

Sygn. akt KIO/UZP 995/09

**WYROK**  
**z dnia 13 sierpnia 2009r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek  
Barbara Bettman**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budowlane DOMPOL - Z. Krawczyk i M. Ratajczak s.c., 67-200 Głogów, ul. Południowa 8** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gimnazjum nr 4 im. Polskich Odkrywców, 67-200 Głogów, ul. Niedziałkowskiego 10** protestu z dnia 1 lipca 2009 r.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania Przedsiębiorstwa Budowlanego DOMPOL - Z. Krawczyk i M. Ratajczak s.c., 67-200 Głogów, ul. Południowa 8 oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert;**

**2. kosztami postępowania obciąża Gimnazjum nr 4 im. Polskich Odkrywców, 67-200 Głogów, ul. Niedziałkowskiego 10 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Budowlane DOMPOL - Z. Krawczyk i M. Ratajczak s.c., 67-200 Głogów, ul. Południowa 8;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 502 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset dwa złote zero groszy) przez **Gimnazjum nr 4 im. Polskich Odkrywców, 67-200 Głogów, ul. Niedziałkowskiego 10** na rzecz **Przedsiębiorstwo Budowlane DOMPOL - Z. Krawczyk i M. Ratajczak s.c., 67-200 Głogów, ul. Południowa 8** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty 5 426 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Budowlane DOMPOL - Z. Krawczyk i M. Ratajczak s.c., 67-200 Głogów, ul. Południowa 8.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający - Gimnazjum Nr 4 w Głogowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą "Remont sanitariatów w Gimnazjum numer 4 w Głogowie". Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 162984 w dniu 22 maja 2009 r.

Pismem z dnia 24.06.2009 r. przekazany wykonawcom tego dnia za pośrednictwem zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Andrzeja Paździocha prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Ogólnobudowlanych Andrzej Paździoch z siedzibą w Głogowie. Jednocześnie zamawiający poinformował o wykluczeniu z postępowania Zdzisława Krawczyka i Marcina Ratajczaka prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane DOMPOL z siedzibą w Głogowie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych ( Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655).

Czynność wykluczenia stała się przedmiotem odwołania, poprzedzonego protestem, wniesionego przez Zdzisława Krawczyka i Marcina Ratajczaka prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane DOMPOL.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz art.87 ust. 1, art. 89 ust 1 pkt 2, art. 91 ust 1 Pzp. Wskazał, że czynności wykluczenia go z postępowania zamawiający dokonał błędnie, co skutkowało niezgodnym z prawem wyborem oferty najkorzystniejszej. W ocenie odwołującego się okoliczności, które legły u podstaw wykluczenia winien zamawiający wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Odwołujący się podniósł, że zamawiający na żadnym etapie postępowania nie wskazał konkretnie na czym polega czyn nieuczciwej konkurencji, którego miałby dopuścić się odwołujący się, a ograniczył się do lapidarnego sformułowania, że "kosztorys przedstawiony w ofercie został sporządzony przez tę samą osobę, która wykonywała kosztorys inwestorski Zamawiającego".

Wywiódł ponadto, że zamawiający winien udowodnić okoliczności uzasadniające czynność wykluczenia, zgodnie z art. 6 k.c w związku z art. 14 Pzp.

Odwołujący się wskazał, że czynności sporządzania oferty wykonywał samodzielnie (przez swoje służby) oraz, incydentalnie, przy udziale innych niezależnych przedsiębiorców funkcjonujących na rynku, którzy specjalizują się w poszczególnych branżach (elektrycznej, instalacyjnej itp.) i przy zachowaniu należytej staranności nie powziął podejrzenia, co do powiązań poszczególnych osób z zamawiającym. Podniósł, że powoływanie się przez zamawiającego na "stopkę" (fragmentaryczny nadruk z numerem licencji i kałużowymi danymi osobowymi licencjonobiorcy) znajdującą się na poszczególnych kartkach wydruku kosztorysu instalatorskiego nie uzasadnia twierdzenia o dopuszczeniu się przez odwołującego się czynu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie odwołującego się równouprawnione jest twierdzenie, iż właściciel licencji (a raczej komputera na którym zainstalowano program) udostępnia swój komputer osobom trzecim celem technicznego skorzystania z oprogramowania, lub dokonał jedynie technicznego wydrukowania części kosztorysu.

Zdaniem odwołującego się, skoro zamawiający nie publikuje danych osobowych pracowników uczestniczących po jego stronie w przygotowaniu procedury przetargowej, to nie może następnie stawiać zarzutów wykonawcom, którzy korzystają z usług osób samodzielnie prowadzących na lokalnym rynku działalność gospodarczą i świadczących np. czynności pomocnicze w zakresie kosztorysowania, drukowania, skanowania itp.

Odwołujący się wskazał również, że ustawodawca, formułując normę zawartą w art.24 ust 2 pkt 1 Pzp, nie wykluczył możliwości współpracy wykonawców z osobami uczestniczącymi w przygotowaniu postępowania o zamówienie publiczne. Uzależnił to od przesłanki wykazania, że udział takich osób utrudni zachowanie uczciwej konkurencji.

Odwołujący się wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności: oddalenia protestu poprzedzającego odwołanie, wykluczenia i odrzucenia oferty odwołującego się,

wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o nakazanie dokonania czynności: ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Ponadto wnioś o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według załączonego do odwołania spisu kosztów.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych: protest w dniu 01.07.2009 r., odwołanie w dniu 13.07.2009r. za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego w dniu. Zamawiający otrzymał kopię treści odwołania w dniu 13.07.2009r.

Zamawiający rozstrzygnął protest pismem z dnia 08.07.2009 r. (doręczonym odwołującemu się za pośrednictwem faksu w tej samej dacie.). Zamawiający oddalił protest wywodząc, że wykluczył odwołującego się i odrzucił jego ofertę na skutek stwierdzenia nieuczciwej konkurencji, ponieważ wystąpiły 3 przesłanki wykluczające odwołującego się z postępowania. Zamawiający ocenił, że fakt posługiwania się przez odwołującego się, w celu sporządzenia oferty osobami, uczestniczącymi w wykonywaniu czynności związanych z prowadzonym postępowaniem, spowodował, że odwołujący się znalazł się na uprzywilejowanej pozycji posiadając istotne informacje pozwalające na przygotowanie korzystniejszej oferty, (m. in. oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia), co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający powołał art. 7 ust 1 Pzp nakazujący przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zamawiający ocenił również, że odwołujący się w treści protestu nie wykazał naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy i że w wyniku tego naruszenia jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu Izba przeprowadziła rozprawę, na której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

**Na podstawie dowodów z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia (druk ZP-2 z załącznikami), siwz wraz z załącznikami (w szczególności kosztorysem inwestorskim oraz Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, zwaną dalej STWiORB) oraz po rozważeniu oświadczeń pełnomocników stron Izba ustaliła, co następuje:**

1. na oryginalnym kosztorysie inwestorskim oraz STWiORB znajduje się pieczęć imienna Zakład Usług Technicznych inż. Andrzej Owsianko, Pracownia Kosztorysowania Robót Budowlanych z podaniem adresu, telefonu, numerów NIP i

- regon oraz nieczytelny podpis;
2. szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego (bez przewidzianych zamówień uzupełniających) wynosi 236.221,06 zł. Jako osoba, która dokonała ustalenia wartości zamówienia wskazany jest Andrzej Owsianko;
  3. zgodnie z pkt 17 siwz jedynym kryterium oceny ofert jest cena;
  4. w postępowaniu złożono trzy oferty. Odwołujący się za realizację przedmiotu zamówienia zaoferował cenę 220.449,85 zł; Zakład Usług Ogólnobudowlanych Andrzej Paździoch – cenę 239.994,75 zł; Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Jędrzejczak” – cenę 259.715,22 zł;
  5. zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia kwotę 260.000 zł;
  6. na str. 47-78 kosztorysu ofertowego odwołującego się dla branży sanitarnej znajduje się stwierdzenie NORMA STD Wersja 4.25 licencja: 3029 dla Andrzej Owsianko (oznaczenie licencji na użytkowanie programu kosztorysowego);
  7. zgodnie ze str. 46 oferty odwołującego się wartość kosztorysowa robót dla branży sanitarnej wynosi – 47.784, 47 zł;
  8. zamawiający nie był w stanie podać wartości odpowiednich robót w kosztorysie inwestorskim, ani w ofercie uznanej za najkorzystniejszą z uwagi na odmienność sposobu prezentacji danych;
  9. zamawiający w trakcie badania ofert nie podjął żadnych czynności zmierzających do ustalenia osoby Pana Andrzeja Owsianko i roli jaką odegrał przy sporządzaniu oferty przez odwołującego się.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, zatem przywrócenie go do udziału w postępowaniu da mu możliwość uzyskania zamówienia.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 1 zd. 1 Pzp zamawiający wyklucza z postępowania 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. Przywołany przepis ma charakter imperatywny i zamawiający zobowiązany jest wykluczyć wykonawcę z postępowania w razie zaistnienia przesłanek ustawowych, którymi są:

1. wykonywanie przez wykonawcę bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwaniem się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności;
2. utrudnienie uczciwej konkurencji przez udział tych wykonawców w postępowaniu;
3. istnienie związku przyczynowego (adekwatnego) między uczestnictwem w postępowaniu wykonawców wskazanych w pkt 1 a zaistnieniem utrudnienia w uczciwej konkurencji.

Ciężar udowodnienia przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp spoczywa na zamawiającym, gdyż on ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 Pzp). Sankcja wykluczenia jest dla wykonawców szczególnie dotkliwa – uniemożliwia dalsze ubieganie się o udzielenie zamówienia a z punktu widzenia samego zamawiającego prowadzi do dopuszczenia do badania i oceny mniejszej liczby ofert, a więc udzielenia zamówienia w warunkach mniej konkurencyjnych.

Podejmując decyzję o wykluczeniu zamawiający winien szczegółowo zbadać i rozważyć jej podstawy.

Istnienie bezpośredniego związku pomiędzy rezultatem pracy wykonawcy lub osób, którymi posłużył się wykonawca przy sporządzaniu oferty a jej wykorzystaniem przez zamawiającego, powoduje obowiązek wykluczenia wykonawcy (tak w opinii prawnej zamieszczonej na stronach internetowych UZP ([www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)), to jednak aktualizuje się on jedynie w razie ustalenia zaistnienia utrudnienia uczciwej konkurencji.

Zaistnienie przesłanek wykluczenia powinno być stwierdzone w okolicznościach konkretnego przypadku. Zamawiający nie udowodnił, ani nawet nie uprawdopodobnił zaistnienia którejkolwiek z przesłanek wykluczenia odwołującego się.

Niewątpliwie Pan Andrzej Owsianko, prowadzący działalność pod firmą Zakład Usług Technicznych inż. Andrzej Owsianko, wykonywał czynności związane z przygotowaniem postępowania, wchodzące w skład opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane w rozumieniu art. 31 ust. 1 Pzp. Brak jednak dowodu, że odwołujący się posłużył się tą samą osobą przy sporządzeniu oferty. Na podstawie oferty odwołującego się można zaledwie domniemywać, że przy sporządzeniu kosztorysu w branży sanitarnej korzystał z programu NORMA STD Wersja 4.25, na używanie którego licencję nr 3029 posiada Pan Andrzej Owsianko. Z powyższego domniemania nie sposób wywieść, że jest to ta sama osoba fizyczna. Tym bardziej brak jest podstaw do przyjęcia, że Pan Andrzej Owsianko (posiadacz licencji) faktycznie wykonywał dla zamawiającego czynności związane z przygotowaniem merytorycznym oferty, a nie tylko udostępnił posiadany przez siebie program (abstrahując od dopuszczalności tej czynności na gruncie ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych).

W ocenie Izby, w przypadku potwierdzenia, iż czynności związanych z przygotowaniem postępowania dokonała ta sama osoba, która jest posiadaczem programu kosztorysowanego wykorzystanego w części oferty przez odwołującego się, zamawiający jest zobowiązany do ustalenia, czy udział odwołującego się w postępowaniu stanowi utrudnienie uczciwej konkurencji. Wskazać też należy, że zamawiający przed podjęciem rozstrzygnięcia, co do wykluczenia wykonawcy z postępowania, powinien umożliwić wykonawcy wykazanie, że w danym przypadku udział tegoż wykonawcy nie wypaczy zasady uczciwej konkurencji (wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3.03.2005 r. w sprawach C-21/03 i C-34/03).

Trafnie zatem podniósł odwołujący się, że zamawiający zobowiązany był do zwrócenia się do niego celem wyjaśnienia okoliczności, które ległyby u podstaw ewentualnego wykluczenia.

Podstawę prawną do działania zamawiającego winien stanowić art. 87 ust. 1 Pzp. Z literalnego brzmienia przywołanego przepisu wynika, że zwrócenie się do wykonawcy w celu złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego, jednak zaniechanie tej czynności przez zamawiającego wiąże się często, tak jak w okolicznościach faktycznych sporu, z brakiem zachowania należytej staranności wymaganej przy prowadzeniu postępowania.

W ocenie Izby w postępowaniu nie zaistniało utrudnienie uczciwej konkurencji, gdyż:

1. cena oferty odwołującego się nie jest najbardziej zbliżona do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia;
2. zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę inną, niż wynikająca z oszacowania dokonanego na podstawie kosztorysu inwestorskiego i powiększoną o podatek od towarów i usług. Oferty wszystkich trzech uczestników postępowania oferują cenę mieszczącą się w tej kwocie. Cena oferty odwołującego się jest z nią najbardziej rozbieżna;

Brak jest jakiegokolwiek dowodu, że cena oferty odwołującego jest ściśle powiązana z wartością kosztorysu inwestorskiego. Zamawiający nie podjął jakichkolwiek działań zmierzających do ustalenia istnienia takiego powiązania. Na rozprawie zamawiający nie potrafił wskazać w kosztorysie inwestorskim oraz w ofercie wybranej jako najkorzystniejsza, wartości prac wycenionych w ofercie odwołującego się przy użyciu programu, na który licencję posiada Pan Andrzej Owsianko, twierdząc, że uniemożliwia to inny sposób prezentacji danych.

Z powyższego wynika, że nawet jeśli odwołujący się uzyskał wiedzę o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia wynikającą ze znajomości kosztorysu inwestorskiego przez Pana Andrzeja Owsianko, to okoliczność ta nie ma wpływu na cenę oferty.

Mając na uwadze powyższe oraz z braku dowodów na istnienie przewagi konkurencyjnej po stronie odwołującego się, Izba uznała, że nie zaistniały przesłanki wskazane w art. 24 ust.2 pkt 1 Pzp a czynność wykluczenia odwołującego się z postępowania nastąpiła z naruszeniem prawa.

Zamawiający zaniechał wyjaśnienia podstaw wykluczenia, czym dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp. W konsekwencji naruszył również art. 91 ust. 1 Pzp, gdyż wybrał w postępowaniu ofertę nie będącą najkorzystniejszą wg kryteriów oceny przyjętych w siwz.

Naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, których dopuścił się zamawiający mają wpływ na wynik postępowania. Zatem Izba na podstawie art. 191 ust.1 oraz art. 191 ust. 1a uwzględniła odwołanie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Izba uwzględniła wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego się, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, w kwocie 2.928 zł, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Legnicy**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....