

Sygn. akt: KIO/UZP 1067/08

WYROK
z dnia 17 października 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Grzegorz Mazurek
Członkowie:	Małgorzata Rakowska Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: LEHMANN + PARTNER Polska Sp. z o.o., 62-500 Konin, ul. Marii Dąbrowskiej 8, Biuro Badawczo-Projektowe Budownictwa Komunikacyjnego TRANSCOMP Sp. z o.o., 02-590 Warszawa, ul. Drużynowa 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, 50-425 Wrocław, ul. Krakowska 28** protestu z dnia 10 września 2008r.

przy udziale **DRO-KONSULT Sp. z o.o., 03-310 Warszawa, ul. Odrowąża 15** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: LEHMANN + PARTNER Polska Sp. z o.o., 62-500 Konin, ul. Marii Dąbrowskiej 8, Biuro Badawczo-Projektowe Budownictwa Komunikacyjnego TRANSCOMP Sp. z o.o., 02-590 Warszawa, ul. Drużynowa 3**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: LEHMANN + PARTNER Polska Sp. z o.o., 62-500 Konin, ul. Marii Dąbrowskiej 8, Biuro Badawczo-Projektowe Budownictwa Komunikacyjnego TRANSCOMP Sp. z o.o., 02-590 Warszawa, ul. Drużynowa 3,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: LEHMANN + PARTNER Polska Sp. z o.o., 62-500 Konin, ul. Marii Dąbrowskiej 8, Biuro Badawczo-Projektowe Budownictwa Komunikacyjnego TRANSCOMP Sp. z o.o., 02-590 Warszawa, ul. Drużynowa 3.**

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

Zamawiający – Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Opracowanie wynikowej wersji i stabilizacja elementów systemu referencyjnego na sieci dróg wojewódzkich Województwa Dolnośląskiego. Zebranie i zakodowanie w plikach wymiany o ustalonej strukturze danych technicznych do ewidencji dróg, na całej sieci dróg wojewódzkich Województwa Dolnośląskiego”.

Pismem z dnia 10.07.2008r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: Lehmann + Partner Polska Spółka z o.o. oraz Biuro Badawczo-Projektowe Budownictwa Komunikacyjnego TRANSCOMP Sp. z o.o. Ponadto poinformował o odrzuceniu oferty Konsorcjum firm: Geopolis Sp. z o.o., Tukaj Mapping Central Europe Sp. z o.o., 3D Mapping Solutions GmbH, zwane dalej Konsorcjum Geopolis wskazując, iż jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów, gdyż

pełnomocnictwa są złożone w formie kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika, podczas gdy powinny, być zgodnie z k.c., złożone w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza. Ponadto zamawiający poinformował o wykluczeniu wykonawcy Dro-Konsult z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tj. z powodu nie wniesienia wadium na okres związania ofertą – wskazał, że w ofercie tego wykonawcy brak jest dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W stosunku do powyższych rozstrzygnięć wniesiono protesty. Zamawiający oddalił protest Konsorcjum Geopolis, natomiast uwzględnił częściowo protest wykonawcy Dro-Konsult wskazując na unieważnienie decyzji o wykluczeniu z postępowania.

Od powyższych rozstrzygnięć wniesiono odwołania. W wyroku z dnia 22.08.2008r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła obydwa odwołania. Wskazano na niezasadność odwołania wniesionego przez Geopolis, natomiast w odniesieniu do odwołania wykonawcy Dro-Konsult wskazano na brak interesu prawnego gdyż w wyniku ponownej oceny ofert jaka odbędzie się po ostatecznym rozstrzygnięciu jego protestu to jego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. (KIO/UZP/816,817/08).

W dniu 4.09.2008r. zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy DRO-KONSULT sp. z o.o. – zwanego dalej również Dro-Konsult lub wykonawcą wybranym.

W dniu 10.09.2008r. protest dotyczący wyboru oferty najkorzystniejszej złożyło Konsorcjum : Lehmann + Partner Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Biuro Badawczo – Projektowe Budownictwa Komunikacyjnego Transkomp sp. z o.o. – zwane również dalej protestującym, odwołującym lub Konsorcjum Lehmann. Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Dro-Konsult, pomimo że wykonawca ten nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Ponadto zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo braku ofert nie podlegających odrzuceniu oraz naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp i art. 387 § 1 kc poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo, że obarczone jest ono wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Protestujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako oferty podlegającej odrzuceniu, ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu i ponowne dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W argumentacji wskazano, że wykonawca Dro-Konsult nie posiada wymaganego doświadczenia, gdyż ze złożonego przez niego wykazu wykonanych usług wynika, że nie odpowiadają one swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Niezgodność polega na tym, że wykonawca ten wykonywał prace inwentaryzacyjne metodą analizy zdjęć lotniczych i z zastosowaniem metody videorejestracji pasa drogowego a z SIWZ – str. 7 cz. II pkt 6 wynikało, że powinny one być wykonane na podstawie bezpośredniego pomiaru w terenie.

Kolejny zarzut dotyczył braku doświadczenia wykonawcy Dro-Konsult w wykonywaniu oceny stanu nawierzchni a w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający określił, że ocena stanu nawierzchni na odcinku 53 km powinna zostać wykonana metodą BIKB-IBDM.

Trzeci zarzut dotyczył braku doświadczenia wykonawcy Dro-Konsult w dostawach oprogramowania komputerowego pomimo, że w ocenie protestującego posiadanie takiego doświadczenia było żądane przez zamawiającego.

Czwarty zarzut dotyczył nie spełnienia wymagania - wykonania 3 zadań w okresie ostatnich 3 lat na kwotę nie mniejszą niż 800.000 zł brutto. Protestujący wskazał, że w swojej ofercie posiadał 6 zadań z których trzy pierwsze łącznie przekraczały kwotę 800.000 zł brutto a pomimo to zamawiający wezwał go do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie protestującego żaden z wykonawców w postępowaniu nie był w stanie wykazać spełnienia postawionych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający powinien wykluczyć wszystkich wykonawców z postępowania i unieważnić postępowanie.

Na koniec wskazano, że wykonanie zadania objętego przedmiotem zamówienia nie jest możliwe do wykonania w terminie do 15.12.2008r. i zgodnie z art. 387 § 1 kc „umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna” w wyniku czego postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W dniu 15.09.2008r. wykonawca Dro-Konsult zgłosił przystąpienie do postępowania protestacyjnego. Opowiedział się po stronie zamawiającego i wniósł o oddalenie protestu.

W dniu 22.09.2008r. zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu przez jego oddalenie. Wskazał na to, że w dniu 1.09.2008r. wezwał wykonawcę Dro-Konsult do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu – zgodnie z zapisem pkt 5 rodz. IV – „Warunki udziału w postępowaniu” wykazu wykonanych w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres działalności jest krótszy to w tym okresie min. 3 dostaw lub usług odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 800 000 zł brutto. W wyniku powyższego w dniu 2.09.2008r. otrzymał pismo, z którego wynika, że wykonawca Dro-Konsult w ramach zadania „Videorejestracja pasa drogowego

autostrady A2 na terenie tutejszego Oddziału wraz z wprowadzeniem danych do systemu BDD” wykonał prace zgodne z warunkami zawartymi w pkt 5 rozdział IV SIWZ.

Następnie zamawiający wskazał na nieprawidłową interpretację warunku dotyczącego posiadania doświadczenia przez protestującego. W intencji zamawiającego było wykazanie się doświadczeniem w zakresie usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia a nie udokumentowanie przez wykonawców wykonywania osobno każdej czynności wymienionej w tabeli zakres prac rozdział II Opis przedmiotu zamówienia. Tego rodzaju interpretacja prowadziłaby do nieuprawnionego zawężenia kręgu wykonawców, którzy mogliby ubiegać się o przedmiotowe zamówienie.

Zamawiający wskazał ponadto, że brak jest podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych gdyż ustalone przez niego warunki spełnia wykonawca wybrany oraz protestujący.

W dniu 25.09.2008r. protestujący złożył odwołanie. Powtórzył zarzuty oraz argumentację zawarte w proteście. Zażądał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jako oferty podlegającej odrzuceniu, ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu i ponownego dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 13.10.2008r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił wykonawca Dro-Konsult. Opowiedziano się po stronie zamawiającego i wniesiono o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ i treść oferty Przystępującego oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczony zarządzeniem Prezesa Izby do rozpatrzenia sprawy ustalił i zważył, co następuje.

Z cz. IV pkt 5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wynika, że o udzielenie zamówienia będą mogli ubiegać się wykonawcy, którzy złożą ważną i odpowiednią ofertę oraz wykonali w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres działalności jest krótszy, to w tym okresie minimum 3 odpowiadające swoim rodzajem dostawy lub usługi stanowiącym przedmiot zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 800 000,00 zł brutto.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej z literalnego brzmienia tego zapisu wynika, że zamawiający żądał doświadczenia w wykonywaniu zamówień rodzajowo odpowiadających przedmiotowi zamówienia na łączną kwotę 800 000,00 zł brutto. Wynika to z określenia „odpowiadające swoim rodzajem” oraz z określenia „na kwotę nie mniejszą niż 800 000,00 zł

brutto” bez dodatkowego określenia „każde”. Zamawiający, który chciałby udokumentowania doświadczenia identycznego z opisem przedmiotu zamówienia powinien w określeniu warunku udziału w postępowaniu użyć określenia wskazującego na to bezpośrednio, takiego jak „tożsame” a tymczasem użył określenia „odpowiadające swoim rodzajem”.

W tej sytuacji Krajowa Izba Odwoławcza po dokonaniu porównania dokumentów złożonych w ofercie wykonawcy Dro-Konsult z wymaganiami zamawiającego stwierdza, że pięć wykonanych usług wskazanych w ofercie Dro-Konsult rodzajowo odpowiada przedmiotowi zamówienia i łącznie daje kwotę większą niż 800 000 zł. Ogólne określenie zamawiającego w zakresie wymaganego doświadczenia wskazuje na konieczność uznania dokumentów potwierdzających wykonanie czynności, które będą rodzajowo podobne do przedmiotu zamówienia.

Opracowanie systemu referencyjnego dla sieci dróg wojewódzkich oraz wykonanie ewidencji wybranych dróg wojewódzkich dla Zarządu Dróg Wojewódzkich w Olsztynie, wykonanie ewidencji dróg powiatowych Powiatu Piskiego, wykonanie ewidencji dróg powiatowych Powiatu Świdnickiego znajdujących się w administracji Służby Drogowej Powiatu Świdnickiego jak i videorejestracja pasa drogowego Autostrady A2 na terenie oddziału GDDKiA w Łodzi z wprowadzeniem danych do systemu Banku Danych Drogowych stanowią zamówienia rodzajowo podobne do przedmiotu zamówienia. Okoliczność, że przedmiot zamówienia będzie wykonywany przy użyciu metody pomiaru bezpośredniego nie ma w tym przypadku decydującego znaczenia ze względu na ogólność wymagania zamawiającego. Zamawiający, w którego intencji byłoby zawężenie wymaganego doświadczenia do wykonywania zadań określoną metodą powinien wyraźnie wskazać na to wymaganie. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że ogólne sformułowania zawarte w SIWZ, pozwalające nawet na różną interpretację przez wykonawców nie powinny powodować negatywnych skutków dla wykonawców biorących udział w postępowaniu. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8.10.2008r. oraz Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 29.12.2006r. wskazały, że niejednoznaczność zapisów SIWZ i wątpliwości związane z różnymi interpretacjami zapisów nie powinny powodować negatywnych skutków dla wykonawcy (UZP/ZO/0-3012/06, KIO/UZP 1020/08).

Z uwagi na powyższe za bezzasadne należało uznać wszystkie zarzuty związane doświadczeniem wykonawcy Dro-Konsult – zarówno związane z rodzajem prac, jakich w ocenie odwołującego nie wykonywał ten wykonawca lub nie potwierdził ich wykonywania, jak również z wartością tych prac.

W tym stanie sprawy KIO uznała za nieprawidłowe wezwanie do uzupełnienia dokumentów skierowane do Dro-Konsult w dniu 1.09.2008r., gdyż w ocenie KIO zarówno protokół zdawczo odbiorczy dotyczący wykonania ewidencji dróg i ulic powiatowych dla Powiatu Piskiego, jak i protokół odbioru końcowego dotyczący wykonania ewidencji dróg

powiatowych Powiatu Świdnickiego znajdujących się w administracji Służby Drogowej Powiatu Świdnickiego potwierdzały w jednoznaczny sposób należyte wykonanie tych zamówień. Z uwagi na to, że naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania, gdyż wykonawca ten nie został wykluczony – Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że nie stanowi to powodu do unieważnienia postępowania.

Odnosnie zarzutu dotyczącego unieważnienia postępowania z powodu niemożności świadczenia - należało wskazać, że odwołujący nie udowodnił, że zamówienie nie ma możliwości realizacji do dnia 15.12.2008r. Z art. 6 kc wynika, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Okoliczność niemożności wykonania zamówienia wynika jedynie z twierdzenia odwołującego. Na tę okoliczność oświadczenie złożył również prezes zarządu wykonawcy Dro-Konsult – twierdząc, że w jego ocenie jest w stanie wykonać to zamówienie do dnia 15.12.2008r. W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że unieważnienie postępowania byłoby bezpodstawne, gdyż taka podstawa jak niemożność wykonania zamówienia nie została w wystarczający sposób udowodniona.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

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

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, 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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*