

Sygn. akt: KIO/UZP 1285/08

WYROK
z dnia 27 listopada 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Członkowie: Jolanta Markowska

Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 listopada 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPEGIEKA Sp. z o.o., Elbląg, ul. Aleja Tysiąclecia 11 i Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno – Kartograficzne Sp. z o.o., Olsztyn, ul. 1-go maja 13** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Główny Urząd Geodezji i Kartografii, Warszawa, ul. Wspólna 2** protestu z dnia 22 października 2008 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **Zakładu Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT Sp. z o.o., Warszawa, ul. Modlińska 310 lok. 312** stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża

- **Konsorcjum firm: Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPEGIEKA Sp. z o.o., Elbląg, ul. Aleja Tysiąclecia 11 i Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno – Kartograficzne Sp. z o.o., Olsztyn, ul. 1-go maja 13** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPEGIEKA Sp. z o.o., Elbląg, ul. Aleja Tysiąclecia 11 i Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno – Kartograficzne Sp. z o.o., Olsztyn, ul. 1-go maja 13,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPEGIEKA Sp. z o.o., Elbląg, ul. Aleja Tysiąclecia 11 i Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno – Kartograficzne Sp. z o.o., Olsztyn, ul. 1-go maja 13** na rzecz **Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii, Warszawa, ul. Wspólna 2,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 17 968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPEGIEKA Sp. z o.o., Elbląg, ul. Aleja Tysiąclecia 11 i Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno – Kartograficzne Sp. z o.o., Olsztyn, ul. 1-go maja 13.**

Uzasadnienie

Zamawiający tj. Główny Urząd Geodezji i Kartografii prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na pozyskanie nazw miejscowości nie posiadających lokalizacji w Państwowym Rejestrze Nazw Geograficznych oraz weryfikację i uzupełnienie nazw obiektów fizjograficznych dla potrzeb Państwowego Rejestru Nazw Geograficznych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 września 2008 r. pod numerem 2008/S 189-250744.

W dniu 16 października 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym m.in. o wykluczeniu z udziału w postępowaniu Zakładu Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT Sp. z o.o.

Na powyższą decyzję Zamawiającego protest wniósł w dniu 22 października 2008 r. Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT Sp. z o.o. zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, art. 23 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej ustawą Pzp przez bezpodstawne wykluczenie Protestującego z udziału w postępowaniu.

Protestujący wskazał na nie dopełnienie ciężącego na Zamawiającym obowiązku podania uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o wykluczeniu Protestującego z postępowania. Wskazał, iż Zamawiający podał jedynie, iż oferta Zakładu Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT Sp. z o.o. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w sekcji III pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu. Protestujący zauważył, iż na obecnym etapie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zostały jeszcze złożone żadne oferty. Podniósł również, iż w sekcji III pkt 2 ogłoszenia zawarte są wszystkie warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu. Wobec nie wskazania przez Zamawiającego, który warunek uznał on za nie spełniony Protestujący oświadczył, iż spełnia on wszystkie warunki udziału w postępowaniu oraz odniósł się do wszystkich postawionych przez Zamawiającego warunków wskazując dokumenty, jakie złożył na potwierdzenie ich spełniania.

Protestujący wniósł o:

- unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Zakładu Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu,
- zaproszenie Protestującego do złożenia oferty dla części 1 i 4 postępowania, stosownie do dyspozycji art. 51 ust. 2 ustawy Pzp.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienie zgłosiło w dniu 27 października 2008 r. Konsorcjum firm: Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPEGIEKA Sp. z o.o. i Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno – Kartograficzne Sp. z o.o. zwane dalej Konsorcjum OPEGIEKA.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 28 października 2008 r. przez jego uwzględnienie w całości jednocześnie postanawiając zaprosić Protestującego do złożenia oferty.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodziło się Konsorcjum OPEGIEKA, które wniosło w dniu 3 listopada 2008 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, iż Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT Sp. z o.o. nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w sekcji III pkt 2.1 i 2.3 ogłoszenia o zamówieniu. Wskazał, iż z załączonego do złożonego przez Zakład Wykazu wykonanych usług (strona 18 wniosku) wynika, iż Wykonawca ten nie zrealizował usług na kwotę minimum 800 000 zł brutto. Ponadto stwierdził, iż Wykonawca ten podał nieprawdziwe dane dotyczące ilości opracowanych arkuszy – umieścił w Wykazie informację o wykonaniu 80 arkuszy, podczas gdy faktycznie opracował około 17 arkuszy.

Ponadto Odwołujący wskazał na fakt uzupełnienia przez Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT Sp. z o.o. pismem z dnia 14 października 2008 r. dokumentów, które to uzupełnienie zostało następnie wycofane pismem z dnia 15 października 2008 r. Odwołujący w związku z powyższym stwierdził, iż Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT Sp. z o.o., mimo wezwania przez Zamawiającego z dnia 13 października 2008 r., nie uzupełnił dokumentów i nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, iż skoro Protestujący nie zgadzał się z zapisami ogłoszenia o zamówieniu, to przysługiwało mu prawo do złożenia protestu na jego treść. Podkreślił, iż na obecnym etapie postępowania kwestionowanie treści ogłoszenia nie jest już możliwe.

Ponadto Odwołujący stwierdził, iż Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT Sp. z o.o. z uwagi na nie spełnianie warunków udziału w postępowaniu powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, a jego protest uznany za bezzasadny i niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust. 6 ustawy Pzp.

Odwołujący wnioskował o:

- unieważnienie czynności polegającej na uwzględnieniu protestu Zakładu Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT Sp. z o.o. i zaproszeniu Protestującego do złożenia oferty,
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia protestu Zakładu Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT Sp. z o.o.,
- dokonanie ponownej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
- nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z udziału w postępowaniu Zakładu Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT Sp. z o.o.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił pismem z dnia 25 listopada 2008 r. Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT Sp. z o.o.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

W tym stanie faktycznym, uwzględniając oryginalną dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożoną przez Zamawiającego oraz oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego złożone na rozprawie, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest niezasadne i jako takie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do wniesienia środków ochrony prawnej. Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, w którym protest na czynność oceny przez Zamawiającego spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawcy uprawnieni są wnosić jedynie na obecnym etapie postępowania.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp przez uznanie, iż Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT Sp. z o.o. spełnia warunek doświadczenia określony przez Zamawiającego w sekcji III pkt 2.1 i 2.3 ogłoszenia

o zamówieniu. W sekcji III pkt 2.1 ppkt 2a Zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawców realizacją w ciągu ostatnich 3 lat od dnia wszczęcia postępowania, a jeżeli okres działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej dwóch prac polegających na wykonaniu Bazy Danych Topograficznych (TBD) w pełnej wersji tzn. w zakresie komponentów TOPO i KARTO za łączną kwotę nie mniejszą niż 800 000 zł brutto przyjętych do Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego. Zamawiający wskazał także w tym punkcie, że punktowana będzie ilość wykonanych arkuszy TBD wg opisanej skali. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku Zamawiający żądał złożenia Wykazu wykonanych w ciągu 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia usług z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców wraz z załączonymi dokumentami potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane z należytą starannością oraz że prace zostały przyjęte do Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego. Do ww. Wykazu należało również dołączyć kserokopie wniosku potwierdzającego przyjęcie (nie wpis do ewidencji) prac do Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego. Zamawiający dodał także, iż w przypadku prac, które były wykonywane w ramach konsorcjum kilku firm należy wykazać ilość arkuszy i wartość wykonanych prac przez wykonawcę (sekcja III pkt 2.3 ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu).

Z powyższych zapisów ogłoszenia Odwołujący wywodził, iż wymóg wskazania ilości wykonanych arkuszy był częścią warunku udziału w postępowaniu. Ponadto podnosił, iż z treści ogłoszenia sekcja III pkt 2.3 ppkt 2 wynika, iż wykonawca chcąc wykazać się doświadczeniem powinien wskazać jedynie taką część dotychczas zrealizowanych zamówień, jaką wykonał samodzielnie.

Izba nie przychyliła się do stanowiska Odwołującego. Izba stwierdziła, iż postawionym przez Zamawiającego warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącym doświadczenia wykonawców było wykazanie się zrealizowaniem co najmniej dwóch prac polegających na wykonaniu Bazy Danych Topograficznych w pełnej wersji za łączną kwotę nie mniejszą niż 800 000 zł brutto przyjętych do Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego. Zapis o punktowaniu ilości wykonanych arkuszy TBD dotyczył niewątpliwie oceny wniosków w sytuacji, gdy wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złoży więcej wykonawców niż przewidział to Zamawiający. Podkreślenia wymaga fakt, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, w którym w pierwszym etapie postępowania wykonawcy składają wnioski, do których zobowiązani są dołączyć dokumenty potwierdzające spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Liczba wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do kolejnego etapu tj. do składania ofert nie jest nieograniczona. Już w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający zobowiązany jest wskazać liczbę wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert (art. 48 ust. 2 pkt 8 ustawy Pzp).

Zgodnie z dyspozycją art. 51 ust. 1 ustawy Pzp liczba ta nie może być mniejsza niż 5 i większa niż 20. W przypadku złożenia wniosków przez większą niż określona przez Zamawiającego liczbę wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu (w tym przypadku liczba ta wynosi 5 na każdą z części zamówienia – sekcja III pkt 2.1 ppkt 9 ogłoszenia), Zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków. W ocenie Izby oczywiste jest, iż zapisy ogłoszenia dotyczące punktowania ilości wykonanych arkuszy miały służyć ww. kwalifikacji.

Interpretowanie zapisów ogłoszenia o zamówieniu w ten sposób, iż wykonawca może wykazać tylko tę część zrealizowanej w poprzednich zamówieniach usługi, którą wykonywał samodzielnie, mimo realizacji całego zamówienia w ramach konsorcjum, byłoby nieuprawnione. Ustawa Pzp w art. 23 dopuszcza ubieganie się o udzielenie zamówienia przez wykonawców występujących wspólnie w tzw. konsorcjach. Nakazuje także odpowiednie stosowanie do wykonawców występujących wspólnie przepisów odnoszących się do wykonawcy (art. 23 ust. 3 ustawy Pzp). Celem ww. regulacji jest umożliwienie grupie wykonawców połączenia ich potencjału technicznego, ekonomicznego i finansowego w sytuacji, gdy wykonawcy osobno nie spełniają postawionych warunków udziału w postępowaniu. Skoro zatem istnieje możliwość zawiązania konsorcjum w celu spełniania warunku, każdemu z członków konsorcjum przysługuje prawo do wykazywania się doświadczeniem, mimo że *de facto* nabyte ono zostało w konsorcjum. Zgodnie z art. 141 ustawy Pzp, wykonawcy występujący w konsorcjum ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy, zatem konsekwencją powyższego jest możliwość wykazywania się zrealizowaniem usługi, za którą wykonawca ponosi odpowiedzialność.

W przedmiotowym stanie faktycznym Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT Sp. z o.o. wskazał w złożonym wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na zrealizowanie w ciągu ostatnich 3 lat trzech zamówień: Opracowania topograficznej bazy danych dla 19 arkuszy z terenu województwa opolskiego na kwotę 493 050 zł, Opracowania topograficznej bazy danych dla 35 arkuszy z terenu województwa dolnośląskiego na kwotę 939 400 zł oraz Opracowania topograficznej bazy danych dla 26 arkuszy z terenu województwa zachodniopomorskiego na kwotę 321 104 zł.

W dniu 13 października 2008 r. Zamawiający zwrócił się do Zakładu Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie oświadczenia o spełnianiu warunków oraz informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Tym samym pismem na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie w zakresie procentowego udziału Zakładu w wykonanych zamówieniach.

Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT Sp. z o.o. dokonał w dniu 14 października 2008 r. ww. uzupełnienia udzielając jednocześnie odpowiedzi na pytanie Zamawiającego. Następnie w dniu 15 października 2008 r. wycofał pismo z dnia 14 października 2008 r. wskazując na możliwość wykazywania w pełnym zakresie prac wykonanych w ramach konsorcjum i załączając dokumenty, o które zwrócił się Zamawiający w dniu 13 października 2008 r. Przedstawienia przez Wykonawcę ww. stanowiska nie sposób uznać za podnoszenie zarzutów wobec treści ogłoszenia o zamówieniu. Nieuzasadnione jest zatem twierdzenie Odwołującego o konieczności odrzucenia przez Zamawiającego protestu Zakładu Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT Sp. z o.o.

Wobec powyższego nie znalazł potwierdzenia pogląd Odwołującego o nie uzupełnieniu dokumentów przez Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT Sp. z o.o., bowiem wszystkie dokumenty, o uzupełnienie których zwrócił się Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zostały Zamawiającemu przekazane. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na wyraźną różnicę pomiędzy instytucją uzupełniania dokumentów, a instytucją udzielania wyjaśnień przewidzianą w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Izba stwierdziła, iż nawet w sytuacji nie udzielenia przez Wykonawcę odpowiedzi na pytanie Zamawiającego, w przypadku, gdy Zamawiający uznał, iż wystosowanie pytania było błędem, Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji takiego działania Zamawiającego.

Z uwagi na powyższe nie mają zatem znaczenia dla przedmiotowej sprawy dowody złożone przez Odwołującego w postaci oświadczenia Okręgowego Przedsiębiorstwa Geodezyjno – Kartograficznego Sp. z o.o. z dnia 21 listopada 2008 r., pisma Polskiego Przedsiębiorstwa Geodezyjno-Kartograficznego S.A. z siedzibą w Warszawie z dnia 28 sierpnia 2008 r. oraz Umowa szczegółową zawartą w dniu 30 grudnia 2005 r. w Warszawie pomiędzy Wielkopolskim Przedsiębiorstwem Geodezyjno-Kartograficznym GEOMAT Sp. z o.o. jako liderem konsorcjum a Zakładem Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT Sp. z o.o.

Podkreślenia wymaga fakt, iż zaproszenie Zakładu Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT Sp. z o.o. do składania ofert nie miało wpływu na listę wykonawców zaproszonych do kolejnego etapu postępowania tj. żaden z pozostałych Wykonawców biorących udział w postępowaniu nie został z tego tytułu wykluczony z postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886), kosztami Zamawiającego stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (zgodnie z przedłożonym rachunkiem w wysokości ograniczonej do maksymalnej kwoty określonej przepisami rozporządzenia), Izba obciążyła Odwołującego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....