

Sygn. akt: KIO 1108/11

WYROK

z dnia 6 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2011 r. przez wykonawcę **Martela Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 01-106 Warszawa, ul. Redutowa 25** w postępowaniu prowadzonym przez **Izbę Celną w Katowicach, 40-127 Katowice, Pl. Grunwaldzki 8-10,**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności oceny i badania ofert, w tym unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Izbę Celną w Katowicach, 40-127 Katowice, Pl. Grunwaldzki 8-10 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Martela Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 01-106 Warszawa, ul. Redutowa 25** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Izby Celnej w Katowicach, 40-127 Katowice, Pl. Grunwaldzki 8-10** na rzecz wykonawcy **Martela Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 01-106 Warszawa, ul. Redutowa 25** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Izba Celna w Katowicach, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zakup wraz z dostawą, montażem, ustawieniem mebli biurowych i elementów wyposażenia Izby Celnej w Katowicach i Urzędu Celnego w Bielsku-Białej”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 6 kwietnia 2011 r., nr 2010/S 67-108685.

W dniu 18 maja 2011 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawcę Martela Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Odwołującym”, o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, wskazując iż w świetle poznanych faktów na etapie badania oferty Zamawiającego powziął informację że przedstawiciel Odwołującego wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem przedmiotowego postępowania, tym samym odrzucając jego ofertę.

Nadto Zamawiający, pismem tym, poinformował Odwołującego, iż działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp unieważnił przedmiotowe postępowanie.

W dniu 27 maja 2011 r. (pismem z dnia 26 maja 2011 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 26 maja 2011 r.), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo, że Odwołujący nie wykonywał czynności związanych bezpośrednio z przygotowaniem prowadzonego postępowania, nie posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności oraz jego udział nie utrudniał uczciwej konkurencji,
- art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty Odwołującego,
- art. 92 ust. 2 ustawy Pzp poprzez brak pełnego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, co miało wpływ na możliwość składania i zakres złożonego środka ochrony prawnej a w konsekwencji mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

– art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, pomimo że wpłynęła oferta nie podlegająca odrzuceniu (oferta Odwołującego),

– naruszenia innych przepisów wynikających bezpośrednio lub pośrednio z odwołania.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż czynność wykluczenia go z postępowania nastąpiła z rażącym naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Pracownicy Odwołującego nie wykonywali w zakresie swoich obowiązków służbowych żadnych czynności bezpośrednio związanych z przygotowaniem przedmiotowego, prowadzonego przez Zamawiającego postępowania. Jeżeli jednak jakkolwiek osoba pomagała przy przygotowaniu postępowania robiła to samowolnie bez wiedzy Odwołującego i nie jako przedstawiciel tej firmy, ale jako prywatna osoba fizyczna.

Żaden pracownik Odwołującego, który mógł wykonywać czynności związane z przygotowaniem przedmiotowego postępowania nie brał udziału w przygotowaniu oferty.

Podniósł także, iż Zamawiający, stawiając taki zarzut powinien był udowodnić zaistnienie podstaw wykluczenia, a więc zaistnienie stanu faktycznego, który odpowiadałby wskazanemu przepisowi. A ponadto Zamawiający, dokonując czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania nie podał pełnej podstawy faktycznej, utrudniając w ten sposób możliwość skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej.

W dniu 1 czerwca 2011 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. W uzasadnieniu wskazał m.in., iż celem opracowania opisu przedmiotu zamówienia powołał biegłego Panią Agnieszkę R. reprezentującą Pracownię Architektoniczno-Urbanistyczną A3. Osobą wyznaczoną przez biegłego do kontaktów roboczych był Pan Patryk K. przedstawiciel Odwołującego w Fili Firmy w Katowicach. Pan Patryk K. wielokrotnie uczestniczył w pracach komisji przetargowej, składał wyjaśnienia, przeprowadzał weryfikację w zakresie szacunku kosztów wyposażenia i opisywania przedmiotu zamówienia, tym samym wpływał na kształt opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający dysponuje plikiem z opisem przedmiotu zamówienia oraz szacunkiem w formie elektronicznej, zawierającym sygnaturę Pana Patryka K. Powyższe

potwierdza także sposób przygotowania kart opisu wyrobu, cena oferty, tożsamość w opisie niektórych elementów przedmiotu zamówienia (wskazanie zbieżnych wymiarów i rozwiązań), opisy niektórych mebli (zbieżnych), które znajdowały się także na stronie internetowej Odwołującego

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:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie

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. Wykonawca nie może być jednak 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.

Dlatego też dla ustalenia skuteczności wykluczenia należy zbadać, czy łącznie zaistniały ww. przesłanki, a przede wszystkim, czy wykonawca bezpośrednio uczestniczył w przygotowaniu postępowania. Niewątpliwym jest, iż Zamawiający celem opracowania szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia powołał biegłego Panią Agnieszkę R. reprezentującą Pracownię Architektoniczno - Urbanistyczną A3, która przygotowała „Specyfikację techniczną wyposażenia”. W czynnościach dokonywanych przez biegłego i z jego upoważnienia uczestniczył Pan Patryk K. – pracownik Odwołującego. Okoliczność tę (zatrudnienia Pana Patryka K. w firmie Odwołującego) przyznał Odwołujący na rozprawie. Kwestią sporną stanowił jedynie zakres prac wykonywanych przez Pana Patryka K. Odwołujący podkreślał, iż prace te obejmowały jedynie aranżacje mebli. Niemniej jednak to Zamawiający wykazał w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, iż Pan Patryk K. był osobą wskazaną przez biegłego do współpracy z członkami komisji przetargowej w ramach przygotowania aranżacji pomieszczeń i opisu przedmiotu zamówienia (notatka służbowa Zamawiającego z dnia 18 maja 2011 r.) oraz uczestniczył w przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia oraz jego szacunku („katowice symbole”, „zestawienie kosztów”, „opisy” itd.). Świadczą o tym wydruki z poczty mailowej, z treści których jednoznacznie wynika, iż ostatniej zmiany dokonano w dniu 10 marca 2011 r., a jako ich autor figuruje Pan Patryk K. Tak więc należy uznać, wbrew twierdzeniom Odwołującego, iż Pan Patryk K., co zostało wykazane przez Zamawiającego, dokonywał określonych czynności związanych z przygotowaniem postępowania.

Niemniej jednak samo uczestniczenie wykonawcy lub posługiwanie się przez niego osobami uczestniczącymi w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania nie stanowi wystarczającej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania. Konieczne jest bowiem, aby udział takiej osoby powodował utrudnienie uczciwej konkurencji, a ocenę w tym zakresie dokonywać należy z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy. Należy zatem wziąć pod uwagę, czy wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania dała przewagę wykonawcy (w tym przypadku Odwołującemu) nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co miał on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiadał informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia. Dla ustalenia wystąpienia naruszenia konkurencji istotne znaczenie ma więc zakres informacji pozyskanych przez wykonawcę a także stopień trudności przygotowania oferty.

Odwołujący, w toku postępowania, w sposób przekonujący wyjaśnił, wobec braku przeciwnego dowodu ze strony Zamawiającego, że w przygotowaniu oferty, nikt poza pracownikami zatrudnionymi w jego siedzibie w Warszawie, w osobach Pani Moniki G., Pana

Kamila K., Pana Pawła C., Pana Kamila T., Pana Sławomira W. oraz Pani Agnieszki K., nie brał udziału. Na dowód czego przedłożył stosowne zarządzenie powołujące zespół pracowników odpowiedzialnych za przygotowanie i złożenie oferty dla Zamawiającego, jak również zarządzenie Prezesa Zarządu firmy z dnia 21 września 2009 r. w sprawie zasady współpracy z potencjalnymi klientami z sektora publicznego zobowiązanymi do zakupu towarów poprzez stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych, które zabrania jego pracownikom jakichkolwiek działań mogących narazić na szwank dobre imię Martela Sp. z o.o., w tym polegających na: „bezpośrednim kontakcie z pracownikami instytucji publicznej w trakcie procedury przetargowej (...)”, „przygotowaniu dla Zamawiającego materiałów, które będą użyte w trakcie procedury przetargowej, a które mogłyby utrudnić lub ograniczyć konkurencję”. Tak więc – co konsekwentnie podkreślał - wiedza Pana Patryka K. nabyta podczas przygotowania postępowania nie mogła mieć wpływu na treść przygotowanej przez Odwołującego oferty, gdyż nie brał on i nie mógł brać udziału w przygotowaniu i złożeniu oferty Odwołującego. A ponadto dokumentacja postępowania, zawierająca szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, została udostępniona wszystkim wykonawcom na równych zasadach oraz upubliczniona i ujawniona. Przygotowany przez biegłą opis przedmiotu zamówienia zawiera opisy mebli standardowych, które - jak wynika z pism producentów mebli – mogą być wyprodukowane przez wiele firm. Okoliczność tę potwierdza także stanowisko Ogólnopolskiej Izby Gospodarczej Producentów Mebli w Warszawie, która „po przeanalizowaniu pytań oraz załączonych opisów nie dopatrzyła się żadnych elementów, które mogą być niedostępne dla podmiotów gospodarczych zrzeszonych w Izbie”, dodając, iż „przedstawione opisy mebli biurowych oraz zaproponowanych tam technologii i materiały są w 100% dostępne na rynku polskim dla nieograniczonej liczby producentów”. Również biegła przygotowująca postępowanie, odpowiadając na wątpliwości Zamawiającego wskazała, iż „podstawowym źródłem informacji oprócz mojego doświadczenia w tym zakresie, były posiadane katalogi oraz materiały dostępne w internecie”, podając szczegółowe źródła pozyskanych informacji dla przykładowych mebli (biurko, szafa, krzesło gościnne, krzesło dla dyrektorów, krzesło pracownicze), w tym adresy internetowe, na których takie informacje się znajdują. Opisane w specyfikacji technicznej meble były więc meblami standardowymi znajdującymi się w ofercie wielu wykonawców. Meble zaoferowane przez Odwołującego, co zresztą on sam podkreślał na rozprawie, a czemu Zamawiający nie zaprzeczył, są także meblami standardowymi, znajdującymi się w jego ofercie, a ich opis niewątpliwie był umieszczony na stronie internetowej Odwołującego, gdyż tego typu informacje są informacjami powszechnie dostępnymi, zamieszczanymi na stronach internetowych producentów mebli. Ponadto – jak słusznie podniósł Odwołujący - w opisie przedmiotu zamówienia określono minimalne wymagania dotyczące wyposażenia meblowego, dopuszczając pewną wskazaną w treści SIWZ tolerancję m.in. co do ich wymiarów, składu

tapicerskiego a nawet nazwy koloru, jak również przewidziano możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego o takich samych parametrach lub je przewyższających. Tym samym umożliwiając złożenie oferty większej grupie wykonawców. Tak więc okoliczność, iż oferta Odwołującego spełnia wymogi Zamawiającego nie może stanowić dowodu na to, iż doszło do utrudnienia uczciwej konkurencji.

Dowodem takim nie może być także cena „prawie zbieżna” z ceną ofertową, czy też ceny „prawie zbieżne” z niektórymi cenami zaoferowanymi przez Odwołującego dla poszczególnych asortymentów, a wyspecyfikowanymi w poszczególnych pozycjach tabeli. Informacja dotycząca szacunkowej wartości zamówienia – jak potwierdził Zamawiający – została upubliczniona przez jej podanie treści ogłoszenia o zamówieniu. Tak więc wszyscy potencjalni wykonawcy chcący ubiegać się o udzielnie przedmiotowego zamówienia mogli kalkulować cenę ofertową w podanych, a więc znanych im granicach cenowych i niewątpliwie zaoferowana cena musiała być niższa niż wartość szacunkowa zamówienia. Nie może więc budzić wątpliwości okoliczność, że Odwołujący, znając wartość szacunkową zamówienia, zaoferował cenę od niej niższą. Ceny w poszczególnych pozycjach oferowanego asortymentu mebli były „prawie zbieżne” jednak nie identyczne. Odwołujący podkreślał, iż stosuje upusty w granicach 2-3%. Tak więc zaoferowana cena jest ceną uwzględniającą także upusty. Istotnie cena ofertowa jest niższa niż wartość szacunkowa zamówienia. Niemniej jednak w przedmiotowym postępowaniu nie wpłynęła inna oferta. Tym samym nie można jednoznacznie stwierdzić, iż gdyby ta inna oferta wpłynęła to ceny zaoferowane przez tego innego wykonawcę nie byłyby „prawie zbieżne” z wartością szacunkową zamówienia, która była znana potencjalnym wykonawcom. A ponadto w treści powołanej już wyżej notatki Zamawiającego wskazano zakres prac, w których uczestniczył Pan Patryk K. i nie ma wśród nich szacowania wartości zamówienia.

Izba nie podzieliła także stanowiska Zamawiającego, że udział Pana Patryka K., działającego z upoważnienia biegłego spowodował, iż Odwołujący był w stanie przygotować swoją ofertę w krótszym czasie i skalkulować niższą cenę. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został bowiem wykonawcom przedstawiony wraz z SIWZ i mieli oni jednakowo określony czas na przygotowanie oferty. A ponadto żaden z potencjalnych wykonawców nie kwestionował treści SIWZ, poprzez wniesienie w tym zakresie środków ochrony prawnej, jak również nie kwestionował tych terminów wyznaczonych w istocie przez Zamawiającego.

Reasumując stwierdzić należy, iż wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp było nieuprawnione.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumenty przedłożone na rozprawie przez Zamawiającego i Odwołującego, uznając je za stanowiska zgłaszających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł.

Przewodniczący: