

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 grudnia 2008 roku

Sąd Okręgowy w Poznaniu Wydział X Gospodarczy Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Piotr Majchrzak

Sędziowie: SSO Jolanta Wątrowska

SSO Ryszard Trzebny

Protokolant st. sekr. Sylwia Wawrzyniak

po rozpoznaniu w dniu 11 grudnia 2008 roku, w Poznaniu
na rozprawie

sprawy o zamówienie publiczne

na skutek skargi Województwa Wielkopolskiego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 sierpnia 2008 roku, w sprawie sygn.

akt KIO/UZP 768/08

przy uczestnictwie przeciwnika skargi - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BIPROGEO S.A. we Wrocławiu, CATGEO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Częstochowie i GEODIS Brno SRO w Brnie przy udziale - wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia:

1. Warszawskiego Przedsiębiorstwa Geodezyjnego S.A. w Warszawie
2. Okręgowego Przedsiębiorstwa Geodezyjno-Kartograficznego spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie
3. KPG spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie
4. POLKART spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie
5. POLKOM spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Komorowie

oraz wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia :

1. Wielkopolskiego Przedsiębiorstwa Geodezyjno - Kartograficznego „GEOMAT” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu
2. GEO -TOP spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu
3. Przedsiębiorstwa Geodezyjno-Kartograficznego „PLAND” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie
4. Okręgowego Przedsiębiorstwa Geodezyjno-Kartograficznego spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Koszalinie

5. Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Handlowo - Usługowego „GEPOL” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu

zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BIPROGEO S.A. we Wrocławiu, CATGEO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Częstochowie i GEODIS Brno SRO w Brnie od rozstrzygnięcia przez zamawiającego protestu z dnia 10 lipca 2008r. oddała.

/-/ J. Waltrowska /-/ P. Majchrzak /-/ r. Trzebny

UZASADNIENIE

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, *na zebranie i zorganizowanie w odpowiednie struktury danych dotyczących sieci dróg, kolei, budowli mostowych oraz innych obiektów związanych z komunikacją drogową i kolejową w ramach opracowania Bazy Danych Obiektów Topograficznych (TBD) o obszarze części Województwa Wielkopolskiego*, Zamawiający - Województwo Wielkopolskie, wykluczył z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: BIPROGEO S.A. z siedzibą we Wrocławiu, CADGEO Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie oraz GEODIS Brno s.r.o. z siedzibą w Brnie, zwaną dalej Konsorcjum Biprogeo i odrzucił ich ofertę. Rozstrzygając przetarg zamawiający wybrał, jako najkorzystniejszą, ofertę złożoną przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: Warszawskie Przedsiębiorstwo Geodezyjne S.A. z siedzibą w Warszawie, Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, POLKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Komorowie, KPG Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie Sp. z o.o., POLKART Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zwane dalej Konsorcjum WPG, dla obiektu I oraz ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia : Wielkopolskie Przedsiębiorstwo Geodezyjno- Kartograficzne „GEOMAT” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, GEO-TOP Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Przedsiębiorstwo Geodezyjno- Kartograficzne „PLAND” Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie, Przedsiębiorstwo Produkcyjno -Handlowo -Usługowe „GEOPOL” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwane dalej Konsorcjum GEOMAT, dla obiektu II. Od powyższego rozstrzygnięcia protest wniósł Konsorcjum Biprogeo podnosząc zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 10, art. 24 ust.2 pkt.3, art. 24 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp. Protestujący wniósł o unieważnienie decyzji w sprawie wykluczenia protestującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, powtórzenie badania ofert z zachowaniem zasad udzielania zamówień publicznych oraz o wybór oferty protestującego dla obiektu I i II jako najkorzystniejszej.

Konsorcjum WPG i Konsorcjum GEOMAT przystąpiły do toczącego się w wyniku wniesienia protestu postępowania wnosząc o uznanie zarzutów za bezzasadne i oddalenie protestu.

Zamawiający w dniu 18 lipca 2008 roku oddalił protest i przekazał rozstrzygnięcie Protestującemu. Od powyższego rozstrzygnięcia odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wniósł Konsorcjum Biprogeo. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu błędne ustalenie stanu faktycznego i formalno-prawnego, naruszenie art. 24 ust. 4 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art., 24 ust. 3 Pzp, naruszenie zasad wynikających z art.7 ust. 1 Pzp i wybór najkorzystniejszej oferty z naruszeniem art. 7 ust. 3 Pzp oraz nieuprawnione oddalenie protestu. W uzasadnieniu tak sformułowanych zarzutów podniósł, iż usługa wskazana w poz. 1 Formularza 4 realizowana na rzecz Urzędu Marszałkowskiego Województwa Opolskiego

była realizowana zgodnie z „Warunkami Technicznymi Opracowania Bazy Danych Obiektów Topograficznych (TBD) w zakresie sieci dróg i kolei oraz budowli mostowych” opublikowanych przez GUGIK. Zasady w nim zawarte obowiązują wszystkich zamawiających i wykonawców. Odwołujący się podniósł, że ze względu na szczegółowo prezentowany zakres, usługa ta jest podobna do przedmiotu zamówienia opisanego przez Zamawiającego, który nie wymagał usługi identycznej z przedmiotem zamówienia. Powołując się na list referencyjny oraz przepisy ustawy Prawo geodezyjne i kartograficzne, odwołujący się wywiódł, że spełnił również wymagania Zamawiającego dotyczące przyjęcia prac do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego. Odwołujący wskazał, że prace zgłoszone w Wojewódzkim Ośrodku Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej, a nie włączone do Centralnego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego stają się częścią Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego. Za nietrafny uznał również Odwołujący zarzut Zamawiającego dotyczący rozbieżności zakresu usługi oczekiwanej i zrealizowanej na rzecz gminy Znojmo, wskazując iż zebrane (w ramach drugiej z nich) dane w większości odpowiadały danym wskazanym w przedmiocie zamówienia, zapisanych w odpowiedniej strukturze bazy danych. Odwołujący podniósł również, że nowo powołany w rozstrzygnięciu protestu zarzut, iż oświadczenie Odwołującego się nie jest dowodem równoważnym, potwierdzającym włączenie dokumentacji do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego jest nieuzasadnione, gdyż w Republice Czeskiej Urząd Miasta jest uprawniony do odbioru prac (UAP) TBD, co stanowi potwierdzenie przyjęcia prac do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego Republiki Czeskiej. Odwołujący uznał za nietrafne kwestionowanie wskazanych przez niego uprawnień zawodowych i wskazał na treść art. 50 ust. 1 Prawa geodezyjnego i kartograficznego, który stanowi o równości uprawnień wydanych przed wejściem w życie Prawa geodezyjnego i kartograficznego z uprawnieniami wydanym na jego podstawie. Na potwierdzenie przywołał treść stanowiska Głównego Geodety Kraju, które przekazał wraz z wyjaśnieniami Zamawiającemu oraz wskazał, że przepisy obowiązujące przed wejściem w życie Prawa geodezyjnego i kartograficznego oraz przepisy tej ustawy, nie wskazują szczegółowego zakresu prac geodezyjnych i kartograficznych, do kierowania którymi upoważniają uprawnienia zawodowe.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpiło Konsorcjum WIG, wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując, iż usługi przedstawione przez Odwołującego się nie zawierają potwierdzenia ich należytego wykonania - tj. klauzuli potwierdzającej ich przyjęcie do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego nadanej przez Centralny Ośrodek Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej, która - zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 16 lipca 2001 roku w sprawie zgłaszania prac geodezyjnych i kartograficznych, ewidencjonowania systemów i przechowywania kopii zabezpieczających baz danych, a także ogólnych warunków umów o udostępnianie tych baz (Dz. U. nr 78, poz.837) - jest podstawą do przyjęcia materiałów do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego, a nadawana jest po przeprowadzonej kontroli. Brak takiej klauzuli skutkuje brakiem wykazania doświadczenia wymaganego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło również Konsorcjum GEOMAT, wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując, że pojęcie Topograficznej Bazy Danych (TBD) oraz Baza Danych Obiektów Topograficznych nie są tożsame- mają inną treść i inne są zasady ich kompletowania wskazane przez GUGIK.

Wyrokiem z dnia 8 sierpnia 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP/768/08 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, nakazała unieważnienie czynności wyboru ofert najkorzystniejszych dla Obiektu I i Obiektu II, czynności wykluczenia Odwołującego się z postępowania oraz nakazuje dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż zgodnie z Rozdziałem III pkt. 1 SIWZ przedmiotem zamówienia jest „zebranie i zorganizowanie w odpowiednie struktury danych dotyczących sieci dróg, kolei, budowli mostowych oraz innych obiektów związanych z komunikacją drogową i kolejową w ramach opracowania Bazy Danych Obiektów Topograficznych (TBD) z obszaru części Województwa Wielkopolskiego”. Rozdział VII ustalał warunki stawiane wykonawcom i dokumenty potwierdzające ich spełnienie, w tym warunek I wykazania należytego wykonania w ciągu ostatnich trzech lat

przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, co najmniej dwóch prac podobnych do przedmiotu zamówienia wg załączonego formularza nr 4. Zamawiający wskazał, że pod pojęciem prac o podobnym charakterze rozumie prace obejmujące opracowanie:

- a) Topograficznej Bazy Danych (TBD) lub
- b) Map Level 2 (Mapy Wektorowej Poziomu 2) - o wartości minimum 300 tysięcy złotych każde opracowanie.

Zamawiający wymagał załączenia dokumentów potwierdzających, że wyżej wymienione prace podobne zostały wykonane należycie (kopia protokołu odbioru prac, kopia dowodu potwierdzającego włączenie dokumentacji technicznej do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego).

Warunek III SIWZ wymagał wykazania na formularzu nr 6 dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym m.in. minimum jednym fotogrametrą, posiadającym uprawnienia zawodowe w zakresie „fotogrametria i teledetekcja” wskazanych w art. 43 pkt. 7 Prawa geodezyjnego i kartograficznego.

Wraz z ofertą Odwołujący się złożył formularz nr 4, w którym wskazał:

1. usługę zebrania i zorganizowania w zdefiniowane struktury danych dotyczących sieci dróg i budowli mostowych Województwa Opolskiego dla potrzeby Bazy Danych Topograficznych, potwierdzoną listem referencyjnym z dnia 12.03.2008 roku wystawionym przez Urząd Marszałkowski Województwa Opolskiego w Opolu.
2. usługę realizacji projektu opracowania dokumentów analitycznych rozwoju przestrzennego (UAP czyli TBD) z poszerzonym zakresem kompetencji dla gminy Znojmo, potwierdzoną referencjami Urzędu Miejskiego Znojmo,

a także formularz nr 6 potwierdzający, iż pani Halina Wróbel posiada uprawnienia wskazane w art. 43 pkt. 7 Prawa geodezyjnego i kartograficznego. Załączone zaświadczenie, poświadczające posiadane przez panią Halinę Wróbel kwalifikacje w zakresie fotogrametrii naziemnej nr 4303, wydane zostało na podstawie decyzji nr 4 Prezesa GUGIK z dnia 16.03.1984 r.

Do wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego w przedmiocie sposobu gromadzenia danych oraz metodyki opracowań baz danych obiektów topograficznych w Republice Czeskiej, Odwołujący się załączył ponownie formularz nr 4 zawierający dwie w/w usługi z poszerzonym zakresem informacji o usłudze nr 2 oraz złożył wyjaśnienia dotyczące uznawania uprawnień zawodowych w dziedzinie fotogrametrii naziemnej.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający wadliwie wykluczył Odwołującego z postępowania, gdyż wskazane w Formularzu 4 usługi odpowiadają wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ, a ich należyte wykonanie zostało potwierdzone złożonymi dokumentami. Odnosząc się do usługi zrealizowanej na rzecz Urzędu Marszałkowskiego w Opolu, Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie określił wymaganego przez siebie stopnia szczegółowości czy zakresu prac, które zostaną uznane za spełniające warunek, brak jest zatem podstaw do uznania, że usługa, której zakres w znacznej części odpowiada pracom opisanym w przedmiocie zawiadomienia, nie spełnia przedmiotowo wymagań Zawiadamiającego.

W ocenie Izby Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia i formułując warunek udziału w postępowaniu, nie wskazał wymogu zgłoszenia prac do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego. Dokumenty wskazane przez Zamawiającego (jako potwierdzające należyte wykonanie usług) mają charakter przykładowy i nie mogą być traktowane jako warunek niezbędny do prawidłowego wykazania należytego wykonania usług. Wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia, w myśl postanowień SIWZ, mogą wykazać posiadanie niezbędnego doświadczenia za pomocą dowolnych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług. Zdaniem Izby przeciwna interpretacja powodowałaby wewnętrzną niespójność treści SIWZ, gdyż dokumenty

potwierdzające należyte wykonanie usług nie odpowiadałyby warunkowi udziału w postępowaniu oraz opisowi przedmiotu zamówienia - dokument ten zawęzałby ustanowione warunki udziału w postępowaniu i nie korelowałby wówczas z opisem przedmiotu zamówienia, który nie wskazuje że prace mają zostać znoszone do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego. Ponadto warunek taki byłby niezgodny z przepisami Rozporządzenia poprzez bezprawne zawężenie rodzajów dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług. Referencja wystawiona przez Urząd Marszałkowski Województwa Opolskiego odpowiada wymaganiom potwierdzającym należyte wykonanie usługi o zakresie wskazanym w Formularzu nr 4. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, nietrafnie Zamawiający odmówił uznania usługi zrealizowanej na rzecz gminy Znojmo, bowiem, stosownie do treści art. 6 k.c. oraz 188 Pzp ciężar udowodnienia przesłanek wykluczenia obciąża Zamawiającego, gdyż to on wywodzi z nich skutek prawny w postaci eliminacji Odwołującego się z postępowania. Zamawiający nie udowodnił istnienia powyższych przesłanek, nie przedstawił również wyводу na twierdzenie przeciwne do stanowiska Odwołującego się, że zakres prac wskazanych w usłudze odpowiada w większości przedmiotowi zamówienia. Izba wskazała, że oczywiste różnice w nomenklaturze, systemach odbioru prac i procedurze ich zgłaszania do państwowych zasobów geodezji i kartografii różnych systemów prawnych, nie mogą uniemożliwiać podmiotom zagranicznym ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego. Zamówienie, będąc przedmiotem odwołania, adresowane jest na rynek europejski i Zamawiający zobowiązany jest do zachowania zasad równości i uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami mającymi siedzibę na terenie Rzeczypospolitej Polskiej oraz podmiotami zagranicznymi. Interpretacja warunków SIWZ w taki sposób, że doświadczenie, wymagane do udziału w postępowaniu, wykonawcy mieliby udowodnić wyłącznie w oparciu o prace zrealizowane ściśle według prawa polskiego, miałaby charakter dyskryminacyjny, niedopuszczalny zarówno na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i przepisów prawa wspólnotowego.

Izba negatywnie oceniła również argumentację Zamawiającego w przedmiocie braku uznania uprawnień zawodowych pani Haliny Wróbel. Przepis art. 50 ust. 1 ustawy Prawo geodezyjne i kartograficzne stanowi, że dokumenty stwierdzające uzyskanie kwalifikacji zawodowych przed dniem wejścia w życie ustawy są jednoznaczne z uprawnieniami zawodowymi, o których mowa w art. 42 ust. 1 prawa geodezyjnego i kartograficznego. Stosownie do powyższego nabycie przez panią Halinę Wróbel uprawnień w zakresie fotogrametrii naziemnej skutkuje nabyciem przez nią *ex lege* uprawnień w zakresie wymaganych przez Zamawiającego.

W oparciu o powyższe Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Zamawiający, dokonując czynności wykluczenia Odwołującego się, naruszył art. 24 ust. 1 pkt. 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp, czego następstwem było błędne uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą i naruszenia tym samym art. 24 ust. 4 Pzp. W ocenie Izby wykluczenie Konsorcjum Biprogeo z postępowania godzi w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskazane w art. 7 ust. 1 Pzp. Zgłoszony przez Odwołującego się zarzut naruszenia art. 7 ust. 4 Pzp Izba uznała za bezzasadny bowiem poprzez czynności dokonane przez Zamawiającego na etapie postępowania poprzedzającym zawarcie umowy, nie dopuścił się on naruszenia tego przepisu.

Od powyższego rozstrzygnięcia skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej wniósł Zamawiający,. Województwo Wielkopolskie wniosło o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie odwołania wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia tj. Konsorcjum Biprogeo. Zaskarżonemu wyrokowi, zarzucono naruszenie następujących przepisów prawa, poprzez błędną ich wykładnię i niewłaściwe zastosowanie:

1) *art. 22 ust.1 pkt.1, pkt. 2 pkt. 4 oraz art. 24 ust. 1 pkt. 10, ust. 2 pkt. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz.1655)*

2) *§ 1 ust. 2 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87poz. 605).*

W ocenie skarżącego Krajowa Izba Odwoławcza niezgodnie z prawdą podała, że w

Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie zawarto informacji o wymogu zgłoszenia prac do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego, na potwierdzenie powyższego twierdzenia Skarżący powołał Rozporządzenie Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 16 lipca 2001 roku w sprawie zgłaszania prac geodezyjnych i przechowywania kopii zabezpieczających bazy danych, a także ogólnych warunków o udostępnianie tych baz, oraz na zapis § 2 ust. 1 formularza nr 3 i pkt. 5 formularza nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W ocenie Zamawiającego Krajowa Izba Odwoławcza niezgodnie z prawdą podała, iż Zamawiający nie określił wymaganego poziomu szczegółowości z zakresu prac, które zostaną uznane za spełniające Warunek SIWZ. (dowód: Rozdział VII ust. 1 Warunek I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz formularz nr 4 do SIWZ). Tworzenie TBD jest jednym z rodzajów usług wymienionych w celu spełnienia Warunku I SIWZ, szczegółowy opis zakresu topograficznej bazy danych zawierają obowiązujące do stosowania Wytyczne techniczne bazy danych topograficznych (wersja 1) zamieszczone na stronie internetowej Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii. Skarżący zakwestionował nieuwzględnienie przez KJO wyroku Izby z dnia 9 czerwca 2008 roku (sygn. akt KJO/UZP 492/08, KJO/UZP 493/08), wskazując, że został on wydany w podobnym stanie faktycznym i prawnym - sprawa bowiem dotyczyła wymogów udokumentowania należytego wykonania usług i potwierdzenia posiadanego doświadczenia (kopię wyroku załączył Skarżący do wniesionego środka zaskarżenia). Skarżący wskazał również, iż wyrok Krajowej Izby Odwoławczej błędnie opisuje przedmiot zamówienia, które dotyczyło utworzenia bazy danych obiektów topograficznych, nie każdą zaś pracę geodezyjną czy topograficzną można utożsamiać z tworzeniem baz danych topograficznych. Stosownie do przepisów prawa, normujących sprawy geodezji i kartografii, należy stwierdzić, że tworzenie topograficznej bazy danych jest *"usługą specyficzną, jedną z wielu rodzajów prac geodezyjnych i kartograficznych"*. Zatem, w ocenie Zamawiającego, uzasadnione było żądanie od wykonawców wykazania doświadczenia w wykonaniu prac podobnych odpowiadających rodzajem i wartością przedmiotowemu zamówieniu. Skarżący zarzucił, iż uzasadnienie wyroku traktuje sprawę wybiórczo, brakuje w nim odniesienia do najważniejszych problemów poruszanych przez Zamawiającego i Przystępujących w trakcie rozprawy, np. możliwości oprotowania treści specyfikacji na etapie ogłoszenia o zamówieniu publicznym, oraz nieprawidłowego zakwalifikowania listu referencyjnego podpisanego przez pracownika Urzędu Marszałkowskiego Województwa Opolskiego jako prawidłowo wystawionego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi, podczas gdy stroną najbardziej kompetentną do stwierdzenia należytego wykonania usługi był GUGIK (drugi z zamawiających). Zamawiający podniósł, iż Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego - zwani Konsorcjum Biprogeo nie udowodnili, iż wykonali jakąkolwiek pracę podobną do przedmiotu zamówienia, zgłoszoną i włączoną do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego stosownie do przepisów rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 16 lipca 2001 roku w sprawie zgłaszania prac geodezyjnych i kartograficznych, ewidencjonowania systemów i przechowywania kopii zabezpieczających baz danych, a także ogólnych warunków umów o udostępnianie tych baz (Dz. U. nr 78, poz.837).

Sad Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga okazała się zasadna.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zarzuty Zamawiającego, że Krajowa Izba Odwoławcza nie odniosła się do argumentów podniesionych przez Zamawiającego na rozprawie, nie zasługują na uwzględnienie. Stosownie do treści art. 191 pkt.3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, z urzędu bierze jedynie pod uwagę okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania. Zatem treść protestu, wynikająca z konieczności ustosunkowania się do działań Zamawiającego, wyznacza ramy postępowania odwoławczego, a w konsekwencji i skargowego. Co prawda strony mogą aż do zamknięcia rozprawy przytaczać dowody na poparcie swoich twierdzeń (art. 188 ust.1 zd.2 pzp), ale nie mogą zgłaszać nowych twierdzeń, które nie były przedmiotem rozstrzygnięcia Zamawiającego o wniesionym proteście. Wszystkie zarzuty dotyczące oferty wykluczonej powinny być przedstawione w

zawiadomieniu o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania i odrzuceniu jego oferty, umożliwiając mu ustosunkowanie się do nich w proteście. Późniejsze zgłoszenie przez Zamawiającego zarzutów (w toku postępowania odwoławczego) uniemożliwia odniesienie się do nich przez Odwołującego (stosownie do treści art. 191 pkt. 3 pzp) i w konsekwencji orzekanie co do tych zarzutów przez Krajową Izbę Odwoławczą. Zatem Izba nie mogła odnieść się co do zarzutu możliwości oprotestowania specyfikacji na etapie ogłoszenia o zamówieniu publicznych, oraz braku podpisu drugiego z Zamawiających (GUGiK) pod listem referencyjnym wystawionym przez Urząd Marszałkowski Województwa Opolskiego a podpisanym przez pracownika tego Urzędu.

W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający wykluczył Wykonawcę, Konsorcjum Biprogeo z postępowania wskazując na niespełnienie przez niego: Warunku I wskazanego w SIWZ, a mianowicie brak wskazania przez Wykonawcę dwóch usług przyjętych do Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego obejmujących prace podobne do tych wskazanych w SIWZ, a w szczególności dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie. Dodatkowo, odnosząc się do usługi wykonywanej na rzecz Województwa Opolskiego, Zamawiający wskazał, iż nie odpowiada ona zakresowi roboty, wskazanemu w liście referencyjnym, podpisanym przez pracownika Urzędu Marszałkowskiego, a także wskazał, iż nie uznaje oświadczenia pracownika Urzędu Marszałkowskiego o przyjęciu prac do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego za tożsame z klauzulą stwierdzającą przyjęcie do zasobu. Natomiast w odniesieniu do usługi realizowanej na rzecz gminy Znojmo, Zamawiający wskazał, iż obejmowała ona „*tylko warstwy dróg oraz kolei, natomiast zakres tematyczny przedmiotu zamówienia obejmuje pozyskanie i przetworzenie danych do Bazy Danych Obiektów Topograficznych 7 klas obiektów tj. odcinki jezdni, budowle mostowe, tory lub zespoły torów, odcinki przepraw, budynki obiekty związane z komunikacją oraz kompleksy komunikacyjne*” (vide: zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, str. 4). Drugim zarzutem podniesionym przez Zamawiającego pod adresem odwołującego się Konsorcjum był brak wymaganych uprawnień w dziedzinie fotogrametrii posiadanych przez panią Halinę Wróbel- a mianowicie, nie spełnienia wymogów Warunku III. Zarzut powyższy został jednak wycofany na rozprawie apelacyjnej w dniu 16 października 2008 r.

W skardze Zamawiający zarzucił wyrokowi Zespołu Arbitrów naruszenie następujących przepisów art. 22 ust. 1 pkt. 1, pkt. 2, pkt. 4 art. 24 ust. 1 pkt. 10 pzp, art. 24 ust. 2 pkt. 3 pzp., nie rozwijając jednak precyzyjnie w dalszej części uzasadnienia zgłoszonych zarzutów. Wskazane przepisy stanowią o wymogach jakie powinni spełniać wykonawcy, ubiegający się o udzielenie zamówienia, a mianowicie: *posiadać uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień (art. 22 ust. 1 pkt. 1); posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponować potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt. 2), nie podlegać wykluczeniu z postępowania (art. 22 ust. 1 pkt. 4) a także złożyć oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumenty potwierdzających spełnianie tych warunków, zaś złożone dokumenty nie mogą zawierać błędów (art. 24 ust. 2 pkt. 3).*

Skarżący, jak wyżej wskazano, nie rozwinął w dalszej części zarzutów dotyczących posiadania przez Wykonawców uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności wymaganych przepisami ustawy.

Odnosząc się natomiast do pozostałych zarzutów to skupiły się one dwóch głównych argumentach - wymogu złożenia dokumentu potwierdzającego przyjęcie prac do państwowego zasobu geodezyjnego oraz nie wykazania przez Wykonawcę, iż wykonał prace podobne do prac wskazanych w Warunku I SIWZ, tj.

- a) Topograficzne Bazy Danych (TBD) lub
- b) Map Level 2 (Mapy Wektorowej Poziomu 2)

- o wartości minimum 300 tysięcy złotych każde opracowanie.

Koniecznym do rozważenia jest, czy wymóg złożenia kopii dowodu potwierdzającego włączenie dokumentacji technicznej do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego

wskazany w Warunku I Rozdziału VII SIWZ nałożony został jako osobny warunek SIWZ potwierdzający, że prace zostały zgłoszone do zasobu, czy też jako element przykładowy, będący jedną z możliwości potwierdzenia należytego wykonania prac przez wykonawców. Sąd Okręgowy podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej stwierdzające, że wymóg przedłożenia dowodu potwierdzającego włączenie dokumentacji do zasobu stanowił jeden z wymogów potwierdzających należyte wykonanie prac przez Wykonawców i nie dotyczył on dokumentów sporządzonych wyłącznie w określonej formie. Uwzględnienie stanowiska skarżącego, że zachodziła konieczność wykazania dokumentami urzędowymi, sporządzonymi wyłącznie w formie wskazanej w przepisach prawa, przyjęcia poprzednio wykonywanych prac do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego, prowadziłoby do zaakceptowania dyskryminującej, wobec podmiotów wykonujących usługi podobne, wykładni postanowień SIWZ. W konsekwencji, taka interpretacja warunków specyfikacji stanowiłaby naruszenie zasad równości i uczciwej konkurencji, wskazanych w art. 7 pzp.

Przywołane przez Zamawiającego, na potwierdzenie wymogu zgłoszenia prac do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego, zapisy formularza nr 3 § 2 ust. 1 (wzór umowy) wskazują na warunki, na jakich ma zostać zawarta umowa dotycząca przedmiotu zamówienia, i nie odnoszą się w żaden sposób do poprzedniego oświadczenia Wykonawców, zaś przywołana treść formularza nr 1 pkt. 5 (oferta cenowa) zawiera oświadczenie w przedmiocie zapoznania się z warunkami SIWZ, zgodności oferty z nimi i udzieleniu rękojmi za wady. Nie potwierdzają one zatem wymogu, o którym mówi Skarżący.

Przywołany zaś przez Zamawiającego w skardze Formularz nr 4 do SIWZ zawiera dokładne powtórzenie Warunku I Rozdziału VII SIWZ, wskazując: „*Należy załączyć dokumenty potwierdzające, że wyżej wymienione obiekty podobne zostały wykonane należycie (kopia protokołu odbioru prac, kopia dowodu potwierdzającego włączenie dokumentacji technicznej do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego)*”. Taka redakcja wskazanego warunku potwierdza, w ocenie Sądu Okręgowego, że ma on charakter przykładowy i został sformułowany w celu potwierdzenia należytego wykonania prac, zaś przedłożone przez Wykonawcę Konsorcjum Biprogeo referencje Urzędu Marszałkowskiego Województwa Opolskiego wskazane warunki spełniają.

Odnosząc się natomiast do podniesionego przez Zamawiającego w skardze zarzutu, „ *iż w zaskarżonym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza niezgodnie z prawdą podała, iż Zamawiający nie określił wymaganego poziomu szczegółowości i zakresu prac, które zostaną uznane za spełniające warunek I SIWZ*”, należy stwierdzić, iż nie zasługuje on na uwzględnienie. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż Izba nie sklasyfikowała precyzyjnie prac, których wykonaniem do potwierdzenia należytego doświadczenia należy się wykazać, jako wszelkich prac geodezyjnych i kartograficznych, utożsamiając je z wykonaniem topograficznej bazy danych. Zamawiający - uzasadniając decyzję o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - wskazał między innymi, iż praca wykonana przez wykonawców, stanowiących Konsorcjum Biprogeo, na rzecz Województwa Opolskiego, nie odpowiada zakresowi wskazanemu w Liście Referencyjnym wystawionym przez pracownika Urzędu Marszałkowskiego.

W uzasadnieniu skarżonego wyroku, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż „ *przedmiotem zamówienia są czynności w ramach opracowania Bazy Danych Obiektów Topograficznych (TBD) a formułując warunek udziału w postępowaniu Zamawiający nie określił wymaganego przez siebie poziomu szczegółowości, czy zakresu prac, które zostaną przez niego uznane za spełniające warunek (...)*”. W ocenie Sądu Okręgowego, określenie przez Zamawiającego, iż oczekuje wykazania się doświadczeniem w realizacji prac „ *podobnych*”, bez wyraźnego podkreślenia, że realizacja Topograficznej Bazy Danych powinna w całości odpowiadać zakresowi tematycznemu przedmiotu zamówienia wskazuje, iż do prac podobnych zaliczyć należy również prace wykonywane w ramach tworzenia TBD, obejmujące tylko niektóre atrybuty odpowiadające tematycznie zakresowi zamówienia. Sąd Okręgowy podziela zatem w tym przedmiocie argumentację Krajowej Izby Odwoławczej jednakże jedynie w zakresie usługi wykonanej przez przeciwnika skargi na rzecz Urzędu Marszałkowskiego Województwa Opolskiego. Ponadto zgodnie z referencjami wystawionymi przez urząd Marszałkowski Województwa Opolskiego usługa została wykonana należycie i odpowiadała w pełni przedmiotowi zamówienia.

Sąd Okręgowy nie podzielił jednak przekonania Krajowej Izby Odwoławczej co do oceny w zakresie referencji przedstawionych przez przeciwnika skargi w zakresie prac wykonanych na rzecz gminy Znojmo w Republice Czeskiej.

Przede wszystkim lektura „referencji” nie pozwala na przyjęcie, iż w toku postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego przeciwnik skargi przedłożył dokument potwierdzający wykonanie w należyty sposób prac podobnych do będących przedmiotem zamówienia. Z referencji wynika bowiem jedynie, iż prace na rzecz Gminy Znojmo zostały wykonane. Nie ma natomiast wzmianki, w jaki sposób były wykonywane i kiedy dokładnie zostały ukończone. Z treści dokumentu wynika bowiem jedynie, iż realizacja inwestycji przebiegała w okresie od stycznia do maja 2008r.

Ponadto opis prac, przedstawiony w oryginale dokumentu, nie zawiera oznaczenia ich charakteru (jako LAB-TBD wymaganego w SIWZ). Oznaczenie to zostało dopisane dopiero w tłumaczeniu referencji, wystawionych przez Wydział Rozwoju Urzędu Miejskiego gminy Znojmo.

Zaznaczyć także należy, iż skarżący (powołując się na informacje, uzyskane od radcy ambasady RP w Pradze) ustalił, iż prace na rzecz gminy Znojmo nie zostały ukończone - jak wskazał przeciwnik skargi w referencjach - w maju 2008r a dopiero we wrześniu 2008. Przeciwnik skargi do powyższego nie odniósł się. W konsekwencji Sąd Okręgowy przyjął, iż prace na rzecz gminy Znojmo zostały ukończone w dacie wskazanej przez Zamawiającego tj. 15 września 2008r.

Nadto przeciwnik skargi nie odniósł się w sposób dostatecznie przekonujący do kwestii podobieństwa prac wykonywanych na rzecz gminy Znojmo do prac określonych w rozpatrywanych SIWZ. Nie przedstawił bowiem analizy, która pozwoliłaby na przyjęcie, że prace te odpowiadałyby w randze merytorycznej (przy uwzględnieniu różnic prawnych), wymogowi udokumentowania wykonania prac podobnych do tych wskazanych w SIWZ (TBD - Levell). Przeciwnik skargi nie odniósł się do szerokiej argumentacji, przedstawionej przez Zamawiającego w postępowaniu przed Sądem, a wskazującej na brak podstaw do utożsamiania oznaczenia UAP z oznaczeniem TED. Kwestia powyższa jest istotna, bowiem oryginał referencji, przedstawionych przez przeciwnika skargi, nie zawiera wzmianki dotyczącej klasyfikacji wykonanych usług w ramach czeskiego systemu prawnego.

Przeciwnik skargi nie odniósł się do twierdzeń skarżącego, wskazujących, że czeskim odpowiednikiem TBD jest oznaczenie „ZABAGED”. W związku z tym przyjąć należy, że okoliczność ta została przez przeciwnika skargi przyznana, a zatem charakter prac wykonanych dla Miasta Znojmo w Republice Czeskiej nie odpowiadał wskazanemu w SIWZ.

Powyższe okoliczności przemawiają za stwierdzeniem, iż Zamawiający miał podstawę do wykluczenia Przeciwnika skargi z postępowania o zamówienie publiczne.

W konsekwencji wyrok Krajowej Izby Odwoławczej należało zmienić, a rozpatrywane odwołanie oddalić.

Wobec powyższego, stosownie do treści art. 386 § 1 kpc w związku z art. 194 ust. 2 pzp orzeczono jak w sentencji.

SSO Jolanta Waltrowska SSO Piotr Majchrzak SSO Ryszard Trzebny

\\ Oryginał należyście podpisano

(5 02 2003

Sekretarz SO