

**Sygn. akt: KIO 1687/10**

**WYROK**  
**z dnia 18 sierpnia 2010r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 9 sierpnia 2010 r. przez **Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPeGieKa Sp. z o.o., 82-300 Elbląg, ul. Tysiąclecia 11** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Główny Geodeta Kraju w imieniu, którego działa Główny Urząd Geodezji i Kartografii, 00-926 Warszawa, ul. Wspólna 2**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPeGieKa Sp. z o.o., 82-300 Elbląg, ul. Tysiąclecia 11** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPeGieKa Sp. z o.o., 82-300 Elbląg, ul. Tysiąclecia 11,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPeGieKa Sp. z o.o., 82-300 Elbląg, ul. Tysiąclecia 11** na rzecz **Skarbu Państwa – Głównego Geodety Kraju w imieniu, którego działa Główny Urząd Geodezji i Kartografii, 00-926 Warszawa, ul. Wspólna 2** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

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

Zamawiający – Skarb Państwa – Główny Geodeta Kraju w imieniu, którego działa Główny Urząd Geodezji i Kartografii, 00-926 Warszawa, ul. Wspólna 2 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Implementację i utrzymanie usług Inspire i ich brokera krajowego, brokera branżowego oraz szkolenia na potrzeby projektu Geoportal 2*”, w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 czerwca 2010 r. pod numerem 2010/S 120-182032.

Dnia 29 lipca 2010 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach przeprowadzonej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wskazując jednocześnie, iż wykonawca Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPeGieKa sp. z o.o., 82-300 Elbląg, ul. Tysiąclecia 11 (zwany dalej „Odwołującym”) nie spełnia warunków udziału w postępowaniu czym została wypełniona przesłanka do wykluczenia Odwołującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał tym samym, iż Odwołujący nie zostanie zaproszony do złożenia oferty, a wykonawcę niezaproszonego do złożenia oferty traktuje się jak wykluczonego z postępowania.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 9 sierpnia 2010 roku (pismo z dnia 6 sierpnia 2010 roku) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez naruszenie zasady obligatoryjności prowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji naruszenie zasady równości i uczciwej konkurencji,
- zaniechanie w trybie art. 26 ust. 4 wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień odnośnie przedstawionych wartości brutto poszczególnych usług w wykazie wykonanych usług - kolumna piąta w tabeli - pomimo istnienia ku temu podstaw faktycznych i prawnych,
- naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 51 ust. 1 ustawy Pzp przez wadliwą ocenę wniosku Odwołującego i błędne uznanie, iż Odwołujący nie zostanie zaproszony do

składania ofert, gdyż nie spełnił postawionych w ogłoszeniu warunków udziału w postępowaniu,

- naruszenie art. 51 ust. 2 ustawy Pzp przez niezaproszenie Odwołującego do składania ofert i uznanie go jak wykluczonego z przetargu pomimo, iż liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu nie jest większa niż określona w ogłoszeniu, to jest postąpienie wbrew treści tegoż przepisu.

Odwołujący zarzucając powyższe naruszenie przepisów wniósł o:

- unieważnienie czynności polegającej na niezaproszeniu Odwołującego do składania ofert i uznaniu Odwołującego, tak jak wykluczonego z przetargu, wobec tego, że nie spełnił on warunków udziału w postępowaniu, o czym Zamawiający poinformował Odwołującego w informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach w trybie art. 51 ust. 1 i 1 a ustawy Pzp,
- nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny wniosków, w tym wniosku Odwołującego i w konsekwencji uznanie, że Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu i nakazanie zaproszenia Odwołującego do składania ofert w trybie art. 51 ust. 1 w zw. z art. 51 ust. 3 ustawy Pzp.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 6 sierpnia 2010 roku.

Zamawiający, dnia 6 sierpnia 2010 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden z wykonawców.

Zamawiający, dnia 17 sierpnia 2010 roku wniósł odpowiedź na odwołanie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III.2.3 postawił warunki udziału w postępowaniu. W zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, żądał złożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Minimalny poziom wymaganych standardów w zakresie doświadczenia zawodowego, Zamawiający określił w ten sposób, iż wykonawca powinien wykazać, że wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie:

- a) co najmniej 1 zamówienie na opracowanie i wdrożenie systemu bazodanowego, o wartości co najmniej 3 000 000,00 zł brutto a system ten posiadał interfejsy do systemów administracji publicznej;
- b) co najmniej 1 zamówienie na opracowanie i wdrożenie systemu integrującego systemy informatyczne, w architekturze SOA (Service Oriented Architecture), o wartości co najmniej 2 000 000,00 zł brutto;
- c) co najmniej 1 zamówienie na opracowanie i wdrożenie systemu informatycznego o wartości co najmniej 1 000 000,00 zł brutto zawierającego podsystem GIS;
- d) co najmniej 1 zamówienie na opracowanie i wdrożenie systemu informatycznego o wartości co najmniej 1 000 000,00 zł brutto, zawierającego opracowanie polityki bezpieczeństwa zgodnie z ISO/IEC 27001,
- e) co najmniej 1 zamówienie na opracowanie i wdrożenie systemu informatycznego o wartości co najmniej 500 000,00 zł brutto zawierającego rozwiązanie wykorzystujące infrastrukturę PKI (Infrastruktura Klucza Publicznego).

Ponadto, w Ogłoszeniu o zamówieniu, Zamawiający zamieścił dodatkową uwagę wskazując, iż wyżej wymienione usługi mogą być wykonane w ramach jednego lub odrębnych zamówień. W przypadku wykazania wymienionych wyżej usług w jednym lub kilku zamówieniach wykonawca musi określić w wykazie wartość brutto wymienionych wyżej usług (osobno wartość każdej usługi).

Odwołujący, do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie załączył wykazu wykonanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

Zamawiający, pismem z dnia 12 lipca 2010 roku wezwał Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zdaniem Zamawiającego dokumenty złożone wraz z wnioskiem nie zawierały wykazu wykonanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, oraz nie zostały załączone dokumenty potwierdzające, że te usługi zostały wykonane należycie.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący, pismem z dnia 15 lipca 2010 roku uzupełnił wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i załączył wykaz wykonanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym wymienił usługi wykonywane dla:

- 1) Gminy Miasta Elbląg, data wykonania od 13 czerwca 2007 do 31 marca 2010 roku, o wartości 3 623 400,00 zł. Odwołujący zawarł również dopisek, iż wartość usług dla kryterium 1) a, b, c i e wynosi 3 428 000,00 zł,
- 2) Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii, data wykonania od 4 września 2008 do 21 października 2008, o wartości usług dla kryterium 1) b, c – 2 425 360,00 zł,
- 3) Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii, data wykonania od 4 września 2008 do 21 października 2008, o wartości usług dla kryterium 1) b, c – 2 049 600,00 zł,
- 4) Polskiego Koncernu Naftowego ORLEN S.A., data wykonania od 21 stycznia 2008 do 2 grudnia 2008 roku, wartość usługi – 1 128 500,00 zł (usługa wykonywana przez Lumena S.A.).

Do w/w wykazu wykonanych usług Odwołujący załączył stosowne protokoły odbioru oraz list polecający.

Zamawiający, pismem z dnia 29 lipca 2010 roku przekazał Odwołującemu Informację o wynikach spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Zamawiającego, warunki określone w ogłoszeniu spełniło 5 spośród 6 wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Warunków udziału w postępowaniu nie spełnił wykonawca Odwołujący się, tym samym Zamawiający poinformował, że wykonawca ten nie zostanie zaproszony do składania ofert.

Uzasadniając Zamawiający wyjaśnił, iż w uzupełnionym, przez Odwołującego wykazie wykonanych usług nie zostało wykazane spełnianie określonego przez Zamawiającego warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. Z dostarczonego wykazu nie wynika, że wymagane przez Zamawiającego usługi, określone w Ogłoszeniu, w sekcji III.2.3 pkt 1 ppkt 1 litery a, b, c oraz e posiadają wartość wskazaną w ogłoszeniu.

W pierwszej kolejności Izba zwróciła uwagę na treść postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu oraz dokumentów żądanych w celu potwierdzenia spełniania stawianego warunku. Zamawiający opisując warunek żądał udowodnienia przez wykonawców faktu wykonania, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej jednego zamówienia o określonej wartości zawierającego w sobie wykonanie odpowiedniego elementu, uszczegółowionego przez Zamawiającego – odpowiednio dla każdej usługi wymienionej w ppkt od a do e.

Uwaga, sformułowana przez Zamawiającego w Ogłoszeniu o zamówieniu, poniżej w/w warunków pozwalała wykonawcom na legitymowanie się posiadaniem doświadczeniem zdobytym w ramach jednego lub odrębnych zamówień. Jednakże w przypadku wykazania w/w usług w jednym lub kilku zamówieniach wykonawca musiał określić w wykazie wartość brutto wymienionych usług (osobno dla każdej usługi).

Powyższe sformułowania, w ocenie Izby, prowadzą do jednoznacznego wniosku, iż Zamawiający, stawiając w w/w sposób warunki udziału w postępowaniu wymagał, aby wykonawca, który w przyszłości ewentualnie będzie realizował przedmiotowe zamówienie posiadał stosowne doświadczenie, umożliwiające jego prawidłową realizację.

Słuszne jest twierdzenie Odwołującego, iż wartość podana w kolumnie 5 tabeli – wykazu wykonanych usług musi odnosić się wartości całego zamówienia, a w ramach tego konkretnego zamówienia należało wykonać charakterystyczny element (cechę), uszczegółowiony i wymieniony przez Zamawiającego.

Niemniej jednak, istotą omawianego problemu, jest błędne przeświadczenie Odwołującego, który niezasadnie interpretuje przedmiotowy warunek uznając, iż w ramach jednego zamówienia, przekraczającego najwyższą z ustalonych kwot warunku (3 000 000,00 zł brutto), mógł wykonywać poszczególne, znaczące dla Zamawiającego cechy usługi, a doświadczenie te musi zostać uznane przez Zamawiającego za potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Należy bowiem rozdzielić wartości poszczególnych zamówień od elementów istotnych każdego z nich, uszczegółowionych przez Zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu zachodzi bowiem sytuacja (uwaga poczyniona przez Zamawiającego), którą dopuścił Zamawiający, iż wykonawcy mogą legitymować się stosownym doświadczeniem uzyskanym przy realizacji jednej usługi (zamówienia), bądź też legitymować się stosownym doświadczeniem uzyskanym przy realizacji wielu usług (zamówień), jednakże musi ono kumulatywnie spełniać wszystkie warunki określone w punktach 1 ppkt a – e Ogłoszenia.

Tym samym każdy z wykonawców musiał udowodnić, że spełnia postawiony przez Zamawiającego warunek wiedzy i doświadczenia, zarówno w zakresie cech realizowanych usług jak i wartości zrealizowanych zamówień.

Powyższe wynika z przepisu art. 26 ust. 2a ustawy - Prawo zamówień publicznych, w którym ustawodawca wskazał, iż *Wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1.*

W trakcie prowadzonej rozprawy Zamawiający przyznał, iż Odwołujący nie spełnia warunku w zakresie pkt 1 ppkt e wykazu wykonanych usług, gdyż zamówienie tam wskazane nie odpowiada wartości, jaką wskazał w Ogłoszeniu Zamawiający. Pozostałe warunki zostały przez Odwołującego spełnione.

W ocenie Izby Zamawiający jasno i precyzyjnie wskazał w Ogłoszeniu o zamówieniu, jak należy interpretować sporne postanowienia Ogłoszenia dotyczące warunków udziału w postępowaniu. Oczywistym jest, iż aby uznać, że wykonawca spełnia określony warunek

udziału w postępowaniu to musi udowodnić, i to na wykonawcy spoczywa obowiązek dowodowy, że spełnia ten warunek w każdym elemencie opisanym przez Zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu zarówno, co do cech usługi jak i wartości zamówienia (usługi).

Analiza prawidłowości i adekwatności stawianych warunków w odniesieniu do przedmiotu zamówienia niezbędna jest w celu stwierdzenia celowości stawianego warunku. Ocena stawianych warunków, w zakresie kryterium wartości wykonanych zamówień (usług) w kontekście wartości szacunkowej zamówienia (określonej przez Zamawiającego na kwotę ponad 16 mln zł) pozwala na stwierdzenie, iż warunki udziału w postępowaniu zostały określone w prawidłowej wysokości (łącznie 7 500 000,00 zł). Tym samym stwierdzić należy, że Zamawiający wypełnił ustawową przesłankę, określoną w przepisie art. 22 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych i opisał sposób dokonywania oceny spełniania warunków, zbieżnie oraz proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, słusznym była decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania, gdyż Odwołujący nie udowodnił, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie opisanym przez Zamawiającego w sekcji III.2.3 pkt 1 ppkt e Ogłoszenia o zamówieniu – w zakresie wartości zrealizowanej usługi.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, gdyż Zamawiający traktował wszystkich wykonawców w równym stopniu, a nierówne traktowanie wykonawców można byłoby stwierdzić wówczas, gdyby przy identycznych (bądź bardzo podobnych) stanach faktycznych dotyczących wszystkich uczestników postępowania Zamawiający dokonał innych czynności (podobnie KIO w wyroku z dnia 2 września 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 864/08). W tym miejscu wskazać należy na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2007r. o sygn. akt I CSK 261/07, w którym sąd stwierdził, iż odbiorca oświadczenia woli może skutecznie powołać się na sens przez siebie rozumiany tylko wtedy, gdy każdy uczestnik obrotu znajdujący się w podobnej sytuacji, a w szczególności dysponujący takim samym zakresem wiedzy o oświadczeniu i okolicznościach jego złożenia zrozumiałby tak samo jego znaczenie.

Izba nie stwierdziła również naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych. W ocenie Izby, stosownie do przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający wzywa, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp,

jednakże w sytuacji, gdy Zamawiający ma wątpliwości, co do treści złożonych dokumentów. Wobec braku takich wątpliwości Zamawiający nie ma obowiązku do wzywania do wyjaśnień złożonych dokumentów.

Przepis art. 26 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych nakłada na Zamawiającego obowiązek wzywania do udzielania wyjaśnień. Tak jak wzywanie do uzupełnienia dokumentów może nastąpić jeden raz, tak żądanie wyjaśnień konieczne jest w każdej sytuacji, w której pojawia się wątpliwość, czy też niejasność. Jeżeli więc Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, co do treści składanych dokumentów to sankcja naruszenia przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp została tym samym zniesiona. W powyższym zakresie na aprobatę zasługuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 1120/08, w którym Izba stwierdziła, iż *„Niebudzące wątpliwości jest prawo Zamawiającego do wielokrotnego żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonej w danym postępowaniu oferty, jeżeli zaistnieje taka konieczność. Powyższe odnosi się również do instytucji wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów złożonych wraz z ofertą w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, z tym zastrzeżeniem, aby wyjaśnienia nie prowadziły de facto do kolejnego uzupełnienia, w tym samym zakresie (...). Żądanie wyjaśnień jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem Zamawiającego”*.

W związku z powyższym, za niezasadne Izba uznała również zarzuty dotyczące naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 51 ust. 1 oraz art. 51 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł.

**Przewodniczący:**

.....