

WYROK
z dnia 5 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Marek Koleśnikow

Izabela Kuciak

Protokolant: Edyta Skowrońska

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

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

orzeka:

1 .oddala odwołanie

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

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4056 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćdziesiąt sześć złotych, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Gildia Sp. z o.o., P.P.U.H. Elmat Sp. z o.o., ul. Rudnicka 26, Lublin**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) przez **Konsorcjum: Gildia Sp. z o.o., P.P.U.H. Elmat Sp. z o.o., ul. Rudnicka 26, Lublin** na rzecz **Ministerstwo Edukacji Narodowej, al. J. Ch. Szucha 25, Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego
- 3) dokonać wpłaty kwoty zł ... gr (słownie:.....)
przez na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset Trzydzieści sześć złotych, zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Gildia Sp. z o.o., P.P.U.H. Elmat Sp. z o.o., ul. Rudnicka 26, Lublin**

2

Uzasadnienie

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

tachimetrów elektrooptycznych w ilości 430 sztuk każdego z nich.

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

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

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

3

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

Wskazując na powyższe Konsorcjum WSOP domagało się:

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

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

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

Wobec powyższego Konsorcjum GILDIA złożyło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zaś Konsorcjum WSOP złożyło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W treści odwołania Konsorcjum GILDIA podniosło zarzuty naruszenia art. 70 i § 4 K.c. w związku z art. 14 ustawy przez postępowanie niezgodnie z postanowieniami ogłoszenia, art. 38 ust. 5 ustawy wobec dokonanej de facto modyfikacji warunków udziału w postępowaniu oraz opisu oceny ich spełniania, art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy przez uznanie, iż w odniesieniu do Odwołującego zachodzą przesłanki zastosowania tego przepisu, art. 26 ust. 3 i 4 przez uznanie, że zachodzą przesłanki do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i ich wyjaśnienia, art. 51 ust. 1 ustawy poprzez uznanie, iż zachodzą przesłanki umożliwiające ponowne badanie wniosków oraz art. 7 ust. 1 ustawy – naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W uzasadnieniu odwołania Konsorcjum GILDIA

wywiódł, iż z treści Ogłoszenia wynika, że warunek dotyczący posiadania doświadczenia umożliwiającego ubieganie się o udzielenie zamówienia został opisany w ten sposób, że Zamawiający wymaga realizacji dostawy, w skład której wchodzi niwelator lub tachimetr elektrooptyczny, zaś wartość ma się odnosić do całości dostawy nie tylko do ww. urządzeń.

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

4

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

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

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

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

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

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

Zgodnie z art. 191 ust. 3 zd. 1 Izba rozpoznaje odwołanie w granicach zarzutów zawartych w proteście. Odwołujący skonkretyzował swoje stanowisko dopiero w odwołaniu. Podniesione w nim zarzuty naruszenia art. 70 i § 4 k.c. w związku z art. 14 ustawy, art. 38 ust. 5 ustawy nie mogą być przedmiotem postępowania odwoławczego.

Podstawą faktyczną sporu jest treść pkt III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający ustanowił w nim warunek wykazania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, że w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonali co najmniej 1 dostawę, której przedmiotem był co najmniej jeden rodzaj urządzeń spośród urządzeń odpowiadających przedmiotowi zamówienia (t.j. następujące rodzaje: tachimetr elektrooptyczny, niwelator samopoziomujący), łączna wartość wykazanych dostaw minimum 400.000 zł brutto. Na potwierdzenie spełniania tego warunku, wykonawcy zostali zobowiązani do złożenia wykazu wykonanych lub wykonywanych dostaw odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu (z opisu powinno jednoznacznie wynikać, że dostawa ta zawierała urządzenia wymienione

5

w Ogłoszeniu), dat wykonania (miesiąc, rok rozpoczęcia i zakończenia każdej dostawy) i odbiorców oraz dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały zrealizowane należycie. Treść tego postanowienia Ogłoszenia powtarza brzmienie §1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605).

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

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

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

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

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

6

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

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

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

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

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

Analiza wniosków złożonych przez wszystkich wykonawców ubiegających się

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

7

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

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

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

Za uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika, na podstawie przedłożonego rachunku, przyznano kwotę 3600,00 zł stosownie do par. 4 ust. 1 pkt 2b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

** niepotrzebne skreślić*

8