

Sygn. akt: KIO 1167/12

WYROK

z dnia 19 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2012 r. przez odwołującego - **EKOKANWOD Czyszczoń i Półtorak Sp. J., ul. Farna 6, 28-136 Nowy Korczyn** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Gminę Koszyce, ul. Elżbiety Łokietkówny 14, 32-130 Koszyce**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Koszyce, ul. Elżbiety Łokietkówny 14, 32-130 Koszyce i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **EKOKANWOD Czyszczoń i Półtorak Sp. J., ul. Farna 6, 28-136 Nowy Korczyn** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Gminy Koszyce, ul. Elżbiety Łokietkówny 14, 32-130 Koszyce** na rzecz **EKOKANWOD Czyszczoń i Półtorak Sp. J., ul. Farna 6, 28-136 Nowy Korczyn** kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

I. Gmina Koszyce (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Koszyce i Biskupice oraz sieci wodociągowej w miejscowości Jankowice.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 10 maja 2012 r., poz. 149312 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 5 czerwca 2012 r. EKOKANWOD Czyszczoń i Półtorak spółka jawna (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała swoje wykluczenie z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt. 1 oraz art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Odwołujący, którego Zamawiający wykluczył z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, wskazywał, że faktycznie wykonywał pewne czynności związane z opisem przedmiotu zamówienia, jednak jego udział w wykonaniu tychże czynności nie miał i nie mógł mieć wpływu na uprzywilejowaną pozycję w prowadzonym postępowaniu. Opracowanie dokumentacji projektowej kanalizacji na odcinku ulic Przedmieście i 3 Maja w Koszycach to zdaniem Odwołującego projekt prosty, przewidywalny i brak w nim wskazań na wykonywanie zakresu robót o skomplikowanym stopniu trudności, więc wykonanie dokumentacji projektowej w tej części nie mogło stawiać Odwołującego w uprzywilejowanej pozycji. Biorąc pod uwagę, że pozostałego zakresu dokumentacji projektowej dla miejscowości Jankowice i Biskupice Odwołujący nie wykonywał, to posiadana wiedza nie mogła mieć żadnego znaczenia przy przygotowaniu oferty. Odwołujący również podnosił, że wykonana przez niego dokumentacja projektowa w odniesieniu dla całego zakresu robót do wykonania wynosiła około 18 %. Aktualizacja cenowa kosztorysu inwestorskiego nie może być postrzegana jako utrudnienie uczciwej konkurencji, gdyż wartość zamówienia może być ujawniona przez Zamawiającego od chwili wszczęcia postępowania. Ponadto podkreślał, że wszystkie uchwały Rady Gminy są jawne i każdy potencjalny wykonawca mógł poznać wiadomość, jaka kwota została przeznaczona na realizację inwestycji.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. Na rozprawie złożył odpowiedź na odwołanie do protokołu, oświadczając, iż po otwarciu ofert miał wątpliwość co do podstaw wykluczenia Odwołującego, jednak wziął pod uwagę okoliczność, że projekt jest dofinansowany ze środków UE w związku z czym spodziewa się skrupulatnych kontroli. Niezwłocznie po zakończeniu postępowania będzie prowadzona kontrola Urzędu Marszałkowskiego. Fragmenty dokumentacji technicznej były załączone do wniosku aplikacyjnego dlatego kierując się dobrem postępowania niejako z ostrożności podjął decyzję o wykluczeniu. Przyznaje, że gdyby zamówienie było w całości finansowane z budżetu gminy to nie wykluczyłby wykonawcy.

W konsekwencji Zamawiający wnosił o rozpatrzenie odwołania zgodnie z obowiązującym stanem prawnym.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na pierwszym miejscu w rankingu ofert.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Z „Wniosku o rozpoczęcie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 07.05.2012 r.” (Zamawiający okazał oryginalną dokumentację postępowania Izbie na rozprawie, do akt sporządzono kopie dokumentów przywołanych w niniejszym uzasadnieniu) wynika, że opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego dokonały 3 podmioty, m.in. Odwołujący. Pozostałe dwa podmioty,

zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego na rozprawie, nie złożyły ofert w postępowaniu.

2. Z „Wniosku o rozpoczęcie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 07.05.2012 r.” nie wynika zakres, w jakim Odwołujący opisał przedmiot zamówienia (skoro opisu dokonywały również inne podmioty). Izba poprzestała w odniesieniu do powyższego na niezakwestionowanym przez Zamawiającego oświadczeniu Odwołującego. Odwołujący mianowicie oświadczył, że wykonywał:
 - 1) dla kanalizacji w Koszycach (ul. Przedmieście i ul. 3 Maja) - dokumentację projektową kanalizacji wraz z kosztorysem inwestorskim, przy czym dokumentacja projektowa w odniesieniu dla całego zakresu robót do wykonania wynosiła około 18 %, a Odwołujący ocenia projekt jako nieskomplikowany, prosty i przewidywalny;
 - 2) dla wodociągu Jankowice wykonano wyłącznie aktualizację kosztorysu na podstawie istniejącego kosztorysu bez zmiany projektu i zakresu robót (wyłącznie aktualizacja cen w kosztorysie);
 - 3) dla kanalizacji w Biskupicach wykonano aktualizację kosztorysu inwestorskiego polegającą na wyłączeniu części robót wskazanych przez Zamawiającego, projekt pozostał bez zmian;
 - 4) aktualizacja kosztorysów dla Jankowic i Biskupic polegała (poza wyłączeniem części robót wskazanych przez Zamawiającego) jedynie na dostosowaniu stawki roboczogodziny do aktualnie obowiązującej.
3. Na dzień rozprawy Zamawiający nie dysponował wypełnionym protokołem postępowania. Na pytanie Izby, w jaki sposób ustalono wartość zamówienia, Zamawiający oświadczył, że nastąpiło to na podstawie zsumowania czterech kosztorysów inwestorskich przygotowanych przez Odwołującego. We „Wniosku o rozpoczęcie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 07.05.2012 r.” podano wartość szacunkową zamówienia jako kwotę 1 336 827,80 zł. Przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia: 1 644 300,00 zł (protokół z otwarcia ofert w dniu 25 maja 2012 r.).
4. Odwołujący na rozprawie oświadczył, że na zlecenie Zamawiającego nie dokonywał szacowania wartości zamówienia.
5. W postępowaniu złożono 9 ofert z następującymi cenami (zgodnie z kolejnością ze zbiorczego zestawienia ofert): 1 450 025,12 zł; 822 739,26 zł; 719 038,87 zł; 894 074,17 zł; 943 952,18 zł; 941 106,21 zł; 978 479,01 zł; 947 279,00; 1 028 780,41 zł. Oferta Odwołującego była najtańsza, następna w rankingu ofert różniła się od pierwszej o kwotę ok. 100 000 zł, trzecia od drugiej – o kwotę ok. 70 000 zł.
6. Zamawiający, poza Odwołującym, nie wykluczył żadnego wykonawcy i nie odrzucił żadnej z ofert. W dniu 31 maja br. Zamawiając przesłał wykonawcom „Informację

o wynikach”, z której wynikało, że za najkorzystniejszą uznał ofertę z ceną 822 739,26 zł, a Odwołujący został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, ponieważ „wykonawca w przedmiotowym postępowaniu dla zakresu kanalizacji sanitarnej Koszyce opracował dokumentację projektową z kosztorysem inwestorskim, oraz dla odcinka w kanalizacji grawitacyjnej i tłocznej w Biskupicach oraz dla wodociągu w Jankowicach dokonał aktualizacji posiadanej dokumentacji z kosztorysami inwestorskimi o zakresy, które zostały wyłączone z realizacji przez Zamawiającego”.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że doszło do nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych.

Po pierwsze, Zamawiający podając podstawy faktyczne wykluczenia, przypisał Odwołującemu wykonywanie szerszego zakresu prac, niż to rzeczywiście miało miejsce (co wynika z porównania opisu podstaw odrzucenia w piśmie Zamawiającego z dnia 31 maja br. i zakresu prac wykonywanych, co do którego Odwołujący złożył oświadczenie, niezakwestionowane przez Zamawiającego). Po drugie, gdyby nawet uznać, że Odwołujący wykonywał pewne czynności związane z przygotowaniem postępowania, to jest wątpliwość co do wykonywania „bezpośredniego”, ponieważ dokumentację techniczną wykonywały niezależnie trzy podmioty, w tym Odwołujący [każdy z podmiotów wykonywał odrębny zakres (części dokumentacji projektowej dla poszczególnych miejscowości), który następnie został wykorzystany jako opis przedmiotu zamówienia]. Po trzecie, w postępowaniu odwoławczym nie udowodniono, że udział Odwołującego w postępowaniu utrudnił uczciwą konkurencję.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 1 Prawa zamówień publicznych 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.

Nie było sporne, że opisu przedmiotu zamówienia (przez sporządzenie dokumentacji projektowej) wykonały trzy podmioty, z których dwa nie wzięły udziału w postępowaniu. Odwołujący stwierdził, co nie zostało zakwestionowane przez Zamawiającego, że zakres wykonywanego przez niego projektu szacuje na wielkość 18% całego zakresu przedmiotu

zamówienia w postępowaniu. Odwołującemu były znane wartości kosztorysów inwestorskich (jeden sam sporządził, pozostałe aktualizował o wartość roboczogodziny), będących podstawą szacowania wartości przedmiotu zamówienia, jednak to nie on dokonywał czynności szacowania wartości przedmiotu zamówienia. Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną, jednak nie odbiegała ona w sposób znaczący od innych cen w postępowaniu, różnica cenowa pomiędzy ofertą drugą a trzecią w kolejności była na podobnym poziomie, jak różnica pomiędzy ceną oferty Odwołującego a ceną oferty, która zajęła drugie miejsce w rankingu ofert.

Zatem rzeczywiście Odwołujący brał udział w opisie przedmiotu zamówienia, i sporządzone przez niego kosztorysy (czy to przez niego samodzielnie, czy jedynie zaktualizowane), były podstawą do ustalenia wartości przedmiotu zamówienia. Jednak analogiczne informacje, jak znane Odwołującemu dzięki tym czynnościom, były dostępne również dla dwóch innych podmiotów – które przygotowywały opis przedmiotu zamówienia w większym stopniu, niż Odwołujący, i sporządzały kosztorysy przed aktualizacją (mogły bowiem zakładać, że zostaną zaktualizowane co najmniej o stawkę roboczogodziny). Zamawiający nie twierdził, że uniemożliwił innym wykonawcom, biorącym udział w postępowaniu, poznanie wartości szacunkowej zamówienia, a oczywiste jest, że dokumentacja projektowa była im znana i dostępna (stanowiła część SIWZ).

W stanie faktycznym, jak w niniejszym postępowaniu, istnieje więc wątpliwość odnośnie „bezpośredniości” czynności wykonywanych przez Odwołującego, związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania: Odwołujący faktycznie wykonywał pewne elementy, które następnie stały się częściami opisu przedmiotu zamówienia oraz miały istotny wpływ na ustalenie jego wartości, jednak nie wykonywał tychże czynności samodzielnie, ponieważ wykonywały je również inne podmioty (inni wykonawcy, Zamawiający). Zgodnie z przepisami, to Zamawiający dokonuje ustalenia wartości zamówienia (art. 32 i nn. Prawa zamówień publicznych). Może posłużyć się danymi pochodzącymi z zewnątrz (przykładowo, korzystając z kosztorysów inwestorskich sporządzonych przez osoby trzecie), jednak to zawsze na Zamawiającym ciąży odpowiedzialność za dochowanie należytej staranności przy ustalaniu tej wartości - to Zamawiający tą wartość powinien był ustalić, o ile nie doszło do powierzenia Odwołującemu wykonania czynności na podstawie art. 15 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. W konsekwencji po pierwsze trudno mówić tu o bezpośrednim wykonywaniu czynności związanych z przygotowaniem postępowania przez Odwołującego, po drugie nie zostało wykazane, że wykonywanie tych czynności skutkowało uzyskaniem przez Odwołującego szczególnej, uprzywilejowanej pozycji, bo wiadomości te, na podobnym poziomie, były znane również innym podmiotom. Aby doszło do zaistnienia podstaw wykluczenia wykonawcy, opisanych w art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, Odwołujący musiałby

wykonywać czynności związane z przygotowaniem prowadzonego bezpośrednio, i to w taki sposób, który by doprowadził do zachwiania konkurencji w niniejszym postępowaniu. Tymczasem jedyną okolicznością, która może wskazywać na ewentualny wpływ na utrudnienie uczciwej konkurencji, jest fakt, że Odwołujący w postępowaniu złożył ofertę z najniższą ceną. Zamawiający jednak nie uznał ceny oferty za rażąco niską, ani nie podnosił, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (nie wskazywał również na te okoliczności żaden z wykonawców; nikt nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a Strony winny przedstawiać dowody na stawiane przez siebie tezy. Tymczasem w niniejszym postępowaniu nikt nie podnosił, że Odwołujący znalazł się w uprzywilejowanej pozycji. W takiej sytuacji w ocenie Izby sam fakt, że cena oferty Odwołującego była najniższa, nie może powodować jej dyskwalifikacji.

Zamawiający nawet nie dowodził, że Odwołujący miał dostęp do informacji szczególnych, nieujawnionych innym wykonawcom, więc nie zostało nawet wskazane, jakie miałyby być źródło przewagi konkurencyjnej Odwołującego nad innymi wykonawcami (podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu KIO 2727/10). Nie było sporne, że Odwołujący znał dokumentację projektową przynajmniej części przedmiotu zamówienia, jednak dokumentacja ta nie była na szczególnie skomplikowanym poziomie, była załączona do SIWZ i każdy z pozostałych wykonawców, uczestniczących w postępowaniu mógł się z nią zapoznać. Samo zaproponowanie ceny najniższej w postępowaniu nie może zostać uznane za wystarczający dowód na „utrudnienie konkurencji”, bowiem oczywiste jest, że każdy wykonawca biorący udział w postępowaniu, w którym jedynym kryterium jest cena, dąży do zaoferowania ceny na możliwie niskim poziomie. W podobnych stanach faktycznych Izba wypowiedziała się podobnie w orzeczeniach sygn. akt KIO 345/11, sygn. akt KIO 739/11.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt. 1 oraz art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....