

Sygn. akt KIO/UZP 892/09

WYROK
z dnia 27 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

**Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak
Andrzej Niwicki**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: MGGP S.A. (lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPGK Rzeszów S.A., Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT Sp. z o.o., Gokart-International Sp. z o.o., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Główny Urząd Geodezji i Kartografii, ul. Wspólna 2, 00-926 Warszawa**, protestu z dnia **10 czerwca 2009 r.**, wniesionego przez **Konsorcjum: Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu oraz Eurosystem Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie**, w imieniu którego działa **EUROSYSTEM Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 9A, 41-506 Chorzów (jako lider Konsorcjum)**,

przy udziale **Konsorcjum: Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu oraz Eurosystem Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie**, w imieniu którego działa **EUROSYSTEM Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 9A, 41-506 Chorzów (jako Lider Konsorcjum)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1) oddala odwołanie,

2)kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: MGGP S.A. (lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPGK Rzeszów S.A., Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT Sp. z o.o., Gokart-International Sp. z o.o., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: MGGP S.A. (lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPGK Rzeszów S.A., Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT Sp. z o.o., Gokart-International Sp. z o.o., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: MGGP S.A. (lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPGK Rzeszów S.A., Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT Sp. z o.o., Gokart-International Sp. z o.o., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów** na rzecz **Główny Urząd Geodezji i Kartografii, ul. Wspólna 2, 00-926 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 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 **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: MGGP S.A. (lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPGK Rzeszów S.A., Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT Sp. z o.o., Gokart-International Sp. z o.o., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów.**

Uzasadnienie

Odwołujący - Konsorcjum firm:

- 1) MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6 (lider Konsorcjum)),
- 2) Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPGK Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, ul. Geodetów 1,
- 3) Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych "Pryzmat" Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Modlińskiej 310/312,
- 4) Geokart -International Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, ul. Wita Stwosza 44,

wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego - Główny Urząd Geodezji i Kartografii z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na wykonanie usługi pod nazwą: "Opracowanie elementów referencyjnych bazy danych przestrzennych w ramach realizowanego projektu Geoportal 2 w zakresie: Opracowania obiektów klasy budynki wraz z punktami adresowymi dla województw: łódzkiego, lubuskiego, lubelskiego, warmińsko-mazurskiego, wielkopolskiego oraz dla części województw: podkarpackiego, podlaskiego, opolskiego, pomorskiego, śląskiego, zachodniopomorskiego, świętokrzyskiego i małopolskiego" - część VIII i X.

Zarzucił, że zamawiający dokonując czynności w postępowaniu naruszył następujące przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn.zm.), zwanej w skrócie Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3, art. 51 ust. 1, art. 146 1 pkt 5 i 6, art. 183 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 2) art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie zamawiającemu wykluczenia z postępowania Konsorcjum firm: Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu oraz Eurosystem Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, w części VIII i X przedmiotu zamówienia,
- 2) zasądzenie kosztów zgodnie z przedłożoną fakturą na rozprawie.

Interes prawny protestującego doznał uszczerbku, gdyż zamawiający naruszył w sposób rażący przepisy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał.

Pismem z dnia 19 czerwca 2009 r. zamawiający uwzględnił protest wniesiony przez Konsorcjum firm - Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne Sp. zo.o. z siedzibą w Opolu oraz Eurosystem Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, tym samym uznając, że Konsorcjum spełnia wymagane warunki w ogłoszeniu.

Odwołujący wniósł odwołanie stwierdzając, że:

w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający zobowiązał wykonawców do wykazania się spełnieniem łącznie warunków, o których mowa w sekcji III.2.3 pkt 1 lit. a i b, tj. wykonawca musi wykazać się doświadczeniem należytego wykonania co najmniej trzech prac polegających na opracowaniu:

Bazy Danych Topograficznych (TBD) w zakresie komponentu TOPO, za łączną kwotę nie mniejszą niż 500 000 PLN netto, w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie -bez względu na to czy wykonawca składa ofertę na jedną część zamówienia czy więcej części zamówienia (a).

Wykonawca musi wykazać się także doświadczeniem należytego wykonania co najmniej dwóch prac polegających na wykonaniu prac geodezyjnych związanych z zakładaniem i modernizacją ewidencji gruntów i budynków za łączną kwotę 200 000 PLN netto w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania o udzieleni zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie -bez względu na to czy wykonawca składa ofertę na jedną część zamówienia czy więcej części zamówienia(b).

Konsorcjum nie wykazało się zrealizowaniem jakiegokolwiek usługi w zakresie warunku wskazanego w sekcji III.2.3 pkt. 1 lit. a) ogłoszenia.

Realizacje wskazane w pozycjach: 1, 6, 7, 12, 13, 14 i 15 dotyczą warunku z sekcji III.2.3 pkt 1 lit. b) ogłoszenia.

Pozostałe tj.: poz. 2, 3, 4, 5, 8 i 9 powinny potwierdzać spełnianie warunku określonego w lit. a).

Żadna z ww. pozycji wykazu nie potwierdza spełnienia tego warunku (sekcja III.2.3 pkt. 1 lit. a) ogłoszenia.

Pozycja nr 2, o ile uznać można, że jako jedyna merytorycznie odpowiada wymogowi ogłoszenia, to nie może być brana pod uwagę ze względu na brak faktycznego wykonania prac przez uczestnika konsorcjum tj. Eurosystem Sp. z o.o.

W przedmiotowej pozycji Eurosystem Sp. zo.o. uczestniczyła jako członek innego Konsorcjum: InterTim Ludmiła Pietrzak - Eurosystem Sp. z o.o., jednakże jak wynika z posiadanych przez zamawiającego dokumentów, firma ta faktycznie nie wykonała czynności wskazanych w przedmiotowej pozycji.

Samo zawarcie umowy na realizację zadania wskazanego w pozycji drugiej nie może być dowodem na zrealizowanie zamówienia i posiadanie doświadczenia w tym zakresie.

Brak jest jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia w pozycji nr 2, co więcej w przedmiotowym wniosku nie zawarto żadnej informacji jakoby firma Eurosystem Sp. z o.o. będąca uczestnikiem postępowania uczestniczyła w realizacji wskazanego przez siebie zamówienia. Zatem, zamawiający nie mógł uznać tej pozycji jako potwierdzającej spełnianie warunku (sekcja III.2.3 pkt. 1 lit a).

Nie jest również możliwe żeby uznać za potwierdzenie spełnienia warunku realizację wskazaną w pkt 3 wykazu. Zamawiający bowiem żądał wykazania się opracowaniem Bazy Danych Topograficznych (TBO) w zakresie komponentu TOPO. Wskazana w tym punkcie realizacja odnosi się do prac kartograficznych i drukarskich w zakresie map wojskowych, a nie opracowaniu TBO jak wymagał zamawiający.

Nie może również być uznana za właściwą realizacja wskazana w pozycji 4 wykazu.

Wykonawca wskazał bowiem na posiadanie doświadczenia jedynie co do fragmentu Bazy Danych Topograficznych, a nie pełnego zakresu komponentu TOPO jak żądał zamawiający.

Również pozycja nr 5 nie dotyczy wskazanego w ogłoszeniu przedmiotowego warunku. W tej pozycji wykonawca wykazał się realizacją w zakresie pozyskania danych dotyczących sieci cieków, obszarów wód oraz wybranych klas obiektów w zakresie budowli i urządzeń oraz obiektów innych, a zatem realizacja ta również dotyczy niewielkiego fragmentu żądanego przez zamawiającego zakresu prac wskazanych w warunku tj. pełnego komponentu TOPO. Usługa podana w pozycji nr 8 nie może również stanowić potwierdzenia, bowiem dotyczy jedynie korzystania przez wykonawcę z warstw TOB, a nie ich tworzenia.

Nie jest również potwierdzeniem kolejna pozycja nr 9, gdyż tak jak przy pozycji nr 8, odnosi się ona jedynie do korzystania z TBD oraz pozyskania danych adresowych. Zakres ten podobnie jak realizacja wskazana w pozycji 8 stanowi jedynie fragment, a nie komponent TOPO w pełnym zakresie.

Zamawiający nie wskazał w treści ogłoszenia, iż uzna za spełnienie warunku oprócz całości prac wchodzących w zakres komponentu TOPO również ich fragmentu, w związku z powyższym jedynie realizacja całości zakresu składającego się na komponenty TOPO może być uznana za spełniającą wymogi zamawiającego.

Ponadto podnieść należy, że zamawiający dopuszczając do dalszego udziału w postępowaniu Odwołujący podniósł, że Konsorcjum nie uzupełniło w wymaganym terminie tj. do dnia 15.05.do godz. 15.00 wykazu potwierdzającego spełnienie postawionych w

ogłoszeniu wymagań. Wykonawca nie oprotestował tej czynności, lecz złożył wyjaśnienia. Instytucja wyjaśnień (art. 26 ust. 4 Pzp) jest odmienną instytucją od uzupełnień (art. 26 ust. 3 Pzp). Tak więc, w trakcie prowadzenia postępowania i oceny złożonych wniosków, zamawiający naruszył prawo wzywając dwukrotnie wykonawcę do uzupełnienia tego samego dokumentu (pisma - z dnia 13.05. i 20.05.2009 r.), a zatem wszelkie wyjaśnienia i dowody nie mogły być brane pod uwagę przy ocenie przedmiotowego wniosku (tak m.in. KIO w postanowieniu z dnia 22.01.2008 r. sygn. akt. KIO/UZP 94/07). W związku z powyższym jedynie pierwotna treść wniosku może być weryfikowana pod względem spełnienia warunków określonych przez zamawiającego. Skoro zamawiający uznał pierwotnie wniosek za podlegający wykluczeniu, to w sytuacji nie uzupełnienia, nie złożenia wyjaśnień sytuacja faktyczna Konsorcjum nie uległa zmianie od dnia złożenia wniosku, co powinno skutkować wykluczeniem ww. Konsorcjum z postępowania.

Dodatkowo stwierdził odwołujący, że nieznanne są motywy uwzględnienia protestu przez zamawiającego, gdyż brak jest uzasadnienia wskazującego na podjęcie takiej decyzji.

W zgłoszeniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, odwołujący wniósł o nieuwzględnienie żadnego z powołanych w proteście zarzutów i oddalenie protestu w całości.

Legitymowanie się posiadaniem interesu prawnego, odwołujący uzasadnił następująco. Konsorcjum MGGP złożyło wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu m. in. na część VIII oraz część X zamówienia. Zamawiający, w wyniku oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu uznał, że protestujący, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu również m. in. na część VIII oraz część X zamówienia nie spełnia warunków określonych w ogłoszeniu o zamówieniu.

Protest zawierał m.in. wniosek o uznanie, iż protestujący spełnił wszelkie warunki określone w ogłoszeniu o zamówieniu. Uwzględnienie protestu niesłoby ze sobą niekorzystne konsekwencje dla uczestnika, bowiem miałby on znacznie mniejsze szanse na uzyskanie zamówienia.

W proteście z dnia 10 czerwca 2009 r. protestujący, wniósł o powtórzenie czynności badania i oceny jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz o uznanie, że protestujący spełnia warunki określone przez zamawiającego.

Wniesiony protest był bezzasadny i zasługiwał na oddalenie. Zdaniem Konsorcjum MGGP, wszystkie zarzuty podniesione w proteście nie znajdują odzwierciedlenia ani w stanie prawnym ani faktycznym.

W rozdziale III ust. 2 pkt 3) ogłoszenia o zamówieniu zamawiający określił jakie warunki udziału w postępowaniu powinien spełniać wykonawca. Spełnienie warunków udziału powinno zostać należycie udokumentowane, w szczególności wykonawca powinien przedłożyć stosowne referencje, z których powinno wynikać jaki podmiot wykonał określone prace. Z dokumentacji przedłożonej przez protestującego nie wynika, by posiadał on wymagane doświadczenie. Protestujący pomimo dwukrotnego wezwania do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów w sposób należyty, nie wykazał się wymaganym doświadczeniem. Dokumenty, jakie zostały doręczone zamawiającemu nie dowodzą, czy i jaki zakres prac wykazywanych przez wykonawcę został faktycznie wykonany przez niego. Nie sposób więc uznać, że zakres usług, jaki wykonywał protestujący, odpowiada określonym warunkom.

Zamawiający nie jest ograniczony w czynnościach mających na celu ustalania zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia jedynie do przedłożonych dokumentów, których protestujący nie przedłożył. Zamawiający ma możliwość ustalenia spełniania przedmiotowych warunków również na podstawie dokumentacji, jaka znajduje się w jego zasobach i zweryfikowania w ten sposób zdolności technicznej wykonawcy. Zamawiający może także posiłkować się, przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy też oceny prawdziwości składanych przez wykonawców oświadczeń, informacjami uzyskanymi od podmiotów trzecich.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 17 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 680/08 „Zamawiający, kiedy uzyska wiedzę na temat informacji składanych przez wykonawców z własnych źródeł, jest zobowiązany zbadać, czy nie zachodzi okoliczność złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji, czy nie zachodzi przesłanka do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Ustawodawca przewidział możliwość żądania wyjaśnień w zakresie oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, nie oznacza to jednak, że dla oceny sytuacji nie może posłużyć się wiedzą, czy informacjami pochodzącymi od innych podmiotów.”

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że protestujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający rozstrzygnął protest podając w piśmie z dnia 19 czerwca 2009 r., że uznaje protest.

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie dowodów zawartych w aktach sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania dostarczonej przez zamawiającego oraz wyjaśnień stron, ich pełnomocników i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła, co następuje.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (16 390 000 zł, co stanowi równowartość 4 227 386,45 euro).

Ogłoszenie o zamówieniu – dostawy – zostało zamieszczone w Dz. Urz. UE z dnia 23.04.2009 r. nr 2009 / S 78-112703.

Przedmiot zamówienia podzielony został na 13 części (zakresów). We wszystkich częściach, za wyjątkiem VIII i X zostały zawarte umowy.

Odwołanie dotyczy etapu oceny spełniania warunków udziału wykonawców w postępowaniu i otrzymanych ocen spełniania tych warunków.

Pismem za dnia 29 maja 2009 r. zamawiający przekazał informację liderowi Konsorcjum EUROSYSYSTEM Sp. z o.o., które złożyło wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w części I, VIII i X, o tym, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu wymienionych w sekcji III.2) ogłoszenia. W ocenie zamawiającego wykonawca nie wykazał, że dysponuje doświadczeniem należytego wykonania co najmniej trzech prac polegających na opracowaniu: Bazy Danych Topograficznych (TBD) w zakresie komponentu TOPO, za łączną kwotę nie mniejszą niż 500 000 PLN zł. Podał, że wskazana usługa w wykazie wykonanych usług, załączonym do wniosku, w poz. 2 (str. 81 wniosku), nie była wykonana przez EUROSYSYSTEM Sp. z o.o., jako przez współwykonawcę, lecz podwykonawcę firmy Ludmiła Pietrzak – InterTIM, w dodatku, należy sądzić, że w sposób nienależyty, co wynika z pisma wyjaśniającego tej firmy z dnia 29 maja 2009 r.

Zamawiający w doręczonym piśmie nie zawarł oświadczenia o wykluczeniu wykonawcy – Konsorcjum EUROSYSYSTEM Sp. z o.o. z postępowania, lecz tylko zawiadomił, iż wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający, co prawda, zamieścił w treści informacji zdanie, powołując się na art. 52 ust. 2 Pzp, że wykonawcę nie zaproszonego do składania ofert traktuje się jak wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis ten został błędnie przytoczony, bo wskazaną treść zawiera art. 51 ust. 2 zd. 2 Pzp i wskazana część tego przepisu odnosi się do sytuacji, gdy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, lecz na skutek dużej ilości wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, pozostaje poza liczbą wykonawców mogących być zaproszonymi do składania ofert, wówczas fakt nie zaproszenia wykonawcy do składania ofert jest traktowany, jak wykluczenie z postępowania.

Natomiast w razie nie spełniania warunku udziału w postępowaniu, zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1-3 Pzp. Czynność taka nie nastąpiła w rozpoznanej sprawie.

Na czynności zamawiającego opisane w piśmie z dnia 29 maja 2009 r., lider Konsorcjum EUROSYSYSTEM Sp. z o.o. wniósł protest w dniu 10 czerwca 2009 r., w którym podważał czynność zamawiającego, przede wszystkim w zakresie oceny nie spełniania warunku

udziału w postępowaniu. Do kwestii wykluczenia odniósł się, zastrzegając, że o ile za taką czynność można uznać oświadczenie zamawiającego, złożone w tymże piśmie z dnia 29 maja 2009 r.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, odwołujący zgłosił przystąpienie pismem z dnia 15 czerwca 2009 r., wnosząc o nieuwzględnienie żadnego z powołanych w proteście zarzutów i oddalenie protestu w całości.

Zamawiający uwzględnił protest podając, że „postanawia uznać protest” – pismo z dnia 19 czerwca 2009 r. Po wymianie korespondencji z firmą Ludmiła Pietrzak InterTIM oraz protestującym, w tym wezwania w trybie art. 26. ust. 3 i 4 Pzp, zamawiający powtórzył ocenę wniosków i pismem z dnia 19 czerwca 2009 r. przekazał wykonawcom ponowną informację o ocenie spełniania warunków udziału wykonawców w postępowaniu, podając, że w części VIII i X spełniają warunki – odwołujący (Konsorcjum MGGP S.A.) i przystępujący (Konsorcjum EUROSYSYSTEM Sp. z o.o.) i obaj wykonawcy zostali zaproszeni do złożenia ofert (odrębne pisma z dnia 19 czerwca 2009 r.). Dopiero na tę czynność odwołujący wniósł protest (pismo z dnia 26 czerwca 2009 r., złożone u zamawiającego w dniu 29 czerwca 2009 r.). Protest dotyczył zaproszenia do złożenia oferty Konsorcjum EUROSYSYSTEM Sp. z o.o. i zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, wobec nie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Protest został oddalony przez brak jego rozstrzygnięcia w ustawowym terminie. Odwołujący, jak potwierdził na rozprawie, nie wniósł odwołania od oddalenia protestu, zatem rozstrzygnięcie protestu stało się ostateczne z upływem terminu do wniesienia odwołania.

Zamawiający dokonał dalszych czynności w postępowaniu i wybrał najkorzystniejsze oferty. W części VIII wybrał ofertę Konsorcjum EUROSYSYSTEM Sp. z o.o. (spośród trzech ofert), z ceną 625 860 zł, cena oferty odwołującego wynosi 628 348 zł. (druga w kolejności). W części X wybrał ofertę odwołującego (spośród dwóch ofert) z ceną 1 903 229,28 zł, cena oferty Konsorcjum EUROSYSYSTEM Sp. z o.o. wynosiła 1 910 520 zł.

Oceniając powyższe ustalenia, KIO stwierdziła, że czynności - zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum EUROSYSYSTEM Sp. z o.o. oraz zaproszenia do złożenia oferty tego wykonawcy, zostały ostatecznie rozstrzygnięte na skutek upływu terminu na wniesienie odwołania od oddalenia protestu, wniesionego przez odwołującego w dniu 29 czerwca 2009 r.

Ponadto, w zakresie części X, wobec nie podważonego przez Konsorcjum EUROSYSYSTEM Sp. z o.o. (drugiego wykonawcy w tej części) wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej, odwołujący nie legitymuje się posiadaniem interesu prawnego w podważaniu czynności zamawiającego w tej części, będących treścią protestu z dnia 10 czerwca 2009 r., wniesionego przez Konsorcjum EUROSYSYSTEM Sp. z o. o., w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z tym przepisem, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Nie ulega najmniejszym wątpliwościom, że interes prawny odwołującego w zakresie uzyskania zamówienia w X części nie doznał żadnego uszczerbku, wykonawca ten w sposób już nie podlegający zakwestionowaniu zostanie wykonawcą tej części zamówienia. Zatem, zgodnie z przedstawionym wywodem, zarzuty dotyczące X części przedmiotu zamówienia, podlegają oddaleniu.

W zakresie VIII części zamówienia, cena oferty odwołującego jest niewiele droższa od ceny oferty przystępującego Konsorcjum EUROSYSTEM Sp. z o.o. i wobec jedyne kryterium oceny ofert – cena o znaczeniu 100%, odwołujący uzyskał drugą lokatę w punktacji ofert, stąd legitymuje się posiadaniem interesu prawnego w granicach zarzutów i żądań, zawartych w proteście z dnia 10 czerwca 2009 r. wniesionym przez Konsorcjum EUROSYSTEM Sp. z o.o., wyłącznie w zakresie zgłoszenia przystąpienia do tego postępowania toczącego się w wyniku wniesienia powyższego protestu, tj. zgłoszenia dokonanego pismem z dnia 15 czerwca 2009 r. i w tym zakresie KIO miała możliwość rozpoznania zarzutów.

Jak wskazano wyżej, czynność wykluczenia Konsorcjum EUROSYSTEM Sp. z o.o. nie została dokonana pismem zamawiającego z dnia 29 maja 2009 r. Wykonawca ten wnosząc protest w dniu 10 czerwca 2009 r., zakwestionował oświadczenie zamawiającego o ocenie nie spełniania warunków udziału w postępowaniu i o nie zaproszeniu do złożenia oferty, jako czynność równą wykluczeniu z postępowania. W tym zakresie obecny odwołujący poparł stanowisko zamawiającego. W przedmiotowym piśmie zamawiającego z dnia 29 maja 2009 r. (informacja o nie spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w sekcji III.2 ogłoszenia), zamawiający zakwestionował wyłącznie usługę wykazaną w poz. 2 wykazu usług (str. 81 wniosku) i tylko w tym zakresie mogło być rozpoznane odwołanie.

KIO nie podziela stanowiska odwołującego. Z dowodu zawartego w aktach sprawy i ponownie złożonego przez odwołującego na rozprawie - Analiza wykazu usług z dnia 25.06.2009 r. sporządzona przez prof. dr hab. inż. Tadeusza Ch. i opinia dr inż. Joanny B., wynika, że usługa wykazana w poz. 2 wykazu spełnia wymagania wynikające z ogłoszenia. Kwestią sporną w tym przedmiocie pozostała okoliczność, czy wobec wyjaśnień złożonych przez Ludmiłę Pietrzak – InterTIM, wykonawca (EUROSYSTEM Sp. z o.o.) może posłużyć się doświadczeniem, jako uczestnik biorący udział w realizacji tej usługi, czy nie ma do tego prawa.

Załączone dowody w postaci pełnomocnictwa udzielonego Ludmile Pietrzak – InterTIM, jako pełnomocnikowi Konsorcjum, w skład, którego wszedł wykonawca EUROSYSTEM Sp. z o.o. oraz późniejsze zawarcie umowy z udziałem tego wykonawcy, mimo, iż w innych dokumentach figuruje pełnomocnik Konsorcjum, jako wykonawca bez wskazania, iż działa na rzecz dwóch wykonawców składających wspólną ofertę, nie może być okolicznością

przesądającą w sprawie, z tego powodu, że jest dość powszechną praktyką, niestety nie popieraną, że pełnomocnik konsorcjum nie ujawnia przy podejmowanych czynnościach w sposób właściwy swojej funkcji pełnomocnika, lecz podejmuje czynności, włącznie z zawieraniem umowami, stwarzając pozory samodzielnego działania. KIO wzięła także pod uwagę fakt sporu toczącego na drodze sądowej z powództwa Ludmiły Pietrzak – InterTIM przeciwko EUROSYSTEM Sp. z o.o., związanego z realizacją wskazanej usługi, zakończonego niepomyślnie dla powódki (okoliczności wynikające z wyjaśnień złożonych na rozprawie przez pełnomocnika wykonawcy EUROSYSTEM Sp. z o.o.).

Z tych względów, KIO uznała, że nie zachodzą przesłanki do podtrzymania pierwotnej oceny zamawiającego o nie spełnianiu warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę EUROSYSTEM Sp. z o.o. w zakresie VIII części zamówienia i wobec braku interesu prawnego po stronie odwołującego w zakresie X części zamówienia, oddaliła odwołanie, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, w wysokości 3 600 zł, zgodnie z § 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. Nr 128, poz. 886, z późn. zm.).

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:

.....

.....