

Sygn. akt: KIO 345/11

**WYROK**  
**z dnia 4 marca 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Grontmij Polska Sp. z o.o., 60-164 Poznań, ul. Ziębicka 35** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę i Miasto Odolanów, 63-430 Odolanów, Rynek 1**

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Gminę i Miasto Odolanów, 63-430 Odolanów, Rynek 1 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą równowartość uiszczzonego przez **Grontmij Polska Sp. z o.o., 60-164 Poznań, ul. Ziębicka 35** wpisu od odwołania,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Gminę i Miasto Odolanów, 63-430 Odolanów, Rynek 1** na rzecz **Grontmij Polska Sp. z o.o., 60-164 Poznań, ul. Ziębicka 35** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 **Kaliszu**.

**Przewodniczący:**

.....

## **Sygn. akt KIO 345/11**

### *Uzasadnienie*

I. Gmina i Miasto Odolanów (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania pn.: „Uporządkowanie gospodarki ściekowej na terenie Aglomeracji Odolanów”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 11 września 2010 r., poz. 2010/S 117-270377 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).

W dniu 21 grudnia 2011 r. Grontmij Polska Sp. z o.o. (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość unieważnienia przez Zamawiającego postępowania i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie - art. 24 ust. 2 pkt 1, art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 146 ust. 6 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący uzasadniał swoje zarzuty następująco:

W dniu 13 grudnia 2010 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej, a następnie, pismem z dnia 10 lutego 2011 r. zawiadomił o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 1 Prawa zamówień publicznych. Jako uzasadnienie faktyczne swojej decyzji wskazał, że wykonawca Grontmij Polska Sp. z o.o. dokonał dla Zamawiającego ustalenia wartości szacunkowej zamówienia. Według Zamawiającego, „jest to czynność związana z przygotowaniem postępowania, albowiem przepisy dotyczące ustalenia wartości zamówienia znajdują się w Dziale II Rozdział 2 p.z.p. zatytułowanym „Przygotowanie postępowania”(…). W związku z tym Wykonawca ten z wykluczeniem pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia dysponował wiedzą o wartości zamówienia przed jego oficjalnym ogłoszeniem przez Zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego okoliczność ta w sposób oczywisty faworyzowała Wykonawcę i naruszała zasadę uczciwej konkurencji. Zamawiający unieważniając postępowanie miał na uwadze cel uchwalenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p., a mianowicie wyeliminowanie z postępowania podmiotów, które nabyły w trakcie uczestnictwa w przygotowaniu postępowania wiedzę, która stawiałaby tego Wykonawcę w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.” W opinii Odwołującego nie sposób zgodzić się z powyższym uzasadnieniem unieważnienia postępowania, ponieważ nie zachodzi żadna z przesłanek, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt. 1 Prawa zamówień publicznych. Pierwsza z nich to wykonywanie bezpośrednio czynności

związanych z przygotowaniem postępowania lub posługiwanie się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania. Druga - to utrudnienie uczciwej konkurencji poprzez udział w postępowaniu tego wykonawcy. Zatem, do skutecznego zastosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 1 Prawa zamówień publicznych konieczne jest wykazanie, że uczestnictwo w postępowaniu wykonawcy zaangażowanego w przygotowanie postępowania utrudni uczciwą konkurencję. Natomiast w sytuacji, gdy udział wykonawcy nie wiąże się z utrudnieniem uczciwej konkurencji - nie zachodzi podstawa do wykluczenia z postępowania, a tym bardziej podstawa do unieważnienia postępowania. Zatem w tych okolicznościach, nie mamy do czynienia z bezpośrednim udziałem Odwołującego w przygotowaniu zamówienia. W związku z powyższym pierwsza z wymaganych przesłanek do zastosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 1 Prawa zamówień publicznych nie zachodzi. W zakresie drugiej przesłanki, należy podnieść, iż ubieganie się przez Odwołującego o udzielenie przedmiotowego zamówienia nie stanowiło czynu utrudniającego zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu; przede wszystkim dlatego, że wartość zamówienia została podana w ogłoszeniu o zamówieniu.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o unieważnienia czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania i nakazanie Zamawiającemu podpisania umowy na realizację zamówienia.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu, podtrzymując w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie stanowisko wyrażone w uzasadnieniu unieważnienia postępowania.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił, ani po stronie Odwołującego, ani po stronie Zamawiającego.

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 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 co do wadliwości unieważnienia postępowania by się potwierdziły, wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że cena zaoferowane przez niego w postępowaniu była najniższa spośród cen ofert nieodrzuconych.

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

Izba zgodnie z art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych orzekła wyłącznie co do zarzutów podniesionych w odwołaniu – a więc odnoszących się do podstaw faktycznych i prawnych unieważnienia postępowania określonych w informacji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania z dnia 10 lutego 2011 r. Z tego powodu Izba nie badała kwestii kontaktów pracowników Zamawiającego z Odwołującym (co Zamawiający wskazywał w odpowiedzi na odwołanie). Izba ze względu na uzasadnienie decyzji o unieważnieniu postępowania z dnia 10 lutego 2011 r i biorąc pod uwagę zakres skorelowanych z nim zarzutów odwołania, badała, czy zaistniała w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia podstawa faktyczna do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 1 Prawa zamówień publicznych.

Dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy kluczowe znaczenie miała odpowiedź na pytanie, czy zaistniała podstawa do wykluczenia Odwołującego z postępowania; mimo, że Zamawiający formalnie nie dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, to uznał, że okoliczność, iż podlega on wykluczeniu, jest podstawą decyzji o unieważnieniu postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Odwołujący zgodnie z umową z dnia 17 sierpnia 2009 r. nr 10/2009 na zlecenie Gminy i Miasta Odolanów wykonał opracowanie Studium Wykonalności dla zadania pn.: „Uporządkowanie gospodarki ściekowej na terenie Aglomeracji Odolanów”. W ramach umowy dokonał szacunkowej wyceny kosztów kontraktów usługowych w celu ujęcia ich w analizie finansowej będącej elementem przygotowanego opracowania, faktycznie dokonując czynności wyceny usługi Inżyniera Kontraktu. Umowa zawarta z Gminą i Miastem Odolanów nie obejmowała swoim zakresem czynności szacowania wartości zamówienia w celu przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie usługi pn.: „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania pn.: „Uporządkowanie gospodarki ściekowej na terenie Aglomeracji Odolanów.” Zamawiający nie powierzył Odwołującemu przygotowania postępowania bądź też jego części zgodnie z art. 15 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.
2. Zamawiający co najmniej dwukrotnie zwracał się do Odwołującego, już po zrealizowaniu przez niego umowy, o której mowa w pkt. 1, z prośbą (według oświadczenia Odwołującego, któremu Zamawiający na rozprawie nie zaprzeczył, były to prośby telefoniczne) o podanie wartości usługi, będącej przedmiotem zamówienia w postępowaniu, w którym wniesiono niniejsze odwołanie. Odwołujący dwukrotnie, jako

szacowaną wartość, podał kwotę 2 699 644,96 zł, a więc kwotę identyczną, jak podano przez niego uprzednio w prognozowanych kosztach inwestycji, określonych w studium wykonalności. W drugim piśmie, z dnia 30 czerwca 2010 r., Odwołujący powołał się na art. 32 i 35 Prawa zamówień publicznych. Wartość określoną przez Odwołującego Zamawiający podał w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt II.2.1 ogłoszenia). Informacja o fakcie, że to Odwołujący dokonał ustalenia wartości zamówienia zawarta jest w protokole postępowania (pkt 2 druku ZP-1).

3. W postępowaniu złożono 5 ofert z następującymi cenami: 1 150 704,00 zł (oferta odrzucona), 1 241 594,00 zł (oferta Odwołującego), 1 610 400,00 zł, 1 816 336,00 zł i 2 253 340,00 zł. W dniu 13 grudnia 2010 r. Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za najkorzystniejszą, a w dniu 10 lutego 2011 r. unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 1 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający jako podstawę faktyczną unieważnienia postępowania podał okoliczność, iż to Odwołujący ustalił wartość zamówienia.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że nie zaistniała podstawa do unieważnienia postępowania. Dla rozstrzygnięcia zarzutów podnoszonych w odwołaniu nie miało znaczenia ustalenie, czy Zamawiający - po stwierdzeniu, że wykonawca, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, podlega wykluczeniu - powinien unieważnić postępowanie, czy powinien unieważnić jedynie czynność badania i wyboru ofert, powtórzyć badanie, wykluczyć wykonawcę, i za najkorzystniejszą uznać ofertę kolejną w rankingu ofert. Bez względu na to, który sposób postępowania uznać za prawidłowy, każdy z nich prowadziłby do wykluczenia Odwołującego z postępowania, przeciwko czemu oponował on wnosząc odwołanie. Dlatego dla rozstrzygnięcia odwołania, jak stwierdzono na wstępie, znaczenie miała jedynie okoliczność, czy Odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych.

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. A zatem aby zaistniała podstawa wykluczenia, muszą łącznie być spełnione dwie przesłanki: wykonywanie bezpośrednio czynności z przygotowaniem postępowania i wpływ udziału wykonawcy w postępowaniu na utrudnienie uczciwej konkurencji.

Oczywiście, podmiot przygotowujący prowadzone postępowanie ma (do pewnego stopnia) naturalną przewagę nad innymi uczestnikami postępowania, jednak przewaga ta

jest niwelowana przez ujawnienie wszelkich niezbędnych dokumentów mogących mieć wpływ na postępowanie, i umożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznanie się z nimi. Dlatego uczestnictwo w przygotowaniu postępowania nie jest bezwzględną przesłanką wykluczenia, a aktualizuje się dopiero w wypadku, kiedy zostanie wykazane, że udział ten utrudnił uczciwą konkurencję.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący prognozował wartość zamówienia, i Zamawiający podał kwotę identyczną, jak podana przez Odwołującego, jako wartość „bez VAT” w treści ogłoszenia. Zatem wszyscy potencjalni uczestnicy postępowania w momencie zapoznania się z ogłoszeniem zapoznali się z wartością ustaloną przez Odwołującego – tym samym jego ewentualna przewaga nad innymi uczestnikami została zniwelowana. Zamawiający ani w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania, ani w odpowiedzi na odwołanie nie wskazał jakiegokolwiek innej przewagi Odwołującego.

Jak słusznie zauważył Odwołujący w odwołaniu, w takich okolicznościach, z dniem ukazania się ogłoszenia, wszyscy Wykonawcy byli w posiadaniu tych samych informacji. Wiedza o szacunkowej wartości zamówienia przed dniem ogłoszenia postępowania w żaden sposób nie wpłynęła na możliwość przygotowania korzystniejszej oferty przez Odwołującego. Argumentacja Zamawiającego mogłaby mieć zastosowanie jedynie w przypadku, gdyby wartość ta znana była tylko i wyłącznie Odwołującemu. Zatem Odwołujący nie został usytuowany w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do innych Wykonawców. Sam Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania nie wskazuje, w jaki sposób wiedza posiadana przez Odwołującego wpłynęła na jego rzekomo lepszą sytuację w stosunku do innych Wykonawców. Stwierdzenie Zamawiającego, iż okoliczność posiadania informacji o wartości szacunkowej zamówienia w sposób oczywisty faworyzowała Odwołującego nie udowadnia zaistnienia niezbędnej przesłanki do zastosowania ww. przepisów.

Należy zauważyć, że 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. Dlatego nie ma znaczenia podstawa prawna „ustalenia wartości zamówienia”, podana przez Odwołującego w piśmie z dnia 30 czerwca 2010 r., bowiem 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.

Niewątpliwie jednak Odwołujący brał w pewnym stopniu udział w przygotowaniu postępowania, jednak w ocenie składu orzekającego nie był to udział bezpośredni (to nie Odwołujący był autorem SIWZ). Nawet, gdyby przyjąć, że „ustalenie przez Odwołującego wartości zamówienia” miało charakter bezpośredni, to działanie to nie wpłynęło na

utrudnienie uczciwej konkurencji w postępowaniu – po pierwsze, Zamawiający podał wartość zamówienia w ogłoszeniu, po drugie, cena Odwołującego nie była najniższą ceną zaoferowaną w postępowaniu (nie ma tu znaczenia, że oferta z najniższą ceną została ostatecznie odrzucona – znaczenie ma porównanie ofert realnych, rynkowych dla niniejszego przedmiotu zamówienia). Wszystkie ceny zaoferowane w postępowaniu były poniżej wartości zamówienia i nie odbiegały od siebie w sposób znaczący, biorąc pod uwagę charakter zamówienia (usługa niematerialna, gdzie zwykle wycena w poszczególnych ofertach jest różna). Żaden z wykonawców nie podnosił zarzutu rażąco niskiej ceny w odniesieniu do ceny zaproponowanej w ofercie Odwołującego, żaden z wykonawców nie poparł również, składając przystąpienie, stanowiska Zamawiającego odnośnie podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Jak podniesiono w odwołaniu, w odniesieniu do rozpatrywanej kwestii – czy udział w przygotowaniu postępowania (pomijając nawet kwestię wątpliwej tu „bezpośredniości”) jest przesłanką wykluczenia – wyklarowało się w orzecznictwie jednolite stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej - aby wykazać podstawę wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający winien udowodnić, że udział Odwołującego w postępowaniu narusza zasadę uczciwej konkurencji, a tego Zamawiający nie uczynił. Sam fakt wykonywania studium wykonalności przez Odwołującego nie może go dyskwalifikować z udziału w przedmiotowym postępowaniu. Wbrew stanowisku Zamawiającego, nie istnieje ogólna zasada, która nakazywałaby wykluczyć wykonawcę, który wykonał uprzednio dokumentację i prognozował wartość zamówienia, a zostało to wykorzystane przez Zamawiającego do stworzenia SIWZ obecnego postępowania i określenia jego wartości. Istotne jest tylko to, czy wykonane uprzednio czynności miały charakter „bezpośredni” i czy nie utrudniły uczciwej konkurencji – i tu takiego wpływu nie stwierdzono.

Reasumując, bezsporne jest, iż Odwołujący wykonał w studium wykonalności i prognozował wartość usługi inżyniera kontraktu, jednak nie udowodniono, że daje mu to wiedzę większą niż każdemu wykonawcy, który by się z tą dokumentacją z należytą starannością zapoznał – dopiero takie stwierdzenie mogłoby stanowić podstawę do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 1 Prawa zamówień publicznych (podobnie np. KIO 1385/10). Samo zaproponowanie ceny niższej od większości cen zaoferowanych w postępowaniu (lecz nie najniższej) nie jest dowodem na „utrudnienie konkurencji”. Zamawiający nawet nie dowodził, że Odwołujący miał dostęp do informacji nieujawnionych innym wykonawcom, więc nie zostało nawet wskazane, jakie miałoby być źródło przewagi konkurencyjnej Odwołującego nad innymi wykonawcami (podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu KIO 2727/10).



Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że skoro nie zaistniały podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania, doszło do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 1 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 6 Prawa zamówień publicznych, Izba nie może nakazać zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, dlatego nie uwzględniono wniosku Odwołującego w tym względzie.

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:**

.....