

Sygn. akt KIO/UZP 27/08

WYROK
z dnia 5 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Marek Koleśnikow

Izabela Kuciak

Protokolant: Edyta Skowrońska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lutego 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Gildia Sp. z o.o., P.P.U.H. Elmat Sp. z o.o., ul. Rudnicka 26, Lublin** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Edukacji Narodowej, al. J. Ch. Szucha 25, Warszawa** protestu /~~protestów~~* z dnia 28 grudnia 2007 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego..... po stronie odwołującego się oraz - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 .oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Gildia Sp. z o.o., P.P.U.H. Elmat Sp. z o.o., ul. Rudnicka 26, Lublin**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4056 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćdziesiąt sześć złotych, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum: Gildia Sp. z o.o., P.P.U.H. Elmat Sp. z o.o., ul. Rudnicka 26, Lublin**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) przez **Konsorcjum: Gildia Sp. z o.o., P.P.U.H. Elmat Sp. z o.o., ul. Rudnicka 26, Lublin** na rzecz **Ministerstwo Edukacji Narodowej, al. J. Ch. Szucha 25, Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego
- 3) dokonać wpłaty kwoty zł ... gr (słownie:.....) przez 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: Gildia Sp. z o.o., P.P.U.H. Elmat Sp. z o.o., ul. Rudnicka 26, Lublin**

Uzasadnienie

Ministerstwo Edukacji Narodowej prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest Wyposażenie CKU, CKP i szkół zawodowych w stanowiska do egzaminów zawodowych cz. III. Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na 9 części, dopuszczając możliwość składania ofert częściowych. Przedmiotem części 7 – zawód technik geodeta jest dostawa niwelatorów samopoziomujących, tachimetrów elektrooptycznych w ilości 430 sztuk każdego z nich.

W odniesieniu do tej części zamówienia publicznych protest wniósł Wyposażenie Stacji Obsługi Pojazdów Sp. z o.o. ubiegający się o udzielenie zamówienia wraz z Geotronics Polska Sp. z o.o. (Konsorcjum WSOP). Konsorcjum WSOP zarzuciło, iż przez zaniechanie wykluczenia z postępowania i w konsekwencji zaproszenie do składania ofert wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Gildia Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe ELMAT Sp. z o.o. (Konsorcjum GILDIA) Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3, art. 51 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 22 ust. 1 pkt 2 i 4, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 roku, Nr 223 poz. 1655) oraz w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy oraz na zasadzie związku przyczynowo-skutkowego spowodowałyby to naruszenie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy. Dodatkowo protestujący stwierdził, iż czynności Zamawiającego naruszyły art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2005 roku, Nr. 14, poz. 114 ze zm.), art. 5 i art. 58 par. 1 i 2 k.c. w związku z art. 14 ustawy a ponadto naruszają art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

W uzasadnieniu protestu Konsorcjum WSOP wskazało, że z wykazu wykonanych dostaw przedłożonych przez Konsorcjum GILDIA oraz potwierdzających je dokumentów wynika, że Konsorcjum GILDIA nie posiada doświadczenia umożliwiającego ubieganie się o udzielenie zamówienia, gdyż nie zrealizowało, co najmniej jednej dostawy odpowiadającej swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia. W oparciu o treść Ogłoszenia o zamówieniu Konsorcjum WSOP wywiodło, że wyłącznie dostawa dotycząca urządzeń objętych przedmiotem zamówienia o wartościach wskazanych w Ogłoszeniu poświadcza spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Powołując się na treść dokumentów złożonych z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez Konsorcjum GILDIA oraz posiadane przez siebie informacje, Konsorcjum WSOP podniosło, że wartość niwelatorów samopoziomujących wykazanych przez Konsorcjum GILDIA nie odpowiadała wartości wymaganej przez Zamawiającego.

Konsorcjum WSOP zaznaczyło również, że z uwagi na fakt, że ze złożonych dokumentów jednoznacznie wynika brak spełniania warunków nie może być zastosowany art. 26 ust. 3 ustawy.

Wskazując na powyższe Konsorcjum WSOP domagało się:

- unieważnienia decyzji Zamawiającego o zaproszeniu Konsorcjum GILDIA do złożenia oferty w części 7 postępowania,
- wykluczenia Konsorcjum GILDIA z postępowania i w ślad za tym odrzucenia jego oferty.

Do postępowania wszczętego w wyniku wniesienia protestu po stronie Zamawiającego z zachowaniem ustawowego terminu przystąpiło Konsorcjum GILDIA domagając się oddalenia protestu jako bezzasadnego.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 7 stycznia 2008 roku. Postanowił „uwzględnić wniesiony protest w ten sposób, że powróci do etapu badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz zastosuje się do dyspozycji art. 26 ust. 3 i 4 ustawy w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy oraz oddalić w pozostałym zakresie”.

Wobec powyższego Konsorcjum GILDIA złożyło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zaś Konsorcjum WSOP złożyło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W treści odwołania Konsorcjum GILDIA podniosło zarzuty naruszenia art. 70¹ § 4 K.c. w związku z art. 14 ustawy przez postępowanie niezgodnie z postanowieniami ogłoszenia, art. 38 ust. 5 ustawy wobec dokonanej de facto modyfikacji warunków udziału w postępowaniu oraz opisu oceny ich spełniania, art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy przez uznanie, iż w odniesieniu do Odwołującego zachodzą przesłanki zastosowania tego przepisu, art. 26 ust. 3 i 4 przez uznanie, że zachodzą przesłanki do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i ich wyjaśnienia, art. 51 ust. 1 ustawy poprzez uznanie, iż zachodzą przesłanki umożliwiające ponowne badanie wniosków oraz art. 7 ust. 1 ustawy – naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W uzasadnieniu odwołania Konsorcjum GILDIA wywiodło, iż z treści Ogłoszenia wynika, że warunek dotyczący posiadania doświadczenia umożliwiającego ubieganie się o udzielenie zamówienia został opisany w ten sposób, że Zamawiający wymaga realizacji dostawy, w skład której wchodzi niwelator lub tachimetr elektrooptyczny, zaś wartość ma się odnosić do całości dostawy nie tylko do ww. urządzeń.

Wskazując na powyższe Konsorcjum GILDIA wniosło o: nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności rozstrzygnięcia protestu oraz powtórzenie czynności rozstrzygnięcia protestu przez oddalenie go w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania, oryginałów wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz wysłuchała oświadczeń stron złożonych na rozprawie.

W oparciu o powyższe Krajowa Izba Odwoławcza zważyła i ustaliła, co następuje.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w DzOPWE w dniu 13 listopada 2007 roku pod numerem 2007/S 218 - 2656647.

W postępowaniu złożono 5 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Do dnia rozpatrzenia odwołania Zamawiający dokonał czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawców, nie kierował zaproszenia do składania ofert.

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania. Zarzuty protestu wniesionego przez Konsorcjum WSOP dotyczyły zaniechania wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia. W razie ostatecznego rozstrzygnięcia protestu polegającego na uwzględnieniu zawartych w nim zarzutów Odwołujący byłby zagrożony eliminacją go z postępowania. Jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku.

Rozstrzygnięcie protestu przez Zamawiającego, przeciwko któremu Odwołujący podnosi zarzuty nie jest czynnością w postępowaniu *sensu stricto*. Jednak w aktualnym stanie prawnym i na obecnym etapie postępowania, Odwołujący składając protest a następnie odwołanie zabezpiecza swój interes prawny w prowadzonym postępowaniu.

Zgodnie z art. 191 ust. 3 zd. 1 Izba rozpoznaje odwołanie w granicach zarzutów zawartych w proteście. Odwołujący skonkretyzował swoje stanowisko dopiero w odwołaniu. Podniesione w nim zarzuty naruszenia art. 70¹ § 4 k.c. w związku z art. 14 ustawy, art. 38 ust. 5 ustawy nie mogą być przedmiotem postępowania odwoławczego.

Podstawą faktyczną sporu jest treść pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu.

Zamawiający ustanowił w nim warunek wykazania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, że w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonali co najmniej 1 dostawę, której przedmiotem był co najmniej jeden rodzaj urządzeń spośród urządzeń odpowiadających przedmiotowi zamówienia (t.j. następujące rodzaje: tachimetr elektrooptyczny, niwelator samopoziomujący), łączna wartość wykazanych dostaw minimum 400.000 zł brutto. Na potwierdzenie spełniania tego warunku, wykonawcy zostali zobowiązani do złożenia wykazu wykonanych lub wykonywanych dostaw odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu (z opisu powinno jednoznacznie wynikać, że dostawa ta zawierała urządzenia wymienione

w Ogłoszeniu), dat wykonania (miesiąc, rok rozpoczęcia i zakończenia każdej dostawy) i odbiorców oraz dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały zrealizowane należycie.

Treść tego postanowienia Ogłoszenia powtarza brzmienie §1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605).

Okolicznością sporną między stronami jest, czy dokumenty przedłożone przez Odwołującego poświadczają posiadanie przez niego doświadczenia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Istotą sprawy jest ustalenie, czy wartość 400.000 zł wskazaną w pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu powinno odnosić się wyłącznie do urządzeń będących przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z dyrektywą 2004/18/WE zamawiający może określić „minimalne wymagania związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia publicznego”. Cytowany wyżej przepis rozporządzenia mówi o dostawach odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia.

Zdaniem Izby pogląd, iż w postępowaniu należy badać doświadczenie wykonawców jedynie w odniesieniu do tachimetrów elektrooptycznych oraz niwelatorów samopoziomujących znajduje oparcie, zarówno w ww. przepisach, jak również został jednoznacznie opisany w Ogłoszeniu o zamówieniu. Zamawiający w treści Ogłoszenia wskazał, że pod pojęciem „rodzaj” rozumie tachimetr elektrooptyczny, bądź niwelator samopoziomujący. Definicja dostaw odpowiadających rodzajem przedmiotowi zamówienia ustalona w treści Ogłoszenia nie była przedmiotem protestu w postępowaniu.

Dotychczasowa ugruntowana linia orzecznicza wskazuje, że Zamawiający ma prawo do takiego opisanie warunków udziału w postępowaniu, aby zapewnić realizację postawionego sobie celu tzn. wyłonienie wykonawcy, który będzie w stanie należycie wykonać zamówienie. Granicę kompetencji Zamawiającego w tym zakresie określają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust.1 ustawy). Izba stwierdza, że przy ustanowieniu warunku udziału w postępowaniu stanowiącego podstawę faktyczną sporu zasady te nie zostały naruszone. W szczególności wymagana wartość zrealizowanych dostaw 400.000 zł (osiągnięta w realizacji dostaw, których liczba nie była ograniczona) wobec szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia 7.436.885, 25 zł oraz zakresu przedmiotu zamówienia w ilości 860 szt. nie jest nadmierna.

Argumentacja Odwołującego przedstawiona na rozprawie, iż z uwagi na specyfikę tego rodzaju zamówień dostawy urządzeń objętych przedmiotem zamówienia realizowane są w pakiecie, nie zaś przez dostarczenie jedynie tachimetrów elektrooptycznych lub niwelatorów samopoziomujących i w związku z tym przy ocenie spełniania warunków

zamawiający winien uwzględnić dostawy sprzętu geodezyjnego a nie wyłącznie urządzeń będących przedmiotem zamówienia, nie zasługuje na uwzględnienie. Izba stwierdza, że nie znajduje on oparcia w dokumentach złożonych w postępowaniu przez innych ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców. Ponadto na obecnym etapie postępowania zarzut taki nie może być traktowany inaczej jak spóźniony protest na treść Ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący wraz z wnioskiem o dopuszczenie go do udziału w postępowaniu przedstawił wykaz wykonanych dostaw (str. 33 wniosku) oraz złożył dwa dokumenty poświadczające ich należyte wykonanie (str. 34 i 35 wniosku). Łączna wartość wykonanych dostaw - 422.000 zł. Przedstawione dostawy obejmowały prócz niwelatorów samopoziomujących również zagęszczarki, ubijaki, agregaty prądotwórcze, przecinarki spalinowe oraz młoty hydrauliczne. Wykazana przez Odwołującego wartość odnosiła się do wszystkich wymienionych maszyn i urządzeń.

W ocenie Izby treść przedłożonych przez Odwołującego dokumentów nie wskazuje w sposób nie budzący wątpliwości, iż spełnia on warunek udziału w postępowaniu postawiony przez Zamawiającego z zakresie doświadczenia (art. 22 ust. 1 pkt 2 *in initio* ustawy).

Izba wskazuje, że przepisy prawa, w tym przepisy rozporządzenia nie statuuje wymagań formalnych, jakie powinny spełniać dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia (referencje), w szczególności nie wymagają wskazania wartości poszczególnych elementów wchodzących w skład dostaw. Nie upoważnia to jednak Zamawiającego do odstąpienia od ich weryfikacji. Przeciwnie - art. 24 ust. 1 i 2 ustawy ma charakter imperatywny i Zamawiający jest obowiązany wykluczyć wykonawców w razie stwierdzenia którejs z przesłanek zawartych w tym przepisie.

Zamówienia publiczne powinny być udzielane w warunkach konkurencji. Ostatnie zmiany ustawy Prawo Zamówień Publicznych zmierzały do tego, aby z przyczyn formalnych nie byli eliminowani z postępowania wykonawcy, którzy spełniają określone przez Zamawiającego warunki ubiegania się o zamówienie. Temu celowi służą procedury uzupełniania dokumentów i składania wyjaśnień do treści dokumentów opisane w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy.

Analiza wniosków złożonych przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w części 7 postępowania – zawód technik geodeta wskazuje, wobec wskazanej wyżej treści dokumentów przedstawionych przez Odwołującego, że Zamawiający trafnie zamierza zastosować wyżej wymienione przepisy.

Wobec tak ustalonego stanu sprawy Izba stwierdza, że rozstrzygnięcie protestu przez Zamawiającego było prawidłowe. Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając powyższe na uwadze należało orzec jak w sentencji na podstawie art.191 ust. 1 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Za uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika, na podstawie przedłożonego rachunku, przyznano kwotę 3600,00 zł stosownie do par. 4 ust. 1 pkt 2b 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. Nr 128, poz. 886).

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/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*