

Sygn. akt: KIO 1028/13

WYROK

z dnia 17 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2013 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Budowlano-Remontowe B Complex sp. z o.o. w Suwałkach (16-400), ul. Lityńskiego 12a** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Suwałki, ul. Kościuszki 71, 16-400 Suwałki**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Remontów i Budownictwa Ogólnego sp. z o.o. w Suwałkach (16-400), ul. Przytorowa 2** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: Gminie Suwałki, ul. Kościuszki 71, 16-400 Suwałki unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Budowlano-Remontowe B Complex sp. z o.o. w Suwałkach (16-400), ul. Lityńskiego 12a, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
2. **kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Gminę Suwałki, ul. Kościuszki 71, 16-400 Suwałki i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę:**

Przedsiębiorstwo Budowlano-Remontowe B Complex sp. z o.o. w Suwałkach (16-400), ul. Lityńskiego 12a tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od zamawiającego: **Gminy Suwałki, ul. Kościuszki 71, 16-400 Suwałki** na rzecz wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Budowlano-Remontowe B Complex sp. z o.o. w Suwałkach (16-400), ul. Lityńskiego 12a** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) obejmującą koszty wpisu od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 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 Suwałkach**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1028/13

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Budowa budynku Urzędu Gminy Suwałki” zostało wszczęte przez Gminę Suwałki, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych (18043-2013) w dniu 4 lutego 2013 r.

Odwołanie w powołanym postępowaniu wniósł wykonawca: Przedsiębiorstwo Budowlano-Remontowe B Complex sp. z o.o. w Suwałkach, zwany dalej Odwołującym. Zarzucił on Zamawiającemu:

1. „naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę wyrażoną w treści tego przepisu;
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp - poprzez ich bezpodstawne zastosowanie [tj. odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego]
3. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie;
4. naruszenie art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz naruszenie § 5 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2010 r. Nr 223 poz. 1458) - polegające na niewykonaniu obowiązków wynikających z tych przepisów.”

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, a następnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, w dniu 8 maja 2013 r., przystąpił wykonawca: Przedsiębiorstwo Remontów i Budownictwa Ogólnego sp. z o.o. w Suwałkach, zwany dalej Przystępującym lub uczestnikiem postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że z uwagi na wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia w dniu 4 lutego 2013 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r. poz. 1271), stosownie do art. 4 ust. 1 tej ustawy, do rozstrzygnięcia rozpoznawanej sprawy odwoławczej zastosowanie znajdują przepisy ustawy Pzp i aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie w brzmieniu sprzed dnia wejścia w życie ustawy nowelizacyjnej, tj. przed dniem 20 lutego 2013 r.

W dalszej kolejności Izba wykluczyła, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, a także, jako znaną jej z urzędu, dokumentację postępowania odwoławczego w sprawie KIO 710/13.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia, w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, przed upływem odpowiedniego terminu, złożono 8 ofert. W gronie wykonawców, którzy złożyli powołane oferty byli Odwołujący, Przystępujący, a także wykonawca: REM-BUD sp. z o.o. w Suwałkach. Oferty te zawierały najniższe, zaoferowane Zamawiającemu ceny, i odpowiadały one, zgodnie z pisemnym protokołem postępowania, odpowiednio kwotom: 6 475 763,91 zł (Odwołujący), 6 841 429,21 zł (Przystępujący) i 7 052 735,76 zł (wykonawca: REM-BUD sp. z o.o. w Suwałkach).

Zgodnie z pkt 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), cena była jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący, mając na celu wykazanie spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, polegał na wiedzy i doświadczeniu firmy: REM-BUD I. B..... i Wspólnicy sp. j. w Suwałkach. Z kolei wykonawca: REM-BUD sp. z o.o. w Suwałkach wykazując spełnienie tego samego warunku polegał na wiedzy i doświadczeniu Odwołującego.

Pismem z dnia 29 kwietnia 2013 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty (oferta złożona przez Przystępującego), a także o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) i 3) ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego, złożenie przez Odwołującego oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 5) i ust. 2 pkt 1) w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 Nr 153 poz. 1503 z późn. zm.). Jak twierdził Zamawiający, Odwołujący w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia posłużył się zasobami innego podmiotu biorącego udział w postępowaniu, tj. wykonawcy: REM-BUD sp. z o.o. w Suwałkach. Podnosił on również, iż powołanemu wykonawcy z kolei Odwołujący udostępnił własny potencjał w celu wykazania spełnienia tegoż samego warunku. Z tak poczynionych ustaleń, Zamawiający wywodził, że skoro powołani wykonawcy uzgodnili wzajemną wymianę posiadanych zasobów, niewątpliwie uzgadniali między sobą również ceny zawarte w złożonych przez nich ofertach oraz udział każdego z nich w realizacji części zamówienia. Wywodził także, iż w przypadku, gdyby pomiędzy zaproponowanymi przez tych wykonawców cenami nie zostałaby zaoferowana inna cena, to wykonawcy ci sami decydowaliby, który z nich będzie wykonywał zamówienie i za jaką cenę. Dla Zamawiającego oczywiste było, iż w takim przypadku byłby to wykonawca: REM-BUD sp. z o.o. w Suwałkach. Uznał on takie działanie za ograniczanie dostępu innym wykonawcom do zamówienia oraz działaniem wbrew dobremu obyczajom. W ocenie Zamawiającego poczynione przez niego ustalenia potwierdza również fakt skorzystania przez obu z powołanych wykonawców z tego samego wzoru oświadczenia o udostępnieniu swego potencjału przez podmiot trzeci, co istotne, wzoru odmiennego od tego, który stanowił załącznik do SIWZ. Zdaniem Zamawiającego, ustalone przez niego fakty, pozwoliły mu ponadto stwierdzić, iż doszło do złożenia oferty wariantowej, co rodziło po jego stronie obowiązek odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ. W jego ocenie równoprawny był również wniosek, że doszło do złożenia przez Odwołującego i wykonawcę: REM-BUD sp. z o.o. w Suwałkach po dwie oferty z różnymi cenami.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie, które Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym przez Odwołującego w toku rozprawy. Przed otwarciem rozprawy Odwołujący oświadczył, iż wycofuje zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz naruszenie § 5 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W pozostałym zakresie podtrzymał zarzuty sformułowane w odwołaniu.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i popieranych w toku rozprawy przed Izbą, doszedł do przekonania, iż zarzuty sformułowane przez Odwołującego znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Pierwszym z zarzutów podnoszonych przez Odwołującego, było stwierdzenie, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę wyrażoną w treści tego przepisu. W uzasadnieniu tak postawionej tezy, Odwołujący odwoływał się do działań podejmowanych przez Zamawiającego wobec niego w dniach poprzedzających bezpośrednio dzień, w którym złożona przez niego oferta została odrzucona. Wskazywał on na powstrzymanie się Zamawiającego ze skierowaniem wezwania do uzupełnienia dokumentów, następnie wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na uzupełnienie dokumentów. Podnosił, iż odrzucenie złożonej przez niego oferty nastąpiło niezwłocznie po uzupełnieniu żądanych wcześniej dokumentów. W jego ocenie Zamawiający dokonywał czynności pozornych., zaś podejmowane przez niego działania nakierowane były na ponową eliminację złożonej przez niego oferty.

Uwzględniając fakt, iż ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, Izba uznała, iż tak sformułowany zarzut nie podlega jej kognicji. Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, w postępowaniach, których wartość nie przekracza powołanych kwot odwołanie przysługuje wyłącznie od wskazanych w tym przepisie czynności. W katalogu czynności Zamawiającego, od których wykonawca ma prawo wnieść odwołanie, tam zamieszczonym nie zostało ujęte przewlekanie przez Zamawiającego postępowania, czy też wyznaczanie zbyt krótkich terminów na uzupełnianie żądanych dokumentów. Kierując się tym przekonaniem Izba uznała, iż Odwołujący nie posiadał legitymacji do formułowania w tym konkretnym postępowaniu tak zakrojonego zarzutu.

Drugim z zarzutów podniesionych w odwołaniu i popieranych w toku rozprawy przed Izbą, był zarzut bezpodstawnego odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez Odwołującego, a tym samym naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący we wniesionym przez siebie odwołaniu stanowczo zaprzeczył twierdzeniom zawartym w uzasadnieniu decyzji Zamawiającego o odrzuceniu złożonej przez Odwołującego oferty. Oświadczył, iż samodzielnie ubiega się o udzielenie zamówienia, zaś Zamawiający stawianych przez siebie tez w żaden sposób nie udowodnił. Podkreślał, iż zgodnie z treścią oferty podmiot udostępniający mu własne zasoby będzie uczestniczył

w realizacji zamówienia, nie będzie jednak realizował jego części. Zaznaczał, iż sam fakt korzystania z tego samego formularza w celu złożenia oświadczenia podmiotu trzeciego o udostępnieniu wykonawcy własnego potencjału, nie świadczy jeszcze o wspólnym opracowaniu ofert i ustaleniu cen.

W ocenie Izby, w toku postępowania odwoławczego zostało wykazane, iż Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp przez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego powołując się na okoliczności przywołane w piśmie z dnia 29 kwietnia 2013 r. Jak słusznie podnosił Odwołujący, Zamawiający oparł swe twierdzenia na błędnych ustaleniach faktycznych. Twierdził on bowiem, iż Odwołujący w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia posłużył się zasobami innego podmiotu biorącego udział w postępowaniu, tj. wykonawcy: REM-BUD sp. z o.o. w Suwałkach. Tymczasem, jak to wynika to z oferty oraz załączonych do niej oświadczeń i dokumentów złożonych przez Odwołującego, podmiotem trzecim udostępniającym Odwołującemu swe zasoby była firma: REM-BUD I. B..... i Wspólnicy sp. j. w Suwałkach. Przedsiębiorca ten nie składał w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia swojej oferty. Ofertę taką złożył wykonawca: REM-BUD sp. z o.o. w Suwałkach. Zamawiający w toku badania i oceny ofert nie dostrzegł tego faktu, utożsamiając ze sobą tych dwóch przedsiębiorców. Tym samym, leżące u podstaw decyzji o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego ustalenia faktyczne dokonane przez Zamawiającego były błędne i nie odpowiadały stanowi rzeczywistości. Jako że z tego właśnie faktu Zamawiający wywodził pozostałe twierdzenia mające uzasadniające decyzję o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego i do tego faktu odnosił swoją dalszą argumentację, uznać należało, iż już sama ta okoliczność wskazywała na naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, Izba uznała, iż Zamawiający z ustalonego przez siebie (jak to już wskazano błędnie) faktu wzajemnego udostępnienia własnych potencjałów przez dwóch wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wywiódł, iż wykonawcy ci podejmowali działania zmierzające do ograniczenia konkurencji, w szczególności uzgodnili między sobą ceny oferowane w każdej z ofert Zamawiającemu. Abstrahując od błędnie poczynionych przez Zamawiającego ustaleń faktycznych, Izba uznała, iż twierdzenia Zamawiającego, z uwagi na oparcie ich jedynie na domniemaniach przez niego poczynionych, uznać należało na nazbyt daleko idące i nie oparte na dowodach. W toku postępowania odwoławczego nie zostało wykazane, aby postanowienia SIWZ zawierały jakiegokolwiek ograniczenia w posługiwaniu się podwykonawcami w realizacji zamówienia. Co ważne, dopiero w toku rozprawy przed Izbą, Zamawiający i Przystępujący podjęli próbę wykazania, iż wykonawca: REM-BUD sp. z o.o. w Suwałkach oraz firma: REM-

BUD I. B..... i Wspólnicy sp. j. w Suwałkach są podmiotami ze sobą powiązanymi, z czego wynikać miało, że argumentacja zawarta w uzasadnieniu odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego co do zasady pozostawała aktualna. Pamiętać jednak należy, iż jak to już zostało wskazane powyżej, do rozstrzygnięcia rozpoznawanej sprawy odwoławczej zastosowanie znajdują przepisy ustawy Pzp i aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie w brzmieniu sprzed dnia wejścia w życie ustawy nowelizacyjnej, tj. przed dniem 20 lutego 2013 r. Jak to wskazał Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 16 lutego 2012 r., sygn. akt X Ga 706/11: *„powiązania kapitałowe, osobowe i organizacyjne pomiędzy uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nawet podobieństwo graficzne części dokumentów nie dowodzą istnienia pomiędzy nimi porozumienia ograniczającego konkurencję. Ustawa [w brzmieniu sprzed dnia 20 lutego 2013 r.] nie limituje udziału w postępowaniu udzielenie zamówienia publicznego podmiotów powiązanych kapitałowo, finansowo czy organizacyjnie”*. Co istotne, w ocenie Izby nie zostało udowodnione, aby w rozpoznawanej sprawie zaistniało realne zagrożenie naruszenia interesu przedsiębiorcy, co byłoby niezbędne w świetle przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podzielając przywołane przekonanie Sądu, a także uwzględniając fakt, iż podjęta przez Zamawiającego decyzja o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp oparta została na błędnie ustalonym stanie faktycznym oraz na niczym nie popartych domniemaniach, Izba uznała, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia powołanego przepisu ustawy, a tym samym bezpodstawnie odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego.

W rozpoznawanej sprawie nie zostało również wykazane, aby Zamawiający miał podstawy do uznania, iż Odwołujący złożył ofertę wariantową, co uzasadniałoby jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Zgodnie z art. 2 pkt 7) ustawy Pzp ofertą wariantową jest oferta przewidująca odmienny niż określony przez Zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. Tymczasem Zamawiający uzasadnieniu swej decyzji nie odnosił się do zapisów SIWZ zawierających opis sposobu wykonania zamówienia, nie przywoływał też treści oferty złożonej przez Odwołującego, z której wynikać miałyby oświadczenie o zamiarze wykonania przez tego wykonawcę zamówienia w sposób odmienny od tego, który został w SIWZ opisany. Zamawiający swe twierdzenie o złożeniu przez Odwołującego, niedopuszczalnej w tym postępowaniu, oferty wariantowej, oparł na, jak to już wskazano, błędnym przekonaniu, iż Odwołujący korzystać będzie przy realizacji zamówienia z zasobów udostępnionych mu przez innego wykonawcę uczestniczącego w tym postępowaniu, tj. REM-BUD sp. z o.o. w Suwałkach. Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż potwierdził się zarzut bezpodstawnego odrzucenia przez Zamawiającego oferty

złożonej przez Odwołującego z uwagi na fakt, iż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, a tym samym naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Odwołujący przedłożył odpowiedni rachunek, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Zamawiającego poniesionymi przez niego kosztami wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: