

Sygn. akt KIO/UZP 1187/09

**WYROK**

**z dnia 5 października 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Członkowie: Emil Kuriata  
Luiza Łamejko**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EUROSYSTEM Sp. z o.o., GEOMATIC Sp. z o.o., ComArch S.A., ul. Armii Krajowej 9A, 41-506 Chorzów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, ul. Wybrzeże J. Słowackiego 12-14, 50-411 Wrocław** protestu z dnia 23 lipca 2009 r.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne w Krakowie Sp. z o.o., Warszawskie Przedsiębiorstwo Geodezyjne S.A., Polskie Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne S.A., Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne w Lublinie Sp. z o.o., ul. Grzegórzecka 10, 31-530 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1 . Uwzględnia odwołanie i nakazuje w ramach zadania nr 2 i 4 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia Odwołującego się z postępowania oraz powtórzenie czynności oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, ul. Wybrzeże J. Słowackiego 12-14, 50-411 Wrocław** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum: EUROSYSYSTEM Sp. z o.o., GEOMATIC Sp. z o.o., ComArch S.A., ul. Armii Krajowej 9A, 41-506 Chorzów,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Województwo Dolnośląskie – Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego, ul. Wybrzeże J. Słowackiego 12-14, 50-411 Wrocław** na rzecz **Konsorcjum: EUROSYSYSTEM Sp. z o.o., GEOMATIC Sp. z o.o., ComArch S.A., ul. Armii Krajowej 9A, 41-506 Chorzów,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: EUROSYSYSTEM Sp. z o.o., GEOMATIC Sp. z o.o., ComArch S.A., ul. Armii Krajowej 9A, 41-506 Chorzów.**

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „zebranie, zorganizowanie w odpowiednie struktury danych i integracja danych w ciągłą bazę dla potrzeb „Bazy Danych Topograficznych (TBD)” oraz import bazy do struktur Oracle Spatial, w ramach realizacji projektu współfinansowanego z Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Dolnośląskiego na lata 2007-2013 pod nazwą „Budowa systemu Bazy Danych Topograficznych jako platformy Dolnośląskiego Systemu Informacji Przestrzennej – II etap

realizacji." Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 11 kwietnia 2009 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod nr 2009/S 71-103156.

W dniu 23 lipca 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności dotyczących zadania nr 2 i 4, tj. wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia Odwołującego się z postępowania oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej we wskazanych zadaniach, z ostrożności procesowej - zaniechaniu zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 lub ust. 4 ustawy Pzp wobec Odwołującego się. Powyższe, zdaniem Odwołującego się, stanowi naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 22 ust. 1, art. 24 ust. 3, art. 26 ust. 3 i 4, zatem winno skutkować: unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia Odwołującego się z postępowania i dokonaniem wyboru oferty Odwołującego się, z ewentualnym wcześniejszym wezwaniem Odwołującego się do złożenia, w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, oświadczeń, dokumentów lub wyjaśnień.

Pismem z dnia 3 lipca 2009 r. Zamawiający wezwał Odwołującego się, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, m.in. do "uzupełnienia wymaganych w przedmiotowym postępowaniu dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu", w zakresie posiadanego doświadczenia zawodowego, w realizacji "co najmniej jednej usługi o podobnym charakterze do przedmiotu zamówienia obejmującej wykonanie minimum jednego arkusza mapy w skali 1: 10 000 (około 20 km<sup>2</sup> powierzchni) (...), co najmniej 1 usługi polegającej na migracji danych przestrzennych do struktur Oracle Spatial, za łączną kwotę minimum 50 000 PLN."

Zamawiający w przedmiotowym wezwaniu wskazał, iż "Wykonawca w przedstawionym wykazie wykonanych usług podał, że zrealizował dla Głównego Geodety Kraju oraz dla Marszałka Województwa Podlaskiego usługę, tj. "Zebranie i zorganizowanie w odpowiednie struktury danych dla potrzeb Bazy Danych Topograficznych (TBD) oraz wykonanie wydruków zawartości bazy danych zgodnie z wytycznymi technicznymi dla 44 ark. z obszaru województwa Podlaskiego", jednak Wykonawca nie przedstawił dokumentu potwierdzającego przyjęcie tych usług do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego" oraz wskazał, iż "usługa zrealizowana dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Opolskiego (...) nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego, ponieważ nie dotyczyła wykonania pełnego zakresu tematycznego TBD (komponentu TOPO), a jedynie TBD w ujęciu warstwowym dla sieci dróg i budowli mostowych".

Odwołujący się ustosunkował się do przedmiotowego wezwania Zamawiającego pismami z dnia 6 i 8 lipca 2009 r. Odwołujący się wskazał, iż wbrew twierdzeniu Zamawiającego, do oferty Odwołującego się, na stronie 101 i 102, dołączony został protokół odbioru końcowego prac, z którego wynika zakres wykonywanych prac oraz w pkt. III.2 na

stronie 102, znajduje się przedmiotowa informacja o przekazaniu prac do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego. Niemniej jednak, z najdalej posuniętej ostrożności, Odwołujący się w załączeniu ponownie przedłożył wymagany przez Zamawiającego dokument potwierdzający przyjęcie przedmiotowej pracy kartograficznej o nr KERK N-34-06/06.

Odwołujący się poinformował ponadto Zamawiającego, iż jego zdaniem, w odniesieniu do usługi zrealizowanej dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Opolskiego, złożone przez niego dokumenty są kompletne i wezwał Zamawiającego, aby "wskazał, jakie widzi w nich braki". Odwołujący się oświadczył, iż przedmiot zamówienia realizowany dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Opolskiego był zrealizowany w zakresie komponentu TOPO. "Zakres opracowania obejmował całe województwo opolskie, opracowanie zostało wykonane w układzie współrzędnych płaskich prostokątnych „1992”. Materiałami źródłowymi były dane pobrane z WODGiK oraz CODGiK i inne wskazane w warunkach technicznych. Powyższe warstwy tematyczne były zaktualizowane w terenie oraz skontrolowane poprzez kontrolę terenową przez przedstawicieli komisji z WODGiK i CODGiK. Całość opracowania jest zgodna z zarządzeniem porządkowym nr 4 Głównego Geodety Kraju z dnia 10 marca 2003 r. w sprawie Wytycznych Technicznych "Baza Danych Topograficznych (TBD) - wersja I" (Główny Geodeta Kraju, marzec 2003) wraz z dodatkowymi wyjaśnieniami, modyfikacjami. Zgodnie z SIWZ przyjęto schemat aplikacyjny TBD 1.36. Wygenerowano pliki XML, które zostały skontrolowane Aplikacją R oraz Aplikacją O". Jednocześnie Odwołujący się zgłosił gotowość złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie przedmiotowych dokumentów.

W dniu 16 lipca 2009 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu Odwołującego się z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, w uzasadnieniu podając, że "Wykonawca nie posiada niezbędnej wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia, ponieważ wszystkie usługi dotyczące wykonania minimum jednego arkusza TBD przedstawione w wykazie wykonanych usług nie spełniają wymogów stawianych przez zamawiającego tj. usługa zrealizowana dla Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii oraz Marszałka Województwa Podlaskiego, w którym Wykonawca był jednym z członków konsorcjum, nie potwierdza jego faktycznego wkładu w realizację ww. zamówienia.

Zamawiający postrzega doświadczenie Wykonawcy w zakresie "Zebrania i zorganizowania w odpowiednie struktury danych dla potrzeb Bazy Danych Topograficznych (TBD) oraz wykonanie wydruków zawartości bazy danych zgodnie z wytycznymi, dla 44 arkuszy z obszaru woj. podlaskiego" w kategoriach faktycznych, a nie prawnych. Tym samym kwestionuje wykazane doświadczenie, co potwierdzone zostało pismem uzyskanym z Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii o faktycznie wykonanym zakresie prac uczestnika

konsorcjum InterTIM Ludmiła Pietrzak - EUROSYSYSTEM Sp. z. o.o. Dowodem na powyższe stwierdzenia jest między innymi fakt, że firma EUROSYSYSTEM Sp. z. o.o. nie figuruje w bazie TOPO w atrybutach specjalnych, jako wykonawca arkusza bądź warstwy.

Usługa pn. "Zebranie i zorganizowanie w zdefiniowane struktury danych dotyczących sieci dróg i budowli mostowych województwa opolskiego dla potrzeb bazy Danych Topograficznych (TBD) zrealizowana dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Opolskiego, nie spełnia wymagań postawionych przez zamawiającego, ponieważ nie dotyczy wykonania pełnego zakresu tematycznego TBD (komponentu TOPO), a jedynie TBD w ujęciu warstwowym dla sieci dróg i budowli mostowych.

Usługa zrealizowana dla Ministerstwa Transportu Turcji, nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego, ponieważ nie dotyczy wykonania pełnego zakresu tematycznego TBD (komponentu TOPO), a jedynie wsparcia technicznego w zakresie oceny potrzeb infrastruktury transportu."

Zdaniem Odwołującego się, twierdzenie Zamawiającego jest nieprawdziwe. Odwołujący się spełnia postawiony przez Zamawiającego warunek udziału, co wynika z przedłożonych Zamawiającemu oświadczeń i dokumentów. Jeśli Zamawiający ma jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie, to powinien był zwrócić się do Wykonawcy o uzupełnienie bądź wyjaśnienie złożonych oświadczeń i dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący się podnosi, iż przepisy obowiązującego prawa nie przewidują możliwości zwrócenia się przez Zamawiającego z żądaniem przedłożenia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w przedmiocie spełniania warunków udziału w postępowaniu do jakiegokolwiek innego podmiotu niż Wykonawcy. Czynność taka, jako nie posiadająca podstawy prawnej, jest niedopuszczalna. Odwołujący się wskazuje ponadto, iż Zamawiający nie udostępnił mu pisma uzyskanego od Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii o faktycznie wykonanym zakresie prac uczestnika konsorcjum: InterTIM Ludmiła Pietrzak, Eurosystem Sp. z o.o., o którym Zamawiający wspomina w uzasadnieniu pisma z dnia 16 lipca 2009 r. Odwołujący się nie miał zatem możliwości ustosunkowania się do powyższych twierdzeń oraz podjęcia efektywnej obrony. Zamawiającym był Główny Geodeta Kraju, za którego działał Marszałek Województwa Podlaskiego, zatem zadziwiające i zastanawiające jest, dlaczego Zamawiający zwracał się do Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii, a nie do Marszałka Województwa Podlaskiego, u którego znajduje się dokumentacja postępowania. Zamawiający powołuje się na pismo Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii, z którego wynika faktycznie wykonany zakres prac uczestnika konsorcjum InterTIM Ludmiła Pietrzak, EUROSYSYSTEM Sp. z. o.o. Dowodem na powyższe stwierdzenia jest między innymi fakt, że firma EUROSYSYSTEM Sp. z. o.o. nie figuruje w bazie TOPO w atrybutach specjalnych, jako wykonawca arkusza bądź warstwy. Tymczasem w innej, ale analogicznej, jeśli chodzi o

warunki udziału, sprawie, Główny Urząd Geodezji i Kartografii uznał wiedzę i doświadczenie firmy EUROSYSTEM Sp. z o.o., uzyskane wspólnie z InterTiM Ludmiła Pietrzak. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na "Opracowanie elementów referencyjnej bazy danych przestrzennych w ramach realizowanego projektu Geoportal 2 w zakresie: Opracowaniu obiektów klasy budynki wraz punktami adresowymi dla województw łódzkiego, lubuskiego, lubelskiego, warmińsko - mazurskiego, wielkopolskiego oraz dla części województw podkarpackiego, podlaskiego, opolskiego, pomorskiego, śląskiego, zachodniopomorskiego, świętokrzyskiego i małopolskiego, w zakresie Części VIII - Główny Urząd Geodezji i Kartografii wybrał ofertę firmy EUROSYSTEM Sp. z o.o., na skutek protestu, przyznając rację, że EUROSYSTEM Sp. z o.o. może wykazywać się wiedzą i doświadczeniem uzyskaną wspólnie z InterTiM Ludmiła Pietrzak. Chodziło o tę samą usługę zrealizowaną dla Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii oraz Marszałka Województwa Podlaskiego.

Zamawiający twierdzi, że firma EUROSYSTEM Sp. z o.o. nie figuruje w bazie TOPO w atrybutach specjalnych jako wykonawca arkusza bądź warstwy, a w domyśle zarzuca, że to tylko InterTiM Ludmiła Pietrzak może wykazywać się nabytą wiedzą i doświadczeniem w zakresie zamówienia zrealizowanego dla województwa podlaskiego. Zamawiający narusza w ten sposób przepisy ustawy Pzp, ponieważ kwestionując wiedzę i doświadczenie uzyskane wspólnie z inną firmą, kwestionuje sens wspólnego, w ramach konsorcjów, realizowania zamówień.

Niejasne jest dla Odwołującego się, dlaczego Zamawiający uważa, że firma EUROSYSTEM Sp. z o.o. nie wykonała faktycznie prac składających się na wiedzę i doświadczenie w niniejszym zamówieniu. InterTiM Ludmiła Pietrzak była pełnomocnikiem firmy EUROSYSTEM Sp. z o.o., która wspólnie zrealizowała prace. Ponadto, w świetle przepisów prawa, jak i orzecznictwa, znaczenie ma uczestnictwo w konsorcjum, a nie faktyczny podział zadań w jego ramach.

W przypadku przedmiotowych prac każdy wykonawca/konsorcjum ma na samym początku realizacji usługi nadawany przez GUGiK identyfikator (jak w zbiorze ID wykonawcy) i ten identyfikator wraz z nazwami firm, które są do niego przypisane należy wpisywać do tego pliku metadanych. Tym identyfikatorem posługuje się podczas całej pracy. Plik ID wykonawcy (otrzymany z CODGIK) zawiera wykaz wszystkich identyfikatorów, jakie były nadawane kolejnym wykonawcom TBD do połowy roku 2007. Być może doszło do sytuacji, że InterTiM Ludmiła Pietrzak (lider konsorcjum firm: InterTiM Ludmiła Pietrzak i EUROSYSTEM Sp. z o.o.) we wniosku o nadanie ID wykonawcy wpisała tylko InterTiM Ludmiła Pietrzak i być może CODGIK, na tej podstawie, przydzielił identyfikator tylko InterTiM Ludmiła Pietrzak. Nawet jeśli jednak tak się stało, to nie może to mieć znaczenia dla oceny wiedzy i doświadczenia firmy EUROSYSTEM Sp. z o.o. W przypadku usługi dla

województwa podlaskiego akurat lider/pełnomocnik zajął się m.in. czynnościami formalnymi - zgłaszaniem roboty, przekazywaniem, oddawaniem itp. Nie wykonywał za to innych rzeczy dla całości opracowania, które dla odmiany wykonywał EUROSYSTEM Sp. z o.o. Jeśli InterTIM Ludmiła Pietrzak wpisywała w pewne dokumenty tylko swoją firmę a nie wykonawcę wybranego zgodnie z ustawą Pzp - czyli konsorcjum - to taka techniczna czynność nie może przesądzać o tym, czy EUROSYSTEM Sp. z o.o. jest wykonawcą tej pracy, czy nie. Jest sprawą zupełnie oczywistą, że oferentem w postępowaniu w 2006 r. było konsorcjum firm EUROSYSTEM Sp. z o.o. i InterTIM Ludmiła Pietrzak (umowa konsorcjum, oferta, pełnomocnictwo, ogłoszenie roboty w CODGiK).

Zamawiający nie ma prawa dopuszczać do przedmiotowego zamówienia jedynie wykonawców spełniających samodzielnie warunek wiedzy i doświadczenia. Należy stwierdzić, że zgodnie z art. 23 ust 1 i 3 ustawy Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, a przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do takich wykonawców. W przypadku wspólnego zrealizowania zamówienia przez dwóch wykonawców działających na podstawie umowy konsorcjum, obaj wykonawcy uzyskują doświadczenie w wykonywaniu tego zamówienia i nie może mieć znaczenia, że jeden z nich był liderem (pełnomocnikiem), a drugi członkiem konsorcjum. Realizując wspólnie zamówienie obaj wykonawcy ponoszą solidarną odpowiedzialność za jej wykonanie i wspólnie uzyskują niezbędne doświadczenie w realizacji prac będących przedmiotem zamówienia. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obaj wykonawcy mogą posługiwać się otrzymanymi dokumentami referencyjnymi.

Z art. 141 ustawy Pzp wynika, że wykonawcy wspólnie ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Nie można zatem zamówienia wykonanego wspólnie przez członków konsorcjum dzielić na poszczególne części i w rezultacie przypisywać wykonawcom tylko częściowy udział w realizacji przedsięwzięcia. Solidarna odpowiedzialność wykonawców polega na tym, że zamawiający może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich wykonawców łącznie, od kilku z nich bądź od każdego z osobna, a zaspokojenie zamawiającego przez któregośkolwiek z wykonawców zwalnia pozostałych (art. 366 Kodeksu cywilnego). Na poparcie powyższych twierdzeń Odwołujący się wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO/UZP 110/09, KIO/UZP 111/09, KIO/UZP 103/09, KIO/UZP 630/08, KIO/UZP 1301/08, KIO/UZP 1311/08, KIO/UZP 886/08, KIO/UZP 530/08, KIO/UZP 838/08).

Ponadto, z najdalej posuniętej ostrożności procesowej Odwołujący się podniósł, iż jeżeli Zamawiający powziął jakąkolwiek wątpliwość, czy Wykonawca spełnia wskazane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, to przed dokonaniem wykluczenia, zobowiązany był do ponownego wezwania Odwołującego się do złożenia wyjaśnień w trybie

art. 26 ust 4 ustawy Pzp, ewentualnie wezwać do uzupełnienia dokumentów potwierdzających wymagane warunki.

Ponadto skoro Zamawiający oparł się (zresztą w sposób sprzeczny prawem) na wywodach innego podmiotu, to zdaniem Odwołującego się, powinien ponownie wezwać go do złożenia wyjaśnień, z jednoczesnym przesłaniem dokumentu, na którym oparł swoje oświadczenie. Powyższe, jak wskazuje Odwołujący się, potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO/UZP 535/08, KIO/UZP 260/08, KIO/UZP 169/08, KIO/UZP 1257/08).

Zamawiający zarzucił, że usługa zrealizowana dla Ministerstwa Transportu Turcji, nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego, ponieważ nie dotyczy wykonania pełnego zakresu tematycznego TBD (komponentu TOPO), a jedynie wsparcia technicznego w zakresie oceny potrzeb infrastruktury transportu." Zarzut Zamawiającego jest zupełnie bezpodstawny. Usługa ta została przedstawiona na potwierdzenie spełnienia przez Odwołującego się innego warunku udziału w postępowaniu, aniżeli wskazany w piśmie informującym o wykluczeniu. Odnośnie tej usługi Zamawiający nie korzystał z ustawowego trybu uzupełnień czy wyjaśnień, a jeśli kwestionuje tę usługę to niewątpliwie ma obowiązek zastosowania przepisów art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne w Krakowie Sp. z o.o., Warszawskie Przedsiębiorstwo Geodezyjne S.A., Polskie Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne S.A., Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne w Lublinie Sp. z o.o., popierając stanowisko Zamawiającego i wnosząc o oddalenie protestu. Jednocześnie Przystępujący przedstawił dokumenty na dowód zakresu faktycznie wykonywanych czynności przez Odwołującego się w ramach pierwszego z referencyjnych zamówień.

W dniu 3 sierpnia 2009 r. Zamawiający protest oddalił. Zamawiający zwraca uwagę, iż Odwołujący się nie kwestionuje, iż warunki udziału w postępowaniu, jak i dokumenty składane na ich potwierdzenie zostały określone jednakowo dla wszystkich potencjalnych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z poszanowaniem przepisów art. 7 ustawy Pzp.

W trakcie badania i oceny ofert Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący się w Wykazie wykonanych usług wskazał jako własne doświadczenie "Zebranie i zorganizowanie w odpowiednie struktury danych dla potrzeb Bazy Danych Topograficznych (TBD) oraz dokonanie wydruków zawartości bazy danych zgodnie z wytycznymi, dla 44 arkuszy z Województwo Podlaskiego". Stan faktyczny wg informacji posiadanych przez Zamawiającego jest taki, iż w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego jednym z dwóch członków konsorcjum był Odwołujący się, lecz faktycznie



usługę stanowiącą przedmiot zamówienia wykonywał lider Konsorcjum - firma InterTIM Ludmiła Pietrzak. Z dokumentami potwierdzającymi ten stan wykonawca, zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, mógł się zapoznać po powiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z opinią Prezesa UZP, z dnia 4 maja 2009 r., „należy podkreślić, iż doświadczenie wykonawcy należy postrzegać w kategoriach faktycznych a nie prawnych. Warunek udziału w postępowaniu o wykonanie zamówienia publicznego dotyczący doświadczenia, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się do rzeczywistego zrealizowania przez wykonawcę części lub całości zamówienia, a nie prawnych tj. powiązanych z wcześniej zawartymi przez wykonawcę umowami. W związku z tym istnienie odpowiedzialności solidarnej konsorcjantów za wykonanie umowy wynikające z brzmienia art. 141 Pzp nie pociąga za sobą konsekwencji w postaci dopuszczalności powoływania się przez jednego członka konsorcjum na doświadczenie zdobyte przez innego konsorcjanta w trakcie wykonywania wspólnego zamówienia, a więc legitymowania się pełnym doświadczeniem wynikającym z wykonanego przez konsorcjum zamówienia. Tym samym członek konsorcjum nabywa wyłącznie doświadczenie związane z zakresem prac jakie wykonywał samodzielnie albo przy pomocy podwykonawców, nie nabywa jednak doświadczenia odnośnie prac wykonanych przez innych konsorcjantów”.

Nieprawdą jest, jak twierdzi Odwołujący się, iż Zamawiający zaniechał czynności wezwania wykonawcy do złożenia w wyznaczonym terminie wyjaśnień i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Jak sam Wykonawca potwierdza w proteście, Zamawiający, pismem z dnia 3 lipca 2009 r., zwrócił się do Odwołującego się o złożenie w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków w zakresie posiadanego doświadczenia zawodowego określonego w siwz. Pismami z dnia 6 i 8 lipca 2009 r. Odwołujący się odniósł się do żądania Zamawiającego, lecz w dalszym ciągu na podstawie przedstawionych wyjaśnień i dokumentów nie ma podstawy do uznania, iż Odwołujący się spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Z przedmiotowym rozstrzygnięciem nie zgodził się Odwołujący się, wnosząc w dniu 14 sierpnia 2009 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście.

W dniu 26 sierpnia 2009 r. Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W rozdziale V pkt 1 lit. b SIWZ Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu, stanowiąc że w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia wykonawcy zobowiązani są wykazać, iż „w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowali:

- co najmniej jedną usługę o podobnym charakterze do przedmiotu zamówienia, obejmującą wykonanie minimum jednego arkusza mapy w skali 1: 10 000 (około 20 km<sup>2</sup> powierzchni). Pod pojęciem usługi o podobnym charakterze rozumie się prace wykonane wg Wytycznych technicznych „Baza Danych topograficznych (TBD) Głównego Geodety Kraju oraz przyjęte do Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego, obejmujące opracowanie pełnego arkusza Bazy Danych Topograficznych (TBD) w zakresie komponentu TOPO.

- co najmniej 1 usługę polegającą na migracji danych przestrzennych do struktur Oračla Spatial, za łączną kwotę minimum 50 000 PLN.”

W celu potwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku należało przedstawić „wykaz wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ilości wykonanych arkuszy (powierzchni arkuszy), przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie, sporządzonych w formie wykazu i z uwzględnieniem wymagań określonych w Rozdziale V pkt 1 lit. b SIWZ. Do wykazu należy dołączyć kserokopie protokołu końcowego odbioru prac, z którego wynika zakres wykonywanych prac oraz potwierdzenie ich przyjęcia do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego wydane przez ośrodek dokumentacji geodezyjnej i kartograficznej. W przypadku podmiotów występujących wspólnie, wykaz składa każdy podmiot działający na podstawie art. 11 P.g.i.k. (Załącznik nr 5 do SIWZ).”

W Wykazie wykonanych usług Odwołujący się wskazał dwie usługi, które zdaniem Odwołującego się, stanowią usługę o podobnym charakterze do przedmiotu zamówienia, zgodnie z definicją Zamawiającego. Pierwsza z nich, wykonana na zlecenie Głównego Geodety Kraju i Marszałka Województwa Podlaskiego, której przedmiotem było „zebranie i zorganizowanie w odpowiednie struktury danych dla potrzeb Bazy Danych Topograficznych (TBD) oraz wykonanie wydruków zawartości bazy danych zgodnie z wytycznymi, dla 44 arkuszy z obszaru woj. podlaskiego” (880 km<sup>2</sup>). Druga, wykonana na zamówienie Marszałka Województwa Opolskiego polegała na „zebraniu i zorganizowaniu w zdefiniowane struktury danych dotyczących sieci dróg i budowli mostowych województwa opolskiego dla potrzeb Bazy Danych Topograficznych (TBD)”, w formie 540 arkuszy o powierzchni 9 400 km<sup>2</sup>. Zaś, jako usługę polegającą na migracji danych przestrzennych do struktur Oračla Spatial wskazano usługę, polegającą na udzieleniu wsparcia technicznego w zakresie oceny potrzeb infrastruktury transportu, wykonaną na rzecz Ministerstwa Transportu Turcji.

Przedstawione przez Odwołującego się w Wykazie usług zamówienia, na potwierdzenie spełniania pierwszego z warunków w zakresie doświadczenia, Zamawiający zakwestionował w piśmie z dnia 3 lipca 2009 r. wzywając, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do „uzupełnienia wymaganych w przedmiotowym postępowaniu dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu” w wymaganym zakresie, odwołując się do postanowień rozdziału V pkt 1 lit. b oraz rozdziału VI.1 pkt 8 SIWZ. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż usługa zrealizowana dla Głównego Geodety Kraju i Marszałka Województwa Podlaskiego nie może być uznana przez Zamawiającego za spełniającą jego wymogi, gdyż „Wykonawca nie przedstawił dokumentu potwierdzającego przyjęcie tych usług do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego wydane przez Centralny Ośrodek Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej. Ponadto usługa zrealizowana dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Opolskiego (...) nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego, ponieważ nie dotyczyła wykonania pełnego zakresu tematycznego TBD (komponentu TOPO), a jedynie TBD w ujęciu warstwowym dla sieci dróg i budowli mostowych.” W związku z powyższym, Zamawiający wezwał „do uzupełnienia wykazu wykonanych usług.”

W odpowiedzi z dnia 6 lipca 2009 r. Odwołujący się wyjaśnił, iż „do oferty na jej stronach 101 i 102 jest dołączony protokół odbioru końcowego prac, z którego wynika zakres wykonywanych prac oraz w jego punkcie III.2 na str. 102 informacja o przekazaniu prac do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego.” Z tych powodów Odwołujący się uznał, iż żądanie Zamawiającego jest bezpodstawne, jednocześnie zwracając uwagę, że przedmiotowy wymóg nie znajduje oparcia w przepisach prawa. Z daleko posuniętej ostrożności, Odwołujący się dołączył, jak wynika z przedmiotowego pisma, kserokopię dokumentu potwierdzającego przyjęcie pracy kartograficznej o nr KERK N-34-06/06.

Z kolei w piśmie z dnia 8 lipca 2009 r., stanowiącego również odpowiedź na pismo Zamawiającego z dnia 3 lipca 2009 r., Odwołujący się wskazuje, iż „nie dostrzega konieczności uzupełnienia swojego wniosku w zakresie referencji” dotyczącej usługi wykonanej dla Marszałka Województwa Opolskiego, gdyż „stoi na stanowisku, że złożył wniosek kompletny – spełniający wymogi ogłoszenia.” Ponadto, Odwołujący się podniósł, iż „Zamawiający w swoim piśmie w żaden sposób nie uzasadnił swojego stanowiska o uznaniu jedynie jednej z wykazanych prac i nie wskazał jakie zarzuty stawia pozostałym.(...) W szczególności Wykonawca podkreśla, iż zgodnie z poglądem reprezentowanym w orzecznictwie zasadne jest, aby Zamawiający wzywając do uzupełnienia dokumentów wskazał, jakie widzi w nich braki.(...)” Ostatecznie Odwołujący się stanął na stanowisku, iż nie może uzupełnić dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem uważa je za kompletne, co najwyżej, na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, odnośnie złożonych dokumentów, może złożyć wyjaśnienia. Odwołujący się wyjaśnił ponadto, że

przedmiot zamówienia wykonywanego dla Marszałka Województwa Opolskiego „był zrealizowany w zakresie komponentu TOPO. Zakres opracowania obejmował całe województwo opolskie, opracowanie zostało wykonane w układzie współrzędnych płaskich prostokątnych „1992”. Materiałami źródłowymi były dane pobrane z WODGIK oraz CODGIK i inne wskazane w warunkach technicznych. Powyższe warstwy tematyczne były zaktualizowane w terenie oraz skontrolowane poprzez kontrolę terenową przez przedstawicieli komisji z WODGIK i CODGIK. Całość opracowania jest zgodna z zarządzeniem porządkowym nr 4 Głównego Geodety Kraju z dnia 10 marca 2003 roku w sprawie Wytycznych technicznych „Baza Danych Topograficznych (TBD) – wersja 1” (Główny Geodeta Kraju, marzec 2003) wraz z dodatkowymi wyjaśnieniami, modyfikacjami. Zgodnie z SIWZ przyjęto schemat aplikacyjny TBD 1.36 Wygenerowane pliki XML, które zostały skontrolowane Aplikacją R oraz Aplikacją O.”

Pismem z dnia 16 lipca 2009 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu Odwołującego się z postępowania, na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji wskazał, że „Wykonawca nie posiada niezbędnej wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia, ponieważ wszystkie usługi dotyczące wykonania minimum jednego arkusza TBD przedstawione w wykazie wykonanych usług nie spełniają wymogów stawianych przez Zamawiającego tj. usługa zrealizowana dla Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii oraz Marszałka Województwa Podlaskiego, w którym Wykonawca był jednym z członków konsorcjum, nie potwierdza jego faktycznego wkładu w realizację ww. zamówienia. Zamawiający postrzega doświadczenie Wykonawcy (...) w kategoriach faktycznych, a nie prawnych. Tym samym kwestionuje wykazane doświadczenie, co potwierdzone zostało pismem uzyskanym z Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii o faktycznie wykonanym zakresie prac uczestnika konsorcjum InterTIM Ludmiła Pietrzak – EUROSYSYSTEM Sp. z o.o. Dowodem na powyższe stwierdzenia jest między innymi fakt, że firma EUROSYSYSTEM Sp. z o.o. nie figuruje w bazie TOPO w atrybutach specjalnych jako wykonawca arkusza bądź warstwy. Usługa (...) zrealizowana dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Opolskiego, nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego, ponieważ nie dotyczy wykonania pełnego zakresu tematycznego TBD (komponentu TOPO), a jedynie TBD w ujęciu warstwowym dla sieci dróg i budowli mostowych. Usługa zrealizowana dla Ministerstwa Transportu Turcji, nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego, ponieważ nie dotyczy wykonania pełnego zakresu tematycznego TBD (komponentu TOPO), a jedynie wsparcia technicznego w zakresie oceny potrzeb infrastruktury transportu.”

W tym stanie faktycznym oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Z uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego się z postępowania (pismo z dnia 6 sierpnia 2009 r.) Odwołujący się powziął informację, iż pierwsza z usług referencyjnych wykazana w Wykazie usług nie spełnia wymogów Zamawiającego, gdyż Odwołujący się nie potwierdził „faktycznego wkładu” w jej realizację, a dowodem na powyższe jest fakt przyznany przez Główny Urząd Geodezji i Kartografii, że Odwołujący się „nie figuruje w bazie TOPO w atrybutach specjalnych jako wykonawca arkusza bądź warstwy.” Wskazane przez Zamawiającego okoliczności Odwołujący się zinterpretował jako brak możliwości posługiwania się doświadczeniem zdobytym wspólnie z inną firmą w ramach konsorcjum, z tego powodu, że Odwołujący się faktycznie nie wykonywał prac składających się na wiedzę i doświadczenie w niniejszym postępowaniu (str. 5 protestu). Jakkolwiek stanowisko Zamawiającego wynikające z przedmiotowego uzasadnienia nie było jednoznaczne, to interpretacja Odwołującego się była słuszna, bo jak potwierdził Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, omawianą usługę referencyjną wykonywał jedynie lider konsorcjum, zatem nieuprawnione jest przypisywanie sobie przedmiotowego doświadczenia. Tymczasem na rozprawie Zamawiający stwierdza, iż Odwołujący się w ogóle nie był wykonawcą w postępowaniu, w ramach którego wykonywana była referencyjna usługa. Jak wynika z powyższego, stanowisko Zamawiającego ewaluuje w toku postępowania. Zamawiający zdaje się zapominać o przyczynach wskazanych w decyzji o wykluczeniu Odwołującego się z postępowania i w rozstrzygnięciu protestu. Podstawą decyzji Zamawiającego był faktyczny brak realizacji określonych czynności w ramach konsorcjum, zaś na rozprawie Zamawiający stara się pójść jeszcze dalej, podnosząc, iż w powoływanym postępowaniu Odwołujący się w ogóle nie był wykonawcą. Świadczy o tym, zdaniem Zamawiającego, treść umowy trójstronnej z dnia 30 grudnia 2005 r., w której jako wykonawcę wskazano Ludmiłę Pietrzak, prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą InterTIM. Zamawiający w istocie więc wskazuje inne powody wykluczenia Odwołującego się z postępowania. Jeżeli Zamawiający uznał, iż powód wykluczenia jest inny niż wskazał to w swojej decyzji, powinien o tym poinformować Odwołującego się w trybie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a nie za pośrednictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Izba jest organem rozpoznającym odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, zatem argumentacja Zamawiającego pozostająca w sprzeczności do tej zaprezentowanej w rozstrzygnięciu protestu, a w konsekwencji również w decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego się z postępowania nie może być brana pod uwagę. Jednocześnie biorąc powyższe pod uwagę, stwierdzić należy, iż zaprezentowana na rozprawie argumentacja Przystępującego pozostaje w opozycji do powołanych twierdzeń Zamawiającego. Jednakże, Krajowa Izba Odwoławcza widząc dużą niekonsekwencję w działaniach Zamawiającego, jedynie na marginesie pragnie zwrócić uwagę, iż niedopuszczalne jest dokonywanie przez Zamawiającego oceny dokumentów umowy i protokołów odbiorów częściowych robót z pominięciem innych

dokumentów, dołączonych do oferty, a mających związek ze wskazanymi dokumentami. Zwrócić należy uwagę na pełnomocnictwo z dnia 12 września 2005 r. udzielone przez Odwołującego się p. Ludmiłę Pietrzak oraz Formularz cenowy złożony w analizowanym postępowaniu, prowadzonym przez Głównego Geodetę Kraju i Marszałka Województwa Podlaskiego. Z przedmiotowego pełnomocnictwa wynika m.in. uprawnienie do zawarcia kontraktu z Zamawiającym, składania oświadczeń woli i wiedzy w związku z uczestnictwem w przetargu i realizacją kontraktu, jak również uprawnienie do bieżącego kontaktowania się z przedstawicielami Zamawiającego w celu sprawnej i należytej realizacji kontraktu. Natomiast, w Formularzu ofertowym jako wykonawcę Ludmiła Pietrzak wskazała jedynie siebie, w dalszej części czyniąc wzmiankę, iż działa w imieniu konsorcjum, a więc również w imieniu Odwołującego się. To pozwala na stwierdzenie, iż choć nieprawidłowa jest praktyka wskazywania pełnomocnika jako strony umowy, to jednak w okolicznościach badanego zamówienia z takim działaniem mamy do czynienia. Powyższe znajduje również odzwierciedlenie w innych dokumentach zgromadzonych w niniejszej sprawie. Wystarczy choćby wskazać na pismo Marszałka Województwa Podlaskiego, z którego wynika, iż zamówienie wykonało konsorcjum, a nie jedynie firma InterTIM Ludmiła Pietrzak. Dodatkowo takie ustalenia poczynił również Sąd Rejonowy w Suwałkach, m.in. na podstawie zeznań świadków (wyrok Sądu Rejonowego w Suwałkach z dnia 29 czerwca 2009 r., sygn. akt V GC 57/08). Ponadto, samo roszczenie cywilnoprawne skierowane przeciwko Odwołującemu się przez Ludmiłę Pietrzak, będące przedmiotem rozstrzygnięcia powołanego wyroku, swoją podstawę faktyczną wywodziło z przedmiotowej umowy konsorcjum i związanego z nią zakresu realizacji praw i obowiązków stron.

W związku z powyższym pozostaje do rozstrzygnięcia kwestia, czy w ramach realizowanej przez Odwołującego się w konsorcjum, badanej usługi referencyjnej możliwe jest posługiwanie się w niniejszym postępowaniu doświadczeniem tam zdobytym. Zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący stoją na stanowisku, iż jest to nieuprawnione, bowiem czynności wykonywane w ramach referencyjnego zamówienia nie odpowiadają tym, stanowiącym przedmiot warunku udziału w postępowaniu postawionego w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zwraca uwagę jednakże okoliczność, iż dla zaprezentowanych twierdzeń nie wskazano żadnego uzasadnienia prawnego. Skupiono się jedynie na wykazaniu, za pomocą szeregu dokumentów, że Odwołujący się realizował zamówienie w określonym zakresie. Nie wiadomo więc w istocie jaka jest podstawa prawna zaprezentowanego stanowiska. Odwołanie się do opinii prawnej Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych, która nie została nawet wydana w związku z prowadzonym postępowaniem, z pewnością nie może przesądzać o legalności czynności podjętych przez Zamawiającego, ocena w tym zakresie dokonywana jest na podstawie przepisów prawa, a takich zarówno Zamawiający, jak i Odwołujący się nie wskazali. Niezależnie od powyższego, biorąc pod uwagę fakt, iż

Zamawiający posiłkuje się wskazaną opinią, a ta z kolei uzasadnienie dla zaprezentowanego stanowiska czerpie jedynie z przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza również w tym aspekcie postanowiła zająć stanowisko.

W opinii Krajowej Izby Odwoławczej, uczestnik konsorcjum jest uprawniony do powoływania się na doświadczenie zdobyte podczas realizacji zamówienia, a doświadczenia tego nie można ograniczać jedynie do czynności faktycznie wykonywanych w ramach inwestycji. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia szereg okoliczności. Po pierwsze, ustawodawca każe traktować wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako jednego wykonawcę (art. 23 ust. 3 oraz art. 2 pkt 11 ustawy Pzp). Z punktu widzenia ustawy Pzp, a w konsekwencji i Zamawiającego, konsorcjum jest traktowane jako jednolity podmiot, który składa ofertę, zawiera umowę i ją realizuje. Konsekwencją przyjęcia takiej regulacji jest okoliczność, że to wykonawca, a więc wszystkie podmioty tworzące konsorcjum zdobywają doświadczenie jako wykonawca konkretnego zamówienia. Po drugie, wzmocnieniem dla takiej argumentacji jest również regulacja przepisu art. 141 ustawy Pzp. Przyjęcie solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia powoduje, iż każdy z pomiotów tworzących konsorcjum może być zobowiązany do zaspokojenia wierzyciela (art. 366 § 1 k.c.). Oznacza to, że każdy z uczestników konsorcjum musi być przygotowany na taką ewentualność, a więc decydując się na udział w konsorcjum w istocie powinien posiadać możliwość realizacji takiego zamówienia, bowiem potrzeba taka może się pojawić na każdym etapie inwestycyjnym. Skoro tak, to nie sposób po wykonaniu zamówienia, odmówić uczestnikowi konsorcjum doświadczenia w jego realizacji. Stanowisko takie może dotyczyć jedynie podwykonawcy. Podwykonawca realizuje bowiem ściśle określone czynności i tylko w tym zakresie ponosi odpowiedzialność. Po trzecie, przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie stanowi podstawy do przyjęcia stanowiska reprezentowanego przez Zamawiającego. Zwrócić należy uwagę, że norma zawarta w powołanym przepisie odnosi się do wykonawcy, a więc również do pomiotów ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia. Ustawodawca nie zdecydował się na odrębną regulację w stosunku do konsorcjów, ustalając jednolite warunki udziału w postępowaniu, jak i sposób ich potwierdzenia (§ 1 ust. 2 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.). Każdy z podmiotów ma dysponować niezbędnym doświadczeniem. Jakie doświadczenie jest niezbędne ustala zamawiający w warunkach konkretnego zamówienia. Hipotezą przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie jest więc objęta okoliczność sposobu nabywania doświadczenia, a warunki, od których uzależniona jest możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia określone są każdorazowo przez Zamawiającego. Fakt, iż doświadczenie należy potwierdzać za pomocą wykazu wykonanych (bądź wykonywanych w odniesieniu do dostaw i usług) zamówień nie przesądza, zdaniem Izby, iż chodzi tylko o fizyczne wykonanie czynności. Nie można

zapominać, że „wykonanie” ma wykazać wykonawca, a nie każdy z uczestników konsorcjum. Ustawodawca bowiem nie stanął na stanowisku, iż jeżeli zamówienie było wykonywane wspólnie, to należy przedstawić jedynie tylko te czynności, które były faktycznie wykonywane. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że w prawie polskim prymat przyznano wykładni gramatycznej, a nie celowościowej, co wynika z powoływanej opinii. Niezależnie od powyższego, mówiąc o doświadczeniu w kategoriach faktycznych, na co zwrócono uwagę w przedmiotowej opinii, nie sposób twierdzić, iż doświadczenie zdobywa się jedynie w wyniku faktycznie wykonywanych czynności i tylko w tym zakresie. Doświadczenie może wynikać również z obserwacji, ze współpracy. Takie rozumienie tego pojęcia odpowiada również ujęciu słownikowemu tego pojęcia. Słownik współczesnego języka polskiego podaje, że doświadczenie to ogół wiedzy zdobytej na podstawie obserwacji i przeżyć; znajomość życia; wprawa w czymś (Warszawa, 1998 r.). W tych okolicznościach, jak również biorąc pod uwagę doświadczenie życiowe, nie sposób ograniczyć doświadczenia do wykonanych zadań. Tym bardziej, jeśli idzie o obrót profesjonalny, z jakim mamy do czynienia na rynku zamówień publicznych. W opinii wskazuje się również, iż chodzi o to, aby zamówienie zrealizował wykonawca, który daje gwarancję jego należytego wykonania. Jednakże jakie doświadczenie stanowi tę gwarancję, wskazuje Zamawiający, formułując warunki udziału w postępowaniu. Zatem, stanowisko Zamawiającego należy uznać za błędne, jako nie znajdujące oparcia w przepisach prawa. Izba zwraca również uwagę, iż nie skutki wynikające z danej regulacji wpływają na jej treść. Interpretacji przepisu prawnego nie dokonuje się bowiem, na co wskazuje się w przedmiotowej opinii, przez pryzmat efektów będących wynikiem konkretnych unormowań. Jeśli już jednak wskazano na konsekwencje przyjęcia takiego stanowiska, z którymi Izba się nie zgadza, warto zwrócić uwagę, iż nie jest fikcją zdobywanie doświadczenia również w inny sposób, niż poprzez faktyczną realizację czynności. Dotyczy to zarówno wszystkich ludzi, jak i podmiotów prowadzących działalność gospodarczą. Nabywanie doświadczenia przez uczestników konsorcjum przyczynia się do zwiększenia konkurencyjności na rynku. Tworzenie fikcyjnych konsorcjów nie leży w interesie członków konsorcjum z punktu widzenia ich interesu ekonomicznego. I co najważniejsze, ograniczenie uprawnienia do legitymowania się doświadczeniem tylko do zakresu faktycznie wykonywanych czynności, faktycznie ogranicza wielu podmiotom możliwość samodzielnego ubiegania się o zamówienie tylko z tego powodu, że realizowali zamówienie w ramach konsorcjum. Zatem, ten podmiot, który z jakichś powodów realizował zamówienia jedynie wspólnie z innymi podmiotami już zawsze będzie musiał realizować zamówienia wspólnie. Wpływa to niekorzystnie na rynek, na którym istotną pozycję będzie miało kilka podmiotów, jak również na sytuację tych podmiotów. Ponadto, w obecnych warunkach realizacji zamówień, biorąc pod uwagę wysokie wymagania Zamawiających,



może się okazać, że nie będzie podmiotów, których doświadczenie w postaci faktycznie wykonanych czynności odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego.

Należy również wspomnieć, że pogląd Krajowej Izby Odwoławczej znajduje odzwierciedlenie w dotychczasowym orzecznictwie, na co trafnie zwrócił uwagę Odwołujący się. Zaś, pogląd wyrażony w opinii jest odosobniony i wśród samych Zamawiających nie znalazł poparcia, również w zakresie zamówień dotyczących usług geodezyjnych i kartograficznych. Referencyjną usługę, przyjmując doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum, pozytywnie zweryfikował Główny Urząd Geodezji i Kartografii, co wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 892/09). Z tych względów uznać należy, iż zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie.

Odnosnie analizowanej usługi należy zwrócić również uwagę, iż Zamawiający dokonując oceny oferty Odwołującego się, pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z wyżej powoływanymi postanowieniami SIWZ miał obowiązek opierać się na Wykazie wykonanych usług i protokołach odbioru robót. Wzbudziły wątpliwości Zamawiającego przedmiotowe protokoły z uwagi na fakt, iż jako wykonawca nie został wskazany Odwołujący się, ale inny podmiot. Zamawiający więc postanowił zwrócić się zarówno do zamawiających (pisma z dnia 17 czerwca 2009 r.), jak i do podmiotu trzeciego (pismo z dnia 2 czerwca 2009 r.) o wyjaśnienie roli Odwołującego się w referencyjnym zamówieniu. Pominięcie w tym zakresie Odwołującego się nie znajduje uzasadnienia. Brzmienie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie pozostawia w tym względzie żadnych wątpliwości. Spełnienie warunków udziału w postępowaniu potwierdza wykonawca, składa na tę okoliczność odpowiednie dokumenty i to on jest uprawniony do udzielania w tym względzie wszelkich informacji. O tym, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu nie decyduje oświadczenie podmiotów trzecich, ale wykonawcy. Jeśli zaś zamawiający ma wątpliwości, co do takiego oświadczenia, może zwrócić się do innych podmiotów o udzielenie wyjaśnień, ale oświadczenia tych podmiotów mogą stanowić co najwyżej przesłankę do wykluczenia wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp). Tymczasem w niniejszym postępowaniu Zamawiający dokonał wykluczenia Odwołującego się z postępowania na podstawie informacji pochodzących od osób trzecich, wbrew postanowieniom SIWZ oraz przepisu art. 26 ust. 1 i 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie może przyjmować oświadczeń od osób postronnych zamiast oświadczeń samego wykonawcy. Takich możliwości nie dają mu przepisy prawa, nie znajduje to również racjonalnego uzasadnienia. Zamawiający nie zna bowiem szczegółów realizacji zamówienia od strony wykonawczej, czemu dano wyraz zarówno w pismach z dnia 18 i 23 czerwca 2009 r. Niezrozumiałym jest również przedkładanie informacji od jednego uczestnika konsorcjum

(Ludmiła Pietrzak InterTIM) nad informacje pochodzące od drugiego uczestnika konsorcjum. Nie wspominając już, iż p. Ludmiła Pietrzak będąc w sporze z Odwołującym się i uzyskując dla siebie niekorzystne rozstrzygnięcia sądowe nie ma interesu w udzielaniu wyjaśnień korzystnych dla Odwołującego się. Podjęte przez Zamawiającego działania zaprzeczają jego twierdzeniom, iż Zamawiający nie zwrócił się o wyjaśnienia do Odwołującego się, bowiem nie miał w tym zakresie żadnych wątpliwości. Zamawiający zapomina, iż swoje wątpliwości rozwiął w toku wyjaśnień składanych przez inne podmioty. W tych okolicznościach zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp należy uznać za uzasadniony, jednakże na tym etapie postępowania, Izba nie widzi potrzeby nakazania Zamawiającemu zwrócenia się do Odwołującego się o wyjaśnienia, gdyż okoliczności stanowiące ich przedmiot zostały przez Odwołującego się dostatecznie wyjaśnione.

Powyższe działania Zamawiającego świadczą o prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie wyżej wskazanym.

W zakresie drugiego ze spornych zamówień referencyjnych Krajowa Izba Odwoławcza rację przyznaje Zamawiającemu. W świetle przedmiotowego warunku nieuzasadniony jest pogląd Odwołującego się, iż sformułowanie „pełny arkusz w zakresie komponentu TOPO” należy odnosić do powierzchni. Z treści spornego warunku wynika, że jeden arkusz ma obejmować powierzchnię około 20 km<sup>2</sup>, a pełny arkusz dotyczy komponentu TOPO. Zaś, komponent TOPO, wchodzący w skład Bazy Danych Topograficznych (TBD), stanowiący „ciągłą” przestrzennie wektorową bazę danych topograficznych tworzoną w oparciu o technologię GIS, obejmuje wiele warstw. Na jego strukturę, jak wynika z Wytycznych Głównego Geodety Kraju (marzec 2003 r.), do których odwołuje się również SIWZ, składają się m.in. sieć cieków, sieć dróg i kolei, sieć uzbrojenia terenu, budowle i urządzenia. Zatem, pełny arkusz w zakresie komponentu TOPO oznacza więc arkusz o powierzchni ok. 20 km<sup>2</sup> z uwzględnieniem wszystkich danych, które obejmuje komponent TOPO. Powyższe potwierdzają również opinie z dnia 25 i 26 czerwca 2009 r. przedstawione przez Przystępującego. Tymczasem z Wykazu wykonanych usług wynika, iż drugie referencyjne zamówienie zostało zrealizowane w zakresie komponentu TOPO, ale jedynie w zakresie danych dotyczących sieci dróg i budowli mostowych. Zamówienie obejmowało więc wybrane warstwy, a nie całość danych tworzących komponent TOPO, co Odwołujący się przyznaje. Okoliczność, iż projekt obejmował całe województwo opolskie, warstwy tematyczne były zaktualizowane w terenie i sprawdzone, a całość opracowania jest zgodna z powołanymi Wytycznymi nie ma żadnego znaczenia. Warunek był sprecyzowany w sposób, który dla profesjonalisty, wykonującego prace geodezyjne i kartograficzne, nie powinien budzić żadnych wątpliwości. Stąd też stwierdzenie Zamawiającego, iż przedmiotowa usługa „nie dotyczy wykonania pełnego zakresu tematycznego TBD

(komponentu TOPO)” jest jak najbardziej prawidłowe i wbrew twierdzeniom Odwołującego się sformułowanie powyższe nie świadczy o zmianie przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła uzasadnienia dla stwierdzenia naruszenia przepisów art. 24 ust. 3 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Fakt powzięcia decyzji Zamawiającego w przedmiocie wykluczenia Odwołującego się z postępowania w oparciu o niedopuszczalne dokumenty nie stanowi przesłanki, o której mowa w przepisie art. 24 ust. 3 ustawy Pzp. Hipotezą tego przepisu objęta jest bowiem okoliczność powiadomienia o wykluczeniu z uwzględnieniem uzasadnienia faktycznego i prawnego, a zaniechań w tym zakresie Odwołujący się nie zarzucił Zamawiającemu. Jeśli idzie zaś o przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp brak uzasadnienia dla stwierdzenia jego naruszenia wynika z faktu, iż Zamawiający w piśmie z dnia 3 lipca 2009 r. zakwestionował obie usługi wskazane przez Odwołującego się na potwierdzenie spełnienia spornego warunku, a w odpowiedzi Odwołujący się podtrzymał (pismo z dnia 6 i 8 lipca 2009 r.) swoje stanowisko w zakresie spełnienia przez przedmiotowe usługi wymogów Zamawiającego. Wobec powyższego, biorąc pod uwagę możliwość jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń we wskazanym trybie, z czym zgadza się również sam Odwołujący się, Zamawiający nie miał podstaw do skierowania powtórnego wezwania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 i 1a oraz ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

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

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 we **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....