

Sygn. akt KIO/UZP 120/07

WYROK
z dnia 29 stycznia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Dagmara Gałczewska - Romek
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Kinga Midzio

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu /~~ rozprawie* w dniu ~~/w dniach*.....~~ 29 stycznia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ADT Poland Sp. z o.o., ul. Palisadowa 20/22, 01-940 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Podchorążych 33, 85-915 Bydgoszcz** protestu ~~/protestów*~~ z dnia 12.12.2007 r.

przy udziale ~~.....~~ zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego..... po stronie odwołującego się oraz Sprint Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, ul. Jagiellończyka 26, Olsztyn - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **ADT Poland Sp. z o.o., ul. Palisadowa 20/22, 01-940 Warszawa.**

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 uiszczonego przez **ADT Poland Sp. z o.o., ul. Palisadowa 20/22, 01-940 Warszawa.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15. 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ADT Poland Sp. z o.o., ul. Palisadowa 20/22, 01-940 Warszawa**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie instalacji okablowania strukturalnego w budynku nr 29/1168 (blok „F”) należącego do Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych w Bydgoszczy (BZP nr 1000, poz. 223232 z 15.11.2007 r.), w dniu 12.12.2007 r. został wniesiony protest przez ADT Poland Sp. z o.o. z Warszawy. Protest był następstwem powiadomienia w dniu 7.12.2007 r. o wyborze oferty Sprint Sp. z o.o. z Olsztyna.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu - Rejonowemu Zarządowi Infrastruktury w Bydgoszczy, będącemu jednostką organizacyjną Ministerstwa Obrony Narodowej naruszenie niżej wymienionych przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655):

- 1) art. 7 przez wybór oferty wykonawcy, który sporządził dokumentację projektową dla potrzeb tego postępowania, co stanowi o naruszeniu zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 1 przez zaniechanie wykluczenia Sprint Sp. z o.o. z postępowania mimo, że dany wykonawca wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania, co daje mu przewagę konkurencyjną, gdyż jego wiedza o postępowaniu jest większa niż innych uczestników, w tym dotycząca skalkulowania ceny oferty.
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 2 przez złożenie nieprawdziwego oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

Do postępowania wywołanego wniesieniem protestu w dniu 14.12. 2007 r. przystąpił Sprint Sp. z o.o., popierając stanowisko Zamawiającego oraz NTI Nowoczesne Technologie Informatyczne Sp. z o.o., który wypowiedział się za poglądem Odwołującego.

Pismem z dnia 21.12.2007 r. przekazanym w dniu 24.12.2007 r. Zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu powołał się na nowelizację przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp, dokonaną ustawą z dnia 7.04.2006 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie finansów publicznych (Dz. U. nr 79, poz. 551) i liberalizację tej normy prawnej, a także utratę aktualności orzecznictwa, wydanego na podstawie poprzedniego stanu prawnego.

Zamawiający przyznał okoliczność, że na jego zlecenie Sprint Sp. z o.o. w Olsztynie, opracowała kosztorys inwestorski oraz dokumentację techniczną: projekt wykonawczy, przedmiar, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót, stanowiące załączniki do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Natomiast szacunkowa wartość zamówienia była jawna, na zasadzie udostępnienia protokołu z postępowania w trybie art. 96 ust. 3 Pzp.

Wartość zamówienia według protokołu wynosi 1 297 402,72 zł co stanowi 295 738,03 euro, a na otwarciu ofert została podana kwota 1 582 831,32 zł., jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W odwołaniu wniesionym w dniu 28.12.2007 r., z kopią jednocześnie przekazaną Zamawiającemu, zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami o:

- 1) wykluczenie Sprint Sp. z o.o. z postępowania i odrzucenie jej oferty;
- 2) powtórzenie czynności oceny ofert.

W dniu 21.01.2008 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił

wykonawca Sprint Sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z dokumentacji akt sprawy, protokołu postępowania, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokumentacji projektowej oraz dokumentacji technicznej wykonania i odbioru robót, oferty Sprint Sp. z o.o. Nadto rozpatrzyła stanowiska pełnomocników stron, zgłoszone do protokołu rozprawy. Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje.

Zamawiający po przeprowadzeniu postępowanie o wartości poniżej 14 000 euro, zawarł umowę nr SPiP 6/2007 ze Sprint Sp. z o.o. na opracowanie dokumentacji projektowej w celu przygotowania postępowania na wykonanie instalacji okablowania strukturalnego w bloku „F” Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych w Bydgoszczy.

W skład opracowania wchodziły:

- projekt budowlany,
- projekty wykonawcze,
- specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót,
- kosztorys inwestorski,
- przedmiar.

Podstawę dla opracowania wymienionej wyżej dokumentacji stanowiły:

- wymagania przedstawione w specyfikacji istotnych warunków dla tego zamówienia,
- dane uzyskane podczas spotkania dotyczącego instalacji w boku „F,”
- wymagania zawarte w założeniach minimalnych przygotowanych przez użytkownika,
- zalecenia użytkownika dotyczące funkcjonalności instalacji,
- norma okablowania strukturalnego ISO/IEC 11801, EN 50173

Stosownie do przepisów o dostępie do informacji publicznej umowa o udzielenie tego zamówienia jest jawna.

Zamawiający przyznał, że ze względu na ochronę informacji niejawnych, dostęp do danych oznaczonych klauzulą "poufne" lub "zastrzeżone" był ograniczony do osób posiadających poświadczenia bezpieczeństwa. Klauzulą "zastrzeżone" objęte były dane jakie znalazły się w projekcie wykonawczym. Projekt wykonawczy, zgodnie z zapisami w punkcie 2 części I siwz, dostępny był dla wszystkich wykonawców do wglądu w siedzibie Zamawiającego, po okazaniu stosownego poświadczenia bezpieczeństwa. Przedmiar robót i specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, stanowiły załączniki do siwz, dostępne bez ograniczeń. W części IX pkt 3 siwz Zamawiający umożliwił wykonawcom, zapoznanie się z warunkami realizacji poprzez udostępnienie oględzin terenu i obiektu prowadzenia robót.

Odwołujący nie oprotestował zapisów specyfikacji, nie podnosił, że są one niewłaściwe, zawierają nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, czy też ukierunkowany na określonego wykonawcę, co utrudnia lub uniemożliwia złożenie oferty na równych warunkach.

Niewątpliwie wykonawca Sprint Sp. z o.o., uczestnicząc bezpośrednio w pracach przygotowawczych, polegających na opracowaniu dokumentacji projektowej nabył informacje o przedmiocie zamówienia. Jednakże te informacje, w zakresie istotnym dla złożenia oferty na wykonawstwo systemu okablowania, znalazły się w całości w dokumentacji niniejszego postępowania i były do wykorzystania na równych zasadach dla wszystkich zainteresowanych uczestnictwem w przetargu, co potwierdziło postępowanie dowodowe.

Przewaga wybranego wykonawcy, polegała jedynie na tym, że ze względu na znajomość przedmiotu zamówienia, nie musiał się zapoznawać z dokumentacją i mógł w krótszym czasie przygotować ofertę, lecz okoliczność ta w przekonaniu Izby, nie stanowiła utrudnienia uczciwej konkurencji.

Termin składania ofert został wyznaczony do dnia 5.12.2007 r. z zachowaniem wymagań ustawowych art. 43 ust. 1 Pzp i nie był przedmiotem protestu, ani wniosku o jego przesunięcie. Wbrew podnoszonym argumentom, Odwołujący uczestnicząc profesjonalnie w obrocie gospodarczym z zakresu przedmiotowego zamówienia od 2000 roku, jak wynika z odpisu z KRS, posiada konieczną znajomość rynku, tak dotyczącą dostawców jak i cen oferowanych materiałów, w oparciu o dane powszechnie dostępne.

Cena oferty ma charakter kosztorysowy. W sposób jednolity i kompletny zostały podane wszystkie podstawy dla sporządzenia kosztorysów ofertowych. Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia została podana w jawnym protokole postępowania w kwocie 1.297 402,72 zł. zatem zarzut, że wartość ta wiadoma była jedynie wybranemu wykonawcy, nie znajduje podstaw.

Jak wynika z załącznika ZP-12 do protokołu, oferty złożyło w wyznaczonym terminie siedmiu wykonawców, z czego tylko jedna oferta została odrzucona, ze względu na pominięcie dwóch pozycji kosztorysowych.

Cena była jedynym kryterium wyboru ofert. Różnica między ceną oferty wybranej 1 326 928,99 zł. a ceną oferty Odwołującego 1 338 339,30 zł. nie jest znacząca.

W przekonaniu KIO przywołany wyżej materiał dowodowy świadczy, że poprzez uczestnictwo Sprint Sp. z o.o. w przedmiotowym przetargu, mechanizm konkurencji nie został zakłócony.

Wykluczenie wykonawcy z postępowania z przyczyny podanej w art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp

może nastąpić jedynie w przypadku łącznego zaistnienia wszystkich koniecznych przesłanek, to jest :

- wykonywania czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania, lub posługiwania się do sporządzenia oferty osobami dokonującymi takich czynności,
- bezpośredniego wykorzystania rezultatu tych prac przez zamawiającego,
- utrudnienia uczciwej konkurencji, skutkiem udziału wykonawcy uczestniczącego wcześniej w przygotowaniu postępowania.

W sytuacji gdy Odwołujący tej ostatniej przesłanki nie wykazał i nie udokumentował dowodami, cytowany przepis nie znajduje zastosowania, albowiem z samego udziału firmy Sprint Sp. z o.o. w przygotowywaniu przedmiotowego postępowania i to w sposób bezpośredni przez opracowanie, dokumentacji projektowej i kosztorysu inwestorskiego, nie wynika domniemanie prawne, że wykonawca taki ma przewagę konkurencyjną nad innymi uczestnikami postępowania.

Kierunek wykładni art. 24 ust. 2 pkt 1 zawiera orzeczenie ETS sygn. C-21/03 C -34/03 z 3.03.2005 r. Fabricom S.A. przeciwko Belgii, gdzie Trybunał stwierdził, że jednostka zamawiająca nie może odmówić uczestnictwa w postępowaniu, wykonawcy realizującemu określone prace badawcze, dające informacje na temat zamówienia, chyba że wykaże, iż przedsiębiorca odniósł z tego tytułu nieuzasadnione korzyści mogące zniekształcić normalne warunki konkurencji.

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 oraz art. 24 ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp, gdyż Zamawiający właściwie ocenił ofertę Sprint Sp. z o.o, jako złożoną przez wykonawcę nie podlegającego wykluczeniu. Wybrany wykonawca był uprawniony do złożenia oświadczenia, że spełnia warunki udziału w przetargu, określone w siwz. Wbrew temu co podnosił Odwołujący, nie doszło do podania nieprawdziwych informacji, skutkujących wykluczeniem Sprint Sp. z o.o. z postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 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/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w

.....

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*