalacji centralnego ogrzewania w Zespole Szkół Ogólnokształcących Nr 2 przy ul. Kopernika 16 a w Szczecinie”.

Pismem z dnia 4 sierpnia 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Zakład Wykonawstwa Ciepłowniczego Sp. z . o. o. z siedzibą w Szczecinie. Jednocześnie zamawiający poinformował wykonawców, że m.in. z postępowania został wykluczony wykonawca Ryszard Olejnicki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „Atest” Ryszard Olejnicki z siedzibą w Szczecinie. Jako podstawę prawną wykluczenia zamawiający wskazał art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy p.z.p. gdyż wykonawca ten wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania. Wykonawca ten sporządził dokumentację projektową oraz kosztorysy inwestorskie do prowadzonego postępowania, a tym samym rezultat prac przygotowawczych został bezpośrednio wykorzystany w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie zamawiający wskazał, iż odrzucił ofertę tego wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy p.z.p.

Od takich czynności pismem z dnia 9 sierpnia 2010 r. wykonawca ten złożył odwołanie zarzucając zamawiającemu:

1. „naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych poprzez niewłaściwą wykładnię, albowiem zamawiający dokonał wykluczenia odwołującego, jako wykonawcy, który wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania pomimo, iż udział odwołującego w postępowaniu nie stanowił utrudnienia uczciwej konkurencji;
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych poprzez niewłaściwe zastosowanie, albowiem zamawiający dokonał odrzucenia oferty odwołującego w błędnym przekonaniu, że odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych a tym samym jego oferta podlega odrzuceniu;
3. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych poprzez odmowę zastosowania, albowiem zamawiający dokonując nieuzasadnionego wykluczenia i odrzucenia oferty odwołującego naruszył zasadę

przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”.

Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego,
2. unieważnienie niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego,
3. unieważnienie czynności zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty najkorzystniejszej tj., oferty przedłożonej przez Zakład Wykonawstwa Ciepłowniczego Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie,
4. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i rozstrzygnięcia wyboru oferty najkorzystniejszej z pośród ofert nieodrzuconych z uwzględnieniem oferty odwołującego,
5. zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia dokumentów wskazanych w odwołaniu,
6. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż bezspornym jest, iż uprzednio na zlecenie Zamawiającego prowadził prace przygotowawcze obejmujące sporządzenie dokumentacji projektowej oraz kosztorysów inwestorskich, jednakże podnosi on, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 1) ustawy p.z.p 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 dokonywaniu tych czynności, chyba, że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji”. Powyższe w ocenie odwołującego oznacza, że wykluczenie wykonawcy w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 1) ustawy p.z.p. może nastąpić przy zaistnieniu dwóch kumulatywnych przesłanek tj. wykonawca przystępujący do postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego musiałby bezpośrednio wykonywać czynności związane z prowadzeniem takiego postępowania a ponadto zaniechanie wykluczenia wykonawcy bezpośrednio wykonującego czynności związane z prowadzeniem takiego postępowania prowadzi do utrudnienia uczciwej konkurencji w ramach tegoż postępowania. Tylko łączne wystąpienie tych dwóch przesłanek zdaniem odwołującego może prowadzić do wykluczenia wykonawcy w oparciu o dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 1)

ustawy p.z.p., co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca. Odwołujący wskazywał, że rezultat prac przygotowawczych w postaci dokumentacji projektowej wykonanej przez niego został opublikowany przez zamawiającego również za pośrednictwem strony internetowej zamawiającego, a wszelkie informacje w odniesieniu przedmiotu zamówienia zostały przekazane wykonawcom zainteresowanym przystąpieniem do przedmiotowego postępowania w przedmiocie udzielenia publicznego. Brak zatem w ocenie odwołującego podstaw do stwierdzenia, że posiadał on uprzywilejowaną sytuację w porównaniu do pozostałych wykonawców. Tym samym brak podstaw do stwierdzenia, że w tym wypadku udział odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia skutkować będzie utrudnieniami uczciwej konkurencji. Ponadto odwołujący wskazał, że okoliczność uprzedniego sporządzenia przez niego dokumentacji projektowej i kosztorysów inwestorskich nie wpłynęła na utrudnienie uczciwej konkurencji, albowiem zgodnie z jego wiedzą przedłożona przez niego oferta cenowa w żadnym stopniu nie może zostać uznana za rażąco niską w odniesieniu do ofert pozostałych wykonawców, co wskazuje, iż odwołujący nie skorzystał z instrumentów, jakie mogłyby wykraczać poza zasady uczciwej konkurencji. W ocenie odwołującego, zamawiający błędnie przyjmując zaistnienie przesłanek z art. 24 ust. 2 pkt 1) ustawy p.z.p. w konsekwencji w sposób nieuzasadniony dokonał odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy p.z.p.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający - Gmina Miasto Szczecin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Remont węzła cieplnego i instalacji centralnego ogrzewania w Zespole Szkół Ogólnokształcących Nr 2 przy ul. Kopernika 16 a w Szczecinie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 168967 w dniu 29 czerwca 2010 r.

Izba ustaliła, iż integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu stanowi m.in. projekt budowlano-wykonawczy, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót jak też przedmiar robót. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz załącznikami udostępniona została wszystkim wykonawcom na stronie internetowej zamawiającego.

Ponadto Izba ustaliła, iż na podstawie umowy nr 02/2010 zawartej w dniu 18 kwietnia 2010 r. Ryszard Olejnicki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „Atest” Ryszard Olejnicki, zgodnie z § 1 tej umowy przyjął do

wykonania: projekt budowlany węzła ciepłego oraz projekt budowlany wymiany zaworów przy grzejnikach na termostaticzne oraz montażu regulatorów stałej różnicy ciśnienia i przepływu pod pionami grzewczymi, inwentaryzację stanu istniejącego instalacji c.o., projekt regulacji hydraulicznej oraz zmianę ogrzewania Sali gimnastycznej na ogrzewanie powietrzem w Zespole Szkół Ogólnokształcących Nr 2 przy ul. Kopernika 16a w Szczecinie. Zgodnie z § 1 ust. 2 w/w umowy zakres rzeczowy przedmiotu umowy obejmował m.in.:

- 1) projekt budowlano-wykonawczy we wszystkich branżach,
- 2) specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót,
- 3) kosztorys inwestorski,
- 4) przedmiary robót,

Dokumentacja wymieniona powyżej za wyjątkiem kosztorysów inwestorskich, stanowi integralną część SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasto Szczecin na „Remont węzła ciepłego i instalacji centralnego ogrzewania w Zespole Szkół Ogólnokształcących Nr 2 przy ul. Kopernika 16 a w Szczecinie”.

Do upływu terminu składania ofert wpłynęło pięć ofert w tym oferta wykonawcy Ryszarda Olejnickiego prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „Atest” Ryszard Olejnicki z siedzibą w Szczecinie..

Pismem z dnia 4 sierpnia 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Zakład Wykonawstwa Ciepłowniczego Sp. z . o. o. z siedzibą w Szczecinie informując jednocześnie, iż m.in. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1) ustawy p.z.p. został wykluczony wykonawca Ryszard Olejnicki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „Atest” Ryszard Olejnicki z siedzibą w Szczecinie. Ponadto zamawiający odrzucił ofertę tego wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy p.z.p.

Czynności te leżą u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia specyfikacji, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

W pierwszej kolejności ustalono, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p., uprawniający go do złożenia odwołania, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy p.z.p. Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego. Bezsprzeczne jest, iż odwołujący wykonywał na rzecz zamawiającego kompleksową dokumentację budowlaną, która jak oświadczył na rozprawie zamawiający, bez zmian stała się integralną częścią SIWZ w postępowaniu na „Remont węzła ciepłego i instalacji centralnego ogrzewania w Zespole Szkół Ogólnokształcących Nr 2 przy ul. Kopernika 16 a w Szczecinie”. Ponadto wbrew twierdzeniom odwołującego zamawiający publikując SIWZ nie udostępnił wykonawcom kosztorysów inwestorskich, a do których dostęp miał odwołujący. Stąd tylko odwołujący znał wartość robót oszacowaną przez zamawiającego. W ocenie Izby bezpośredni udział w postępowaniu skutkujący wykluczeniem wykonawcy polega na wykonaniu takich czynności, z których efektów korzysta zamawiający prowadzący postępowanie. Czynności przygotowawcze w ocenie Izby muszą zatem przynieść wymierny efekt stanowiący bazę wszczęcia postępowania. W niniejszej sprawie bez wątpienia dokumentacja przygotowana przez odwołującego w ramach umowy nr 02/2010 z dnia 18.04.2010 r. zawartej z Zespołem Szkół Ogólnokształcących nr 2 w Szczecinie stanowi bazę wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba zwraca uwagę, iż obowiązek wykluczenia dotyczy tych wykonawców, którzy brali udział w przygotowaniu tego postępowania. Za przygotowanie postępowania należy uznać czynności polegające na sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia, w przypadku robót budowlanych sporządzenie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia w przypadku robót budowlanych poprzez sporządzenie kosztorysu inwestorskiego. W przedmiotowej sprawie bez wątpienia zachodzi bezpośredni związek pomiędzy rezultatem pracy odwołującego a jego wykorzystaniem przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego gdyż, przygotowana przez odwołującego dokumentacja stanowi opis przedmiotu zamówienia jak też stała się podstawą ustalenia wartości szacunkowej zamówienia. Izba stoi na stanowisku, iż w przedmiotowej sprawie nie zaistniała negatywna przesłanka, która niweczyłaby skutek w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że jego udział w przedmiotowym postępowaniu nie

utrudni uczciwej konkurencji. Zdaniem Izby przewagą konkurencyjną nad innymi wykonawcami w przedmiotowym postępowaniu jest fakt, iż odwołujący na długo przed pozostałymi uczestnikami postępowania znał szczegółowo zakres przedmiotu zamówienia jak też, jako jedyny spośród wszystkich wykonawców znał wartość zamówienia. W ocenie Izby wiedza zdobyta przez odwołującego w związku z przygotowaniem całej dokumentacji dała mu przewagę nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co miał on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach jak też wykonując dokumentację projektową, dokonując inwentaryzacji stanu istniejącego instalacji c.o. oraz mając nieograniczony dostęp do miejsca realizacji zamówienia mógł posiadać dodatkowe informacje o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia. Biorąc pod uwagę powyższy stan faktyczny odwołujący miał zatem ułatwione zadanie przy konstruowaniu oferty, m.in. w zakresie kalkulacji ceny ofertowej gdyż jako jedyny na etapie sporządzania ofert znał wartość kosztorysów inwestorskich.

Biorąc pod uwagę ustalony przez Izbę stan faktyczny sprawy, działanie zmawiającego polegające na wykluczeniu odwołującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy p.z.p., i w konsekwencji odrzucenie jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy p.z.p. należało uznać za w pełni uprawnione.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....