

Sygn. akt: KIO/UZP 28/09

**WYROK**  
z dnia 23 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Ryszard Tetzlaff

**Członkowie:** Sylwester Kuchnio  
Klaudia Szczytowska-Maziarz

**Protokolant:** Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie\* w dniu ~~w dniach~~ 22.01.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych „PRYZMAT” Sp. z o.o., 03-152 Warszawa, ul. Modlińska 310/312** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samorząd Województwa Mazowieckiego, 03-719 Warszawa, ul. Jagiellońska 26** protestu ~~protestów~~ z dnia 19.12.2008 r.

przy udziale wykonawcy ..... zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego/odwołującego.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje modyfikację ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ)**

**2. kosztami postępowania obciąża Samorząd Województwa Mazowieckiego, 03-719 Warszawa, ul. Jagiellońska 26**

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 **Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych „PRYZMAT” Sp. z o.o., 03-152 Warszawa, ul. Modlińska 310/312,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8174 zł 00 gr.** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złotych zero groszy) przez **Samorząd Województwa Mazowieckiego, 03-719 Warszawa, ul. Jagiellońska 26** na rzecz **Zakładu Usług Geodezyjnych i Kartograficznych „PRYZMAT” Sp. z o.o., 03-152 Warszawa, ul. Modlińska 310/312** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 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 **Zakładu Usług Geodezyjnych i Kartograficznych „PRYZMAT” Sp. z o.o., 03-152 Warszawa, ul. Modlińska 310/312.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „zebranie i zorganizowanie w odpowiednie struktury danych dla potrzeb bazy danych topograficznych (TBD) Województwa Mazowieckiego, zgodnie z „Wytycznymi technicznymi TBD Głównego Geodety Kraju” (znak postępowania: BGWM/ZP/335-22-08), zostało wszczęte przez Samorząd Województwa Mazowieckiego, ul. Jagiellońska 26, 03-719 Warszawa zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2008/S 202-268201 z dnia 17.10.2008 r.

W dniu 12.12.2008 r. Zamawiający (pismem z dnia 11.12.2008 r.) przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego informacje o zmianie treści ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej: „SIWZ”. Stwierdził, iż działając w trybie art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp”, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.11.2008 r. zmienił treść SIWZ z dnia 14.10.2008 r. m.in. w § 5 ust. 1 pkt 1 i 2. Na podstawie art. 12a ust. 3 Pzp Zamawiający poinformował także, że zmieniona została treść ogłoszenia o zamówieniu w pkt. II.2.1), II.3), III.2.1), III.2.3), IV.3.4) i IV.3.8). Zmodyfikowana SIWZ wraz załącznikami została doręczona niezwłocznie wykonawcom, którym doręczono SIWZ oraz zamieszczona na stronie internetowej [www.bgwm.pl](http://www.bgwm.pl) i [www.mazovia.pl](http://www.mazovia.pl).

W dniu 19.12.2008 r. faxem na podstawie art. 180 w związku z art. 179 Pzp firma: Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych „PRYZMAT” Sp. z o.o., ul. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa, zwana dalej: „Protestującym” albo „Odwołującym”, po zapoznaniu z modyfikacją, treści ogłoszenia i SIWZ, wniosła protest na zapisy sekcji III.2.3 zmodyfikowanego ogłoszenia o zamówieniu oraz odpowiadające im postanowienia § 5 ust. 1 pkt 2 lit e) SIWZ.

Zamawiający dokonując oprotestowanych czynności naruszył art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 i 2 Pzp.

Stwierdził, iż interes prawny Protestującego może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wymienionych na wstępie przepisów ustawy, wnosząc o dokonanie następujących modyfikacji:

- dostosowanie treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ do przepisów obowiązującego prawa, poprzez zmniejszenie wartości usług, których zrealizowaniem zobowiązany jest wykazać się wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia do poziomu 1.000.000 PLN, jak również poszerzenie zakresu przedmiotowego usług, których realizacją zobowiązany jest wykazać się wykonawca, o wszystkie prace obejmujące opracowanie baz danych topograficznych realizowane zgodnie z „Wytocznymi technicznymi TBD” Głównego Geodety Kraju.

Na skutek niekorzystnego dla Zamawiającego wyroku KIO z dnia 27.11.2008 r. nakazującego dokonanie modyfikacji ogłoszenia i SIWZ w zakresie oprotestowanych postanowień tychże dokumentów, w dniu 12.12.2008 r. dokonana została modyfikacja zapisów ogłoszenia i SIWZ. Również w tej dacie, na stronie internetowej została zamieszczona zmodyfikowana SIWZ.

W sekcji III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz odpowiadającemu mu § 5 ust. 1 pkt 2 lit. e) SIWZ. Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu: „w okresie

ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowanie o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali trzy lub mniej usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia za łączną kwotę nie mniejszą niż 4.000.000 PLN. Pod pojęciem usług o podobnym charakterze do niniejszego zamówienia rozumie się prace przyjęte do Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego, obejmujące opracowanie baz danych topograficznych w zakresie komponentu TOPO z wyłączeniem opracowań Baz Danych Obiektów Topograficznych, które obejmują wyłącznie obiekty sieci dróg i kolei oraz budowli mostowych lub budynków". Z tak sformułowanego warunku wynika, iż Wykonawca zobowiązany jest wykazać się:

- zrealizowaniem w okresie ostatnich 3 lat usług o wartości 4.000.000 zł;
- zrealizowaniem w okresie ostatnich 3 lat max 3 usług odpowiadających usługom stanowiącym przedmiot zamówienia;
- zrealizowaniem usług w zakresie opracowania baz danych topograficznych, z wyłączeniem opracowań obejmujących wyłącznie obiekty sieci dróg i kolei oraz budowli mostowych lub budynków.

Protestujący zwrócił uwagę, iż tak postawiony warunek udziału w postępowaniu narusza uczciwą konkurencję i utrudnia dostęp do uzyskania zamówienia wykonawcom posiadającym niezbędną wiedzę i potencjał gwarantujący należyte wykonanie zamówienia.

Po pierwsze dlatego, iż usługi odpowiadające przedmiotowi zamówienia wykonywane mogą być jedynie na zlecenie podmiotów publicznych, a zatem zakres (liczba) wykonanych usług, którymi wylegitymować się mogą, wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia jest znacznie zawężona. Zamawiający wskazał bowiem, iż zainteresowany jest wyłącznie usługami, których „produkty” zostały przyjęte do Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego.

Po drugie, w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania, na rynku usług geodezyjno - kartograficznych nie było znacznego zapotrzebowania na usługi odpowiadające przedmiotowi zamówienia, których zrealizowaniem mogliby wykazać się wykonawcy ubiegający się o przyznanie im niniejszego zamówienia.

Po trzecie, w okresie ostatnich 3 lat wykonywane usługi odpowiadające przedmiotowi zamówienia miały bardzo ograniczony zakres, dotyczyły bowiem najczęściej opracowań o zakresie odnoszącym się do pojedynczych powiatów, a co się z tym wiąże ich wartość nie była wystarczająco wysoka, by możliwym było osiągnięcie pułapu 4.000.000 zł. Przykładowa podaje postępowanie prowadzone przez Zamawiającego w czerwcu 2008 r. w którym wartość usługi wyniosła jedynie 549.000 zł. Z tych powodów ustalenie przez Zamawiającego wartości zrealizowanych usług na poziomie 4.000.000 zł uznał za zbyt wygórowana.

Protestujący podniósł, iż Zamawiający pierwotnie ustalając warunki udziału w postępowaniu zachował właściwą proporcję między wartością pojedynczej części zamówienia (2 mln zł) a wartością usług, których zrealizowaniem zobowiązani byli wykazać się wykonawcy (1 mln zł), które dawały wyraz poszanowaniu przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji. Ustalenie tych warunków w wyniku dokonanej modyfikacji treści ogłoszenia i SIWZ zasady tej nie uwzględnia. Uprzedzając w tym miejscu stanowisko Zamawiającego, iż kwota 4.000.000 zł stanowi odzwierciedlenie wartości pojedynczej części zamówienia, na którą wykonawca może złożyć ofertę. Protestujący wskazuje, iż poza obostrzeniem warunku doświadczenia w wykonywaniu podobnych usług. Zamawiający nie weryfikował wymagań co do potencjału osobowego wykonawców, którzy ubiegać się będą o udzielenie zamówienia. Tym samym, podwyższenie progu wartości zrealizowanych zamówień do kwoty 4.000.000 zł nie zagwarantuje Zamawiającemu, iż Wykonawca któremu zostanie udzielone przedmiotowe zamówienie, podoła jego ciężarowi realizacyjnemu. Z powyższego wypływa wniosek, iż Zamawiający celowo zawyżył wysokość usług, których wykonaniem zobowiązani są wykazać się wykonawcy, by utrudnić czy wręcz uniemożliwić udział w postępowaniu mniejszym wykonawcom. Takie działania Zamawiającego narusza przywołaną wcześniej zasadę uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 22 w zw. z art. 7 Pzp.

Kolejną kwestią jest bezzasadne, zdaniem Protestującego, ograniczenie przez Zamawiającego możliwości wykazania się przez Wykonawców doświadczeniem zdobytym przy opracowywaniu baz danych topograficznych obejmujących obiekty sieci dróg i kolei oraz budowli mostowych i budynków. Metodyka sporządzania baz danych ww. obiektów nie różni się zasadniczo od wykonywania baz danych żądanych przez Zamawiającego (różnica występuje w zakresie ilości warstw tematycznych objętych opracowaniami, a realizowanymi zgodnie z „Wytycznymi technicznymi TBD” Głównego Geodety Kraju). Dlatego też bezzasadnym jest postawione ograniczenie Zamawiającego w tym zakresie, czego skutkiem w powiązaniu z okolicznościami zasygnalizowanymi wcześniej jest znaczne utrudnienie wykonawcom dostępu do przedmiotowego postępowania.

Jednocześnie Protestujący wskazał, iż tak rygorystycznie sformułowany warunek udziału w postępowaniu wymusza na podmiotach działających w branży geodezyjno - kartograficznej zawiązywanie konsorcjów celem sprostania postawionym warunkom. Jak wynika z oświadczeń składanych przez Zamawiającego w toku rozprawy przed KIO w dniu 27.11.2008 r., Zamawiający nie jest zachwycony faktem, iż udział w prowadzonym postępowaniu wezmą małe firmy, które będą zawiązywały konsorcja celem wspólnej realizacji zamówienia (vide: *uzasadnienie wyroku z dnia 27.11.2008 r.*). Równocześnie tak formułuje warunki udziału w postępowaniu, które faworyzują duże podmioty działające w branży i zmuszają te mniejsze do zawiązywania konsorcjów. Notabene ww. zamówienie

z czerwca 2008 r. udzielone zostało właśnie konsorcjum składającemu się z 4 podmiotów (w postępowaniu poza Protestującym wystąpiły same konsorcja).

W dniu 22.12.2008 r. Zamawiający faxem przesłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 23.12.2008 r. (wpływ bezpośredni) do postępowania protestacyjnego będącego wynikiem protestu przyłączył się: GEOMAR S.A., ul. Monte Cassino 18A, 70-467 Szczecin, wnosząc o uwzględnienie protestu w całości. Jednakże nie ponowił swojego przystąpienia na etapie odwołania.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło faxem w dniu 30.12.2008 r. poprzez jego:

- a) oddalenie w zakresie żądania dostosowania treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ do przepisów obowiązującego prawa, poprzez zmniejszenie wartości usług, których zrealizowaniem zobowiązany jest wykazać się wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia do poziomu 1.000.000 PLN;
- b) odrzucenie, jako wniesiony po terminie w zakresie żądania poszerzenia zakresu przedmiotowego usług, których realizacją zobowiązany jest wykazać się wykonawca, o wszystkie prace obejmujące opracowanie baz danych topograficznych realizowane zgodnie z "*Wytycznymi technicznymi TBD*" Głównego Geodety Kraju.

Zamawiający stwierdził, iż zgodnie z dyrektywą 2004/18/WE oraz ustaloną linią orzecznictwa (wyroki ZA, KIO, SO) ustalając warunki udziału w postępowaniu musi brać pod uwagę przesłanki, m.in. takie jak: proporcjonalność do przedmiotu zamówienia (nie mogą być nadmierne lub niewystarczające) i związaną z tym przedmiotem.

Wskazał, iż art. 32 ust. 4 Pzp stanowi, że jeżeli Zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Decyzja o podziale zamówienia na części lub brak takiego podziału jest prawem a nie obowiązkiem Zamawiającego.

Podniósł, iż przedmiotowe postępowanie o wartości ok. 20.000.000 PLN (uprawniające Zamawiającego do żądania wykazania przez Wykonawców doświadczenia do tej wartości) zostało podzielone na 5 części o wartości ok. 4.000.000 PLN każda w celu umożliwienia większej grupie Wykonawców ubiegania się o zamówienie. Fakt ten stanowi podstawowy dowód na brak okoliczności uzasadniających zarzucanie Zamawiającemu naruszenia art. 7 Pzp.

W związku z dokonaniem podziału zamówienia na części Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu stosownie do przedmiotu i wartości każdej z części, a nie w stosunku do całego zamówienia, co stanowi następny dowód potwierdzający zachowania przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji.

Ponadto, Zamawiający dopuścił, aby wymagana wartość 4.000.000 PLN zrealizowanych usług potwierdzających doświadczenie Wykonawcy mogła wynikać z sumy kilku, a nie np. jednego zamówienia, co jest kolejnym dowodem na niezasadność zarzutów. Dalsze obniżanie poziomu wymagań Zamawiającego, tj. określenia warunków niewystarczających w stosunku do przedmiotu i wartości zamówienia umożliwiłoby ubieganie się o zamówienie wykonawcom niezdolnym do jego wykonania.

Zamawiający stwierdził, iż nie podziela zdania Protestującego, że rynek usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia był w okresie ostatnich trzech lat bardzo ograniczony. Uwzględniając wyrok KIO z dnia 27.11.2008 r. stanowiący m in., że Wykonawcy mogą posługiwać się doświadczeniem zarówno własnym, jak również konsorcjum w ramach którego realizowali usługi (bez względu na wartość realizowanej przez siebie części zamówienia), obecnie na rynku tylko polskim znajduje się 11 podmiotów, które samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu i kilkanaście, które mogą występować w ramach konsorcjów, a więc ilość wystarczająca aby zapewnić podstawowe zasady zachowania konkurencji. Nie jest naruszeniem tych zasad nie dopuszczenie do złożenia ofert wszystkich podmiotów wyrażających chęć ubiegania się o zamówienie, a tylko tych, które są w stanie je zrealizować.

Wyłącznym prawem Zamawiającego jest bowiem, podział zamówienia na części i formułowanie proporcjonalnych do tych części warunków udziału w postępowaniu, tak wyłącznym prawem Wykonawców jest delegowanie do wykonania zamówienia takiej liczby osób, aby mogli zrealizować zamówienie w sposób należyty. Zamawiający w tym zakresie nie narzuca Wykonawcom żadnych ograniczeń, tym bardziej, że określenie przez Zamawiającego konkretnej liczby lub przedziału liczbowego tych osób mogłoby stanowić podstawę do wnoszenia kolejnych protestów. Tak więc stawianie Zamawiającemu zarzutu, że przy zmianie warunku doświadczenia nie zweryfikował wymagań co do potencjału osobowego Wykonawców jest zupełnie niezasadne.

Jednakże, aby umożliwić złożenie oferty jak największej liczbie Wykonawców, którzy pomimo bardzo skomplikowanego i dużego zakresu przedmiotowego zamówienia, uważają że są w stanie je wykonać Zamawiający informuje, że postanawia dokonać zmiany w treści ogłoszenia, a w związku z tym i SWZ, w następującym brzmieniu:

- § 5 ust. 1 pkt 2 lit. e „*O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy (.....) w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia za łączną kwotę nie mniejsza niż 4.000.000 PLN (z VAT):Pod pojęciem usług o podobnym charakterze do niniejszego zamówienia rozumie się prace przyjęte do Państwowego Zasobu Geodezyjnego*

*i Kartograficznego, obejmujące opracowanie bazy danych topograficznych (TBD) w zakresie komponentu TOPO z wyłączeniem opracowań Bazy Danych Obiektów Topograficznych, które obejmują wyłącznie obiekty sieci dróg i kolei oraz budowli mostowych lub budynków".*

Ponadto, Zamawiający w niniejszym rozstrzygnięciu zajął stanowisko wobec zarzutu zawartego w proteście dotyczącego działania Zamawiającego, który jakoby „celowo zawyżał wysokości usług, których wykonaniem zobowiązani są wykazać się wykonawcy by utrudnić czy wręcz uniemożliwić udział w postępowaniu mniejszym wykonawcom". Zamawiający zalecił Protestującemu zapoznanie się z treścią protestu wniesionego przez GEOMAR S.A., która ze swojej strony formułuje zupełnie przeciwstawny zarzut, tj. „faworyzowania wykonawców o mniejszym doświadczeniu kosztem tych, których doświadczenie jest szersze, tzn. wykonali większą liczbę takich usług niż trzy".

W ocenie Zamawiającego, wyżej przywołane przeciwstawne stanowiska Wykonawców co do zapisów ogłoszenia i SIWZ zmierzają wyłącznie do wymuszenia na Zamawiającym wprowadzenia zapisów dla nich korzystnych nie mających związku z zakresem i wartością przedmiotowego zamówienia, dlatego też protest w tym zakresie należało rozstrzygnąć, jak na wstępie.

Definicja usług o podobnym charakterze, w brzmieniu „Pod pojęciem usług o podobnym charakterze rozumie się prace przyjęte do Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego, obejmujące opracowanie baz danych topograficznych w zakresie komponentu TOPO z wyłączeniem opracowań Baz Danych Obiektów Topograficznych, które obejmują wyłącznie obiekty sieci dróg i kolei oraz budowli mostowych lub budynków" została podana przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 14.10.2008 r. oraz w treści SIWZ i dotychczas w trakcie przedmiotowego postępowania nie była zmieniana, jak również nie była przedmiotem wniesionych przez Wykonawców środków ochrony prawnej. Tak więc termin na wniesienie protestu na powyższy zapis upłynął w dniu 28.10.2008 r. Wobec czego w tym zakresie protest należy odrzucić, jako że wpłynął z naruszeniem ustawowego terminu.

W obecnym stanie wyłącznie dokonane przez Zamawiającego zmiany treści ogłoszenia i SIWZ uprawniają Wykonawców do wnoszenia środków ochrony prawnej, natomiast nie dotyczy to innych zapisów przywołanych dokumentów.

W dniu 06.01.2009 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do oddalenia i odrzucenia przez Zamawiającego.

Podtrzymał wszystkie zarzuty i wnioski z protestu. Wskazał, iż w warunku w sekcji III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz odpowiadającemu mu § 5 ust.1 pkt 2 lit. e) SIWZ, Zamawiający określił, iż: (w brzmieniu nadanym modyfikacją dokonana w rozstrzygnięciu



protestu): „w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia za łączną kwotę nie mniejszą niż 4.000.000 PLN. Pod pojęciem usług o podobnym charakterze rozumie się prace przyjęte do Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego, obejmujące opracowanie baz danych topograficznych w zakresie komponentu TOPO z wyłączeniem opracowań Baz Danych Obiektów Topograficznych, które obejmują wyłącznie Obiekty sieci dróg i kolei oraz budowli mostowych lub budynków”

Z tak sformułowanego warunku wynika, zdaniem Odwołującego, iż Wykonawca zobowiązany jest wykazać się:

- a. zrealizowaniem w okresie ostatnich 3 lat usług o wartości 4.000.000 zł;
- b. zrealizowaniem usług w zakresie opracowania baz danych topograficznych, z wyłączeniem opracowań obejmujących wyłącznie obiekty sieci dróg i kolei oraz budowli mostowych lub budynków, przyjętych do Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego.

Odwołujący podtrzymał, iż tak postawiony warunek udziału w postępowaniu narusza uczciwą konkurencję i utrudnia dostęp do uzyskania zamówienia wykonawcom posiadającym niezbędną wiedzę potencjał gwarantujący należyte wykonanie zamówienia. Powtórzył także trzy punktową argumentację z protestu, rozwijając w ramach punktu drugiego, że okoliczność, iż dopuszczalne jest posługiwanie się przez członków konsorcjum całością doświadczenia uzyskanego w ramach realizowania kontraktów wspólnie z innymi wykonawcami, nie zmienia faktu, iż usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia nie było wiele w wskazanym okresie, i że Wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia będą wykazywali się tymi samymi usługami (tzn. zrealizowanymi w systemie konsorcjalnym) w różnych konfiguracjach.

Odwołujący podtrzymał także, iż Zamawiający pierwotnie ustalając warunki udziału w postępowaniu zachował właściwe proporcje między wartością pojedynczej części zamówienia (2 mln zł), a wartością usług, których zrealizowaniem zobowiązani byli wykazać się Wykonawcy (1 mln zł), które dawały wyraz poszanowaniu przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji. Takie działanie Zamawiającego narusza zasadę uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 22 w zw. z art. 7 Pzp.

Odnosnie bezzasadnego ograniczenia przez Zamawiającego możliwości wykazania się przez Wykonawców doświadczeniem zdobytym przy opracowywaniu baz danych topograficznych obejmujących obiekty sieci dróg i kolei oraz budowli mostowych i budynków, Odwołujący stwierdził co następuje:

Po pierwsze metodologia sporządzania baz danych ww. obiektów nie różni się zasadniczo od wykonywania baz danych wskazanych przez Zamawiającego (różnica występuje w zakresie ilości warstw tematycznych objętych opracowaniami).

Po drugie, w zakres opracowań stanowiących przedmiot zamówienia wchodziły obiekty sieci dróg i kolei, budowle mostowe oraz budynki. Tym samym, skoro wykonawca realizujący przedmiotowe zamówienie zobowiązany będzie do sporządzenia baz danych obejmujących ww. warstwy tematyczne, bezpodstawnym jest wyłączenie opracowań ich dotyczących poza doświadczenie jakim wylegitymować musi się wykonawca, który chce uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Po trzecie, brak jest logicznego wytłumaczenia do ograniczenia doświadczenia wykonawcy w zakresie opracowania baz danych obejmujących sporne warstwy tematyczne w sytuacji gdy Zamawiający dopuszcza możliwość posłużenia się doświadczeniem zdobytym przy sporządzaniu baz danych obejmujących np. wyłącznie warstwę sieci cieków, kompleksów pokrycia terenów, tereny chronione, czy inne obiekty.

Ponadto, Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nieprawidłowo dokonał odrzucenia protestu Wykonawcy w zakresie podniesionego zarzutu. Brak jest bowiem podstaw prawnej do częściowego odrzucenia protestu. Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do wskazania podstawy prawnej dokonanej przez niego czynności w zakresie odrzucenia protestu.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż nie jest możliwym dzielenie postawionego warunku udziału w postępowaniu na warunek dotyczący wartości usług, którymi należy się wykazać i rodzaju tych usług (zakresu), bowiem mamy tutaj do czynienia z jednym warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącym posiadanego przez wykonawców doświadczenia. Warunek ten bowiem dotyczy zrealizowania w okresie ostatnich 3 lat usług polegających na opracowaniu baz danych topograficznych w zakresie komponentu TOPO przyjętych do PZGiK, z wyłączeniem opracowań Baz Danych Obiektów Topograficznych, które obejmują wyłącznie obiekty sieci dróg i kolei oraz budowli mostowych lub budynków, na łączną kwotę 4.000.000 zł. Poszczególne elementy tego warunku czytane łącznie dopiero oddają jego ciężar gatunkowy i tylko "w całości" podlega on ocenie z punktu widzenia zasady uczciwej konkurencji. Tym samym nie sposób podzielić stanowisko Zamawiającego, iż podniesiony zarzut jest spóźniony. Pozostała argumentacja została powtórzona za protestem.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (faxem).

W dniu 07.01.2009 r. Zamawiający przekazał Przystępującemu do postępowania protestacyjnego (faxem) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienie nie miało miejsca.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ i ich modyfikacją z dnia 12.12.2008 r. oraz z dnia 30.12.2008 r., jak również przedłożonymi na rozprawie dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowiska stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący ma interes prawny, gdyż kwestia postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu i ewentualnego naruszania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców oraz utrudniania dostępu do uzyskania przedmiotowego zamówienia wykonawcom posiadającym niezbędną wiedzę i potencjał gwarantujący należyte wykonanie zamówienia, w tym Odwołującemu, a tego dotyczą podniesione w proteście i odwołaniu zarzuty, ma istotne i bezpośrednie znaczenie dla Wykonawcy, który ubiega się o to zamówienie.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Oдноśnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 i 2 Pzp, Izba uznała ww. zarzuty za zasadne. Z uwagi na ich charakter oraz stwierdzenie, iż miało miejsce naruszenie art. 22 w zw. z art. 7 Pzp Izba dokonała ich rozpatrzenia łącznie.

Izba ustaliła, co następuje:

W SIWZ z dnia 14.10.2008 r. oraz ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 17.10.2008 r. Zamawiający w § 5 ust. 1 pkt 2 SIWZ (odpowiednio pkt III.2 Ogłoszenia o zamówieniu) postanowił m.in., że *„o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym, a także dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a w szczególności co najmniej: a) 1 osobą z uprawnieniami zawodowymi w zakresie fotogrametrii i teledetekcji, o których mowa w art. 43 pkt 7 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. – Prawo geodezyjne i kartograficzne (...), b) 1 osobą – z uprawnieniami w zakresie redakcji map (...) oraz w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie*

zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali co najmniej trzy usługi o podobnym charakterze do przedmiotu niniejszego zamówienia za łączną kwotę nie mniejszą niż 1 000 000 PLN (z VAT), z tym że przy zamówieniach wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami kwota ta odnosi się do wartości części zamówień realizowanych przez Wykonawcę; Po pojęciem usług o podobnym charakterze do niniejszego zamówienia rozumie się prace przyjęte do Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego, obejmujące opracowanie baz danych topograficznych w zakresie komponentu TOPO z wyłączeniem opracowań Baz Danych Obiektów Topograficznych, które obejmują wyłącznie obiekty sieci dróg i kolei oraz budowli mostowych lub budynków”. Dodatkowo Zamawiający postanowił, że warunki udziału, o których mowa w ust. 1 pkt 2 musi spełniać każdy z Wykonawców występujących wspólnie, działający na podstawie art. 11 p.g.ik. (§ 5 ust. 4 SIWZ).

W dniu 21.11.2008 r. Zamawiający zmodyfikował SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu na skutek uwzględnienie protestów kilku z Wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mimo trwania dwóch innych postępowań protestacyjno-odwoławczych na pierwotną treść SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający w § 5 ust. 1 pkt 2 SIWZ (odpowiednio pkt III. 2 Ogłoszenia o zamówieniu) zmodyfikował treść warunku pierwotnego określając m.in. iż: „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym, a także dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a w szczególności co najmniej: (.....) lit. e) w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali trzy lub mniej usług o podobnym charakterze do przedmiotu niniejszego zamówienia za łączną kwotę nie mniejszą niż 1.000.000 PLN (z VAT), z tym że przy zamówieniach wykonywanych wspólnie z innymi Wykonawcami kwota ta odnosi się do wartości części Zamówień realizowanych przez Wykonawcę; Po pojęciem usług o podobnym charakterze do niniejszego zamówienia rozumie się prace przyjęte do Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego, obejmujące opracowanie baz danych topograficznych w zakresie komponentu TOPO z wyłączeniem opracowań Baz Danych Obiektów Topograficznych, które obejmują wyłącznie obiekty sieci dróg i kolei oraz budowli mostowych lub budynków”.

Na potwierdzenie spełnienia spornego warunku Zamawiający określił, w dniu 14.10.2008 r. oraz modyfikując powyższe w dniu 21.12.2008 r. (zmiana § 6 ust. 4 pkt 2 na pkt 3 SIWZ), iż: „W celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający żąda załączenia do oferty następujących dokumentów: (.....) wykazu wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem

*wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie, zgodnie z formularzem załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Do powyższego wykazu należy dołączyć kserokopie protokołów końcowego odbioru prac, z których wynikają zakresy wykonywanych prac oraz potwierdzenie przyjęcia do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego wydane przez ośrodek dokumentacji geodezyjnej i kartograficznej. W przypadku braku udokumentowania włączenia tych prac do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego, Zamawiający nie będzie ich uznawał za prace o podobnym charakterze do pracy objętej niniejszą procedurą. W przypadku podmiotów występujących wspólnie, wykaz składa każdy podmiot działający na podstawie art. 11 p.g.ik.”.*

W dniu 27.11.2008 r. wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt: KIO/UZP 1301/08 oraz KIO/UZP/1311/08 Izba uwzględniła odwołania i nakazała zmianę ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ. W rezultacie Zamawiający dokonał w dniu 12.12.2008 r. modyfikacji treści SIWZ z dnia 14.10.2008 r. m.in. w § 5 ust. 1 pkt 1 i 2, jak i § 6 oraz ogłoszenia o zamówieniu w pkt III.2.3).

Zgodnie z uchwałą Nr 2076/172/08 Zarządu Województwa Mazowieckiego z dnia 16.09.2008 r. Zamawiający przeznaczył pierwotnie środki finansowe na realizację zamówienia w wysokości 20.000.000 zł brutto (§ 2 uchwały). Powyższe skutkowało tym, iż ogłosił przedmiotowe postępowanie z możliwością składania ofert na 10 części, zgodnie z SIWZ z 14.10.2008 r. (str. 3), przeznaczając kwotę nie wyższą niż po 2.000.000 PLN na każdy obiekt. Wskazał nieprzekraczalny termin realizacji 30.10.2009 r.

Wskazaną powyżej modyfikację z dnia 12.12.2008 r. poprzedziła uchwała Nr 2918/198/08 Zarządu Województwa Mazowieckiego z dnia 09.12.2008 r., która potwierdziła wcześniejszą kwotę 20.000.000 zł brutto ze sfinansowaniem po połowie w roku 2009 oraz 2010 (poprzednio tylko w roku 2009). Powyższe skutkowało, także tym, iż w ramach modyfikacji (str. 3 SIWZ) wskazanej powyżej Zamawiający zmniejszył ilość części z 10 do 5, przeznaczając kwotę na realizację zamówienia nie wyższą niż: I część – 4.400.000 PLN, II część – 3.600.000 PLN, III część – 4.000.000 PLN, IV część – 4.000.000 PLN, V część – 4.000.000 PLN. Zamawiający wskazał, że realizacja w ramach poszczególnych części będzie przebiegać 2 etapowo: I etap – 9 miesięcy od daty podpisania umowy, II etap – 12 miesięcy od daty podpisania umowy.

W sekcji III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz odpowiadającemu mu § 5 ust. 1 pkt 2 lit. e) SIWZ Zamawiający po modyfikacji postawił następujący warunek udziału w postępowaniu: „w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowanie

*o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali trzy lub mniej usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia za łączną kwotę nie mniejszą niż 4.000.000 PLN. Pod pojęciem usług o podobnym charakterze do niniejszego zamówienia rozumie się prace przyjęte do Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego, obejmujące opracowanie baz danych topograficznych w zakresie komponentu TOPO z wyłączeniem opracowań Baz Danych Obiektów Topograficznych, które obejmują wyłącznie obiekty sieci dróg i kolei oraz budowli mostowych lub budynków".*

W ramach rozstrzygnięcia protestu Zamawiający zmodyfikował sporny warunek nadając mu w § 5 ust. 1 pkt 2 lit. e oraz stosownym miejscu ogłoszenia o zamówieniu następującą treść:

*„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy (.....) w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia za łączną kwotę nie mniejszą niż 4.000.000 PLN (z VAT):Pod pojęciem usług o podobnym charakterze do niniejszego zamówienia rozumie się prace przyjęte do Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego, obejmujące opracowanie bazy danych topograficznych (TBD) w zakresie komponentu TOPO z wyłączeniem opracowań Bazy Danych Obiektów Topograficznych, które obejmują wyłącznie obiekty sieci dróg i kolei oraz budowli mostowych lub budynków".*

Na potwierdzenie spełnienia spornego warunku Zamawiający określił, w dniu 12.12.2008 r., nie modyfikując powyższego w dniu 30.12.2008 r. w § 6 ust. 4 pkt 4 SIWZ, iż: *„W celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający żąda załączenia do oferty następujących dokumentów: (.....) wykazu wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie, zgodnie z formularzem załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Do powyższego wykazu należy dołączyć kserokopie protokołów końcowego odbioru prac, z których wynikają zakresy wykonywanych prac oraz potwierdzenie przyjęcia do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego wydane przez ośrodek dokumentacji geodezyjnej i kartograficznej. W przypadku braku udokumentowania włączenia*

*tych prac do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego, Zamawiający nie będzie ich uznawał za prace o podobnym charakterze do pracy objętej niniejszą procedurą”.*

Analizując w/w zapisy SIWZ w odniesieniu do zarzutów postawionych przez Odwołującego, Izba stwierdziła co następuje:

Po pierwsze, postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 1301/08 oraz KIO/UZP/1311/08, wyrok z dnia 27.11.2008 r. mimo, iż odnosiło się do warunku udziału w postępowaniu, który jest także co do zasady przedmiotem odwołania dotyczyło:

*„Po pierwsze, czy Zamawiający może ograniczyć doświadczenie wykonawcy, który realizował zamówienie w ramach konsorcjum, uznając jedynie doświadczenie, które wynika ze zrealizowanej osobiście przez tego wykonawcę części zamówienia. Po drugie: czy dopuszczalne jest żądanie, żeby każdy z członków konsorcjum spełniał warunek udziału w postępowaniu”.* Powyższe problemy wynikały z pierwotnego brzmienia warunku § 5 ust. 1 pkt 2 SIWZ. Izba stwierdza, iż Zamawiający dokonał czynności modyfikacji SIWZ w odniesieniu do kwestii konsorcjum zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. W wyniku powyższego czynnością z dnia 12.12.2008 r. powstał zupełnie nowy warunek, który jednakże tak jak stwierdziła Izba w uzasadnieniu wyroku wskazanego wyżej:

*„(...) może również spowodować skorzystanie przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, celem kwestionowania zmienionych warunków (...).. Zgodnie bowiem z przepisem art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, każda czynność Zamawiającego, jak też i jego zaniechanie może być przedmiotem protestu. Istotne jest, aby Zamawiający interesy obu stron wziął pod uwagę”.*

Po drugie, Izba zgadza się, iż warunek w swym nowym brzmieniu na pewno nie stawia w uprzywilejowanej sytuacji wykonawców ubiegających się o udzielnie zamówienia samodzielnie. Kwestią budzącą wątpliwości jest, czy aby Zamawiający interesy obu stron wziął pod uwagę (Wykonawców „samodzielnych” i Wykonawców - konsorcjów), czyli wszystkich potencjalnych uczestników przedmiotowego postępowania o udzielnie zamówienia, w znaczeniu podstawowym, wynikającym z art. 7 ust. 1 Pzp, tworząc nowy warunek. Należy bowiem zauważyć, iż rezygnując z warunku w jego pierwotnym brzmieniu Zamawiający dokonał obostrzenia warunku udziału w postępowaniu w stosunku do wszystkich potencjalnych Wykonawców. Izba nie neguje faktu, iż orzeczenie z dnia 27.11.2008 r. dopuszczało taką możliwość, jednak podkreśla, że orzeczenie mówiło jednocześnie o możliwych, wynikających z tego konsekwencjach protestacyjno-odwoławczych.

Po trzecie, Izba uznała, iż Zamawiający nie wykazał zasadności postawionego warunku w § 5 ust. 1 pkt 2 lit. e SIWZ w brzmieniu z dnia 12.12.2008 r. Warunek w swoim pierwotnym brzmieniu przed modyfikacją miał charakter bezsprzecznie naruszający art. 7

ust. 1 Pzp, gdyż jak potwierdził dwukrotnie na rozprawie w dniu 22.01.2009 r. sam Zamawiający, każdy z uczestników konsorcjum miał wykazać się zamówieniami realizowanymi przez niego o łącznej wartości 1.000.000 zł brutto. Z powyższego wynika, iż konsorcjum składające się z trzech podmiotów miało wykazać się doświadczeniem 3.000.000 zł brutto, zaś w przypadku podmiotu „samodzielnego” wystarczyło, iżby ten wykazał się doświadczeniem 1.000.000 zł brutto. W odniesieniu do warunku w brzmieniu po modyfikacji podniesienie progu wymaganego doświadczenia do 4.000.000 zł brutto łącznie nie znajduje uzasadnienia w argumentacji przedstawionej na rozprawie przez Zamawiającego. Gdyby bowiem przyjąć stanowisko Zamawiającego, to fakt zmniejszenia ilości części z 10 do 5 oraz zwiększenia zakresu tych części w ten sposób, iż *de facto* 10 wcześniejszych części zostało zawartych w 5 częściach, które pozostały musiałyby skutkować określeniem wymaganego doświadczenia nie na poziomie 4.000.000 zł brutto, ale 2.000.000 zł brutto. W tym kontekście Izba wskazuje na swoje wcześniejsze rozważania, z których wynika, iż warunek przed modyfikacją *de facto* opierał się na wymaganym doświadczeniu w wielkości 1.000.000 zł brutto. Izba wyjaśnia, iż uchwały Zarządu Województwa Mazowieckiego (okazane z oryginalnej dokumentacji prowadzonego postępowania, dostarczonej na rozprawę) na które powołał się Zamawiający, nie operują wartością szacunkową zamówienia, ale kwotą środków finansowych, jaką przeznaczył na realizację zamówienia, zaś sam Zamawiający przyznał, iż nie dysponuje protokołem, w którym wskazana byłaby wartość szacunkowa. W tym miejscu Izba stwierdza, iż Zamawiający nie tylko nie dysponuje, ale w ogóle nie prowadził protokołu, którego obowiązek prowadzenia na bieżąco jest wyraźnie wskazany w art. 96 ust. 1 Pzp. Powyższe dodatkowo świadczy na niekorzyść Zamawiającego, co do rzeczywistej adekwatności warunku postawionego do przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem określić rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia, albowiem kwota środków finansowych przeznaczonych na realizację zamówienia nie jest z nią tożsamą i stanowi zupełnie inne pojęcie. Izba bowiem wskazuje, iż: *”Ocenę zasadności (... ) warunku i jego zgodności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy rozpatrywać w kontekście jego adekwatności do przedmiotu zamówienia, tj. warunek musi zagwarantować należyte wykonanie zamówienia, przy jednoczesnym zachowaniu nie dyskryminującego charakteru, winien mieć na celu ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, a nadto nie może prowadzić do faworyzowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców”* (patrz: Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 27.10.2004 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-1779/04, Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 04.03.2005 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-374/05 i Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 06.02.2006 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-281/06). *„Zamawiający musi mieć na względzie interes publiczny, który wymaga, aby zamówiony produkt lub usługa został wykonany, ale jednocześnie granicą tego interesu jest dyskryminacja, która może*



*uniemożliwić uczciwym wykonawcom konkurowanie podczas postępowania. Dyskryminacja jest więc odwrotnością adekwatności warunków do przedmiotu zamówienia. Warunki są wtedy nieadekwatne, gdy w żaden sposób nie są związane z przedmiotem zamówienia” (Przemysław Szustakiewicz, „Zasady Prawa Zamówień Publicznych” , W-wa 2007, wyd. I, str.205).*

Po czwarte, Izba zauważa, że kwestia przedłużenia terminu wykonania zamówienia po modyfikacji, także nie jest argumentem za adekwatnością spornego warunku z przedmiotem zamówienia. Żadna ze stron nie twierdziła, iż poziom realizacji przedmiotowego zamówienia jest niewielki. Jednakże, samo wydłużenie realizacji zamówienia: I etap – 9 miesięcy, a II etap – 12 miesięcy nie daje wystarczających podstaw do tego, aby wskazane etapy, które odnoszą się *de facto* do dwóch oddzielnych obiektów, nie mogły być realizowane równoległe skoro dotyczą one dwóch oddzielnych obiektów, które przed modyfikacją stanowiły dwie niezależne części, a wydaje się nieprawdopodobne, aby przez 9 miesięcy Wykonawca nie realizował w jakimkolwiek zakresie II etapu odnoszącego się do drugiego obiektu, chociażby działając w ramach konsorcjum, czego Zamawiający wykluczyć nie może.

Po piąte, niedopuszczalne jest zdaniem Izby, aby sporny warunek rozpatrywać tylko w jego części, a nie w całości. Izba nie neguje, że definicja usług podobnych wskazana w warunku nie uległa zmianie, jednakże zmiana zakresu warunku powoduje, iż wpływa to na cały warunek, który uzyskuje *de facto* zupełnie „nową jakość i ciężar”. Newralgiczny charakter każdego warunku, a zwłaszcza warunku udziału w postępowaniu czyni bezprzedmiotowym analizowanie tylko jego wycinka w oderwaniu od całości. W tej materii Izba uznała za miarodajny dowód złożony przez Odwołującego, tj. Wyciąg z wytycznych TBD. Wynika z niego, iż Zamawiający wyłączył część warstw tematycznych, których realizacji w ramach przedmiotowego postępowania będzie wymagał (kolor żółty warstwy wymagane przez Zamawiającego w opracowaniu TBD, a kolor zielony warstwy wymagane, ale nie uprawniające do wykazywania wymaganym doświadczeniem). W tym kontekście należy przyznać rację Odwołującemu, iż niekonsekwencja przejawiająca się nie wyłączeniem z zakresu sieci cieków, obiektów chronionych i innych warstw tematycznych, które są zaznaczone w przedłożonym dowodzie kolorem szarym, świadczy na niekorzyść Zamawiającego. Argumentacja Zamawiającego, iż istotą żądania Odwołującego jest uznanie przez niego doświadczenia, którym będzie wykazywał się Wykonawca tylko w odniesieniu do poszczególnych warstw, a nie do całego, prawie pełnego TBD jest nieuzasadniona. Izba także nie uznaje w tym zakresie wyjaśnień Zamawiającego, że nie miał on wiedzy, iż warstwy tematyczne, które Odwołujący w swojej klasyfikacji zaznaczył kolorem szarym również były przedmiotem opracowań w ramach TBD.

Po szóste, wskazanie w definicji, iż mają to być prace przyjęte do Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego Izba uznaje za niedopuszczalne, zwłaszcza, iż sam Zamawiający wskazał na rozprawie, że moment decydujący, iż: *„wykazywane zamówienie byłoby uznane za spełniające warunek udziału w postępowaniu postawiony przez Zamawiającego, Zamawiający odpowiedział, iż nie decydowałoby o tym przyjęcie do zasobów, ale data zrealizowanego zamówienia, czyli pozytywnego odbioru”*. W tym kontekście należy także zauważyć, iż sam Zamawiający zamierza wypłacić wynagrodzenie Wykonawcom nie po włączeniu do zasobów Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego, ale po pozytywnym odbiorze. Odmienna argumentacja Zamawiającego w odniesieniu do dowodu przedłożonego przez Odwołującego do którego Izba odnosi się w dalszej części, względem przyjęcia opracowania przez Państwowy Zasób Geodezji i Kartografii i stwierdzenia, iż dopiero wtedy można mówić o zakończeniu zamówienia, Izba uznaje za sprzeczną ze stanowiskiem przedstawionym powyżej, jak i wynikającą z dążenia do podważenia wiarygodności dowodu Odwołującego.

Ponadto, Izba wskazuje, że nie uznała za wiarygodny dowód przedłożony przez Odwołującego (zestawienie Zamówień, jakie miały miejsce w okresie ostatnich 3 lat, a nawet w okresie dłuższym), jak również dowód Zamawiającego (zestawienie firm i ilości robót TBD wykonanych w latach 2005-2007). Żaden z dowodów nie wskazuje autorów oraz źródeł pochodzenia danych. Izba dysponowała tylko oświadczeniami stron, nie mającymi odzwierciedlenia w przedłożonych zestawieniach. Z tych też względów Izba nie brała pod uwagę również całej argumentacji obu stron przedstawionej na rozprawie w tym zakresie.

Reasumując, Izba nie podważa prawa Zamawiającego do: *„(.....) postawienia warunków, które spowodują, że wybrany wykonawca wykona zamówienie i zrobi to dobrze”* (Przemysław Szustakiewicz, *„Zasady Prawa Zamówień Publicznych”, W-wa 2007, wyd. I, str.209*). Zgadza się bowiem, iż: *„Zgodnie (.....)z ustalonym orzecnictwem nakaz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie może być utożsamiany z nakazem dopuszczania do udziału w postępowaniu wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do wykonania zamówienia w sposób należyty”* (M. Stachowiak (w:) M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *„Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, Wyd. II, Zakamycze 2005*). Jednakże, w przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający nie zachowuje niezbędnej równowagi między jego interesem, polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu (Sąd Okręgowy w Świdnicy z 20.12.2005 r., sygn. Ca 584/05).

Biorąc pod uwagę zasadność zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji, uwzględniając odwołanie i uznając, iż zaistniały przesłanki wynikające z art. 191 ust. 1 a Pzp oraz nakazując modyfikację ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, poprzez zmniejszenie wartości usług, których zrealizowaniem zobowiązany jest wykazać się wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia do poziomu 1.000.000 PLN (z VAT), jak również poszerzenie zakresu przedmiotowego usług, których realizacją zobowiązany jest wykazać się wykonawca, o wszystkie prace obejmujące opracowanie baz danych topograficznych realizowane zgodnie z „Wytocznymi technicznymi TBD” Głównego Geodety Kraju. W tym kontekście, Izba uważa za niezbędne usunięcie ograniczenia: „przyjęte do Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego”. Ponadto, Izba stwierdza, iż ograniczenie, które Zamawiający po raz kolejny, nie czekając na ostateczne rozstrzygnięcie protestu, uznał, tj. „trzy lub mniej usług” i sam usunął, jest niedopuszczalne.

Na marginesie Izba stwierdza, że wysoce niestosowne ze strony Zamawiającego jest, iż w pismach kierowanych do uczestników przedmiotowego postępowania przetargowego, daje on wyraz swemu niezadowoleniu z niekorzystnych dla siebie rozstrzygnięć KIO, nie korzystając przy tym z przysługujących mu środków ochrony prawnej (dowód pismo z dnia 18.12.2008 r.).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit a i 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.), uznał za uzasadnione koszty Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożoną kopią faktury.

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 ze 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*