Sygn. akt: KIO/UZP 1153/08

WYROK
z dnia 6 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Członkowie: Emil Kuriata
Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **DRO-KONSULT Sp. z o.o., Warszawa, ul. Odrowąża 15** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa reprezentowane przez Zarząd Dróg Miejskich, Warszawa, ul. Chmielna 120** protestu z dnia 24 września 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża **DRO-KONSULT Sp. z o.o., Warszawa, ul. Odrowąża 15** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **DRO-KONSULT Sp. z o.o., Warszawa, ul. Odrowąża 15,**

---

2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **DRO-KONSULT Sp. z o.o., Warszawa, ul. Odrowąża 15** na rzecz **Miasta Stołecznego Warszawy reprezentowanego przez Zarząd Dróg Miejskich, Warszawa, ul. Chmielna 120** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

3) 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 **DRO-KONSULT Sp. z o.o., Warszawa, ul. Odrowąża 15.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Miasto Stołeczne Warszawa reprezentowane przez Zarząd Dróg Miejskich prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przegląd szczegółowy dróg – ocenę stanu technicznego dróg powiatowych miasta stołecznego Warszawy. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 lipca 2008 r. pod numerem 2008/S 144 – 194012.

W dniu 18 września 2008 r. (pismem z dnia 16 września 2008 r.) Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Instytutu Badawczego Dróg i Mostów.

Na powyższą decyzję protest wniósł w dniu 25 września 2008 r. (pismem z dnia 24 września 2008 r.) wykonawca DRO-KONSULT Sp. z o.o. zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
- art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej ustawą Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji,

- art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu Instytutu Badawczego Dróg i Mostów pomimo, iż ww. Wykonawca nie dysponuje potencjałem technicznym zdolnym do wykonania zamówienia,
- art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu Instytutu Badawczego Dróg i Mostów pomimo, iż ww. Wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Protestujący podniósł, iż Instytut Badawczy Dróg i Mostów nie spełnia warunków udziału w postępowaniu tj. nie dysponuje wymaganym potencjałem technicznym, zaś złożone przez ww. Wykonawcę oświadczenia (załącznik nr 1 i nr 2) zawierają nieprawdziwe informacje, które mają wpływ na wynik postępowania. Protestujący wyjaśnił, iż Instytut Badawczy Dróg i Mostów jest państwową jednostką badawczo-rozwojową nadzorowaną przez ministra właściwego do spraw transportu. Podstawową działalnością Instytutu, zgodnie z jego statutem, co do zasady powinna być działalność badawczo-rozwojowa i naukowa, choć statut ww. podmiotu dopuszcza również wykonywanie usług i robót w budownictwie. Jak wskazał Protestujący, sprzęt, który wykazał Instytut w swej

---

ofercie jest własnością Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad i został ww. Wykonawcy użyczony jedynie pod warunkiem jego wykorzystania wyłącznie w celach naukowo-badawczych, a nie gospodarczych. Jako przykład Protestujący wskazuje, iż niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia jest dysponowanie aparatem do pomiaru ugięć, który to aparat zgodnie z pkt 5.6 załącznika do zarządzenia nr 3 Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 19 stycznia 2007 roku „Strategia Realizacji Pomiarów dla Potrzeb Systemu Oceny Stanu Nawierzchni / SOSN/ oraz Systemu Oceny Stanu Poboczy i Odwodnienia Dróg /SOPO/ w 2007 roku i latach następnych" jest własnością Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad i został użyczony Instytutowi Badawczemu Dróg i Mostów, który będzie go wykorzystywał wyłącznie do celów naukowo-badawczych. Mając powyższe na uwadze należy uznać, w ocenie Protestującego, że Instytut nie dysponuje sprzętem do innych celów niż naukowe, i nie ma prawa używać tego sprzętu do wykonywania innych zleceń.

Protestujący wniósł o:
- unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Instytutu Badawczego Dróg i Mostów,
- wykluczenie Instytutu Badawczego Dróg i Mostów z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą,
- dokonanie ponownej czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 30 września 2008 r. przez jego oddalenie. Zamawiający stwierdził, że dokument, na który powołuje się Protestujący jest dokumentem obowiązującym struktury Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, a nie Instytut jako stronę biorącą w użyczenie ww. sprzęt i jest wewnętrznym zarządzeniem Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, nie zaś umową użyczenia w rozumieniu prawa. Jednocześnie Zamawiający nie stwierdził naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Uznał ponadto, iż złożone przez Instytut Badawczy Dróg i Mostów oświadczenia nie budzą wątpliwości co do ich wiarygodności.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodził się wykonawca DRO-KONSULT Sp. z o.o., który wniósł w dniu 6 października 2008 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu, jak w proteście, naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście, a ponadto stwierdził, iż wobec zarzutów podniesionych w proteście, niezrozumiały jest brak reakcji Zamawiającego w tym zakresie. Podniósł, iż Zamawiający zobowiązany jest czuwać nad prawidłowością postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez cały okres jego

realizacji, a nie jedynie do momentu dokonania rozstrzygnięcia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zdaniem Odwołującego, w sytuacji, w której Zamawiający zostaje poinformowany o okolicznościach czyniących dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnym z przepisami ustawy, popartych dodatkowo dokumentacją, argumentu nie może stanowić okoliczność, iż dane oświadczenie pierwotnie nie budziło jego wątpliwości.

Odwołujący wywiódł, iż skoro sprzęt techniczny został użyczony Instytutowi Badawczemu Dróg i Mostów jedynie do badań naukowych, nie został spełniony warunek udziału w postępowaniu, a tym samym brak jest gwarancji, iż przedmiotowe zamówienie zostanie wykonane. Nie przywiązując wagi do powyższego, zdaniem Odwołującego, Zamawiający faworyzuje Instytut Badawczy Dróg i Mostów, co z kolei prowadzi do dyskryminacji Odwołującego.

Ponadto, niezrozumiała jest dla Odwołującego użyta w rozstrzygnięciu protestu argumentacja, iż załączony do protestu dokument jest jedynie dokumentem wewnętrznym Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, nie obowiązującym Instytutu. Odwołujący oświadczył, iż umowa użyczenia pomiędzy Instytutem a Generalną Dyrekcją Dróg Krajowych i Autostrad została zawarta, jednak nie udało się jej Odwołującemu uzyskać. Stwierdził jednocześnie, że skoro z ww. dokumentu wynika, na jakich zasadach Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad ma użyczać sprzęt będący jej własnością i wprost wskazuje Instytut Badawczy Dróg i Mostów, to istnieje duże prawdopodobieństwo, iż umowa użyczenia nie mogła być zawarta na innych warunkach. Wobec powyższych informacji uzyskanych od Odwołującego, w jego ocenie, Zamawiający powinien był podjąć stosowne czynności w celu sprawdzenia czy Wykonawca, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą w istocie spełnia warunki udziału w postępowaniu

Odwołujący wniósł o:
- uwzględnienie odwołania,
- dopuszczenie dowodu z załączonych do odwołania dokumentów na okoliczności w nich ujawnione wskazane w uzasadnieniu,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności w postaci wyboru jako najkorzystniejszej oferty Instytutu Badawczego Dróg i Mostów,
- nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Instytutu Badawczego Dróg i Mostów z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,

---

- nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- obciążenie Zamawiającego kosztami związanymi z wniesieniem odwołania i reprezentowania Odwołującego przez pełnomocnika.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

W tym stanie faktycznym, uwzględniając oryginalną dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożoną przez Zamawiającego, dowody złożone przez Odwołującego oraz oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego złożone na rozprawie, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, a podniesione w nim zarzuty należy uznać za chybione.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do wniesienia środków ochrony prawnej.

Analizując dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie postawił wobec wykonawców szczegółowych warunków dotyczących potencjału technicznego. W tym zakresie postawił wyłącznie ogólny warunek, do czego był zobowiązany na podstawie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Celem ww. przepisu jest możliwość weryfikacji podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia pod kątem ich zdolności do należytej realizacji zamówienia.

Zamawiający nie jest jednak zobowiązany do żądania w każdym przypadku jednocześnie konkretnej wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Określając warunki szczegółowe Zamawiający powinien brać pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia i własne potrzeby. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający określając szczegółowe warunki udziału w postępowaniu pozostawił wykonawcom swobodę w doborze sprzętu zabezpieczając w sposób wystarczający swoje interesy oraz możliwość realizacji zamówienia przez żądanie

złożenia stosownych oświadczeń w tym zakresie. Podkreślić należy, że działanie takie jest działaniem uprawnionym, bowiem Zamawiający nie jest zobowiązany, a jedynie uprawniony do żądania dokumentów wymienionych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605).

Wobec braku warunku szczegółowego w zakresie potencjału technicznego, a co za tym idzie, wobec braku wymogu złożenia stosownego dokumentu na potwierdzenie jego spełnienia, jedynymi dokumentami, na podstawie których Zamawiający mógł stwierdzić czy dany wykonawca spełnia warunek dotyczący potencjału technicznego jest oświadczenie wykonawcy (załącznik nr 1 oraz załącznik nr 2 do oferty). Instytut Badawczy Dróg i Mostów złożył stosowne oświadczenia w tym zakresie (strony 3 i 4 oferty), a Zamawiający nie miał podstaw do ich kwestionowania. Zamawiający nie był również uprawniony do żądania od wykonawcy jakiegokolwiek innego dokumentu potwierdzającego prawdziwość złożonego oświadczenia, bowiem zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 3 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane jedynym dokumentem, za wyjątkiem ww. oświadczeń, na potwierdzenie spełniania warunku dysponowania potencjałem technicznym może być wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, jakimi dysponuje wykonawca. Ww. wykaz nie mógł być żądany z uwagi na brak szczegółowego warunku w powyższym zakresie. Wskazana w proteście „Strategia Realizacji Pomiarów dla Potrzeb Systemu Oceny Stanu Nawierzchni /SOSN/ oraz Systemu Oceny Stanu Poboczy i Odwodnienia Dróg /SOPO/ w 2007 roku i latach następnych" nie jest dokumentem regulującym współpracę Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad i Instytutu, zatem również nie może stanowić podstawy do kwestionowania przez Zamawiającego prawdziwości złożonego przez Instytut oświadczenia.

Izba zwróciła również uwagę na fakt, iż wobec braku wymogu wskazania w ofercie sprzętu, którym dysponują wykonawcy oraz zasad, na jakich owym sprzętem władają, nie ma podstaw do twierdzenia, iż sprzętem, za pomocą którego Instytut Badawczy Dróg i Mostów będzie realizował przedmiotowe zamówienie jest w istocie sprzęt, którego właścicielem jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad. Odwołujący nie przeprowadził dowodu na tę okoliczność, a swoje twierdzenia oparł jedynie na „wiedzy ogólnej".

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zebrany materiał dowodowy uznała, że Odwołujący zobowiązany do udowodnienia stawianych zarzutów na podstawie art. 6

ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), nie wykazał nie spełniania przez Instytut warunku dysponowania potencjałem technicznym, nie wykazał również złożenia przez Instytut nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Izba nie stwierdziła również naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, bowiem Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu stawiając warunki udziału w postępowaniu nie różnicował wykonawców, od wszystkich wykonawców wymagał złożenia wraz z ofertą takich samych dokumentów, jak również nie wymagał wykazania podstaw do dysponowania potencjałem technicznym.

Mając na uwadze fakt, iż nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez

Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt. 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz na podstawie 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

8

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) 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:
……
……

9