

Sygn. akt: KIO/UZP 280/09

WYROK
z dnia 24 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Andrzej Niwicki

Klaudia Szczytowska - Maziarz

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Satelitarne Centrum Operacji Regionalnych S.A., ul. Chłodna 51, 00-867 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II nr 70, 00-175 Warszawa**, protestu z dnia 18 lutego 2009 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Satelitarne Centrum Operacji Regionalnych S.A., ul. Chłodna 51, 00-867 Warszawa 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 **Satelitarne Centrum Operacji Regionalnych S.A., ul. Chłodna 51, 00-867 Warszawa;**
- 2) 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 **Satelitarne Centrum Operacji Regionalnych S.A., ul. Chłodna 51, 00-867 Warszawa.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Modernizację i aktualizację baz danych Systemu LPIS w tym opracowanie ortofotomapy oraz postaci wektorowej danych graficznych z integracją z częścią opisową dla obszaru około 86 000 km²”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Satelitarne Centrum Operacji Regionalnych S.A., z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „Odwołującym”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 4 lutego 2009 r. (nr ogłoszenia: 2009/S 23-033432). Postępowanie to prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą”, Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, zwana dalej „Zamawiającym”.

Rozpatrywane przez Izbę odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu oraz postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”).

Biorąc pod uwagę zapisy ogłoszenia i SIWZ Odwołujący w piśmie z dnia 18 lutego 2009 r., doręczonym Zamawiającemu w tej samej dacie, złożył protest, w którym wskazał następujące zarzuty:

1. dokonanie opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez wskazanie w Rozdziale I pkt 2.1 SIWZ, że zdjęcia mają zostać wykonane metodą lotniczą;
2. opisanie warunków udziału w postępowaniu z naruszeniem art. 22 ust. 2 ustawy, poprzez wymaganie, aby wykonawcy posiadali doświadczenie i uprawnienia do wykonywania cyfrowej ortofotomapy na podstawie zdjęć lotniczych oraz przedstawili dokumenty potwierdzające ich doświadczenie w tym zakresie oraz posiadanie uprawnień do wykonywania zdjęć lotniczych.

Uwzględniając podniesione zarzuty Odwołujący w złożonym proteście wniósł o zmianę SIWZ w następujący sposób:

- dodanie w Rozdziale I pkt 1.2 SIWZ po słowach: „*kolorowe zdjęcia lotnicze*” słów: „*lub satelitarne*”;
- dodanie w Rozdziale VI pkt 5 SIWZ po słowach: „*zdjęć lotniczych*” słów: „*lub satelitarnych*”;
- dodanie w Rozdziale VI pkt 6 SIWZ po słowach: „*zdjęć lotniczych*” słów: „*lub satelitarnych*”;

- dodanie w Rozdziale VI pkt 6 SIWZ ust. F) o brzmieniu: „*lub urządzenia pozwalające na dokonanie zdjęć fotogrametrycznych poprzez zdjęcia satelitarne jeżeli wykonawca oferuje wykonanie zdjęć drogą satelitarną*” lub inne odpowiednie postanowienie umożliwiające złożenie oferty na wykonanie przedmiotu zamówienia poprzez zdjęcia satelitarne;
- dodanie w Rozdziale VI Informacje dodatkowe pkt 4 SIWZ po słowach: „*zdjęć lotniczych*” słów: „*lub satelitarnych*”;
- dodanie w Rozdziale IX pkt 1 (j) SIWZ słów: „*jeżeli wykonawca oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia poprzez wykonanie zdjęć lotniczych*”;
- a także wprowadzenie w SIWZ innych odpowiednich zmian umożliwiających wykonanie przedmiotu zamówienia poprzez wykonanie zdjęć satelitarnych.

Alternatywnie Odwołujący w proteście wniósł o unieważnienie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy.

W uzasadnieniu protestu wskazał on na następujące okoliczności faktyczne i prawne:

- 1) powołując się na orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 9 czerwca 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 514/08 i wyrok z dnia 16 maja 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 423/08) podniósł, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a dyskryminacja wykonawców następuje również wtedy, gdy wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia są na tyle rygorystyczne, że nie są uzasadnione potrzebami zamawiającego, a przy tym ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia;
- 2) w niniejszej sprawie zarówno zdjęcia lotnicze, jak i satelitarne mogą w pełni i w jednakowy sposób zaspokoić potrzeby Zamawiającego i nie istnieją jakiegokolwiek przesłanki o obiektywnym charakterze, które pozwalałyby przyjąć, że zdjęcia lotnicze w większym stopniu zaspokoją potrzeby Zamawiającego, tym samym następuje nieuzasadnione ograniczenie kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia;
- 3) w sposób nieuprawniony Zamawiający zażądał dokumentów (świadcstwo bezpieczeństwa przemysłowego III stopnia lub wyższe wydane na podstawie ustawy o ochronie informacji niejawnych, certyfikat operatora lotniczego – AWC – wraz ze specyfikacją, wydany przez Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego) i postawił warunki (doświadczenie i dysponowanie sprzętem) wiążące się z wykonywaniem zdjęć lotniczych;

- 4) określenie warunków udziału w sposób utrudniający konkurencję, poprzez możliwość spełniania ich wyłącznie przez podmioty wykonujące zdjęcia drogą lotniczą;
- 5) brak uwzględnienia protestu przez Zamawiającego będzie skutkowało nieważnością umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy, poprzez ograniczenie kręgu zainteresowanych wykonawców wyłącznie do wykonawców wykonujących zdjęcia drogą lotniczą, które to naruszenie ma wpływ na wynik postępowania, a ponadto będzie skutkowało koniecznością zwrotu przez Zamawiającego funduszy z UE.

Zamawiający rozpatrując wskazany protest w piśmie z dnia 27 lutego 2009 r. (doręczenie Odwołującemu w tej samej dacie) oddalił go w całości jako bezzasadny. Dokonując takiego rozstrzygnięcia protestu Zamawiający wskazał na następujące argumenty:

I. Co do zarzutu opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji:

- 1) Zamawiający stosuje technologię zdjęć satelitarnych do opracowania ortofotomapy jednakże dla innego zadania, mianowicie dla kontroli na miejscu tzw. metodą FOTO, ze zdjęć satelitarnych, które dostarczane są Zamawiającemu nieodpłatnie przez Komisję Europejską. W tym zakresie nie jest potrzebna Zamawiającemu tak wysoka dokładność geometryczna, jak dla baz danych systemu identyfikacji działek rolnych, do których odnosi się niniejszy przedmiot zamówienia. Zapisy SIWZ w tym zakresie, dotyczące opisu przedmiotu zamówienia nie prowadzą do ograniczenia uczciwej konkurencji ponieważ dotyczą wszystkich wykonawców.
- 2) Zamawiający dysponuje niezbędną wiedzą i doświadczeniem na temat przedmiotu zamówienia ponieważ od ponad 7 lat zajmuje się wydatkowaniem środków UE dla rolników w oparciu o budowany, modernizowany i aktualizowany System Identyfikacji Działek Rolnych (LPIS). Zamawiającemu znane są praktyczne aspekty związane ze zlecaniem i realizacją tego typu zamówienia, w tym również, co do stosowanej technologii i warunków technicznych. Wskazał, że nie może on być zmuszany przez konkretnego wykonawcę do takiego podziału zadań i produktów, aby dokładnie wpasować się w to, co potrafi zrobić konkretny wykonawca, ponieważ prowadziłoby to do naruszenia uczciwej konkurencji. W tym zakresie Zamawiający powołał się na orzeczenia Zespołu Arbitrów oraz Sądu Okręgowego.
- 3) Zamawiający wskazał, powołując się w tym zakresie również na orzecznictwo Zespołów Arbitrów, że to Zamawiający decyduje o wyborze przedmiotu

zamówienia i zasady konkurencyjności i równego traktowania nie mogą prowadzić do narzucania mu zmiany tego przedmiotu. Określenie przedmiotu zamówienia i warunków udziału w postępowaniu mają swoje uzasadnienie w istotnych potrzebach i obowiązkach Zamawiającego.

- 4) Zamawiający wskazał na trzy ograniczenia, z uwagi na które nie może zastosować do niniejszego przedmiotu zamówienia technologii zdjęć satelitarnych:

a) techniczne

Zamawiający wymaga opracowania cyfrowej barwnej ortofotomapy z pixelem terenowym rzeczywistym wynikowym 0,5 m, przy założeniu pixelu nominalnym zdjęć cyfrowych 0,4 m, co nie jest możliwe przy wykorzystaniu dostępnych zdjęć satelitarnych o nominalnym pixelu 0,51 m tylko w nadirze – kierunku prostopadłym do Ziemi (spadającym przy wychyleniu kamery 20° do 0,55 m).

Zdjęcia aktualnie dostępne z satelity WorldView-1 o nominalnym pixelu 0,51 m w nadirze mają zbyt niską rozdzielczość i nie mogą być wykorzystywane do przedmiotu zamówienia. Obecna dostępna technologia zdjęć satelitarnych nie umożliwia opracowania (aktualizacji) ortofotomapy co najmniej o tych samych parametrach technicznych, co ortofotomapa będąca przedmiotem aktualizacji w SIWZ. Zamawiający wskazał również, że kolejny wystrzelony satelita (GeoEye-1), który rozpoczął pracę od 23 lutego 2009 r. może dostarczać wyłącznie zdjęcia czarno – białe o rozdzielczości nominalnej 41 cm, natomiast przedmiotem zamówienia są zdjęcia barwne.

Zamawiający podniósł, że w wyniku realizacji przedmiotu zamówienia powstaną kolorowe zdjęcia lotnicze w skali 1:26 000 i opracowana zostanie na ich podstawie cyfrowa barwna ortofotomapa z terenową wielkością pixela 0,50 m w układzie współrzędnych płaskich prostokątnych „1992” i „2000”. Zamawiający podkreślił, że elementem pośrednim opracowania tej ortofotomapy możliwym do opracowania lub aktualizacji ze zdjęć lotniczych będzie numeryczny model terenu (NMT), który w ramach przedmiotowego zamówienia należy zaktualizować, a dla obszaru wschodnich granic Polski po raz pierwszy opracować. NMT stanowi dla Zamawiającego niezbędny element opracowania nowych warstw graficznych, wymaganych obowiązującymi przepisami krajowymi (ustawa z dnia 26 stycznia 2007 r. o płatnościach w ramach systemów wsparcia bezrobocia, Dz. U. z 2008 r. Nr 170, poz. 1051 ze zm.) i unijnymi (rozporządzenie Komisji WE Nr 1975/2006 z dnia 7 grudnia 2006 r. ustanawiające szczegółowe zasady stosowania rozporządzenia Rady WE nr 1698/2005 w zakresie wprowadzenia procedur

kontroli, jak również wzajemnej zgodności w odniesieniu do środków wsparcia rozwoju obszarów wiejskich, Dz. Urz. UE L 368) celem zasilenia Systemu Identyfikacji Działek Rolnych (LPIS). Zamawiający zakłada wykorzystanie NMT powstającego w procesie opracowania ortofotomapy ze zdjęć lotniczych jako materiału źródłowego powstającego do opracowania:

- mapy warstwowej o cięciu 50 m;
- mapy zasięgów obszarów o wysokości do 300 m npm oraz powyżej 500 m npm;
- mapy obszarów o nachyleniu powyżej 10% (4,5 stopnia) w celu monitorowania odpowiedniego rolniczego wykorzystania osadów ściekowych;
- mapy obszarów o nachyleniu powyżej 12 stopni w celu określenia wysokości premii pielęgnacyjnej i wysokości wsparcia na zalesienie;
- mapy obszarów o nachyleniu powyżej 20 stopni w celu przeprowadzenia kontroli utrzymania gruntów w dobrej kulturze rolnej;
- mapy wektorowej stref narażonych na erozję.

Wskazanie w przedmiocie zamówienia – zdaniem Zamawiającego – wielkości pixela terenowego 0,5 m, przy jednoczesnym zastrzeżeniu $GRS \leq 0,4$ m dla zdjęć cyfrowych dla podmiotów zajmujących się wykonawstwem geodezyjnym w zakresie opracowań fotogeometrycznych wskazuje, że rozdzielczość taka może być osiągnięta w wyniku przetworzenia zdjęć lotniczych w skali 1:26 000.

b) formalne

Minister Rolnictwa i Rozwoju Wsi nadzorujący działalność Zamawiającego, opierając się na analizach i rekomendacjach strony unijnej, w 2002 r. zezwolił Zamawiającemu na wykonanie jedynie 50 tys. km² ortofotomapy ze zdjęć satelitarnych (obszar położony w północno-zachodniej Polsce oraz obszar wzdłuż granicy wschodniej Polski), pozostałą powierzchnię kraju natomiast nakazał pokryć ortofotomapą ze zdjęć lotniczych. W ramach „pierwszego pokrycia kraju” Zamawiający opracował na podstawie zdjęć satelitarnych cyfrową ortofotomapę dla powierzchni 50 tys. km², natomiast proces aktualizacji dla tej powierzchni („drugie pokrycie kraju”) odbywa się w oparciu o zdjęcia lotnicze, z uwagi na brak na tym obszarze NMT oraz zbyt małej dokładności określenia powierzchni referencyjnych działek i powierzchni zagospodarowania pól, co wyniknęło podczas kontroli deklaracji rolników i audytów unijnych.

Zamawiający wskazał, że kształt i rozmiar działek referencyjnych w polskiej strukturze agrarnej narzuca konieczność stosowania wysokich standardów

dokładności (rozdzielczość geometryczna i informacyjna nie większa niż 0,5 m), co ma wpływ na dokładne określenie powierzchni działki referencyjnej i tym samym ustaleniu wysokości dopłat unijnych. Błędy w tym zakresie w sposób bezpośredni wpływają na dokonanie nadpłaty lub niedopłaty należnych środków unijnych.

Zamawiający wskazał, że ortofotomapa o pixelu terenowym 0,5 m odpowiada również potrzebom Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii w zakresie modernizacji katastru oraz budowy Baz Danych Topograficznych. Wskazał w tym zakresie na Porozumienie z dnia 12 marca 2002 r., podpisane przez Zamawiającego. Następstwem tego porozumienia było określenie „Warunków Technicznych”, w których wskazano, że technologia ortofotomapy oparta jest na wykorzystaniu układu współrzędnych 2000 dla zapewnienia zgodności z obowiązującymi standardami technicznymi dla przewidywanej skali opracowania (1:2000, 1:5000), a parametry dokładnościowe ortofotomapy muszą wychodzić naprzeciw oczekiwaniom obu stron i jest to istotne zarówno dla baz LPIS, jak i dla modernizacji ewidencji gruntów i budynków. Wskazał, że zapisy § 77 pkt 5 Instrukcji Technicznej G-5 „Ewidencja Gruntów i Budynków”, dotyczące wykorzystania opracowań fotogrametrii cyfrowej w procesie modernizacji ewidencji wskazują: „minimalna skala zdjęć fotogrametrycznych dla opracowań ewidencyjnych, jak mapa w skali 1:5000 powinna wynosić 1:26000”, co stanowi ekwiwalentnie pixel 0,5 m.

c) ryzyko projektu (wynikające z warunków pogodowych istniejących dla obszaru Polski)

Dotychczasowa praktyka na opracowanie 50 tys. km² ortofotomapy ze zdjęć satelitarnych z satelity Ikonos, wskazuje, że czynniki atmosferyczne (złe warunki atmosferyczne) wielokrotnie uniemożliwiały rejestrację, a często zarejestrowane zdjęcia miały spore powierzchnie pokryte chmurami. W związku z koniecznością zachowania rygorów, co do aktualności danych referencyjnych – aktualizacja danych powinna odbywać się w okresach 3-5 lat – i w związku z tym koniecznością realizacji zamówienia w terminie 14 miesięcy od podpisania umowy, a także biorąc pod uwagę zakres zamówienia – obszar ok. 86 tys. km² i zmienne warunki atmosferyczne w Polsce – niemożliwym jest wykonanie tego zadania przy użyciu zdjęć satelitarnych. Niedochowanie tych terminów naraża Polskę na nałożenie wysokich kar finansowych ze strony Komisji Europejskiej.

II. Co do zarzutu opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji:

- 1) Zamawiający musiał postawić odpowiednie warunki i w tym zakresie zażądać dokumentów, odnoszących się do przedmiotu zamówienia. W ramach przedmiotu zamówienia wykonywane być muszą zdjęcia lotnicze, a związku z tym, że na trzech częściach zamówienia (część II, III i V) występują obszary zamknięte w rozumieniu ustawy z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. t.j. z 2005 r. Nr 196, poz. 1631 ze zm.) to Zamawiający musiał umieścić w SIWZ zapisy odnoszące się do tej ustawy oraz ustawy z dnia 3 lipca 2002 Prawo lotnicze (Dz. U. t.j. z 2006 r. Nr 100, poz. 696 ze zm.)
- 2) Podkreślił, że sama okoliczność, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w niniejszym postępowaniu nie uzasadnia jeszcze twierdzenia, że naruszono w tym przypadku zasady uczciwej konkurencji, w szczególności, w sytuacji gdy wymogi Zamawiającego uzasadnione są jego potrzebami.
- 3) Na marginesie Zamawiający wskazał na możliwość utworzenia konsorcjum, w skład którego mogą wchodzić podmioty posiadające wymagane przez Zamawiającego uprawnienia.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego i w związku z tym w dniu 9 marca 2009 r. (wpływ bezpośredni do Urzędu Zamówień Publicznych) złożył odwołanie do Prezesa UZP. Kopia odwołania w tej samej dacie została przekazana Zamawiającemu. W odwołaniu Odwołujący podtrzymał swoje zarzuty i żądania oraz argumentację, zawarte w proteście.

Powtarzając swoje żądania z protestu Odwołujący wniósł dodatkowo o:

- nakazanie Zamawiającemu przedłużenie terminu do składania ofert na podstawie art. 38 ust. 6 ustawy o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ofertach,
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według rachunku przedłożonego na rozprawie.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, zawartej w rozstrzygnięciu protestu, Odwołujący wskazał, że:

- wykluczenie przedsiębiorców oferujących zobrazowania satelitarne, znacznie tańsze i preferowanie przedsiębiorców oferujących zobrazowania lotnicze, w sytuacji gdy produkt końcowy (ortofotomapa) spełnia wymagania Zamawiającego, naraża Zamawiającego na konieczność poniesienia wyższych kosztów tego przedsięwzięcia oraz narusza zasady konkurencji;

- wskazał, że stanowisko Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi, niedostępne dla Odwołującego, nie stanowi powszechnie obowiązującego prawa i nie jest wiążące dla Zamawiającego i dla wykonawców, a przede wszystkim nie może ograniczać zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazał, że jest to stanowisko, które zostało wydane w 2002 r. , a więc przed przystąpieniem przez Polskę do Wspólnoty Europejskiej, tym samym nie uwzględnia ono prawa europejskiego, a z pewnością przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r.

Odwołujący wskazał, że zarzut dotyczący opisu warunków udziału w postępowaniu w sposób sprzeczny z art. 22 ust. 2 ustawy, musi być rozpatrzony łącznie z zarzutem dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia. W związku z tym, że opis przedmiotu zamówienia narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców warunki udziału, również w tym zakresie są sprzeczne z przepisami ustawy.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ oraz treść ogłoszenia o zamówieniu, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w proteście, odwołaniu, rozstrzygnięciu protestu i złożone w trakcie rozprawy (Izba dopuściła w tym zakresie dowody z dokumentów), skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy, skutkujących odrzuceniem odwołania. Tym samym odwołanie należało rozpatrzyć merytorycznie.

Skład orzekający Izby ustalił również, że Odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu przedmiotowego odwołania. Podnoszone w odwołaniu zarzuty dotyczą bowiem opisu przedmiotu zamówienia i warunków udziału w postępowaniu w dyskryminujący sposób, który - jak wskazuje Odwołujący - pozbawia go szans na uzyskanie zamówienia. Gdyby zarzuty odwołania potwierdziły się i Izba uwzględniła odwołanie, doszłoby do rozszerzenia możliwości opracowania ortofotomoapy przy udziale zdjęć satelitarnych, co dawałoby Odwołującemu możliwość skutecznego złożenia oferty w postępowaniu i potencjalną możliwość uzyskania zamówienia. Wypełniona została zatem przesłanka, o której stanowi art. 179 ust. 1 ustawy, wskazująca na interes prawny

w uzyskaniu zamówienia po stronie Odwołującego, uzasadniający złożenie tak protestu, jak i odwołania w przedmiotowym postępowaniu.

Uwzględniając powyższe ustalenia, skład orzekający Izby rozpatrzył podniesione w odwołaniu zarzuty i uznał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem sporu pomiędzy stronami postępowania odwoławczego jest kwestia wyboru przez Zamawiającego technologii, przy użyciu której będzie realizowane zamówienie. Zamawiający w tym zakresie wprowadził do opisu przedmiotu zamówienia wymóg korzystania wyłącznie ze zdjęć lotniczych z pominięciem zdjęć satelitarnych, a tym samym postawił również warunki udziału w postępowaniu, odnoszące się w tej kwestii (zdjęcia lotnicze) do opisanego przez siebie przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazywał, że poprzez takie zapisy SIWZ i treści ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający dopuścił się nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców oferujących realizację przedmiotu zamówienia przy użyciu zdjęć satelitarnych, a tym samym dopuścił się naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Skład orzekający Izby, kierując się również w tej mierze wnioskiem Odwołującego, postanowił rozpatrzeć zarzut dotyczący opisu warunków udziału w postępowaniu w kontekście zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu, kwestionowane przez Odwołującego nieodłącznie związane są z opisem przedmiotu zamówienia i wybraną w tym zakresie przez Zamawiającego technologią zdjęć lotniczych.

Tak więc, odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez wskazanie w Rozdziale I pkt 2.1 SIWZ, że zdjęcia mają zostać wykonane metodą lotniczą, skład orzekający Izby nie dopatrył się naruszenia przywołanych przepisów ustawy. Stosownie do treści tych przepisów, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a tym samym zgodnie z tą zasadą oraz zasadą równego traktowania wykonawców należy przygotować i prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia.

Dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, którym jest – stosownie do zapisów Rozdziału I pkt 2.1 SIWZ – sporządzenie w celu realizacji zadań związanych z modernizacją i aktualizacją baz danych Systemu Identyfikacji Działek Rolnych (LPIS) opracowania, na które składają się m.in. kolorowe zdjęcia lotnicze i wykonanie na ich podstawie cyfrowej ortofotomapy z terenową wielkością pixela 0,50 m w układzie współrzędnych płaskich prostokątnych „1992” i „2000” dla określonych obszarów,

wykazanych w załącznikach graficznych do SIWZ, nie stanowi o naruszeniu, czy też utrudnieniu, uczciwej konkurencji. Zamawiający – w ocenie Izby – uzasadnił bowiem, że wybrana przez niego technologia zdjęć lotniczych jest podyktowana jego potrzebami i związana z realizacją zamówienia.

Poza tym wymagana przez Zamawiającego technologia zdjęć lotniczych nie prowadzi do sytuacji, w której konkretny wykonawca byłby w sposób nieuprawniony preferowany. Faktycznie preferowana przez Zamawiającego metoda, czy technologia zdjęć lotniczych do przygotowania cyfrowej ortofotomapy daje większe szanse uzyskania zamówienia przez podmioty, które specjalizują się wyłącznie w tej technologii. Nie ogranicza jednak w sposób całkowity możliwości uczestnictwa w postępowaniu podmiotów specjalizujących się w metodzie zdjęć satelitarnych, które mogą ubiegać się o niniejsze zamówienie wspólnie z innymi podmiotami. Ponadto – jak wykazał Zamawiający w trakcie rozprawy – w dotychczas prowadzonych przez niego postępowaniach, w których dopuszczona była wyłącznie technologia zdjęć lotniczych, uczestniczył krąg wykonawców, pozwalający na zachowanie wymogów konkurencji. Rynek tych usług – zdjęć świadczonych drogą lotniczą, nie jest rynkiem ograniczonym, wskazującym na możliwość realizacji zamówienia wyłącznie przez kilku przedsiębiorców. Zatem w tym również zakresie nie można mówić o tym, że, poprzez zastosowaną technologię, Zamawiający preferuje określonych, konkretnych wykonawców. Można co najwyżej w tym przypadku mówić o uprzywilejowaniu określonego kręgu wykonawców, co w danym przypadku jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego, lecz z drugiej strony nie pozwala na naruszenie zasad konkurencji, ponieważ – jak wykazał Zamawiający, a czego nie kwestionował Odwołujący – krąg podmiotów, mających uprawnienia i możliwości realizacji tego zamówienia przy zastosowaniu technologii zdjęć lotniczych nie jest ograniczony. Rynek tych usług nie jest wąski, na co wskazuje również liczba wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych w innych tego rodzaju postępowaniach, prowadzonych przez Zamawiającego (według załącznika nr 1 do pisma Zamawiającego z dnia 19 marca 2009 r. – „Wyjaśnienie” - przedłożonego w trakcie rozprawy, co nie było kwestionowane przez Odwołującego).

Skład orzekający Izby zwraca uwagę, że – jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (KIO), czy też orzecznictwie sądowym w sprawie skarg na orzeczenia KIO i zespołów arbitrów - wykonawca, który jest w posiadaniu określonych instrumentów, czy określonej wiedzy, technologii, nie może domagać się od konkretnego zamawiającego dostosowania swoich wymogów do możliwości technicznych, czy technologicznych świadczenia usługi, czy dostarczania towaru przez danego wykonawcę. Zamawiający ma bowiem prawo do zakupu określonych produktów, czy usług,

które są mu niezbędne, z jednoczesnym zapewnieniem ich sprawnej realizacji. Istotne jest, aby zamawiający, dokonując tych zakupów, mógł to uczynić w warunkach konkurencyjnych.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego faktycznie można zastosować technikę zdjęć satelitarnych, czego nie kwestionował Zamawiający, jednakże, w tym konkretnie przypadku, zastosowanie tej technologii obarczone jest zbyt dużym ryzykiem, wpływającym na powodzenie zadania, realizowanego przez podmiot publiczny, a więc działający w interesie publicznym. W analizowanym przypadku – w ocenie Izby - Zamawiający w sposób wystarczający wykazał, że wykonanie zamówienia przy zastosowaniu technologii zdjęć satelitarnych jest obarczone dużym ryzykiem niepowodzenia projektu, z uwagi przede wszystkim na krótki termin realizacji zamówienia (14 miesięcy od podpisania umowy) i jego zakres (86 tys. km² powierzchni), co związane jest z wypełnieniem przez Polskę zobowiązań wynikających z finansowania projektu dopłat dla rolników ze środków pochodzących z budżetu UE. Zamawiający wykazał, że dotychczasowa praktyka korzystania ze zdjęć satelitarnych (50 tys. km² powierzchni kraju, przy użyciu zdjęć satelitarnych, pozyskiwanych nieodpłatnie od Komisji Europejskiej) skutkowałą koniecznością wydłużenia czasu realizacji tych zadań z uwagi na złe warunki atmosferyczne, zachmurzenie i tym samym nieczytelności zdjęć satelitarnych, na co w tym momencie Zamawiający nie może sobie pozwolić.

Odwołujący tej okoliczności nie kwestionował. Wskazywał tylko, że nowoczesne technologie, związane z uzyskiwaniem zdjęć satelitarnych z nowego satelity GeoEye-1, dają szansę na powodzenie projektu – realizację zamówienia w terminie i przy zachowaniu parametrów, związanych z uzyskaniem zdjęć z większą dokładnością oraz pozwolą uniknąć negatywnych skutków związanych ze zmiennymi warunkami atmosferycznymi. Wyjaśnienia Odwołującego, na których mógł oprzeć się skład orzekający Izby, nie okazały się dla Izby wiarygodne. Odwołujący powoływał się bowiem na zdjęcia uzyskiwane przy użyciu nowego satelity, który dopiero rozpoczął swoją pracę na orbicie (23 luty 2009 r.), co uniemożliwia weryfikację tych informacji i czyni je nieprzekonującymi. Ponadto brak jest pewności, jakiej faktycznie jakości byłyby ewentualne zdjęcia z tego satelity i czy da się uniknąć w tym przypadku dotychczasowych problemów związanych z nieprzydatnością większości takich zdjęć, z uwagi na duże zachmurzenie i ich nieczytelność. Wskazanych okoliczności Odwołujący nie uprawdopodobnił. Poza tym - jak wskazał Odwołujący – sam aktualnie korzysta ze zdjęć z satelity Ikonos, które obarczone były wskazanymi wadami, co również nie daje Zamawiającemu pewności powodzenia projektu przy zastosowaniu technologii zdjęć satelitarnych, którą to pewność posiada, jeśli chodzi o sprawdzoną metodę zdjęć lotniczych.

Argument Odwołującego o możliwości opisu przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia przy określeniu dokładnych parametrów technicznych i wymogów dotyczących sposobu realizacji zamówienia i efektu, który chce uzyskać Zamawiający, również nie był przekonujący dla Izby. Szczegółowy opis dokładnych wymogów, co do realizacji przedmiotu zamówienia, jak wskazywał Odwołujący, bez przywoływania, czy zdjęcia mają być uzyskiwane drogą lotniczą, czy satelitarną, doprowadzi do analogicznej sytuacji, w której Zamawiający, co prawda wprost nie wypowie się, że nie dopuszcza realizację przedmiotu zamówienia przy użyciu zdjęć satelitarnych, ale w efekcie, poprzez tak sformułowany opis przedmiotu zamówienia, pośrednio taki stan rzeczy będzie z tego opisu wynikać. Taki opis przedmiotu zamówienia nic nie zmieniłby w sytuacji Odwołującego, a byłoby to tylko pozorne nakazanie Zamawiającemu wprowadzenie zmian w SIWZ, które i tak wskazywałyby – choć w sposób pośredni - na technologię zdjęć lotniczych, eliminując jednocześnie technologię zdjęć satelitarnych.

Ograniczenie kręgu wykonawców, poprzez zastosowanie określonej technologii nie musi jeszcze świadczyć o naruszeniu, czy uprawdopodobnieniu naruszenia zasady uczciwej konkurencji. O zamówienie mogą bowiem ubiegać się wykonawcy w nieograniczonej liczbie, wykonujący zdjęcia lotnicze. Nie mamy zatem do czynienia z preferowaniem określonego produktu, czy producenta, ale w istocie z oferowaniem sposobu realizacji zamówienia, który jako dostatecznie wypróbowany, daje Zamawiającemu większe szanse na powodzenie projektu i mniejszą jego wadliwość, nie narażając go tym samym na zarzuty audytu unijnego oraz na spory sądowe z rolnikami, co do określenia granic działek rolnych.

Nie bez znaczenia jest w tym zakresie również argument Zamawiającego o konieczności wykorzystania zdjęć lotniczych, powstających w tym zadaniu do opracowania innych map, czy też aktualizacji i częściowego opracowania od początku numerycznego modelu terenu. Powyższe będą również wykorzystywane przy modernizacji ewidencji gruntów i budynków, gdzie wskazuje się, że w procesie modernizacji ewidencji minimalna skala zdjęć fotogrametrycznych dla opracowań ewidencyjnych, jak mapa w skali 1:5000 powinna wynosić 1:26000, co stanowi ekwiwalent pixela 0,5 m, wynikający z zapisów SIWZ i możliwy do uzyskania dzięki sprawdzonej technologii zdjęć lotniczych.

Wobec powyższego stwierdzić należało, że Odwołujący nie uzasadnił w wystarczający sposób, że technika zdjęć satelitarnych nie będzie niezawodna dla Zamawiającego z uwagi na wykazywane przez Zamawiającego problemy, związane z zastosowaniem tej technologii. Skład orzekający Izby dokonał oceny i zważenia ryzyka leżącego po stronie Zamawiającego

(ryzyko niepowodzenia projektu) z twierdzeniami Odwołującego, sprowadzającymi się zasadniczo do konieczności poszerzenia publicznego rynku danych usług, które jest w stanie świadczyć Odwołujący. Dokonując tej oceny skład orzekający Izby, biorąc pod uwagę dowody, jakimi dysponował, tj. przedłożone dokumenty oraz oświadczenia stron postępowania, uznał, że w tym zakresie przeważył interes publiczny, tym bardziej, że nie dochodzi w tym zakresie do ograniczenia konkurencji na rynku.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby nie stwierdził również naruszeń przepisów ustawy (art. 22 ust. 2 ustawy) w zakresie określenia przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, które odnosiły się do przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu technologii zdjęć lotniczych.

Tym samym skład orzekający Izby nie dopatrył się naruszenia przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy. Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust.1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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:

.....

.....