

Sygn. akt: KIO 1391/10

WYROK
z dnia 14 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 2 lipca 2010 r. przez **Zenona Kuleszę, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT – Zenon Kulesza, ul. Solskiego 13, 42-200 Częstochowa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Warmińsko-Mazurskie reprezentowane przez Zarząd Województwa, siedziba Urzędu Marszałkowskiego: ul. Emilii Plater 1, 10-562 Olsztyn**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie zmian treści ogłoszenia i postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie wynikającym z uzasadnienia mniejszego orzeczenia.

2. Kosztami postępowania obciąża Województwo Warmińsko-Mazurskie, siedziba Urzędu Marszałkowskiego: ul. Emilii Plater 1, 10-562 Olsztyn i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Zenona Kuleszę, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT – Zenon Kulesza, ul. Solskiego 13, 42-200 Częstochowa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Województwo Warmińsko-Mazurskie, siedziba Urzędu Marszałkowskiego: ul. Emilii Plater 1, 10-562 Olsztyn** na rzecz **Zenona Kuleszy, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT – Zenon Kulesza, ul. Solskiego 13, 42-200 Częstochowa**, stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Stosownie do treści art. 198 a 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 **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „opracowanie 28 arkuszy mapy hydrograficznej w wersji analogowej i numerycznej wraz z drukiem i foliowaniem oraz stworzenie wspólnej tematycznej bazy danych przestrzennych dla obszaru opracowania i istniejących arkuszy sąsiednich”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 czerwca 2010 r., pod nr 2010/S 121-183995.

W dniu 2 lipca 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia i postanowień SIWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010, Nr 113, poz. 759.), zwanej dalej „ustawą Pzp”: art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 4, art. 25 w zw. z § 1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, art. 29 ust. 2 i wnosząc o dokonanie odpowiednich modyfikacji ogłoszenia i SIWZ.

Odwołujący wskazuje, iż nieuprawnionym jest wymaganie, by produkt usług był przyjęty do państwowego zasobu. Po pierwsze dlatego, że przyjęcie do państwowego zasobu jest niezależne od prawidłowego i należytego wykonania usługi w zakresie opracowania arkuszy map. Po drugie dlatego, że wykonawca nie ma wpływu na czas, w jakim zostanie podjęta decyzja o przyjęciu do zasobu, chociaż sama usługa opracowania map została wykonana w czasie właściwym. Odwołujący zwraca uwagę, iż od 2007 r. zleconych do wykonania w zakresie mapy hydrograficznej zostało wyłącznie 7 usług, w ramach których wykonano łącznie 61 arkuszy, w następujących ilościach w ramach poszczególnych usług: 5, 2, 18, 15, 4, 2 15. Tylko „produkt” sześciu usług został przyjęty do państwowego zasobu (bez usługi 4 arkuszy). Z powyższego zestawienia wynika, iż tylko 4 usługi spełniają wymóg postawiony przez Zamawiającego (3 arkusze w ramach jednej usługi). W związku z powyższym Odwołujący wnosi o zmodyfikowanie zapisów ogłoszenia i SIWZ w zakresie wymaganego doświadczenia w następujący sposób: Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykażą się wiedzą i doświadczeniem należytego wykonania co najmniej 2 usług w zakresie opracowania arkuszy Mapy Hydrograficznej Polski w skali 1:50 000 w układzie „1992”.

Odwołujący wskazuje, iż w pkt III.2.1)II.1.3 (§ 9 ust. 1 pkt 3 SIWZ) Zamawiający zaznaczył, iż wskazane jest załączenie do oferty dokumentów potwierdzających rodzaj posiadanych uprawnień przez osoby, które będą uczestniczyć w zamówieniu. Odwołujący podnosi, iż Zamawiający powinien jednoznacznie określić, czy dany dokument należy dołączyć do oferty. Ponadto, Zamawiający wskazał na dokument, który nie został

wymieniony w powoływanym rozporządzeniu. W tym stanie rzeczy, zasadnym jest żądanie wykreślenia ww. zapisów ogłoszenia i SIWZ.

Odwołujący podnosi, iż Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek dysponowania konsultantem naukowym regionalnym oraz głównym konsultantem naukowym, którzy powinni zostać zaakceptowani przez GUGIK. Odwołujący wskazuje, iż osoby te, będące podmiotami trzecimi wobec wykonawcy, mogą nie być dyspozycyjne w okresie realizacji zamówienia ze względu na inne przyjęte na siebie zobowiązania, a wobec tego wykonawca nie będzie mógł przedstawić do odbioru swej pracy. Odwołujący wskazuje również, iż krąg osób mogących pełnić funkcję konsultanta nie jest zbyt liczny, co w powiązaniu z wymogiem uzyskania akceptacji tej osoby ze strony GUGIK, może powodować znaczące trudności w wykonaniu zamówienia, niezawinione przez wykonawcę. Z tych względów, wobec obwarowania terminowego ukończenia prac dość wysokimi karami, zasadnym wydaje się wydłużenie terminu realizacji usługi albo odstąpienie od wymogu udziału w realizacji zamówienia podmiotów trzecich, na których dyspozycyjność wykonawca nie ma wpływu.

Odwołujący wskazuje, iż terminy zastrzeżone dla Zamawiającego do dokonania odbioru prac, a zatem do zweryfikowania należytego wykonania danego etapu prac przez wykonawcę są dwa razy dłuższe niż terminy zastrzeżone dla wykonawcy na usunięcie ewentualnych wad w pracy. W powiązaniu z ustaleniem dość krótkiego terminu realizacji poszczególnych etapów i obwarowania niedotrzymania terminu usunięcia wad wysoką karą umowną stanowi to naruszenie zasady równorzędności stosunku cywilnoprawnego. Stąd, Odwołujący wnosi albo o wydłużenie terminu zastrzeżonego dla wykonawcy na usunięcie wad albo zmniejszenia kar umownych do poziomu 0,02%.

Biorąc pod uwagę dokumentację postępowania oraz stanowiska stron zaprezentowane na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zaważyła, co następuje:

Izba uznała za słuszne stanowisko Odwołującego, iż wymóg dotyczący doświadczenia nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i utrudnia uczciwą konkurencję. W pierwszej kolejności podnieść należy, iż zdaniem Izby, ilość arkuszy mapy wymaganej przez Zamawiającego, wykonanej w ramach jednej usługi, nie przekłada się na posiadane doświadczenie.. Stanowisko powyższe jest tym bardziej uzasadnione, iż dotyczy obrotu wysoce profesjonalizowanego, gdzie wykonywanie tego rodzaju usług łączy się z koniecznością posiadania odpowiednich uprawnień art. 42 i n. ustawy z dnia 17 maja 1989 r. Prawo geodezyjne i kartograficzne, Dz. U. z 2005 r., Nr 240, poz. 2027 ze zm.). W ocenie Izby, przygotowanie przynajmniej dwóch arkuszy określonego rodzaju mapy w ramach każdej z dwóch usług, jak proponuje Odwołujący, w istotny sposób nie odbiega od doświadczenia wynikającego ze sporządzenia trzech arkuszy mapy w ramach tej samej

ilości usług. Różnica jednego arkusza, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, nie wydaje się być przesądzającą o posiadanym doświadczeniu. Zresztą sam Zamawiający w tym przedmiocie nie zaprezentował stanowiska, z którego wynikałoby, iż tak w istocie jest. Zamawiający ograniczył się bowiem jedynie do stwierdzenia, iż sporne warunki były w taki sam sposób redagowane we wcześniejszych postępowaniach i nie budziły sprzeciwu. Z powyższego wynika, iż postawiony przez Zamawiającego warunek w zakresie doświadczenia stanowi kopię wcześniejszych rozwiązań i w żaden sposób nie został zweryfikowany pod kątem doświadczenia wymaganego na potrzeby realizacji niniejszego postępowania.

W przedmiocie konieczności wykazania się usługą przyjętą do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego, Izba podziela twierdzenia Odwołującego, iż kontrola dokonywana przez odpowiednie organy, która poprzedza włączenie dokumentacji do zasobu, w istotny sposób rzutuje na termin jej przyjęcia. Zatem, za nieuzasadnione należy uznać przedmiotowe wymaganie, tym bardziej, iż prawidłowość wykonanej usługi potwierdza również zamawiający. W związku z powyższym uznać należy, iż wystarczające w tym zakresie będzie przedstawienie referencji.

Nie do przyjęcia w analizowanym przedmiocie jest pogląd Zamawiającego, iż w jego opinii jedynie przyjęcie do zasobu świadczy o posiadanym doświadczeniu i poprawności wykonanej usługi. Ustawodawca w powoływanym rozporządzeniu przyjął bowiem, iż fakt wykonania usługi stanowi o doświadczeniu, zaś procedura przyjęcia do zasobu jest odrębną procedurą administracyjną, która nie zawsze może być objęta przedmiotem zamówienia i w konsekwencji może pozostawać bez wpływu na wykonanie zamówienia. Dodatkowo, twierdzenia Zamawiającego wskazują, iż w istocie przyjęcie dokumentacji do zasobu geodezyjnego i kartograficznego traktuje jako potwierdzenia należytego wykonania zamówienia, co wobec postanowień rozporządzenia, zgodnie z którym wystarczające jest przedstawienie referencji i brak postaw do żądania ściśle określonego dokumentu, stanowi przejaw przekroczenia normy zawartej w przepisie art. 25 w zw. z § 1 ust. 1 pkt 7.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż przedmiotowe wymaganie wiąże się w istocie z żądaniem dokumentów nie wymienionych w powoływanym rozporządzeniu, a przez to nie znajduje oparcia w przepisach prawa. Błędnie bowiem Odwołujący przyjmuje, iż dostarczenie przedmiotowego dokumentu jest objęte żądaniem Zamawiającego. Nie wskazują na powyższe odpowiednie postanowienia SIWZ i ogłoszenia.

Rację należy przyznać Odwołującemu, iż budzi wątpliwości, czy intencją Zamawiającego jest, aby załączyć do oferty dokumenty potwierdzające rodzaj posiadanych uprawnień przez osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Jednocześnie załącznik nr 5 do SIWZ oraz wskazanie na formę przedstawianych dokumentów skłania do stwierdzenia, iż w istocie Zamawiający oczekuje ich przedstawienia. Niejednoznaczność

stanowiska Zamawiającego utrudnia uczciwą konkurencję i sprzyja nierównemu traktowaniu wykonawców. Ponadto, przyjmując, iż jest to żądanie bezwzględne, stwierdzić należy, iż uprawnienia nie należą do kategorii dokumentów wymienionych w cytowanym rozporządzeniu i jako takie nie mogą być przez zamawiającego wymagane. Uwzględnienie zarzutów Odwołującego w wyżej omówionych kwestiach skutkuje koniecznością dokonania modyfikacji ogłoszenia i postanowień SIWZ w sposób zaproponowany przez Odwołującego w odwołaniu.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego w pozostałym zakresie. Odwołujący nie wykazał, iż wymóg dysponowania wymaganymi konsultantami jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Wskazane przez Odwołującego trudności w pozyskaniu tychże konsultantów z pewnością nie są wystarczającą podstawą, aby niweczyć w tym względzie wymagania Zamawiającego. Zamawiający, mając na względzie należyłą staranność, ma prawo oczekiwać takiego personelu, który będzie czuwać nad fachowością wykonania zamówienia z ramienia wykonawcy. Nie sposób też przyjąć, iż terminy wykonania zamówienia będą uzależnione od możliwości dysponowania w tym terminie przez wykonawcę, rzeczonymi konsultantami. Rolą wykonawcy jest zorganizowanie procesu realizacji zamówienia i jakiegokolwiek obciążanie w tym przedmiocie Zamawiającego nie zasługuje na ochronę.

Wykonawca jest zobowiązany do wykonania zamówienia w sposób należyty, zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Jest to podstawowy obowiązek każdego wykonawcy. Nie może więc dziwić, iż stwierdzenie jakichkolwiek wad w toku wykonywania zamówienia wymaga szybkiej reakcji ze strony wykonawcy. Usuwanie usterek często wiąże się bowiem z opóźnieniem w realizacji zamówienia. Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do domagania się naprawienia błędów popełnionych przez wykonawcę w możliwie najkrótszym terminie. Zastrzeżenie 14-dniowego terminu jest wyrazem dążenia Zamawiającego do zapewnienia terminowości wykonania zamówienia i usuwania usterek na bieżąco. Nie ma żadnego powodu, aby Zamawiającemu odbierać to uprawnienie. Okoliczność, iż niedotrzymanie zastrzeżonych terminów powoduje po stronie Odwołującego obowiązek zapłaty kar umownych nie stanowi podstawy od odstąpienia od spornego wymogu, ani też do obniżenia kar i tak już ustalonych na bardzo niskim poziomie.

Podniesiona kwestia nierówności stron stosunku cywilnoprawnego została powołana przez Odwołującego w sposób, który nie uwzględnia tych samych ciężarów stron, a zatem o powyższym w ogóle nie może być mowy. Porównaniem mogłyby być co najwyżej objęte dolegliwości wynikające dla Zamawiającego z powodu nie przystąpienia do odbioru wykonanych prac z tymi, które obciążają wykonawcę w sytuacji nieterminowości realizacji prac. Nadto, zastrzeżenie tych samych terminów dla obioru i usunięcia usterek wcale nie świadczy o równości stron.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600, 00 zł.

Przewodniczący:

.....