

Sygn. akt KIO/UZP 100/09

POSTANOWIENIE
z dnia 3 lutego 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Ewa Jankowska
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 3 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Biuro Geodezji i Informacji Terenowej Sp. z o.o., ul. Pocztowa 5, 11-500 Giżycko** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa, pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa** protestu z dnia 22 grudnia 2009 r.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Biuro Geodezji i Informacji Terenowej Sp. z o.o., ul. Pocztowa 5, 11-500 Giżycko

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 uiszczonego przez **Biuro Geodezji i Informacji Terenowej Sp. z o.o., ul. Pocztowa 5, 11-500 Giżycko;**

- ~~2) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez **XXX** na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;~~
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Biuro Geodezji i Informacji Terenowej Sp. z o.o., ul. Pocztowa 5, 11-500 Giżycko.**

U z a s a d n i e

Zamawiający: Miasto Stołeczne Warszawa, Biuro Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy, ul. Corazziego 7, 00-087 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn.: „Modernizacja ewidencji gruntów i budynków w Dzielnicy Białołęka m.st. Warszawy – część II”. 17.12.2008 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich Nr 2008/S245 – 326402.

22.12.2008 r. wykonawca Biuro Geodezji i Informacji Terenowej Sp. z o.o., ul. Pocztowa 5, 11-500 Giżycko wniósł, w trybie art. 180 ust. 3 pkt 2 Pzp, protest na treść ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej specyfikacją.

Protestujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), zwanej dalej w skrócie „Pzp”, rzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) naruszenie art. 22 ust. 2 w zw. z ust. 1 Pzp przez określenie warunku udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję;
- 3) naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp przez niejednoznaczny nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

1. Protestujący kwestionuje określony przez zamawiającego warunek podmiotowy udziału w postępowaniu polegający na wymogu wylegitymowania się przez wykonawców uczestniczących w postępowaniu wykonaniem w okresie 3 ostatnich lat przed dniem

wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego co najmniej 2 prac polegających na wykonaniu modernizacji ewidencji gruntów i budynków dla terenu miejskiego, każda z nich o powierzchni nie mniejszej niż 800 ha, obejmującej swym zakresem wszystkie czynności określone w § 55 Rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 29 marca 2001 r. w sprawie ewidencji gruntów i budynków (Dz. U. Nr 38. poz. 454).

Jest to postanowienie części III pkt 1.2. Ogłoszenia o zamówieniu oraz w Części III pkt 12 ppkt 12.1.2 specyfikacji.

W ocenie protestującego, tak sformułowany warunek udziału w postępowaniu jest nadmiernie wygórowany i utrudnia uczciwą konkurencję. Dzielnica Białoleka w 60% charakteryzuje się terenami o charakterze rolniczym. W takim wypadku za nieuzasadniony i nie odnoszący się do przedmiotu zamówienia należy uznać warunek udziału w postępowaniu zobowiązujący wykonawców do udokumentowania posiadania doświadczenia w wykonywaniu prac polegających na wykonaniu ewidencji gruntów i budynków dla terenu miejskiego.

Zamawiający tworząc treść Ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji określił podmiotowy warunek udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Stanowi to o naruszeniu art. 22 ust. 2 w zw. z ust.1 pkt 2 Pzp i zasady art. 7 ust. 1 Pzp, która bezwzględnie zobowiązuje zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Zamawiający w uprzywilejowanej pozycji stawia wykonawców, którzy nie posiadają doświadczenia w wykonywaniu prac na terenach wiejskich, a w zupełnie nieuzasadniony sposób preferuje wykonawców mających doświadczenie w realizacji prac geodezyjnych na terenach miejskich.

2. Protestujący kwestionuje ponadto, iż zamawiający stosuje w dokumentacji składającej się na specyfikację nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia używając takich sformułowań, jak np.: orientacyjna liczba nieruchomości hipotecznych, przybliżona liczba budynków, przewidywana liczba działek ewidencyjnych, przybliżona liczba lokali z założonymi KW, przewidywana liczba jednostek rejestrowych (Część II Ogłoszenia o zamówieniu pkt 2 lit. e-i oraz Część II pkt 6 ppkt 6.2. lit. e-i, Załącznik nr 1 do specyfikacji – Opis przedmiotu zamówienia). Brak dokładnego określenia zakresu prac niezbędnych do wykonania, uniemożliwia wykonawcom precyzyjne określenie realnej ceny wykonania zamówienia jak i jego czasu.

Zamawiający stosując niedokładny opis przedmiotu zamówienia obciąża wykonawcę ryzykiem konieczności wykonania wszelkich prac towarzyszących, mogących się pojawić w trakcie realizacji zamówienia. Tym samym zamawiający zobowiązuje wykonawcę do

uwzględnienia wykonania prac towarzyszących w ramach zaproponowanej ceny ryczałtowej. W Części IV pkt 22.3. specyfikacji zamawiający wymaga od wykonawców, aby oferowane ceny wykonania zamówienia obejmowały wszystkie koszty niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie objętym specyfikacją i wzorem umowy. Tymczasem, dokumentacja nie określa wszystkich niezbędnych prac do wykonania, co rodzi ryzyko, iż wykonawca zobowiązany będzie do wykonania bliżej nieokreślonych przez zamawiającego wszelkich innych i dodatkowych prac poza „orientacyjnie” wskazanymi w specyfikacji, w ramach podanej ceny umownej. Nie doprecyzowanie zakresu prac do wykonania, uniemożliwia wykonawcy obliczenie realnej ceny wykonania zamówienia, a zamawiającemu wobec braku żądania podania cen jednostkowych, uniemożliwia rozliczenie faktycznie wykonanych przez wykonawcę prac, a także zamówień uzupełniających i ewentualnych dodatkowych.

Stanowi to o naruszeniu art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz wyraźnie wskazuje na możliwość manipulowania zamówieniem przez zamawiającego. W związku z tym, protestujący wnosi o doprecyzowanie w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający określenie rzeczywistej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia tj. dokładne określenie liczby nieruchomości hipotecznych, liczby budynków, działek ewidencyjnych po modernizacji, ilości lokali z założonymi KW, liczby jednostek rejestrowych i pozostałych nieprecyzyjnych stwierdzeń w dokumentacji przetargowej.

3. Zamawiający nie zobowiązał wykonawców do przedstawienia cen jednostkowych. Ponadto specyfikacja zawiera sprzeczne postanowienia. Mianowicie w Części IV pkt 22.5 specyfikacji zamawiający stosuje postanowienie o treści: „Ceny jednostkowe przyjęte w formularzu cenowym będą stałe w okresie objętym umową”. Brak w specyfikacji formularza cenowego.

4. W § 5 ust. 3 wzoru umowy zamawiający wskazuje, że wysokość wynagrodzenia za poszczególne etapy zostanie jednostronnie określona proporcjonalnie do ilości obrębów w danym etapie, wynikających z warunków technicznych (załącznik nr 3 do SIWZ) w stosunku do ceny ryczałtowej. Tak zastosowane postanowienia specyfikacji, zdaniem protestującego, wykluczają prawidłowe rozliczenie faktycznie wykonanych prac, jak również zamówień uzupełniających i dodatkowych.

Na tej podstawie, protestujący wnosi o jednoznaczne określenie zakresu prac do wykonania oraz zmianę opisu sposobu obliczenia ceny przez wprowadzenie wymogu przedstawienia przez wykonawców w Formularzu cenowym – cen jednostkowych, w oparciu o które rozliczane będą bieżące prace zlecane wykonawcy, do wysokości wyczerpania

umówionego wynagrodzenia umownego (po wyczerpaniu wynagrodzenia umownego umowa wygasa) i z wykorzystaniem których, możliwa będzie realizacja zamówień uzupełniających, o których mowa w Części II pkt 9 specyfikacji i § 16 ust. 2 lit. b, tiret 3 wzoru umowy.

Protestujący zarzuca zamawiającemu, iż wprowadził nierówne prawa i obowiązki stron umowy.

Protestujący kwestionuje nierówne postanowienia umowne związane z odstąpieniem od umowy, a także naliczeniem kar umownych, bez równowagi tego typu praw po stronie wykonawcy. I tak, w § 10 ust. 2 umowy w sposób bardzo restrykcyjny zamawiający przypisał sobie prawo do odstąpienia od umowy. Mianowicie, wskazał, iż jeżeli wykonawca opóźni się z rozpoczęciem wykonywania przedmiotu umowy lub jego części (etapu) tak dalece, że nie będzie prawdopodobne, żeby zdołał go ukończyć w umówionym terminie, albo jeżeli w toku wykonywania prac okaże się, że wykonuje go niezgodnie z umową i z okoliczności wynika, że nie zdoła go wykonać zgodnie z umową w umówionym terminie, zamawiający może od umowy odstąpić w całości lub jej części (etapu) bez wyznaczania dodatkowego terminu.

Podobnie w § 10 ust. 4 umowy wprowadził treść, cyt.: „Zamawiający może odstąpić od Umowy bez wyznaczenia dodatkowego terminu w przypadku powzięcia uzasadnionych i wiarygodnych wiadomości o postępowaniu Wykonawcy, mogącym narazić Zamawiającego na realne straty.”.

Podobnie, zamawiający przez niejasny § 10 ust. 4 umowy w sposób uprzywilejowany stawia swoją pozycję w zakresie jednostronnie przypisanego sobie prawa do odstąpienia od umowy z winy wykonawcy. I tak bliżej nieokreślone „powzięcie uzasadnionych i wiarygodnych wiadomości o postępowaniu wykonawcy...” może narazić wykonawcę na odstąpienie od umowy z jego winy, z niejasnych i dowolnie kształtowanych i interpretowanych przyczyn.

Protestujący wnosi o wykreślenie § 10 ust. 4 oraz zmianę ust. 2 umowy, przez uściślenie użytych wyrażen „tak dalece, że nie będzie prawdopodobne...”.

Mając powyższe na uwadze protestujący wnosi o modyfikację treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji w proponowany sposób, zgodnie z art. 38 Pzp.

W przeciwnym wypadku wnosi o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, gdyż postępowanie dotknięte jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

09.01.2009 r. zamawiający oddalił protest z wyjątkiem części IV pkt 22.5 specyfikacji, który to protest zamawiający uwzględnił we wskazanej części.

Ad 1. Zamawiający podtrzymuje pkt 12.1.2 specyfikacji. Zamawiający wskazuje, że jednym z wymaganych warunków zapewniającym prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia jest posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia, które z uwagi na specyfikę

operatu ewidencji gruntów i budynków dla m. st. Warszawy można zdobyć podczas realizacji prac modernizacyjnych na terenach miejskich. Warunek ten nie ogranicza uczciwej konkurencji z uwagi na fakt wykonywania dla obszaru kraju na terenach miejskich tego rodzaju prac w liczbie zapewniającej zdobycie stosownej wiedzy i doświadczenia.

Ad 2. Zamawiający podtrzymuje pkt 6.1 specyfikacji. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia, o którym mowa w pkt 6.1 specyfikacji wymienia prace, które należy wykonać w ramach modernizacji ewidencji gruntów i budynków. Szczegółowy sposób realizacji tych prac określają Warunki techniczne stanowiące załącznik nr 3 do umowy (załącznik nr 5 do specyfikacji).

Zamawiający informuje, że dane o obiekcie zawarte w pkt 6.1 specyfikacji, opracowane na podstawie dostępnych dla Zamawiającego materiałów, określają stan przedstawiony w rozdziale II „Projektu modernizacji ewidencji gruntów i budynków dla Dzielnicy Białołęka m. st. Warszawy – część II”, stanowiącym załącznik nr 2 do umowy (załącznik nr 5 do SIWZ), zmieniony Anekssem nr 1 z dnia 27 października 2008 r., na określoną w nich datę, tj. 27.10.2008 r.

Ponadto Zamawiający informuje, że określenie dokładnych danych dla obiektów ewidencyjnych, o których mowa w pkt 6.1. specyfikacji wymagałoby wykonania analizy materiałów archiwalnych oraz wywiadu terenowego. Realizacja ww. czynności jest przedmiotem wykonania prac w ramach modernizacji ewidencji gruntów i budynków w dzielnicy Białołęka m. st. Warszawa – część II, zgodnie z warunkami technicznymi stanowiącymi załącznik nr 3 do umowy (załącznik nr 5 do SIWZ).

Zamawiający wskazuje, że błąd oszacowania w zakresie liczby jednostek dot. obiektów ewidencyjnych pozyskanych w ramach modernizacji może zawierać się w granicy do 3% ilości szacunkowej, określonej w opisie przedmiotu zamówienia.

Ad 3. Zarzut dotyczący części IV pkt 22.5 specyfikacji – uwzględniony. Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie ze stwierdzeniem zawartym w § 5 ust. 1 umowy za wykonanie całości przedmiotu umowy strony ustalają wynagrodzenie ryczałtowe. W związku z powyższym Zamawiający informuje, iż dokona stosownej modyfikacji specyfikacji.

Ad 4. Zarzut dotyczący § 10 ust. 4 umowy. Zamawiający podtrzymuje postanowienia § 10 ust. 2 i 4. Zamawiający wyjaśnia, że postanowienia umowy w żaden sposób nie naruszają zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, określają jedynie zasady postępowania w przypadku nienależytego wykonania umowy bądź wystąpienia uzasadnionych i wiarygodnych okoliczności, które mogłyby z winy wykonawcy narazić zamawiającego na straty oraz zabezpieczają interesy zamawiającego bez naruszenia interesów wykonawcy.

19.01.2009 r. wykonawca Biuro Geodezji i Informacji Terenowej Sp. z o.o. wniósł do Prezesa UZP odwołanie w urzędzie pocztowym i w tym samym urzędzie nadał kopię odwołania do zamawiającego.

26.01.2009 r. zamawiający otrzymał kopię odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje. Odwołanie podlega odrzuceniu.

Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 7 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący się nie przekazał kopii odwołania zamawiającemu, zgodnie z art. 184 ust. 2 Pzp. Z kolei przepis art. 184 ust. 2 Pzp stwierdza jednoznacznie, iż odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując jego kopię zamawiającemu. Jedynie w stosunku do odwołania wnoszonego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem odwołania do właściwego adresata. Natomiast nie zwalnia to odwołującego z obowiązku przekazania kopii odwołania zamawiającemu.

Zgodnie z orzeczeniami wydanymi przez Sąd Okręgowy w Warszawie, z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 117/07) oraz z dnia 27 kwietnia 2007 r. (sygn. Akt V Ca 467/07), „o zachowaniu terminu na przekazanie kopii zamawiającemu i wywiązanie się z obowiązku jednoczesności możemy mówić, gdy kopia tego odwołania dotrze do zamawiającego w terminie przewidzianym na jego [odwołania] wniesienie”. W przedmiotowej sprawie termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 19 stycznia 2009 r. (poniedziałek), a zamawiający otrzymał jego kopię dopiero w dniu 26 stycznia 2009 r., a więc po upływie terminu na wniesienie odwołania.

Skład orzekający Izby zwraca uwagę na konsekwencje nie zachowania jednoczesności przekazania kopii odwołania zamawiającemu. Mając na uwadze ogólną regułę szybkości i sprawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wymóg jednoczesności przekazania kopii odwołania do zamawiającego, ma na celu umożliwienie zamawiającemu uzyskanie informacji o zakończeniu czynności bądź kontynuowaniu czynności w postępowaniu prowadzonym na skutek wniesionego protestu, a w konsekwencji np. ustalenie dopuszczalności zawarcia umowy z wybranym wykonawcą od pierwszych chwil właściwego terminu, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp. W badanym postępowaniu protest był skierowany w stosunku do ogłoszenia i specyfikacji, przed terminem składania ofert, dlatego zamawiający mógł kontynuować postępowanie i nie zmieniać terminu składania ofert.

Na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 7 w związku z art. 184 ust. 2 zd. 2 Pzp, skład orzekający Izby postanowił jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego rozstrzygnięto na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*