

Sygn. akt: KIO/UZP 853/08

WYROK

z dnia 01 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

**Członkowie: Klaudia Szczytowska - Maziarz
Renata Tubisz**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu ~~w dniach~~ 29.08.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: KPG Sp. z o.o., Hansa Luftbild Consulting International GmbH, Polkart Sp. z o.o., 31-527 Kraków, ul. Rymarska 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, 00-175 Warszawa, al. Jana Pawła II 70** protestu ~~protestów~~* z dnia 30.07.2008 r.

przy udziale **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Informatyczne COMPASS S.A., Meixner Vermessung ZT GmbH, ComArch S.A., 30-133 Kraków, ul. Juliusza Lea 114** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się, przy udziale **Konsorcjum: MGGP S.A., MGGP Aero Sp. z o.o., 33-100 Tarnów, ul. Kaczkowskiego 6** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się, oraz XX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu.**

2. kosztami postępowania obciąża **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, 00-175 Warszawa, al. Jana Pawła II 70**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: KPG Sp. z o.o., Hansa Luftbild Consulting International GmbH, Polkart Sp. z o.o., 31-527 Kraków, ul. Rymarska 3,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, 00-175 Warszawa, al. Jana Pawła II 70** na rzecz **Konsorcjum: KPG Sp. z o.o., Hansa Luftbild Consulting International GmbH, Polkart Sp. z o.o., 31-527 Kraków, ul. Rymarska 3** 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 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: KPG Sp. z o.o., Hansa Luftbild Consulting International GmbH, Polkart Sp. z o.o., 31-527 Kraków, ul. Rymarska 3.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na: *„Modernizację i aktualizację baz danych systemu LPIS w tym opracowanie ortofotomapy oraz postaci wektorowej danych graficznych z integracją z częścią opisową dla obszaru 85 000 km²”*, Nr referencyjny DPZP- 2611-3/AS/08, zostało

wszczęte przez Agencje Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II nr 70, 00-175 Warszawa zwaną dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S 116-154835 w dniu 17.06.2008 r.

W dniu 23.07.2008 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w w/w. postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków przez uczestników postępowania.

W dniu 30.07.2008 r. (faxem) na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej: „Pzp” firma: KPG Spółka z o.o., ul. Rymarska 3, 31-527 Kraków działając w imieniu i na rzecz Konsorcjum firm:

1. KPG Spółka z o.o., ul. Rymarska 3, 31-527 Kraków,
2. Hansa Luftbild Consulting International GmbH, Elbestrasse 5, 46145 Münster,
3. Polkart Spółka z o.o., ul. Obrzeźna 3, 02-691 Warszawa, zwana dalej: „Protestującym” albo „Odwołującym” złożyła protest w odniesieniu do informacji z 23.07.2008 r. wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w w/w. postępowaniu, naruszających interesy składającego protest, a polegających na:

1. nie wykluczeniu z postępowania Konsorcjum firm: Land Studio Sp. z o.o., Geoplis Sp. z o.o., BSF Swissphoto GmbH Schonefeld,
2. nie wykluczeniu z postępowania Konsorcjum firm: Tukaj Mapping, Central Europe Sp. z o.o., Instytut Geodezji i Kartografii, Land Studio Sp. z o. o., BSF Swissphoto GmbH Schonefeld.

Zdaniem Protestującego postępowanie Zamawiającego naruszyło: art. 7 ust 1, art. 23 ust. 3, art. 82 ust. 1 oraz art. 83 ust. 2 i 3 Pzp. Wniósł o:

1. wykluczenie z postępowania Konsorcjum firm: Land Studio Sp. z o.o., Geoplis Sp. z o.o., BSF Swissphoto GmbH Schonefeld,
2. wykluczenie z postępowania Konsorcjum firm: Tukaj Mapping, Central Europe Sp. z o.o., Instytut Geodezji i Kartografii, Land Studio Sp. z o. o., BSF Swissphoto GmbH Schonefeld.

Protestujący wyjaśnił, iż w sekcji II.1.5) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych, ograniczając jednocześnie możliwość złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu maksymalnie do 3 (trzech) części zamówienia. Odpowiadając na pytanie jednego z wykonawców Zamawiający dopuścił możliwość, że członek konsorcjum będący firmą fotolotniczą może występować w dwóch lub

więcej konsorcjach z zastrzeżeniem, że konsorcja te nie będą ubiegały się o tą samą część zamówienia.

Podniósł, iż zgodnie z Pzp wprowadzenie ograniczenia określającego maksymalną liczbę części na które Wykonawca może złożyć wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zależy wyłącznie od woli Zamawiającego, niemniej jednak jeśli informacja taka znalazła się w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający powinien uwzględnić jej treść dokonując oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tymczasem, jak zauważył Protestujący, w składzie dwóch Konsorcjów składających wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. Konsorcjum firm: Land Studio Sp. z o.o., Geopolis Sp. z o.o., BSF Swissphoto GmbH Schonefeld oraz Konsorcjum firm: Tukaj Mapping Central Europe Sp. z o. o., Instytut Geodezji i Kartografii, Land Studio Sp. z o.o., BSF Swissphoto GmbH Schonefeld figuruje ta sama firma (Land Studio Sp. z o.o.), która nie jest firmą fotolotniczą, bowiem certyfikat operatora lotniczego (AWC) wystawiony jest w obydwu wnioskach na innego członka konsorcjum - BSF Swissphoto GmbH Schonefeld. Ponieważ każde z wymienionych powyżej Konsorcjów złożyło wnioski na 3 (trzy) części zamówienia, firma Land Studio Sp. z o.o. ostatecznie złożyła wnioski na 6 (sześć) części zamówienia, złamała więc zapis sekcji II.1.5) ogłoszenia o zamówieniu.

Protestujący podkreśla, iż Zamawiający może złożyć tylko jedną ofertę (art. 82 ust. 1 Pzp). Niezgodny z tym przepisem będzie zarówno stan, gdy ten sam wykonawca złoży samodzielnie więcej niż jedną ofertę, jak również sytuacja gdy jedną z ofert złoży samodzielnie, a kolejną wraz z innymi wykonawcami, a także gdy złoży więcej niż jedną ofertę w konsorcjach z różnymi wykonawcami. Odstępstwem od tej zasady są, zdaniem Protestującego, postanowienia art. 83 ust. 2 i 3 Pzp stwierdzające, że jeśli przedmiot zamówienia jest podzielny Zamawiający może dopuścić składanie ofert częściowych, jednakże może określić maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden Wykonawca. W przedmiotowym postępowaniu takie ograniczenia wprowadzały, jak podniósł Protestujący, zapisy sekcji II.1.5) ogłoszenia o zamówieniu. Złożenie większej liczby ofert przez tego samego Wykonawcę powinno więc skutkować odrzuceniem przez Zamawiającego wszystkich z nich jako niezgodnych z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz ustawą. Obowiązek ten dotyczy w tym samym stopniu ofert w których ten sam podmiot jest jednym z wykonawców składających oferty wspólne. Wynika to także z art. 23 ust. 3 Pzp, który stanowi, że przepisy dotyczące Wykonawcy stosuje się odpowiednio do Wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia, co oznacza nie tylko to, że łącznie występujący Wykonawcy powinni być traktowani jak Wykonawca, ale także to, że każdy z takich Wykonawców z osobna także powinien być traktowany jak Wykonawca. Co więcej, jak zauważa Protestujący, dopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykonawcy, który de facto złożył oferty na więcej niż 3 (trzy) części zamówienia narusza zasady uczciwej

konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp), bowiem stawia w uprzywilejowanej sytuacji Wykonawcę, który złamał postanowienia zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu, kosztem Wykonawców, którzy zgodnie z ogłoszeniem ograniczyli swoje wnioski tylko do trzech części zamówienia.

Podobne wątpliwości, zdaniem Protestującego, budzi dopuszczenie występowania w dwóch lub więcej konsorcjach Wykonawcy, który jest firmą lotniczą, a ograniczenie udziału pozostałych wykonawców (nie będących firmami fotolotniczymi) tylko do 3 (trzech) części zamówienia.

Wobec naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa nie doszło do wykluczenia z postępowania wyżej wymienionych wykonawców. Tym samym naruszony został, jak stwierdził Protestujący jego interes prawny, jako że w przypadku wykluczenia wskazanych powyżej Wykonawców miałby on większe szansę na zdobycie zamówienia. Poza tym doszło, jego zdaniem, niewątpliwie do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, gdyż Protestujący, w przeciwieństwie do innych Wykonawców, ale zgodnie z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, złożył ofertę tylko na 3 (trzy) części zamówienia.

W dniu 31.07.2008 r. Zamawiający faxem przesłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 01.08.2008 r. faxem do postępowania protestacyjnego będącego wynikiem protestu przyłączyło się Konsorcjum firm: Konsorcjum firm: 1) Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne Sp. z o.o., ul. 1 Maja 13,10-117 Olsztyn, 2) IBEX - U. L. Sp. z o.o., ul. Żelazna 54, 00-852 Warszawa, 3) SPRINT Spółka z o. o., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn, którego Liderem jest Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne Sp. z o.o., zwane dalej: „Przystępującym – Konsorcjum Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne Sp. z o.o.”, w zakresie zarzutów po stronie Protestującego, wnosząc o uwzględnienie zarzutów, ewentualnie o unieważnienie postępowania w całości. Jednakże niniejszy Przystępujący nie ponowił swojego przystąpienia na etapie postępowania odwoławczego.

W dniu 04.08.2008 r. faxem do postępowania protestacyjnego będącego wynikiem protestu przyłączyło się Konsorcjum firm: 1) MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33 - 100 Tarnów, 2) MGGP Aero Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, ul. Słowackiego 33-37, 33-100 Tarnów zwane dalej: „Przystępujący - Konsorcjum MGGP S.A.”, reprezentowane przez Lidera konsorcjum: MGGP S.A. w zakresie zarzutów po stronie Protestującego, wnosząc o uwzględnienie wniesionego protestu w całości.

Wykazując na swój interes prawny Przystępujący - Konsorcjum MGGP S.A. stwierdził, iż ma interes prawny w przystąpieniu do niniejszego postępowania w zakresie zarzutów po stronie Protestującego, bowiem w przypadku ewentualnego uwzględnienia protestu, zostanie zaproszony do złożenia ofert w rzeczonym postępowaniu i w konsekwencji będzie miało większą szansę na wybór ich oferty.

Przystępujący - Konsorcjum MGGP S.A. podkreślił, iż Zamawiający na podstawie art. 83 ust. 2 i 3 Pzp, dopuścił możliwość składania ofert częściowych. Jednocześnie Zamawiający określi maksymalną liczbę części zamówienia (do 3 części zamówienia), na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca. W piśmie Zamawiającego z dnia 23.06.2008 r. - odpowiedź na pytanie. Zamawiający sprecyzował iż członek konsorcjum może występować w dwóch lub więcej konsorcjach pod warunkiem, że: 1) omawiany członek konsorcjum jest firmą fotolotniczą, a także 2) konsorcjum w składzie z rzeczonym członkiem konsorcjum nie będzie ubiegało się o tę samą część zamówienia. Wykonawcy - konsorcja firma w składzie: 1) Land Studio Sp. z o.o., Geopolis Sp. z o.o., BSF Swissphoto GmbH Schonefeld oraz 2) Tukaj Mapping Central Europe Sp. z o.o., Instytut Geodezji i Kartografii, Land Studio Sp. z o.o., BSF Swissphoto GmbH Schonefeld, zdaniem Przystępującego - Konsorcjum MGGP S.A. nie wypełniają warunków udziału postępowania i na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 23 ust. 3 Pzp, winne być wykluczone z postępowania.

Stwierdził, iż wyżej wymienione konsorcja legitymują się certyfikatem operatora lotniczego (AWC) wystawionego na BSF Swissphoto GmbH Schonefeld. Przedsiębiorca Land Studio Sp. z o.o. nie jest firmą fotolotniczą, zatem zgoda na uczestniczenie członka konsorcjum w więcej niż w jednym konsorcjum go nie dotyczy. W efekcie Land Studio Sp. z o.o. złożyła ofertą na 6 części zamówienia - niezgodnie z zapisem sekcji II. 1.5) Ogłoszenia o zamówienia w zw. z art. 83 ust. 2 Pzp w zw. z wyjaśnieniem Zamawiającego w piśmie z dnia 23.06.2008 r. - odpowiedź na pytanie. Przystępujący - Konsorcjum MGGP S.A. za przedstawicielem doktryny podnosi, iż: *„Wykonawca, który złoży oferty na większą liczbę części niż ustalono przez zamawiającego, zmusi zamawiającego do odrzucenia takich ofert jako niezgodnych z SIWZ”* (tak Komentarz do art.83 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655), [w:] M Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III).

Na marginesie Przystępujący - Konsorcjum MGGP S.A. podkreśla, iż należy zaznaczyć, że (wbrew stanowisku zaprezentowanemu przez Protestującego):

Po pierwsze, zezwolenie na udział w dwóch konsorcjach tożsamej firmy fotolotniczej, przy jednoczesnym uwzględnieniu ograniczenia o którym w sekcji II.1.5) (tj. złożenia wniosku na max. 3 części zamówienia) jest prawnie dozwolone i nie narusza zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców o której w art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający może, jak podnosi, (a więc stanowi to jego prawo) dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej. Dopuszczalność składania ofert częściowych może mieć miejsce, jeśli przedmiot zamówienia jest podzielny - niniejsza przesłanka zachodzi w okolicznościach przedmiotowego postępowania. Jest przy tym decyzją Zamawiającego, w jaki sposób zostaną określone części w postępowaniu. Decyzja o podziale zamówienia na części i warunki składania ofert częściowych nie godzą w zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż nie ograniczają one udziału niektórych wykonawców w postępowaniu (wyrok Sądu Okręgowy w Warszawie z dnia 16.06.2003 r., sygn. akt: V CA 1213/02), jeśli podział na części na określonych warunkach ma na celu prawidłową realizację zadań i zaspokajanie potrzeb Zamawiającego. W tym miejscu należy zaznaczyć, jak zauważa Przystępujący - Konsorcjum MGGP S.A., że Zamawiający zwolnił od kryterium udziału w postępowaniu o którym w sekcji II. 1.5) ogłoszenia o zamówieniu, tylko pod określonymi warunkami: tylko firmę fotolotniczą - jeśli konsorcja w których uczestniczy ta firma fotolotniczą nie składają wniosku na te same części. Niniejsze, jak stwierdza, ma swoje podstawy ustawowe - ustawa z dnia 22.01.2002 r. Prawo lotnicze oraz akty wykonawcze, w zakresie objętym przedmiotowym zamówieniem - tj. obowiązek posiadania aktualnego certyfikatu operatora lotniczego (AWC). Wskazuje na przedstawicieli doktryny, zgodnie z którymi: *„W świetle orzecznictwa nie ulega wątpliwości że odrębnie każdy z członków konsorcjum musi spełnić warunki niepodlegania wykluczeniu z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1-9. Łącznie natomiast powinny być spełniane warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2, tj. dysponowanie potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadanie odpowiedniej wiedzy i doświadczenia. Kumulacji co do zasady będzie podlegać również potencjał finansowy i ekonomiczny (art. 22 ust. 1 pkt 3), z tym że niektóre aspekty sytuacji finansowej są integralnie związane z indywidualną sytuacją podmiotu (np. płynność finansowa).(...) Należy się również opowiedzieć za brakiem obowiązku posiadania uprawnień ustawowych (art. 22 ust 1 pkt 1) przez wszystkich członków konsorcjum”* (tak Komentarz do art. 23 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III). Przystępujący - Konsorcjum MGGP S.A. podnosi, iż podział dokonany przez Zamawiającego na firmy fotolotnicze i inne, oraz zgoda na obwarunkowany udział firmy fotolotniczej w więcej jak jednym konsorcjum, jest racjonalna, wystarczająca dla potrzeb Zamawiającego i ma na celu prawidłową realizację zadań. Stawia tezę, że zakaz udziału firm fotolotniczych w więcej jak w jednym konsorcjum, stanowiłoby naruszenie zasad o których w art. 7 ust. 1 Pzp. Aktualny certyfikat operatora lotniczego (AWC) znajduje się bowiem w posiadaniu nielicznych przedsiębiorców. Natomiast wymóg jego posiadania jest jednym z wielu, które tylko jeśli występują łącznie dają gwarancje należytego wykonania

zamówienia. Omawiany ewentualny zakaz firmy fotolotniczej udziału w więcej jak jednym konsorcjum, znacznie ograniczyłby dostęp do wykonania zamówienia (w ramach konsorcjum) przedsiębiorcom (dyskryminując ich), którzy spełniają większość warunków udziału w postępowaniu (za wyjątkiem certyfikatu AWC).

Po drugie, zdaniem Przystępujący - Konsorcjum MGGP S.A. , zarzucane niniejszym protestem czynności Zamawiającego naruszają art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp., w zw. z art. 23 ust. 3 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp:

1) z uwagi na zaniechanie wykluczenia opisanych wyżej konsorcjów, pomimo iż złożyły one nieprawdziwe informacje o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu z uwagi na ograniczenie o którym w sekcji II. 1.5) ogłoszenia o zamówieniu i pisemnie zamawiającego z dnia 23.06.2008 r. - odpowiedź na zapytanie; 2) a także z uwagi na preferencyjne traktowanie konsorcjów w skład których wchodzi Land Studio Sp. z o.o. a przez to dyskryminację pozostałych wykonawców; tj. firma Land Studio Sp. z o.o., chociaż nie jest firmą fotolotniczą, złożyła wniosek na więcej jak 3 części zamówienia.

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu.

W dniu 04.08.2008 r. również faxem do postępowania protestacyjnego będącego wynikiem protestu przyłączyło się Konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwo Geodezyjno - Informatyczne COMPASS S.A., 2) MEIXNER Vermessung ZT GmbH - Członek Konsorcjum, 3) ComArch S.A. - Członek Konsorcjum z Liderem Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Geodezyjno - Informatyczne COMPASS S.A., ul, Juliusza Lea 114, 30 - 133 Kraków zwane dalej: „Przystępującym - Konsorcjum COMPASS” w zakresie zarzutów po stronie Protestującego, uznając protest za zasadny i wymagający uwzględnienia w całości.

Przystępujący - Konsorcjum COMPASS podkreślił, iż Protestujący słusznie w proteście wskazuje, iż wskazani w proteście Wykonawcy naruszyli przepisy Pzp - i tym samym powinni zostać wykluczeni z postępowania. Jednocześnie wskazuje, iż taka sama sytuacja zachodzi także w stosunku do następujących wykonawców:

- 1) Przystępującego - Geokart – International Sp. z o. o, jak również
- 2) Przystępującego - Konsorcjum MGGP S.A.

Przystępujący - Konsorcjum COMPASS wskazał, iż ma interes prawny w tym, aby protest Protestującego został rozstrzygnięty poprzez jego uwzględnienie, ponieważ w takim wypadku zostanie zaproszone do składania ofert, Przystępujący - Konsorcjum COMPASS zamierza złożyć w przedmiotowym postępowaniu ofertę i oferta ta może zostać wybrana przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejsza. Gdyby zaś do dalszego etapu postępowania zostali zaproszeni Wykonawcy, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu - przedmiotowe postępowanie, jego zdaniem, mogłoby zostać unieważnione.

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu.

W dniu 05.08.2008 r. także faxem do postępowania protestacyjnego będącego wynikiem protestu przyłączyło się Konsorcjum firm: 1) „Geokart - International” Sp. z o.o., ul. W. Stwosza 44. 35-113 Rzeszów - jako Lider, 2) Aeroklub Ziemi Lubuskiej, ul. Skokowa 18 - Przylep - uczestnik, 3) MGGP Aero Spółka z o.o., ul. Słowackiego 33-37 w Tarnowie - uczestnik - łącznie reprezentowani przez Lidera zwane dalej „Przystępującym - Konsorcjum Geokart – International Sp. z o.o.”, w zakresie zarzutów po stronie Protestującego, wnosząc o uwzględnienie zarzutów i wniosków protestu w całości, wskazując na merytoryczną zasadność wniesionego środka ochrony prawnej. Niniejszy Przystępujący do postępowania odwoławczego przystąpił, ale nieskutecznie z uwagi na przekroczenie terminu na przystąpienie do postępowania protestacyjnego.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło faxem i emaile w dniu 08.08.2008 r. poprzez jego odrzucenie Zamawiający stwierdził, iż odrzuca protest w zakresie zarzutu nie wykluczenia z w/w. postępowania wyżej wskazanych Konsorcjum firm, ponieważ zarzut ten został wniesiony z uchybieniem ustawowego terminu. Stwierdził, iż zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 2 Pzp protest wnosi się w terminie 7 dni od dnia, w którym powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Zamawiający podniósł, iż poinformował Protestującego (a także pozostałych uczestników postępowania) zamieszczając poniższą odpowiedź na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 23.06.2008 r. na następujące pytanie Wykonawcy: „Czy członek konsorcjum będący firmą fotolotniczą może wystereować w dwóch lub więcej konsorcjach ?” Odpowiedź: „Tak, członek konsorcjum będący firmą fotolotniczą może występować w dwóch lub więcej konsorcjach z zastrzeżeniem, że konsorcja, których będzie członkiem nie będą ubiegały się o tę samą część zamówienia”. W tym stanie sprawy termin na złożenie protestu upłynął w dniu 30.06.2008 r. Zamawiający wskazał, iż Protestujący przyznał, że zapoznał się z treścią odpowiedzi na pytania, a więc termin złożenia protestu na okoliczność wystąpienia tych samych firm jako uczestników konsorcjum tyle, że w różnych konsorcjach i na inne części zamówienia upłynął jak w terminie powyżej. Ponadto, Zamawiający stwierdził, iż w niniejszym postępowaniu, na obecnym etapie procedury przetargowej nie mają zastosowania przepisy art. 82 ust. 1 Pzp, na które powołuje się Protestujący, gdyż odnoszą się one do ofert, a nie wniosków o udzielenie zamówienia publicznego. W chwili obecnej Zamawiający dopiero oceniał spełnianie warunków ubiegania się o zamówienie i dopiero po tym etapie zaprosi Wykonawców spełniających warunki ubiegania się o zamówienie do złożenia ofert. Zamawiający zgadza się z Protestującym, iż Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, ponieważ w przypadku złożenia więcej niż jednej oferty,

wystąpiłaby okoliczność oferty wariantowej. Definiując pojęcie „oferty wariantowej” ustawodawca wskazuje jeden element, który różni taką ofertę od innych, tj. element przedmiotowo istotny (*essentialia negotii*), a mianowicie możliwość przedstawienia odmiennego sposobu wykonania zamówienia, czyli innej niż przyjęta przez Zamawiającego koncepcji uzyskania tego samego efektu, przy czym ów sposób, czy koncepcję należy łączyć z rozwiązaniami natury technicznej. Chodzi o sposób wykonania zamówienia, a więc sposób spełnienia świadczenia i o nic ponadto. Niedopuszczalne jest przyjmowanie powszechnego rozumienia pojęcia wariantowości, czyli podawania w ofercie dwóch lub więcej rozwiązań do wyboru przez Zamawiającego. Specyfikacja niniejszego postępowania, zdaniem Zamawiającego jest inna, ponieważ postępowanie zostało podzielone na dziewięć rozłącznych części, gdzie każdy z wykonawców, w tym również konsorcjum mógł złożyć wniosek na nie więcej niż 3 części zamówienia.

W dniu 13.08.2008 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Wnosząc o merytoryczne rozpoznanie odrzuconego protestu i nie uwzględnienie zarzutu Zamawiającego jakoby protest złożony został po terminie. Wskazał na naruszenie art. 180 ust. 2, art. 7 oraz art. 23 ust. 3 Pzp, jak również naruszenie zapisów SIWZ sekcja II.1.5). Wskazując na powyższe wniósł także o:

1) Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegające na zakwalifikowaniu niżej wymienionych konsorcjów do dalszego postępowania przetargowego:

a) Konsorcjum firm: Land Studio Sp. z o. o., Geoplis Sp. z o.o., BSF Swissphoto GmbH Schonefeld;

b) Konsorcjum firm: Tukaj Mapping, Central Europe Sp. z o. o., Instytut Geodezji i Kartografii, Land Studio Sp. z o. o., BSF Swissphoto GmbH Schonefeld;

c) Przystępującego – Konsorcjum Geokart – International Sp. z o.o.

d) Przystępującego - Konsorcjum MGGP S.A.

2) Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Oдноśnie naruszenia przez Zamawiającego art. 180 ust. 2 Pzp, Odwołujący stwierdził, iż przyjęcie przez Zamawiającego, iż termin protestu upłynął w dniu 30.06.2008 r. stanowi naruszenie wskazanego wyżej przepisu. Zamawiający przyjmuje, że bieg terminu do złożenia protestu rozpoczął się od dnia publikacji na stronie internetowej Zamawiającego odpowiedzi na pytanie, tj. od 23.06.2008 r. i upłynął dnia 30.06.2008 r. Interpretacja ta, zdaniem Odwołującego, jest całkowicie nieuzasadniona, gdyż bieg terminu rozpoczął się od dnia 23.07.2008 r., tj. od dnia ogłoszenia listy.

Odwołujący podniósł także, iż nie protestował przeciwko treści odpowiedzi ogłoszonej na stronach internetowych Zamawiającego. Odrzucając protest, Zamawiający pominął

uzasadnienie merytoryczne ograniczając się do zarzutów formalnych. Uzasadnienie odrzucenia protestu dotyczy wyłącznie zagadnienia, czy firma fotolotnicza może być członkiem dwóch konsorcjów. Odwołujący się zwraca uwagę, iż nie kwestionował tego zagadnienia.

Odpowiedź Zamawiającego o odrzuceniu protestu Odwołującego nie rozstrzyga zarzutów merytorycznych Odwołującego się w części dotyczącej:

- a) złożenia więcej niż trzech wniosków przez jednego wykonawcę, co jest niezgodne z zapisami SIWZ i art. 23 ust. 3 Pzp,
- b) występowania firmy nie będącej firmą fotolotniczą w więcej niż jednym konsorcjum.

Zgodnie bowiem z pkt. II.1.5) SIWZ:

„Wykonawca może złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu na nie więcej niż trzy (3) dowolnie wybrane spośród wyżej określonych części”, a Zamawiający podzielił przedmiotowe zamówienie na 9 rozłącznych części.

Odwołujący podnosi, iż zgodnie z tym zapisem i treścią odpowiedzi na pytanie anonimowego Wykonawcy, pytanie: *„Czy członek konsorcjum będący firmą fotolotniczą może występować w dwóch lub więcej konsorcjach?”*; odpowiedź: *„Tak, członek konsorcjum będący firmą fotolotniczą może występować w dwóch lub więcej konsorcjach z zastrzeżeniem, że konsorcja, których będzie członkiem nie będą ubiegały się o tę samą część zamówienia”*

Zamawiający nie dopuścił możliwości złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu przez jednego Wykonawcę na więcej niż trzy (3) części podzielonego przedmiotu zamówienia, mimo to Spółki: Land Studio Sp. z o. o., BSF Swissphoto GmbH, MGGP S.A. złożyły wniosek na sześć (6) części zamówienia. Naruszyły zatem, zdaniem Odwołującego zapis SIWZ mówiący, iż wniosek można złożyć na co najwyżej trzy (3) części podzielonego zamówienia. Fakt ten był merytorycznym zarzutem protestu. Odpowiedź zaś Zamawiającego nie została udzielona na ten zarzut, gdyż tyczy zupełnie innego problemu (odpowiedzi Zamawiającego z dnia 23.06.2008 r.), z którym Odwołujący nie polemizuje i nie polemizował.

Odrzucenie protestu Odwołującego się z dnia 30.07.2008 r. i uzasadnienie odrzucenia protestu przez Zamawiającego jest zupełnie nie na temat podniesiony przez Odwołującego w proteście i stanowi naruszenie zapisów SIWZ, Pzp (w szczególności w części równego traktowania stron, uwzględniania zasad uczciwej konkurencji i przestrzegania zapisów SIWZ), oraz narusza gospodarcze interesy Odwołującego oraz Stron uczestniczących w postępowaniu przetargu ograniczonego.

Większość Wykonawców stosując się do zapisów SIWZ złożyło wniosek na trzy (3) części zamówienia, natomiast wyżej wymienione spółki złożyły wniosek na sześć (6) części zamówienia, co stanowi bardzo istotne naruszenie zasad postępowania przetargowego.

W trybie przetargu ograniczonego ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest, jak podnosi Odwołujący, dokonywana ostatecznie na etapie dopuszczenia do przetargu, a zatem zakwalifikowanie Wykonawcy do dalszego postępowania stanowi również zaproszenie do złożenia przez niego oferty.

Spółki wyżej wymienione, o których nakazanie wykluczenia z postępowania wnosi Odwołujący, złożą zatem po sześć (6) ofert, podczas gdy inni uczestnicy postępowania będą mogli złożyć tylko trzy oferty (3). Stawia to, zdaniem Odwołującego, w pozycji uprzywilejowanej tych trzech wymienionych wyżej Wykonawców co narusza art. 7 Pzp.

Ograniczenie uprawnień Wykonawcy, jak podaje Odwołujący, przez określenie maksymalnej liczby części zamówienia jest wyrażona przez Zamawiającego w SIWZ i nie może podlegać zmianie w toku postępowania (Prawo Zamówień Publicznych komentarz pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, UZP Warszawa 2006 teza 4 do artykułu 83 str. 222).

Na marginesie Odwołujący wskazał także, iż błędne jest potraktowanie Wykonawcy jakim jest Land Studio Sp. z o.o. jako spółki fotolotniczej i umożliwienie jej zgodnie z udzieloną przez Zamawiającego w dniu 23.06.2008 r. odpowiedzią uczestnictwa w więcej niż jednym konsorcjum. Warunkiem uznania firmy za fotolotniczą w niniejszym postępowaniu, jest wymóg stawiany przez Zamawiającego w SIWZ przedłożenia ważnego certyfikatu operatora lotniczego (AWC), lub dokumentu równoważnego wystawionego w kraju pochodzenia wykonawcy zagranicznego i potwierdzonego przez Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego. Odwołujący pragnie nadmienić, że taki certyfikat posiada w konsorcjach, w których Land Studio Sp. z o.o., firma BSF Swissphoto GmbH zatem to ona jest w przypadku tego postępowania firmą fotolotniczą a nie spółka Land Studio, która będzie wykonywać loty fotogrametryczne i zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego z dnia 23.06.2008 r. może występować w kilku konsorcjach.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia faxem Zamawiający.

W dniu 14.08.2008 r. Zamawiający przekazał uczestnikom postępowania protestacyjny kopię odwołania i wezwał ich do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 22.08.2008 r. (wpływ bezpośredni) Przystępujący - Konsorcjum MGGP S.A., po stronie Odwołującego. Wnosząc o uwzględnienie odwołania, tj. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu protestu Odwołującego, i nakazanie Zamawiającemu:

1. rozpoznanie odrzuconego protestu,
2. powtórzenie czynności oceny spełnienia warunków udziału w rzeczonym postępowaniu

i w konsekwencji wykluczenie z postępowania Konsorcjum firm: a) Konsorcjum firm: Land Studio Sp. z o. o., Geoplis Sp. z o.o., BSF Swissphoto GmbH Schonefeld; b) Konsorcjum firm: Tukaj Mapping, Central Europe Sp. z o. o., Instytut Geodezji i Kartografii., Land Studio Sp. z o. o., BSF Swissphoto GmbH Schonefeld; z pominięciem wykluczenia wykonawców konsorcjum firm: a) Przystępującego – Konsorcjum Geokart – International Sp. z o. o., b) Przystępującego - Konsorcjum MGGP S.A.

Po pierwsze, za wyrokiem z dnia 21.06.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1400/05 w którym orzeczono, że protest na zaniechanie czynności odrzucenia oferty przez Zamawiającego może być wniesiony dopiero po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, wskazuje analogiczne zastosowanie niniejszego orzeczenia do zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia opisanych wykonawców na etapie oceny spełniania warunków w postępowaniu prowadzonym w trybie ograniczonym. Podkreślił, iż wniesiony przez Odwołującego protest dotyczył dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a nie zmian do ogłoszenia o zamówieniu, dlatego stwierdził że Odwołujący dochował terminu na wniesienie protestu, a odrzucenie protestu Odwołującego z powodu uchybienia terminu zawitego jest bezpodstawne.

Po drugie, podkreśla, iż Zamawiający jako jeden z warunków udziału w postępowaniu wskazał możliwość złożenia wniosku o dopuszczenia do udziału w przetargu na nie więcej niż trzy dowolnie wybrane części (sekcja II.1.5) ogłoszenia o zamówieniu). W piśmie Zamawiającego z dnia 23.06.2008 r. - odpowiedź na pytanie, sprecyzował iż członek konsorcjum może występować w dwóch lub więcej konsorcjach pod warunkiem, że:

1) omawiany członek konsorcjum jest firmą fotolotniczą a także 2) konsorcjum w składzie z rzeczonym członkiem konsorcjum nie będzie ubiegało się o tę samą część zamówienia.

Po trzecie zaznaczył, iż Pzp nie regulują wprost możliwości składania zapytań do ogłoszenia o zamówienia, ani możliwości zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. Wydaje się jednak, jego zdaniem, iż nie ma przeszkód by Zamawiający przed upływem terminu składania wniosków dokonał zmiany treści ogłoszenia, przy czym nie jest istotne z czyjej inicjatywy (Zgodnie z wyrokiem z dnia 01.09.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2412/06; UZP/ZO/0-2419/06: „2. Artykuł 38 ust 5 ustawy Prawo zamówień publicznych zakazuje jedynie modyfikacji SIWZ w zakresie podniesionym w tym przepisie, natomiast nie można tegoż przepisu stosować przez analogię do ogłoszenia. Z przywołanej przez Odwołującego się informacji na stronie internetowej UZP nie wynika, by taka modyfikacja była zakazana, bowiem ogłoszenie można zmodyfikować, a nawet usunąć oraz zamieścić całkowicie nowe. (...) Wbrew stanowiskom Odwołujących się za nieuzasadniony należy uznać zarzut, że nie jest dopuszczalna modyfikacja ogłoszenia, w tym i w zakresie warunków podmiotowych, jakich dokonał, uwzględniając protest Zamawiającego. Według oceny Zespołu Arbitrów, art. 38

ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych zakazuje jedynie modyfikacji SIWZ w zakresie podniesionym w tym przepisie, natomiast nie można tegoż przepisu stosować przez analogię do ogłoszenia. Z przywołanej przez Odwołującego się informacji na stronie internetowej UZP nie wynika, by taka modyfikacja była zakazana, bowiem ogłoszenie można zmodyfikować, a nawet usunąć oraz zamieścić całkowicie nowe”).

Po czwarte, konsorcja wskazane w proteście, zdaniem Przystępującego - Konsorcjum MGGP S.A. nie wypełniają warunków udziału postępowania i na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. w zw. z art. 23 ust. 3 Pzp, winne być więc wykluczone z postępowania, zgodnie z argumentacją z przystąpienia do protestu.

Po piąte, stwierdził, że wniosek Odwołującego złożony w odwołaniu w przedmiocie wykluczenia wykonawców:

a) Przystępującego – Konsorcjum Geokart – International Sp. z o.o.

b) Przystępującego - Konsorcjum MGGP S.A., jest bezzasadny.

Wskazał, iż w proteście brak jest żądania wykluczenia z postępowania w/w. konsorcjów, zgodnie więc z art. 191 ust. 3 Pzp: *„Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Izba bierze pod uwagę z urzędu okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia; w takim przypadku Izba wydaje wyrok”*. Wyrażony w art. 191 ust. 3 Pzp zdanie pierwsze zakaz orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, powinien być rozumiany jako zakaz orzekania ponad żądanie zawarte w proteście (tak Komentarz do art.191 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III). Podobnie wskazane orzecznictwo w przystąpieniu Zespołów Arbitrów. Ponadto, jak wskazał Przystępujący - Konsorcjum MGGP S.A., w/w. Wykonawcy legitymują się certyfikatem operatora lotniczego (AWC) wystawionego na MGGP Aero Sp. z o.o. Mając na uwadze odpowiedź Zamawiającego na pytanie z dnia 23.06.2008 r., MGGP Aero Sp. z o.o. jako firma fotolotnicza mogła być członkiem dwóch lub więcej konsorcjów. Ponadto podkreśla, iż konsorcja w składzie z MGGP Aero Sp. z o.o. nie ubiegały się o tę samą część zamówienia. Pozostali członkowie konsorcjów, którzy nie są firmami fotolotniczymi nie wchodzi w skład więcej jak jednego konsorcjum w ramach omawianego przetargu.

W rezultacie, zdaniem Przystępującego - Konsorcjum MGGP S.A. zezwolenie na udział w dwóch konsorcjach tożsamej firmy fotolotniczej, przy jednoczesnym uwzględnieniu ograniczenia, o którym w sekcji II.1.5) (tj. złożenia wniosku na max. 3 części zamówienia) jest prawnie dozwolone i nie narusza zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców o której w art. 7 ust. 1 Pzp.

Konkludując, po argumentacji powtórzonej za przystąpieniem do protestu, stwierdził, iż podział dokonany przez Zamawiającego na firmy fotolotnicze i inne, oraz zgodna na

obwarunkowany udział firmy fotolotniczej w więcej jak jednym konsorcjum, jest racjonalny, wystarczający dla potrzeb Zamawiającego i ma na celu prawidłową realizację zadań. Można postawić tezę, że zakaz udziału firm fotolotniczych w więcej jak w jednym konsorcjum, stanowiłoby naruszenie zasad o których w art. 7 ust. 1 Pzp.

Kopie przystąpienia została przekazana tak Zamawiającemu, jak i Odwołującemu.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 26.08.2008 r. (wpływ bezpośredni) Przystępujący - Konsorcjum Geokart – International Sp. z o. o., po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania w części domagającej się nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności polegających na zakwalifikowaniu Przystępującego - Konsorcjum Geokart – International Sp. z o. o., do dalszego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Przystąpienie niniejszego Przystępującego było nieskutecznie z uwagi na przekroczenie terminu na przystąpienie do postępowania protestacyjnego.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 27.08.2008 r. (wpływ bezpośredni) Przystępujący - Konsorcjum COMPASS, po stronie Odwołującego. Wnosząc o uwzględnieni odwołania podtrzymuje argumentacje z przystąpienia do protestu. Stwierdza, iż protest został odrzucony niezasadnie, z uwagi na fakt, iż nie dotyczył treści odpowiedzi na pytanie z dnia 23.06.2008 r., o powyższym świadczy także fakt, iż nie został złożony żaden protest na fakt jej udzielenia.

Podkreśla, iż żadna odpowiedź do ogłoszenia nie może zmienić treści ogłoszenia, gdyż takiego trybu zmiany ogłoszenia nie przewiduje Pzp. Przystępujący - Konsorcjum COMPASS stwierdza, iż Wykonawcy zapoznali się z treścią ogłoszenia i potraktowali tę odpowiedź jako uszczegółowienie treści ogłoszenia, nie zmieniające jednak w żadnym stopniu treści samego ogłoszenia. Przedmiotowa odpowiedź, jego zdaniem, wyjaśniła, iż jest możliwe występowanie tej samej firmy w kilku podmiotach (Wykonawcach), jeśli tylko ubiegają się one o udział w różnych częściach. Odpowiedz z dnia 23.06.20089 r. w żadnym razie nie zmieniła treści Sekcji II.1.5) ogłoszenia o zamówieniu.

Kopie przystąpienia została przekazana tak Zamawiającemu, jak i Odwołującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności ogłoszeniem o zamówieniu, treścią odpowiedzi na pytanie z dnia 23.06.2008 r. i treścią wniosków o dopuszczenie do udziału

w przedmiotowym postępowaniu, po wysłuchaniu oświadczeń woli, jak i stanowiska stron i uczestników postępowania 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.

Odnosnie naruszenia przez Zamawiającego art. 180 ust. 2 Pzp, skład orzekający Izby uznał w/w zarzut za zasadny. Przyjęcie przez Zamawiającego, iż termin protestu upłynął w dniu 30.06.2008 r. stanowi naruszenie wskazanego wyżej przepisu. Zamawiający błędnie przyjmuje, że bieg terminu do złożenia protestu rozpoczął się od dnia publikacji na stronie internetowej Zamawiającego odpowiedzi na pytanie, tj. od 23.06.2008 r. i upłynął dnia 30.06.2008 r. Interpretacja ta jest chybiona, gdyż przedmiotem protestu i odwołania nie jest czynność z 23.06.2008 r. (udzielenie odpowiedzi na pytanie), lecz zaniechanie wykluczenia wskazanych w proteście konsorcjów, a więc okoliczność, o której Odwołujący mógł powziąć informację dopiero z informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w w/w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków przez uczestników postępowania, tj. w dniu 23.07.2008 r. Powyższe skutkuje brakiem podstaw do odrzucenia odwołania na posiedzeniu na podstawie art. 187 ust.4 pkt 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, który we wniosku o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu przetargowym wykazał, że spełnił warunki udziału w postępowaniu w części 4, 5 i 6 zamówienia, zostanie zaproszony do składania oferty w przedmiotowych częściach, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia we wskazanym zakresie.

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

Odnosnie naruszenia przez Zamawiającego art. 23 ust. 3 Pzp, skład orzekający Izby uznał w/w zarzut za zasadny.

Zgodnie z art. 47 Pzp przetarg ograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania ofert. Zamawiający bezsprzecznie w Sekcji II.1.5) ogłoszenia o zamówieniu napisał, iż: *„Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych. Wykonawca może złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu na nie więcej niż 3 dowolnie wybrane spośród wyżej określonych części, w których po spełnieniu warunków*

udziału w postępowaniu zostanie zaproszony przez Zamawiającego do składania ofert, na wskazaną część/części (...)" Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu Zamawiający podzielił przedmiotowe zamówienie na 9 rozłącznych części, tzw. „zakresy obszarowe dla wszystkich 9 (dziewięciu) części zamówienia (...)" Ponadto, generalnie dopuścił w Sekcji II.1.8) ogłoszenia o zamówieniu podział na części z możliwością składania oferty w odniesieniu do jednej lub więcej części. Powyższe zapisy stanowią wypełnienie wymogu wynikającego z art. 48 ust.2 pkt 3) Pzp, zgodnie z którym ogłoszenie o zamówieniu, w trybie przetargu ograniczonego, zawiera co najmniej: „określenie przedmiotu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych". Zapis ograniczający możliwość składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu na nie więcej niż 3 części mimo, iż nie musiał być zawarty w ogłoszeniu o zamówieniu w trybie przetargu ograniczonego jest dopuszczalny z uwagi na fakt, iż zawartość ogłoszenia o zamówieniu wynikająca z art. 48 ust.2 Pzp nie ma charakteru zamkniętego.

W piśmie z dnia 23.06.2008 r. - odpowiedź na pytanie (zamieszczonej na jego stronie internetowej): Pytanie nr 1 - „Czy członek konsorcjum będący firmą fotolotniczą może występować w dwóch lub więcej konsorcjach ?", Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż: „Tak, członek konsorcjum będący firmą fotolotniczą może występować w dwóch lub więcej konsorcjach z zastrzeżeniem, że konsorcja, których będzie członkiem nie będą ubiegały się o tę samą część zamówienia". Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu upłynął, zgodnie ze wskazaniem w ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja IV.3.4), w dniu 24.06.2008 r. o godz.11:00.

Ponadto, zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, w odniesieniu do istniejącego stanu faktycznego, wynikającym z rozstrzygnięcia protestu, nastąpiła: „dopiero ocena spełniania warunków ubiegania się o zamówienie i dopiero po tym etapie (Zamawiający – dopisek autora) zaprosi Wykonawców spełniających warunki ubiegania się o zamówienie do złożenia ofert”.

W tym miejscu Izba podkreśla, iż podziela pogląd wyrażony przez Zespół Arbitrów, iż: „Do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu składanych w przetargu ograniczonym nie mają zastosowania przepisy dotyczące ofert (...)" (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 14.11.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2756/06). Jednakże, przetarg ograniczony jest procedurą dwuetapową, każdy z etapów jest ściśle ze sobą powiązany, tzn. II etap - zaproszenie do składania ofert, a w konsekwencji składanie ofert jest rezultatem pozytywnego zakończenia I etapu, tj. uznania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu za spełniający warunki udziału w postępowaniu. Z tych względów, Izba zgadza się z Odwołującym, iż: „w trybie przetargu ograniczonego ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest dokonywana ostatecznie na etapie dopuszczenia do

przetargu, a zatem zakwalifikowanie Wykonawcy do dalszego postępowania stanowi również zaproszenie do złożenia przez niego oferty”.

Izba, w odniesieniu do art. 23 ust. 3 Pzp, zauważa, że zgodnie z nim, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust.1, czyli do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjów).

Zamawiający, określając w ogłoszeniu maksymalną liczbę części, na które można złożyć wniosek, nie tylko działał zgodnie z przywołanym art. 48 ust.2 Pzp, ale również, biorąc pod uwagę nierozłączny charakter obu etapów przetargu ograniczonego, uczynił zadość treści art. 82 ust.1 Pzp oraz 83 ust. 2 i 3 Pzp. Zgodnie z piśmiennictwem przyjmuje się, iż złożenie większej liczby ofert przez tego samego wykonawcę będzie skutkowało koniecznością odrzucenia wszystkich z nich, jako niezgodnych z ustawą (...). Dotyczy to również sytuacji, kiedy wykonawca składa jedną ofertę samodzielnie, drugą – wspólnie z innymi wykonawcami (G. Wicik, P. Wiśniewski: *„Komentarz. Prawo Zamówień Publicznych. Suplement aktualizacyjny”*, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2007, str.175).

Skład orzekający Izby stwierdza, iż z treści art. 23 ust.3 Pzp wynika, że ma on zastosowanie także do etapu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu. Powyższe tym bardziej jest zasadne, iż Zamawiający, ustalając w ogłoszeniu o zamówieniu maksymalną liczbę części, na które można złożyć wnioski, wymusił na potencjalnych Wykonawcach konieczność podporządkowania się niniejszemu zapisowi.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, iż wymóg postanowiony w ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja II.1.5) powoduje, iż jeden Wykonawca nie może złożyć wniosku na więcej niż 3 części, niezależnie od tego, czy jest członkiem konsorcjum składającym wniosek np.: w ramach 2 konsorcjów, jak w przedmiotowym stanie faktycznym, czy występowałby samodzielnie, tzn. iż zakaz powyższy dotyczy każdego członka konsorcjum, jak i samego konsorcjum. Powyższe stanowisko Izby potwierdza także fakt, iż wpłynęło 15 wniosków w przedmiotowym postępowaniu, a tylko 4 (cztery) konsorcja zrozumiały zapis ogłoszenia i odpowiedź na pytanie w sposób odmienny. Z tych względów Izba nie uznaje odpowiedzi na pytanie z dnia 23.06.2008 r. za modyfikację ogłoszenia, która byłaby niedopuszczalna w świetle obowiązujących przepisów prawnych, ale jako wyjaśnienie, które nie wpłynęło na stan faktyczny i prawny w przedmiotowym postępowaniu, gdyż Zamawiający potwierdził tylko, że wykonawca może występować w różnych konsorcjach, pod warunkiem, iż te konsorcja nie będą składały wniosku na te same części zamówienia. Takie wyjaśnienie, jeżeli nie zmienia treści ogłoszenia, jest zgodne z art. 7 ust.1 Pzp oraz art. 8 ust.1 Pzp i jako takie Izba uznaje za dopuszczalne.

W przypadku ogłoszeń publikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej możliwość prostowania ogłoszenia o zamówienia zgodnie z przepisami Pzp istnieje tylko

w przypadku błędów polegających na niezgodności ogłoszenia opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z treścią ogłoszenia przekazanego przez Zamawiającego. Sprostowania dokonuje się za pomocą zamieszczonego na portalu SIMAP standardowego formularza: „*Ogłoszenie dodatkowych informacji, informacje o niekompletnej procedurze lub sprostowanie*”.

Izba podkreśla, iż gdyby zmiany ogłoszenia potwierdziła się, co w tym stanie faktycznym bezsprzecznie nie miało miejsca, wobec upływu terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu w dniu 24.06.2008 r. oraz braku podstaw prawnych do przedłużenia terminu składania wniosków, skutkowałoby to koniecznością unieważnienia postępowania.

Powyższą argumentację potwierdza stanowisko Zamawiającego przedstawione na rozprawie, który de facto przyznał zasadność zarzutów Odwołującego, jednakże stwierdził, iż istniejące podstawy prawne nie dają mu możliwości wyegzekwowania wymogu zawartego w Sekcji II.1.5) ogłoszenia o zamówieniu na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu. W rezultacie taka możliwość pojawi się dopiero na etapie oceny złożonych ofert, kiedy nie będzie przeszkód do odrzucenia ofert złożonych na więcej niż maksymalnie 3 części, przy czym Zamawiający przyznał na rozprawie, iż z uwagi na powyższy stan prawny zamierza zaprosić do składania ofert wszystkich Wykonawców, których wnioski zostały ocenione jako spełniające warunki udziału w postępowaniu.

Izba, w świetle wyjaśnień przedstawionych na rozprawie przez Zamawiającego, stwierdziła, iż nie wykluczenie konsorcjów, które złamały zakaz zawarty w ogłoszeniu o zamówieniu, czym naruszyły art. 23 ust. 3 Pzp nastąpiło w związku z art. 24 ust.2 pkt 2 Pzp. Wskazanie art. 24 ust.2 pkt 2 Pzp, wbrew stanowisku na rozprawie Zamawiającego, nie stanowi rozszerzenia zarzutów, gdyż Odwołujący już w proteście zarzucał zaniechanie wykluczenia konsorcjów, które złamały zakaz wynikający z ogłoszenia. Zaś, wykluczenie Wykonawcy Zamawiający może dokonać w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek skutkujących wykluczeniem z postępowania określonych w art. 24 Pzp.

Każdy z wykonawców składających wniosek o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu, w jego pkt 2 złożył oświadczenie następującej treści: „*Oświadczam, że zapoznaliśmy się z ogłoszeniem o zamówieniu i uznajemy się za związanych określonymi w nim postanowieniami*”. Zgodnie z art. 24 ust.2 pkt. 2 Pzp: „*Z postępowania o udzielnie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania*”. Izba stoi na stanowisko, iż bezsprzecznie każdy Wykonawca składający wskazane powyżej oświadczenie, który złożył wnioski na więcej niż maksymalnie 3 części zamówienia, złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Wskazany wpływ polegał na tym, iż poprzez swoje działanie, tzn. będąc członkiem konsorcjum był jednocześnie członkiem drugiego,

w rezultacie miałyby on dwa razy więcej szans na złożenie oferty w postępowaniu. Powyższe, stawia takiego Wykonawcę w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do pozostałych Wykonawców, którzy dopełnili wymogu wynikającego z Sekcji II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała zasadność naruszenia art. 23 ust.3 Pzp w kontekście zapisu z Sekcji II.1.5) ogłoszenia o zamówieniu w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Odnosnie naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, skład orzekający Izby uznał w/w zarzut za zasadny. W tym kontekście wskazane wcześniej naruszenie skutkuje także naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców. Przedstawione powyżej uprzywilejowanie w sposób bezsprzeczny narusza wskazane zasady. Izba podkreśla także, iż nie można ustalać restrykcyjny zapis w ogłoszeniu, a następnie uznać go za pozbawiony sankcji, gdyż narusza to art. 7 ust.1 Pzp, W takim bowiem wypadku wszyscy wykonawcy mogliby złożyć wnioski na wszystkie części, a dopiero później, na etapie składania ofert, wybrać sobie części, na które złożyliby trzy oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała zasadność naruszenia art. 7 ust.1 Pzp w kontekście wcześniejszego naruszenia.

Jednocześnie, wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 23 ust.3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, uwzględniając odwołanie. Izba wskazuje, iż powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu należy przeprowadzić z uwzględnieniem argumentacji zawartej w uzasadnieniu wyroku, tj. wykluczyć Wykonawców, którzy złamali zakaz wynikający z Sekcji II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3600 zł., tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*