

WYROK

z dnia 14 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 lipca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „WĘGLOPOL” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 44-100 Gliwice, ul. Chodkiewicza 31 (pełnomocnik wykonawców) oraz „MUR – MAN” Rutkowski – Trzecki spółka jawna, 88-320 Strzelno, ul. Michelsona 23 – od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez: Miasto i Gmina Wysoka, 89-320 Wysoka, pl. Powstańców Wielkopolskich 20/21**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Lepiko spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Skórzewo, ul. Skórzewska 19, 60-185 Poznań (pełnomocnik wykonawców) oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „PAEH” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 64-400 Międzychód, ul. B. Chrobrego 20B – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „WĘGLOPOL” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach oraz „MUR – MAN” Rutkowski – Trzecki spółkę jawną z siedzibą w Strzelnie i**

Sygn. akt KIO 1406/11

zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) – uiszczoną przez tego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto i Gmina Wysoka – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Budowa hali sportowej w miejscowości Wysoka* (znak postępowania ZPP.271.2.2011).

22 czerwca 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał pisemnie za pośrednictwem poczty Odwołującemu – Konsorcjum wykonawców: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne „WĘGLOPOL” spółka z o.o. z siedzibą w Gliwicach (lider Konsorcjum) oraz „MUR – MAN” Rutkowski – Trzecki spółka jawna z siedzibą w Strzelnie (zwanemu również dalej od firmy lidera „Konsorcjum WĘGLOPOL”) – zawiadomienie o wykluczeniu z postępowania oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum wykonawców: Lepiko spółka z o.o. z siedzibą w Skórzewie (lider Konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „PAEH” spółka z o.o. z siedzibą w Międzychodzie (zwanemu również dalej od firmy lidera „Konsorcjum Lepiko”).

Zamawiający podał następujące uzasadnienie decyzji o wykluczeniu: *W wyniku powtórnej oceny ofert wykluczono ofertę nr 1: Konsorcjum firm WĘGLOPOL sp. z o.o. i MUR-MAN sp. j. Zamawiający stwierdził, że Wykonawca bezpośrednio wykonywał czynności związane z przygotowaniem części przedmiotu zamówienia. Wykonawcę wykluczono na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 24 ust. 4 w/w ustawy ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.*

1 lipca 2011 r. (pismem z 29 czerwca 2011 r.) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wniósł Odwołujący (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu, co nastąpiło drogą faksową 30 czerwca 2011 r. oraz pisemnie 4 lipca 2011 r.) – od wykluczenia z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia oferty przez Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, po pierwsze – przez bezzasadne jego zastosowanie wynikające z błędnego uznania, że Wykonawcy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, po drugie – poprzez bezzasadne jego zastosowanie wobec braku przesłanek do uznania, że udział Wykonawców, którzy (nawet jeśli) wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, utrudnił uczciwą konkurencję, po trzecie – w

zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp – poprzez odrzucenie oferty Wykonawców bezpodstawnie wykluczonych z udziału w postępowaniu. W związku z podniesionym zarzutem Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia oferty, oraz powtórnego dokonania oceny złożonej oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał między innymi następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

W toku postępowania Zamawiający pismem z 10 czerwca 2011 r. zobowiązał Odwołującego do złożenia wyjaśnienia w zakresie przygotowania czynności związanych z przygotowaniem części zamówienia. Pomimo złożenia przez Odwołującego pismem z 13 czerwca 2011 r. takich wyjaśnień, Zamawiający dokonał czynności objętych odwołaniem. *Konsorcjum WĘGLOPOL* nie powinno zostać z postępowania wykluczone bowiem nie wykonywało bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem postępowania, tym samym nie zaszła okoliczność utrudnienia uczciwej konkurencji. Po drugie, przesłanka utrudnienia uczciwej konkurencji jest drugą z przesłanek, która obligatoryjnie musi zostać spełniona aby wykonawca mógł zostać z postępowania wykluczony. Zamawiający zaś w ogóle do tej przesłanki się nie odniósł, nie uzasadnił w jaki sposób działania Wykonawców utrudniły uczciwą konkurencję.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z 20 listopada 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1243/08) orzekła, iż: *Bezpośredni udział w postępowaniu, skutkujący wykluczeniem wykonawcy polega na wykonaniu takich czynności, z których efektów korzysta Zamawiający prowadząc postępowanie, a więc przykładowo przygotowaniu dokumentacji projektowej, opracowaniu SIWZ czy kosztorysu inwestorskiego. Czynności przygotowawcze muszą przynieść wymierny efekt stanowiący bazę wszczęcia postępowania. Należy więc dokonać oceny czy Konsorcjum WĘGLOPOL wykonało takie czynności jak sporządzenie dokumentacji projektowej, opracowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”) czy opracowanie kosztorysu inwestorskiego. Niewątpliwie Konsorcjum WĘGLOPOL nie opracowało s.i.w.z. ani kosztorysu inwestorskiego. Kwestia sporządzenia dokumentacji projektowej również nie jest dyskusyjna. Autorem dokumentacji projektowej w niniejszym postępowaniu była firma Projektowanie, Nadzór Budowlany i Kosztorysowanie Wojciech Kowalewski ze Złotowa, tj. zupełnie odrębny podmiot od Konsorcjum WĘGLOPOL. Faktem jest, iż autor dokumentacji projektowej zwrócił się do Odwołującego o wskazanie wytycznych rozwiązania zadania w systemie ABM 240, a Konsorcjum WĘGLOPOL sporządziło dwa rysunki obrazujące system zadania*

hali. Powyższe działania nie były działaniami, które można uznać za działania bezpośredniego udziału w przygotowaniu postępowania, czynności te nie przyniosły wymiernego efektu stanowiącego bazę wszczęcia postępowania. W projekcie budowlanym zamiennym branży budowlanej autorami dokumentacji byli Leszek K., Irena K., Wojciech K. Osoby te nie były i nie są pracownikami spółek wchodzących w skład Konsorcjum WĘGLOPOL, i nie były i nie są powiązane z członkami Konsorcjum umowami cywilnoprawnymi. Nie jest więc możliwym uznanie, że Konsorcjum WĘGLOPOL wykonywało bezpośrednio na rzecz Zamawiającego jakiegokolwiek czynności w postępowaniu.

Wykluczenie może mieć miejsce jedynie wtedy, gdy wykonawca lub osoba, którą posługuje się on w celu sporządzenia oferty, mogły wpłynąć na kształt opisu przedmiotu zamówienia lub innych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jest w stosunku do pozostałych wykonawców uprzywilejowany a zamawiający nie może zrównoważyć ich pozycji w postępowaniu, np. poprzez zapewnienie wyczerpujących wyjaśnień, przedłużanie terminu składania ofert lub wniosków albo modyfikację SIWZ, jeśli okaże się, że rozwiązania w niej nieprzewidziane mogą spełnić wszystkie oczekiwania zamawiającego. Wykluczenie wykonawcy możliwe jest jedynie w postępowaniu prowadzonym na podstawie czynności przygotowawczych, w których brali udział wykonawca lub osoba, którą posługuje się on przy sporządzeniu oferty. Wsparcie udzielane zamawiającemu w innych postępowaniach nie jest przesłanką wykluczenia (Komentarz do art. 24 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski). Wobec powyższego sporządzenie przez Odwołującego na rzecz autora dokumentacji projektowej wytycznych rozwiązania zadania w żaden sposób nie wpłynęło na kształt opisu przedmiotu zamówienia lub innych postanowień s.i.w.z.

Krajowa Izba Odwoławcza) wyrokiem z 23 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1117/10) orzekła, że: *Uczestnictwo w przygotowaniu postępowania musi polegać na wykonaniu określonych czynności w celu przygotowania konkretnego postępowania i na rzecz zamawiającego, który będzie je prowadził, a rezultat tych prac musi zostać wykorzystany przez zamawiającego bez istotnej ingerencji oraz, że uzyskanie przewagi konkurencyjnej nad innymi wykonawcami może przejawiać się w uzyskaniu wpływu – dzięki udziałowi w przygotowaniu postępowania – na jego warunki lub wynik. W sytuacji niniejszego postępowania Konsorcjum WĘGLOPOL, wskazując wytyczne rozwiązania zadania w systemie ABM 240, nie działała na rzecz Zamawiającego a na rzecz autora dokumentacji projektowej, ponadto nie uzyskała żadnego wpływu na warunki i wynik postępowania.*

Konsorcjum poznało ogół warunków postępowania i szczegóły dotyczące przedmiotu zamówienia równocześnie z innymi wykonawcami. Konsorcjum nie знаło wcześniej szczegółowych wymagań, które zostały wyrażone w s.i.w.z. Nie może być również mowy o przyjęciu, że Konsorcjum było w stanie przygotować swoją ofertę w krótszym czasie i skalkulować niższą cenę. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został wykonawcom przedstawiony wraz z s.i.w.z. i mieli oni jednakowo określony czas na przygotowanie oferty,.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała nadto w wyroku z 2 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1303/08), że: *Sam fakt uczestnictwa w fazie przygotowawczej postępowania, o ile nie utrudnia on uczciwej konkurencji nie stanowi przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, oraz, że: 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. Jednocześnie należy podkreślić, iż wykonawca nie może być wykluczony z postępowania na podstawie powyższego przepisu - zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 3 marca 2005 r. w sprawie F. 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. Biorąc powyższe pod uwagę Konsorcjum WĘGLOPOL nie wpłynęło w żaden sposób na kształt opisu przedmiotu zamówienia, na określenie wartości szacunkowej zamówienia, czy sporządzenie s.i.w.z., i nie jest w żaden sposób w stosunku do pozostałych wykonawców uprzywilejowane, dlatego też nie powinno zostać z postępowania wykluczone.*

8 lipca 2011 r. (pismem z 7 lipca 2011 r.), w reakcji na zawiadomienie przez Zamawiającego 5 lipca 2011 r. o wniesionym odwołaniu, Konsorcjum Lepiko zgłosiło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania, a więc zgodnie z przepisem art. 185

Sygn. akt KIO 1406/11

ust. 2 pzp, Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia Konsorcjum Lepiko do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł pisemnie ani ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i Odwołujący uiścił wpis od niego – podlegało merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku w tym zakresie odmiennych wniosków Stron zgłoszonych na posiedzeniu z ich udziałem, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał odwołanie, natomiast Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości, zaś Przystępujący nie stawiał się, pomimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 13 maja 2011 r. pod nr 113716, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w siedzibie Urzędu Miasta i Gminy Wysoka oraz na swojej stronie internetowej (www.bip.gminawysoka.pl), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 2.725.783,74 zł, co stanowi równowartość 710.024,42 euro. Z informacji z 12 maja 2011 r. dotyczącej ustalenia wartości zamówienia wynika, iż jest to łączna wartość netto sześciu kosztorysów inwestorskich, w tym kosztorysu na roboty budowlane na kwotę 1.866.646,65 zł. W ramach tego kosztorysu, opracowanego przez Projektowanie, Nadzór Budowlany, Kosztorysowanie Wojciech Kowalewski, 77-400 Złotów, ul. Wańkowicza 9, wartość robót dla rozdziału 5 *Roboty budowlane związane z halami sportowymi. Dach w systemie ABM 240 (elementy: Powłoka dachu łukowego ABM nad halą sportową, Powłoka dachu ABM 240 nad salą rehabilitacyjną, Powłoka dachu ABM 240 nad salą zapleczem socjalnym)*, ustalono na kwotę 796 622,20 zł.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza

przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 2.890.000,00 zł. Do upływu terminu składania ofert złożono dwie oferty: Odwołującego z najniższą ceną 2.853.615,40 zł oraz Przystępującego z drugą w kolejności ceną 3.319.793,62 zł, przy czym z postanowień rozdziału 13 s.i.w.z. wynika, iż cena oferty stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

W rozdziale 2 s.i.w.z. *Opis przedmiotu zamówienia* w pkt. 1, wskazano, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest kontynuacja budowy hali sportowej w miejscowości Wysoka. Uwaga 1: Zamawiający informuje, że fundamenty, ściany nadziemne, przyłącza wod-kan, kanalizacji deszczowej, roboty elektryczne – uziom powierzchniowy, strop nad kotłownią, roboty do płyty żelbetowej włącznie (dotyczy posadzki hali sportowej) i roboty do pozycji „chudy beton” (dotyczy zaplecza socjalnego) wykonane zostały w I etapie 2010 roku. Uwaga 2: Zamawiający wymaga sprawdzenia w terenie warunków wykonania zamówienia (dokonać wizji lokalnej w terenie)...

Przedmiot zamówienia obejmuje:

- wykonanie dachu nad halą – pokrycie dachu w technologii ABM 240 o konstrukcji łukowej samonośnej, pokrytej blachą usztywniającą trapezową,
- montaż stolarkę okienną PCV, drzwi zewnętrzne aluminiowe, drzwi wewnętrzne,
- wykonanie kotłowni gazowej (instalację gazową, częściowo ułożoną w gruncie należy doprowadzić do projektowanego punktu redukcyjno-pomiarowego gazu, który wykona Przedsiębiorstwo Gazownicze),
- wykonanie wewnętrznych instalacji wod-kan, c.o. i wentylacji,
- wykonanie instalacji elektrycznej (instalację doprowadzić do budynku hali sportowej od istniejącego złącza kablowo-pomiarowego zlokalizowanego w granicy działki),
- wyposażenie hali.

Uwaga 3: Pylon stalowy nad częścią socjalną nie będzie wykonywany.

Uwaga 4: Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego (art. 30 ust. 5 P.z.p.)

Szczegółowy opis elementów przedmiotu zamówienia stanowią załączniki:

Załącznik Nr 1 do SIWZ – Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych

Załącznik Nr 2 do SIWZ – Szczegółowe Specyfikacje Techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych

Załącznik Nr 3 do SIWZ – Projekty budowlane

Załącznik Nr 4 do SIWZ – Przedmiary robót

(...)

Zgodnie z brzmieniem pkt. 2 rozdziału 12 s.i.w.z. *Opis sposobu obliczenia ceny: Cenę oferty należy podać w formie wynagrodzenia ryczałtowego (art. 632 kodeksu cywilnego). Cena oferty musi zawierać wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z dokumentacji projektowej, jak również w niej nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia. Wykonawca jest zobowiązany w cenie oferty uwzględnić także załatwienie wszelkich innych formalności dotyczących budowy i kosztów z tym związanych. Podstawą do opracowania ceny ryczałtowej jest dokumentacja projektowa i specyfikacje techniczne wykonania i odbiory robót. Załączone przedmiary robót służą tylko do uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia i nie są podstawą do wyliczenia ceny. Zgodnie z istotą wynagrodzenia ryczałtowego przedmiar robót do wyliczenia ceny oferty winien sporządzić Wykonawca na podstawie dokumentacji projektowej lub pomiarów z natury. Wykonawca musi przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia. W związku z powyższym, Zamawiający wymaga sprawdzenie w terenie warunków wykonania zamówienia.*

Jako załącznik nr 3 do s.i.w.z. nazwany *Projekty budowlane*, bez dalszego uszczegółowienia, Zamawiający załączył do s.i.w.z. między innymi następujące dokumenty:

(1)

Projekt budowlany zamienny – Sala Sportowa, wykonany przez Projektowanie, Nadzór Budowlany, Kosztorysowanie Wojciech Kowalewski, 77-400 Złotów, ul. Szkolna 6/31, na zlecenie Zamawiającego jako inwestora, na 24 stronach (z czego 2 dotyczą informacji planu bhp, a 14 zajmują rysunki).

Jako projektanci występują w tym opracowaniu, oprócz mgr. inż. Wojciecha Kowalewskiego, następujące osoby: inż. Leszek K., inż. Irena K., (konstrukcja), mgr inż. arch. Tadeusza T., mgr inż. arch. Małgorzata Ł..

W *Opisie technicznym do projektu zamiennego sali sportowej*, znalazły się następujące postanowienia odnoszące się do konstrukcji dachu:

W pkt. 2 *Zmiany w projekcie budowlanym*, w pierwszym wypunktowaniu wskazano, iż *projektuje się zmianę konstrukcji dachu – powłokę ABM 120 zmienia się na powłokę ABM 240*.

W pkt. 11.6 *Dane konstrukcyjno-materiałowe – Dach*, przewidziano: *Pokrycie dachu w technologii ABM 240. Powłoka samonośna dwupłaszczyznowa z paneli łukowych systemu*

ABM. Blacha dla formowania paneli nośnych zewnętrznych stalowa o grubości 1,5 mm. Blacha dla formowania paneli wewnętrznych stalowa o grubości 1,2 mm. Pomiędzy dwiema powłokami paneli ABM ułożone jest ocieplenie dachu z wełny mineralnej o grubości 22 cm.

Wśród załączonych rysunków sali sportowej zamieszczono między innymi rysunki o treści: przekrój B-B (rys. 5), przekrój C-C (rys. 6), z zamieszczoną adnotacją: *konstrukcja dachu – łukowa z powlekanej blachy stalowej w systemie ABM-MIC 240 – wg osobnego opracowania.*

(2)

Sala sportowa z zapleczem socjalnym przy Zespole Szkół Publicznych w Wysokiej na działce nr ewid. 167/2. Opis techniczny do projektów: dach sali w systemie ABM, dachy zaplecza w systemie ABM, opracowany przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne WĘGLOPOL sp. z o.o., 44-100 Gliwice, ul. Chodkiewicza 31, na 27 stronach (z czego 13 stron zajmują rysunki z wykazem dokumentów, a 7 stron informacja dotycząca BHP).

Zgodnie z pkt. 1 Zakres opracowania: Opracowanie projektu swym zakresem obejmuje zaprojektowanie dachów o konstrukcji powłokowej łukowej-falistej uformowanej z blachy stalowej w systemie ABM-MIC 240 budynku Sali sportowej z zapleczem socjalnym i budynków zaplecza wraz z elementami konstrukcji wsporczych przy Zespole Szkół w Wysokiej przy ulicy Szkolnej na działce nr 167/2.

W pkt. 2 Podstawa opracowania: Podstawą opracowania są: - zlecenie u umowa na wykonanie prac projektowych, - Projekt Budowlany Sali sportowej opracowany przez firmę „Projektowanie, Nadzór Budowlany, Kosztorysowanie – Wojciech Kowalewski”, 77-400 Złotów, ul. Szkolna 6/31, - obliczenia statystyczno-wytrzymałościowe, - polskie normy i przepisy.

*W pkt. 5 Opis konstrukcji dachu zamieszczono na dwóch stronach słowny opis tej konstrukcji z rozbiciem na: dach łukowy budynku hali sportowej (pkt 5.1), dach łukowy zaplecza 1 (pkt. 5.2) i dach łukowy zaplecza 2 (pkt. 5.3). Wskazano dane techniczne: szerokości i długości budynku (odpowiednio sali lub zaplecza), wysokości łuku dachu (odpowiednio sali lub zaplecza), wysokości ściany sali, powierzchni dachu łukowego. Fragment opisu: *Dach budynku Sali gimnastycznej zaprojektowano o konstrukcji stalowej dwupowłokowej montowanej z paneli łukowych uformowanych z blachy stalowej na urządzeniu ABM™ w systemie MIC 240®. Blacha dla formowania paneli nośnych zewnętrznych stalowa o grubości 1,5 mm jest ocynkowana i obu stronnie powlekana lakierem ochronnym EP/SP zabezpieczającym przed korozją w kolorze RAL 9006. (...) Blacha dla**

formowania paneli wewnętrznych stalowa o grubości 1,2 mm... (...) Pomiędzy dwiema powłokami ABM™ ułożone jest ocieplenie dachu z wełny mineralnej grubości 22 cm i $U_k=0,19$ W/Km². (...) Dach zaplecza 1 budynku sali gimnastycznej zaprojektowano o konstrukcji stalowej jednopowłokowej montowanej z paneli łukowych uformowanych z blachy stalowej na urządzeniu ABM™ w systemie MIC 240®. Blacha dla formowania paneli nośnych zewnętrznych stalowa o grubości 1,2 mm jest ocynkowana i obustronnie powlekana lakierem ochronnym EP/SP zabezpieczającym przed korozją w kolorze RAL 9006. (...) Blacha dla formowania paneli wewnętrznych stalowa o grubości 1,2 mm... (...) Pomiędzy dwiema powłokami ABM™ ułożone jest ocieplenie dachu z wełny mineralnej grubości 22 cm i $U_k=0,19$ W/Km².(...)

W pkt. 7 *Materiały konstrukcyjne*, wskazano między innymi: *Powłoka zewnętrzna ABM S350GD, Powłoka wewnętrzna ABM S320GD, Wieniec stalowy S235JR.*

Wykaz dokumentacji. Dotyczy: Sala sportowa z zapleczem przy Zespole Szkół Publicznych w Wysokiej. Dachy w systemie ABM [w tabeli podano informacje w układzie: Lp.; Tytuł dokumentu; Nr dokumentu; Uwag]:

1. *Wykaz dokumentacji; 1365-00;*
2. *Obliczenia statystyczne; 1365-15; do wglądu;*
3. *Opis techniczny; 1365-10*
4. *Informacja dotycząca BIOZ; 1365-20*
5. *Hala sportowa z zapleczem socjalnym. Rzut dachu; 1365-01*
6. *Hala sportowa. Przekrój poprz. A-A; 1365-02*
7. *Hala sportowa. Przekrój B-B; 1365-03*
8. *Hala sportowa. Przekrój C-C; 1365-04*
9. *Hala sportowa. Przekrój D-D; 1365-05*
10. *Hala sportowa. Podparcie dachu zaplecza; 1365-06*
11. *Rzuty wieńcy zaplecza; 1365-07*
12. *Schemat rozmieszczenia wieńców stalowych; 1365-08*
13. *Konstrukcja wieńców stalowych hali; 1365-09*
14. *Konstrukcja wieńca stalowego zaplecza P 2.1; 1365-10*
15. *Konstrukcja wieńca stalowego zaplecza P 2.2.1; 1365-11*
16. *Konstrukcja wieńca stalowego zaplecza P 2.2.2; 1365-12*

Do dokumentacji załączono *Oświadczenie projektanta / sprawdzającego z 29 września 2010 r., w którym mgr inż. Wojciech Zarzycki oświadczył, że projekt pn.: Proj. Nr 1365-00 Sala sportowa z zapleczem socjalnym przy Zespole Szkół Publicznych w Wysokiej.*

Dachy w systemie ABM, sporządzony w dniu wrzesień 2010 r. dla Projektowanie, Nadzór Budowlany, Kosztorysowanie Wojciech Kowalewski, 77-400 Złotów, ul. Szkolna 6/31, został wykonany zgodnie z obowiązującymi przepisami, normami oraz zasadami wiedzy technicznej.

W reakcji na dokonany 8 czerwca 2011 wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum WĘGLOPOL, Zamawiający otrzymał od Konsorcjum Lepiko pisma z 9 i 13 czerwca 2011 r., z których późniejsze wprost zostało wniesione w trybie art. 181 ust. 1 pzp (wpłynęło 14 czerwca 2011 r.) – w obu Konsorcjum Lepiko wskazywało, iż Konsorcjum WĘGLOPOL podlega wykluczeniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 pzp.

W pierwszym z pism wskazano na następujące okoliczności: *Jak to wynika z treści załączników do specyfikacji (...), autorem dokumentacji projektowej, a więc opisu przedmiotu zamówienia, jest firma PUH-P „WĘGLOPOL” Sp. z o.o. – lider konsorcjum firm wspólnie ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. Nie ulega więc wątpliwości, że wykonawca ten uczestniczył w przygotowaniu postępowania, a co najważniejsze, udział ten stawia tego wykonawcę na pozycji uprzywilejowanej w stosunku do innych wykonawców. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie, Zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy – autora dokumentacji projektowej lub specyfikacji technicznej (niezależnie od tego czy cena oferty ma charakter kosztorysowy albo ryczałtowy), gdy zachodzi okoliczność naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Opisując sposób wyliczenia ceny ryczałtowej Zamawiający stwierdził, że cenę ryczałtową należy obliczyć na podstawie dokumentacji projektowej i musi ona uwzględniać koszty wykonania robót, zarówno tych, które wynikają z dokumentacji, jak również robót, które w dokumentacji nie zostały uwzględnione. Tylko autor projektu jest w posiadaniu wiedzy o tym np., co ewentualnie zostało pominięte w dokumentacji projektowej, a będzie mimo to konieczne do wykonania... Mamy tu ewidentnie do czynienia z (...) jego zdecydowaną przewagą nad innymi, co do wiedzy niezbędnej dla prawidłowego obliczenia ceny oferty.*

10 czerwca 2011 r. Zamawiający wystosował do Konsorcjum WĘGLOPOL pismo, w którym wezwał do złożenia pisemnego oświadczenia na okoliczność: *w jakim zakresie Wykonawca – Konsorcjum Firm PUH-P „WĘGLOPOL” Sp. z o.o. oraz „MUR – MAN” Sp. j. wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności i czy miało to wpływ w postępowaniu na utrudnienie uczciwej konkurencji.* Do pisma załączono pismo Konsorcjum Lepiko z 9 czerwca 2011 r.

10 czerwca 2011 r. w odpowiedzi Konsorcjum WĘGLOPOL przesało pismo podnosząc argumenty i przytaczając orzecznictwo jak w później wniesionym odwołaniu.

15 czerwca 2011 r. Zamawiający skierował pismo do Projektowanie, Nadzór Budowlany, Kosztorysowanie Wojciech Kowalewski ze Złotowa, w którym zwrócił się o udzielenie wyjaśnień w zakresie wykonanego projektu budowlanego, w szczególności podanie odpowiedzi na 4 następujące pytania:

- 1) *Jaki wpływ miało i w jakim zakresie Konsorcjum firm „WĘGLOPOL” Sp. z o.o. oraz „MUR – MAN” Sp. j. uczestniczyło w opracowaniu dokumentacji budowlanej hali sportowej,*
- 2) *czy otrzymane od Konsorcjum wytyczne i rysunki rozwiązania zadaszania hali w systemie ABM zostały w całości lub w części uwzględnione w dokumentacji projektowej,*
- 3) *czy uczestnictwo w/w Konsorcjum (o ile takie miało miejsce) w opracowaniu projektu budowlanego mogło mieć wpływ na czynności związane z przygotowaniem przedmiotowego zamówienia publicznego. Jeżeli tak, to czy wskutek przekazanych wytycznych Konsorcjum można uznać za uprzywilejowane w stosunku do innych Wykonawców uwagi na powyższe,*
- 4) *czy wykorzystanie wytycznych mogło spowodować naruszenie przez Konsorcjum zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu.*

16 czerwca 2011 r. w odpowiedzi projektant Wojciech Kowalewski udzielił następujących odpowiedzi:

Ad. 1) *Konsorcjum firm „WĘGLOPOL” Sp. z o.o. oraz „MUR – MAN” Sp. j. uczestniczyło w opracowaniu dokumentacji budowlanej hali sportowej.*

Ad. 2) *Wytyczne i rysunki otrzymane od „WĘGLOPOL” sp. z o.o. służyły wyłącznie poglądowo w zakresie opracowania części dokumentacji budowlanej dotyczącej zadaszania hali sportowej, z uwagi na fakt, iż firma posiada prawa autorskie do tego typu projektu dachu. Natomiast wszystkie obliczenia statyczne i kosztorysowe jak i dokumentację projektową, w tym i projekt budowlany zamienny wraz z opisem zagospodarowania terenu przygotowało moje biuro projektowe. Autorem dokumentacji jest firma: Projektowanie, Nadzór Budowlany, Kosztorysowanie, Wojciech Kowalewski, Złotów, ul. Szkolna 6/31.*

Ad. 3) *Oświadczam, że projekt dachu stanowiący opis przedmiotu zamówienia został przez nas dostosowany do wymagań Zamawiającego. Opis przedmiotu zamówienia przygotowano w sposób czytelny dla wszystkich oferentów, dokumentacja projektowa dot. zadaszania hali została opracowana w sposób nie powodujący powstania ukrytych kosztów, które ewentualnie mógłby wykorzystać jeden wykonawca w celu obniżenia kosztów własnej*

oferty.

Ad. 4) W kontekście wyżej przedstawionych wyjaśnień oświadczam, że wykorzystanie wytycznych przez moje biuro projektowe nie spowodowało naruszenia przez Konsorcjum zasad uczciwej konkurencji w prowadzonym postępowaniu.

Powyższe, a także pozostałe opisane ustalenia faktyczne w niniejszej sprawie, skład orzekający Izby poczynił na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania, przekazanej również Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. z załącznikami, przywołanych pism, a także protokołu postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej lub wyrażone ustnie i odnotowane w protokole rozprawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odzwierciedlone w protokole, Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert – ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec zarzutów skierowanych przeciwko wykluczeniu go z postępowania. Jednocześnie bezpodstawne wykluczenie z postępowania przez Zamawiającego, naraża Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógł liczyć.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz podniesiony w odwołaniu i podlegający rozpatrzeniu zarzut, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 24. ust 2. pkt. 1 ustawy pzp 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. W ocenie składu orzekającego Izby w okolicznościach niniejszej sprawy zaszły przesłanki uprawniające i obligujące Zamawiającego do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie przywołanego przepisu.

Wbrew stanowisku Odwołującego Konsorcjum *WEGLOPOL*, kwestia sporządzenia przez jego lidera dokumentacji projektowej z tego powodu nie jest dyskusyjna, że z dokumentacji projektowej załączonej do s.i.w.z. jako uszczegółowienie opisu przedmiotu zamówienia, wprost wynika, że *WĘGLOPOL* spółka z o.o. z siedzibą w Gliwicach przygotowała dokumentację projektową dotyczącą konstrukcji dachu hali sportowej w Wysokiej. W ramach ogólnego określenia przedmiotu zamówienia dotyczącego dokończenia budowy tej hali, wykonanie dachu w technologii ABM 240 zostało wymienione jako pierwsze spośród sześciu zasadniczych elementów tego procesu budowlanego. Choć niewątpliwie nie można stwierdzić, iż spółka *WĘGLOPOL* jest autorem całej dokumentacji projektowej, to nie można również umniejszać jej roli wskazując, iż udzieliła ona jedynie wytycznych, wskazówek dla autora projektu zamiennego budowy hali sportowej – Projektowanie, Nadzór Budowlany, Kosztorysowanie, Wojciech Kowalewski ze Złotowa, polegających głównie na sporządzeniu rysunków obrazujących system zadaszania hali. Przeczy temu zawartość dokumentacji projektowej stanowiącej integralną część s.i.w.z., w ramach której sam projekt budowlany zamienny w pkt. 2 i 11.6 zawiera ledwie zarys opisu technicznego i dwa rysunki, które wprost odsyłają w zakresie łukowej konstrukcji dachu z powlekanej blachy stalowej w systemie ABM-MIC 240 – do odrębnego opracowania. Jest nim właśnie kompletna dokumentacja projektowa dachów w systemie ABM dla sali sportowej z zapleczem przy Zespole Szkół Publicznych w Wysokiej, której dokończenie budowy jest przedmiotem zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Dokumentacja ta zawiera opis techniczny obszerniejszy i dużo bardziej szczegółowy niż projekt budowlany zamienny, jak również odrębną informację w zakresie bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (tzw. BIOZ), a przede wszystkim 11 rysunków, z których ledwie dwa znalazły odzwierciedlenie w rysunkach projektu zamiennego, dla których są niezbędnym dopełnieniem również z racji wspomnianego odesłania. W tym stanie faktycznym nie sposób uznać, że Odwołujący, jako współautor dokumentacji projektowej, nie wykonywał czynności bezpośrednio związanych z przygotowaniem postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. Skoro przygotowana

przez lidera Konsorcjum WĘGLOPOL dokumentacja projektowa w całości została inkorporowana przez Zamawiającego jako element opisu przedmiotu zamówienia, bez znaczenia jest przez kogo bezpośrednio została zamówiona: Zamawiającego czy projektanta działającego na jego zlecenie. Element bezpośrednio odnosi się bowiem nie do udziału we wszczętym przez Zamawiającego postępowaniu, ale do czynności przygotowawczych, wstępnych, które nie muszą mieć charakteru sformalizowanego i nie zawsze prowadzą do takiego wszczęcia. O zaistnieniu tej przesłanki decyduje natomiast bezpośrednio, to jest bez wprowadzania istotnych zmian, faktyczne wykorzystanie przez zamawiającego rezultatów prac wykonawcy w toku przygotowywania postępowania, a więc powiązania natury faktycznej. Nie jest natomiast konieczne, aby tego typu powiązania pomiędzy zamawiającym a wykonawcą miały źródło w jakimkolwiek stosunku prawnym bezpośrednio ich łączącym przed wszczęciem postępowania. Na takie rozumienie przesłanki bezpośredniego udziału wykonawcy w przygotowaniu postępowania wskazują również orzeczenia przywołane w odwołaniu. Natomiast wobec faktu bezpośredniego wykorzystania dokumentacji opracowanej przez lidera Odwołującego w s.i.w.z. wszczętego już postępowania, co widoczne jest dla każdego po powierzchownym jej przejrzaniu, nie wiadomo dlaczego Zamawiający, aby to ustalić, musiał wezwać do wyjaśnień Odwołującego oraz autora zamiennego projektu budowlanego (dwa pierwsze pytania z czterech przywołanych powyżej).

Jedynie do czego Zamawiający był zobowiązany, oprócz wyciągnięcia oczywistych wniosków na podstawie treści zatwierdzonej przez siebie s.i.w.z., to umożliwienie wykazania „zainteresowanemu” Wykonawcy zagrożonego wykluczeniem, że jego wkład w przygotowanie części dokumentacji projektowej, nie spowodował utrudnienia uczciwej konkurencji. Zamawiający uczynił to opisanym powyżej pismem z 10 czerwca 2011 r., dając Odwołującemu możliwość udowodnienia, że fakt opracowania przez niego znaczącej części dokumentacji projektowej, nie zakłócił uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. Odwołujący jeszcze tego samego dnia odpowiedział obszernym pismem, które jednak w przeważającej części poświęcił na zaprzeczaniu swojemu oczywistemu bezpośredniemu udziałowi w czynnościach związanych z opracowaniem części dokumentacji projektowej znajdującej się w s.i.w.z., na której został wprost uwidoczniiony przez wskazanie firmy i adresu spółki WĘGLOPOL, bądź wykazywaniu braku powiązań prawnych z osobami i podmiotami, które przygotowały dokumentację projektową w pozostałym zakresie. Poza tym Odwołujący przytoczył tezy z orzeczeń, które pozornie przemawiają na jego korzyść, w szczególności zupełnie bezpodstawnie twierdząc,

że rezultat jego działań w postaci dokumentacji projektowej zadaszania hali sportowej, której dokończenie budowy jest przedmiotem postępowania, rzekomo nie stanowiło wymiernej podstawy dla jego opisu dokonanej przez Zamawiającego. W ocenie składu orzekającego Izby z dokumentacji postępowania wynika natomiast, iż Odwołujący uzyskał poważny wpływ na opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, a w rezultacie wiedzę o znaczącym zakresie zamówienia, zanim inni potencjalni wykonawcy mogli się w ogóle dowiedzieć, że przedmiotowe postępowanie zostanie wszczęte i w jaki sposób zostanie określony jego przedmiot, w szczególności w zakresie wymaganego rozwiązania technicznego zadaszania. Niezależnie od tego, czy działał za wiedzą Zamawiającego, autor projektu budowlanego hali sportowej – Wojciech Kowalewski, udostępnił go spółce WĘGLOPOL pod pretekstem przysługujących jej praw wyłącznych, celem opracowania projektu jej zadaszania w ramach planowanego dokończenia jej budowy. W rezultacie projekt zadaszania został przygotowany w ramach systemu ABM™ MIC 240® (oznaczenie znaku towarowego i zastrzeżonego znaku towarowego podano zgodnie z przytoczonym powyżej brzmieniem dokumentacji projektowej), do którego, wbrew twierdzeniom projektanta, Odwołującemu nie przysługują co prawda prawa autorskie, ale na krajowym rynku uzyskał on jako jedyny pozytywną opinię Instytutu Techniki Budowlanej na stosowanie tego rozwiązania, co zapewnia mu uprzywilejowaną sytuację z uwagi na dysponowanie większą wiedzą. Odwołujący nie zaprzeczał temu na rozprawie, wskazując, iż tylko skorzystanie z jego pewnych obliczeń, których nie udostępnił w wykonanej dokumentacji, daje Zamawiającemu możliwość późniejszego uzyskania pozytywnej opinii ITB na wykonany obiekt. Zważając na nikłe zainteresowanie przetargiem nieograniczonym ogłoszonym przez Zamawiającego, w ocenie składu orzekającego Izby, mogło mieć na to wpływ sprecyzowanie w ten konkretny sposób projektu technicznego zadaszania, przy jednoczesnym ogólnikowym dopuszczeniu rozwiązań równoważnych, bez sprecyzowania kryteriów oceny tej równoważności, *de facto* uniemożliwiającym zaproponowanie innych rozwiązań technicznych. Skład orzekający Izby podziela również stanowisko Przystępującego, iż sposób określenia wynagrodzenia ryczałtowego stworzył dla podmiotów, które podjęły się wykonania zamówienia w zakresie dachu w sposób zgodny z dokumentacją projektową opracowaną przez Odwołującego, na konieczność przyjęcia większego marginesu bezpieczeństwa przy kalkulowaniu oferty, biorąc pod uwagę również ogólnikowość przedmiaru robót w zakresie dotyczącym wykonania dachu w systemie ABM™ MIC 240®. Mogło to w niebagatelny sposób wpłynąć na cenę oferty, zważając, iż według kosztorysu inwestorskiego wartość tych robót stanowiła połowę wartości robót budowlanych

przy samej hali i pomiędzy 1/4 a 1/3 wartości szacunkowej ogółu robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia.

W tej sytuacji jedyne naruszenie przepisów przez Zamawiającego stanowił brak podania wyczerpującej podstawy faktycznej dokonanego wykluczenia, co nie miało jednak wpływu na wynik postępowania wobec zasadności merytorycznej podjętej czynności.

Wobec tego, że Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, działając na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 pzp – orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisami: § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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), obciążając Odwołującego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący:

.....