

Sygn. akt KIO/UZP 735/09

KIO/UZP 738/09

WYROK

z dnia 30 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

**Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2009 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

- A. Konsorcjum firm: GEOMAR S.A., ul. Monte Cassino 18a, 70-467 Szczecin (lider konsorcjum); Diamond Airborne Sensing GmbH, Ferdinand Graf von Zeppelin Strasse 1, 2700 Weiner Neustadt, Austria; GISPRO Sp. z o.o., ul. Witolda Gombrowicza 17A, 70-785 Szczecin; Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne GEOMAP Sp. z o.o., ul. Krośnieńska 3, 65-625 Zielona Góra; Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne Sp. z o.o., ul. Zamojskiego 2a, 85-063 Bydgoszcz;**
- B. Konsorcjum firm: Fin Skog S.A. (lider konsorcjum), ul. Chmielna 85/87, 00-805 Warszawa, adres do korespondencji: Fin Skog S.A., ul. Bolesława Krzywoustego 12, 81-035 Gdynia; ComArch S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków; ASTEC GmbH, An der Post 2, D-02906 Kreba-Neudorf;**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa** protestów z dnia 15 i 14 maja 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum firm: MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów (lider konsorcjum); MGGP Aero Sp. z o.o., ul. Słowackiego 33-37, 33-100 Tarnów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 735/09, po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum firm: KPG Sp. z o.o., ul. Rymarska 3, 31-527 Kraków (lider konsorcjum); Hansa Luftbild Sensorik und Photogrammetrie GmbH, Elbestrasse 5, 48145 Munster, Niemcy; Polkart Sp. z o.o., ul. Obrzeźna 5, 02-691 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 738/09, po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołania

2. kosztami postępowania obciąża:

A. Konsorcjum firm: GEOMAR S.A., ul. Monte Cassino 18a, 70-467 Szczecin (lider konsorcjum); Diamond Airborne Sensing GmbH, Ferdinand Graf von Zeppelin Strasse 1, 2700 Weiner Neustadt, Austria; GISPRO Sp. z o.o., ul. Witolda Gombrowicza 17A, 70-785 Szczecin; Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne GEOMAP Sp. z o.o., ul. Krośnieńska 3, 65-625 Zielona Góra; Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne Sp. z o.o., ul. Zamojskiego 2a, 85-063 Bydgoszcz;

B. Konsorcjum firm: Fin Skog S.A. (lider konsorcjum), ul. Chmielna 85/87, 00-805 Warszawa; ComArch S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków; ASTEC GmbH, An der Post 2, D-02906 Kreba-Neudorf;

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 wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

- A** koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: GEOMAR S.A., ul. Monte Cassino 18a, 70-467 Szczecin (lider konsorcjum); Diamond Airborne Sensing GmbH, Ferdinand Graf von Zeppelin Strase 1, 2700 Weiner Neustadt, Austria; GISPRO Sp. z o.o., ul. Witolda Gombrowicza 17A, 70-785 Szczecin; Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne GEOMAP Sp. z o.o., ul. Krośnieńska 3,65-625 Zielona Góra; Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne Sp. z o.o., ul. Zamojskiego 2a, 85-063 Bydgoszcz;**
- B** koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Fin Skog S.A. (lider konsorcjum), ul. Chmielna 85/87, 00-805 Warszawa; ComArch S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków; ASTEC GmbH, An der Post 2, D-02906 Kreba-Neudorf;**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **25 426 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty **12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum firm: GEOMAR S.A., ul. Monte Cassino 18a, 70-467 Szczecin (lider konsorcjum); Diamond Airborne Sensing GmbH, Ferdinand Graf von Zeppelin Strase 1, 2700 Weiner Neustadt, Austria; GISPRO Sp. z o.o., ul. Witolda Gombrowicza 17A, 70-785 Szczecin; Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne GEOMAP Sp. z o.o., ul. Krośnieńska 3,65-625 Zielona Góra; Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne Sp. z o.o., ul. Zamojskiego 2a, 85-063 Bydgoszcz;**
- B** kwoty **12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum firm: Fin Skog S.A. (lider konsorcjum), ul. Chmielna 85/87, 00-805 Warszawa; ComArch S.A., Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków; ASTEC GmbH, An der Post 2, D-02906 Kreba-Neudorf.**

Uzasadnienie

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Modernizację i aktualizację baz danych Systemu (LPIS) w tym opracowanie ortofotomapy oraz postaci wektorowej danych graficznych z integracją z częścią opisową dla obszaru 86 000 km²”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało Opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 4 lutego 2009 r., nr 2009/S 23-033432.

Przedmiotowe zamówienie podzielono na 5 części, wskazując jednocześnie, iż wykonawca może złożyć ofertę na nie więcej niż trzy dowolnie wybrane części.

sygn. akt KIO/UZP 735/09

Wykonawca Konsorcjum firm: GEOMAR S.A. z siedzibą w Szczecinie (pełnomocnik konsorcjum), Diamond Airborne Sensing GmbH z siedzibą w Austrii, GISPRO Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne GEOMAP Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, zwany dalej „Odwołującym” złożył oferty na części I, III i V przedmiotowego zamówienia.

Pismem z dnia 15 maja 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) wykonawca Konsorcjum firm: MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie (pełnomocnik Konsorcjum) i MGGP Aero Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie złożył protest m.in. na zaniechanie wykluczenia Odwołującego z części III zamówienia, podnosząc, iż Odwołujący nie spełnia warunków określonych w rozdziale VI pkt 8 SIWZ, gdyż certyfikat AWC jaki posiada Diamond Airborne Sensing GmbH z siedzibą w Weiner Neustadt, a w szczególności przedstawiona specyfikacja operacyjna, dotyczy samolotu Diamond DA 42 M o znakach OE-FMR (zgodnie ze świadectwem Austro Control), który nie jest dostosowany do montażu kamery fotogrametrycznej. Powyższe potwierdził producent przedmiotowego samolotu, jak i Austriacki Nadzór Lotniczy.

Nadto dodał, iż Zamawiający w piśmie z dnia 23 marca 2009 r. wyjaśnił, iż „certyfikat operatora lotniczego (AWC) winien dotyczyć samolotu zdolnego i przystosowanego do wykonywania lotów fotogrametrycznych umożliwiających zainstalowanie wielkoformatowej

kamery lotniczej”. Skoro więc certyfikat dotyczy samolotu, który nie jest zdolny do wykonania przedmiotowego zamówienia, uznać należy, iż Odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 18 maja 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie).

Pismem z dnia 20 maja 2009 r. Odwołujący przystąpił do protestu (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie), przekazując jednocześnie kopię pisma protestującemu.

Pismem z dnia 22 maja 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest, przez jego uwzględnienie w części dotyczącej niespełnienia przez Odwołującego warunku określonego w rozdziale VI, pkt 8 SIWZ. W pozostałym zakresie protest oddalił jako bezzasadny. Jednocześnie Zamawiający podniósł, iż w odpowiedzi na pytanie jednego z uczestników postępowania wskazał, że certyfikat operatora lotniczego (AWC) winien dotyczyć samolotu zdolnego i przystosowanego do wykonywania lotów fotogrametrycznych umożliwiającym zainstalowanie wielkoformatowej kamery lotniczej, a wskazany w ofercie Odwołującego samolot Diamond DA 42 M o numerach OE-FMR nie jest przystosowany do wykonywania wielkoformatowych, fotogrametrycznych zdjęć lotniczych.

Pismem z dnia 29 maja 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w 29 maja 2009 r., wpływ do Prezesa UZP w dniu 4 czerwca 2009 r.; przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 29 maja 2009 r.), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez błędne uznanie, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
2. art. 38 ust. 4a pkt 2 w związku z art. 12a ust. 1 – 3, art. 22 ust. 1 pkt 3, art. 36 ust. 1 pkt 5 i art. 41 pkt 7 ustawy Pzp, poprzez uznanie za wiążące warunków udziału w postępowaniu nie zmodyfikowanych zgodnie z zasadami zmian treści ogłoszenia o postępowaniu,
3. innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. uznanie, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu,

2. przeprowadzenie dowodu z umowy OW/075/17/08 P-II-370/ZZP-3/5/08 z dnia 11 sierpnia 2008 r. zawartej z Urzędem Morskim w Szczecinie oraz referencji z dnia 2 lutego 2009 r. wystawionych z upoważnienia Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie na okoliczność zdolności Odwołującego do wykonania zamówienia przy użyciu zestawu z zastosowaniem skanerów lotniczych oraz średnioformatowej kamery cyfrowej,

ewentualnie:

3. nakazanie unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, iż Zamawiający zamieścił w SIWZ postanowienie, iż wykonawca musi dysponować jednym samolotem przeznaczonym do wykonywania zdjęć fotogrametrycznych (s. 4/29 SIWZ), a na jego potwierdzenie należało złożyć – zgodnie z rozdziałem XI SIWZ – wykaz narzędzi i urządzeń, jakimi dysponuje wykonawca.

Nadto dodał, iż treść wyjaśnień do SIWZ udzielonych przez Zamawiającego pismem z dnia 23 marca 2009 r. nie została przez Zamawiającego skutecznie wprowadzona do treści SIWZ. Dlatego też nie może być dla uczestników postępowania wiążąca. Treść wyjaśnień można potraktować jako oczekiwanie Zamawiającego, mające jedynie walor informacyjny.

Odwołujący może wykonać nie tylko zdjęcia lotnicze, ale jednocześnie skaning lotniczy umożliwiający automatyczne opracowanie numerycznego modelu terenu niezbędnego do automatyzacji wykonania i podniesienia jakości ortofotomapy innym zestawem, który to zestaw został przetestowany w trakcie realizacji zamówień na zlecenie Urzędów Morskich. Podkreślił także, iż Zamawiający – z racji wymaganych parametrów ortofotomapy - nie żądał jej wykonania z zastosowaniem lotniczej kamery wielkoformatowej. Natomiast udzieloną odpowiedź należy traktować jako wskazówkę co do dopuszczalności innego sposobu wykonania zamówienia, a nie wiążącą wykonawców zmianą SIWZ, jednocześnie podkreślając, iż wykonanie zamówienia jest technicznie możliwe przy użyciu innej metody, przyjętej przez Zamawiającego w SIWZ.

Powyższe oznacza, iż Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu.

W dniu 18 czerwca 2009 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca MGGP przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

sygn. akt KIO/UZP 738/09

Wykonawca Konsorcjum firm: Fin Skog S.A. z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum), ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie i ASTEC GmbH z siedzibą w Kreba-Neudorf, zwany dalej „Odwołującym” złożył oferty na części I i V.

Zamawiający w dniu 5 maja 2009 r. (pismem z tej samej daty) poinformował Odwołującego wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ze względu na to, iż z załączonego Certyfikatu Operatora Lotniczego nie wynika, aby to wykonawca miał uprawnienia, o których mowa w rozdziale VI, pkt 4 SIWZ oraz rozdziale IX, pkt 1 lit. j) SIWZ.

Jednocześnie poinformował go o wyborze jako najkorzystniejszych ofert:

- w części I – konsorcjum firm: Tukaj Mapping Central Europe Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Land Studio Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, BSF Luftbild GmbH z siedzibą w Niemczech, zwanego dalej „Tukaj”;
- w części V – konsorcjum firm KPG Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (lider konsorcjum), Hansa Luftbild Sensorik und Photogrammetrie GmbH z siedzibą w Munster, Niemcy; Polkart Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „KPG”.

Pismem z dnia 14 maja 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest na czynności polegające na:

1. wykluczeniu Odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu w części I i V na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z niespełnieniem warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp,
2. wyborze w części V przedmiotowego postępowania oferty wykonawcy Tukaj jako oferty najkorzystniejszej,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 oraz art. 7 ustawy Pzp

Jednocześnie Odwołujący wniósł o powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert z udziałem oferty Odwołującego i dopuszczenie jej do dalszego udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., iż Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia go z postępowania wskazał na brak dokumentu żądanego przez Zamawiającego w SIWZ (rozdział VI, pkt 4 oraz rozdział IX, pkt 1 lit. j), tj. Certyfikatu Operatora Lotniczego (AWC) wraz ze specyfikacją, wydanego przez Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego upoważniającym do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie barwnych zdjęć lotniczych w skali 1:26000 lub równoważnego dokumentu wystawionego w kraju pochodzenia potwierdzonego przez Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego, jeżeli wykonawca ma siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Odwołujący podniósł, iż złożone przez niego dokumenty dotyczące Air Tempelhof Fluggesellschaft mbH & Co, zwanego dalej „Air Tempelhof” zostały dołączone do oferty jedynie w celu wykazania dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym

niezbędnym do wykonania zamówienia. Dokumentem potwierdzającym uprawnienie wykonawcy ASTEC GmbH do wykonywania prac lotniczych w zakresie wykonywania lotów fotogrametrycznych jest decyzja Prezesa Urzędu lotnictwa nr 9/09 z dnia 27 marca 2009 r. wydana na podstawie dokumentu nr B11-30201.1/2008BSF, wydanego przez Luftfahrt-Bundesamt (s. 56 oferty), stwierdzającego, że wykonywanie usług fotolotniczych w kraju pochodzenia podmiotu – ASTEC GmbH – (Niemcy) nie wymaga żadnego zezwolenia.

W związku z tym dokumentem równoważnym jest oświadczenie, w którym członek konsorcjum firma ASTEC GmbH potwierdza, iż prowadzi prace fotolotnicze na terenie całej Europy pod nadzorem i kontrolą Niemieckiego Federalnego Urzędu Lotnictwa Cywilnego (s. 67 oferty).

Nadto dodał, iż działalność polegająca na wykonywaniu prac lotniczych, w tym w zakresie wykonywania lotów fotogrametrycznych, nie podlega procedurze certyfikacyjnej przewidzianej dla uzyskania Certyfikatu przewoźnika lotniczego (AOC).

Pismem z dnia 18 maja 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo wykonawca KPG otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 20 maja 2009 r. wykonawca KPG przystąpił do protestu, przekazując jednocześnie kopię pisma protestującemu.

Pismem z dnia 22 maja 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest, jako bezzasadny, podnosząc iż wykonawca nie załączył do oferty dla firmy ASTEC GmbH certyfikatu operatora lotniczego ani równoważnego dokumentu wydanego przez organ obcego państwa lub właściwą wyspecjalizowaną instytucję, co także potwierdza opinia biegłego powołanego w ww. postępowaniu w celu ustalenia, czy załączone przez Wykonawców Certyfikaty Operatora Lotniczego są wystarczające dla potrzeb przedmiotowego postępowania.

Nadto dodał, iż wezwał Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia m.in. certyfikatu operatora lotniczego. Dokumenty przedłożone przez Odwołującego, w wyniku uzupełnienia, nie zawierały dokumentu dla firmy ASTEC GmbH, a wskazywały jedynie, iż firma Air Tempelhof jest podwykonawcą firmy ASTEC GmbH i oba podmioty łączy umowa na wykonanie określonych usług przez Air Tempelhof na rzecz firmy ASTEC GmbH. Podkreślił także, iż warunki udziału w postępowaniu powinni spełnić wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, a nie podwykonawcy.

Z dokumentów przedłożonych przez Odwołującego wynika także, iż firma ASTEC GmbH nie posiada samolotu umożliwiającego wykonywanie zdjęć lotniczych.

Pismem z dnia 1 czerwca 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w dniu 1 czerwca 2009 r., wpływ do Prezesa UZP w dniu 4 czerwca 2009 r.; przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 1 czerwca 2009 r.), podtrzymując zarzuty i argumenty zawarte w proteście oraz, wnosząc o:

1. nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
2. nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy KPG jako oferty najkorzystniejszej w części V,
3. nakazanie dokonania ponownej oceny ofert w części I i V,
4. nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w części V.

W dniu 15 czerwca 2009 r. (pismem z dnia 10 czerwca 2009 r.) wykonawca KPG przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba rozpoznała łącznie obydwie odwołania w związku z treścią zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2009 r., wydanego w tym przedmiocie.

Skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do odrzucenia żadnego z rozpoznawanych odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 187 ust. 4 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania.

sygn. akt KIO/UZP 735/09

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale VI SIWZ „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”, pkt 8 zamieścił postanowienie, iż o zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy „dysponują lub będą dysponować niezbędnymi narzędziami i urządzeniami (potencjał techniczny) umożliwiającymi wykonanie zamówienia. (...) a w szczególności, co najmniej:

- A. 1 (jeden) samolot przeznaczony do wykonywania zdjęć fotogrametrycznych
- B. 1 (jedna) kamera fotolotnicza cyfrowa lub analogowa z funkcją FMC oraz aktualnym certyfikatem kalibracji (...).”

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku wykonawcy zobowiązani byli złożyć „wykaz narzędzi i urządzeń, jakimi dysponuje wykonawca (...) (wg Załącznika nr 5)”.

Nadto pismem z dnia 23 marca 2009 r. Zamawiający, udzielając wyjaśnień na zapytania wykonawców poinformował wykonawców, iż „certyfikat operatora lotniczego (AWC) winien dotyczyć samolotu zdolnego i przystosowanego do wykonywania lotów fotogrametrycznych umożliwiających zainstalowanie wielkoformatowej kamery lotniczej” (odpowiedź na pytanie 4).

Odwołujący, w załączeniu do złożonej oferty, przedłożył certyfikat AWC wystawiony dla Diamond Airborne Sensing GmbH (członka Odwołującego konsorcjum) wraz ze specyfikacją, z treści której wynika, iż dotyczy ona samolotu Diamond DA 42 M o znakach OE-FMR.

Protestujący konsorcjum MGGP podniósł, iż wskazany przez Odwołującego samolot nie jest dostosowany do montażu kamery fotogrametrycznej, a więc wykonywania wielkoformatowych, fotogrametrycznych zdjęć lotniczych i tym samym Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt 8 SIWZ.

Izba stwierdziła, iż Zamawiający zarówno w treści SIWZ, jak i następnie udzielonych wyjaśnieniach w sposób jednoznaczny i niebudzący żadnych wątpliwości wskazał, że przedmiot zamówienia ma być wykonany za pomocą kamery wielkoformatowej, a przedłożony certyfikat operatora lotniczego ma dotyczyć samolotu przystosowanego do wykonywania lotów fotogrametrycznych, do którego możliwym jest zainstalowanie takiej właśnie kamery.

Powyższe, jak słusznie podkreślił Przystępujący MGGP, można było wywieść z SIWZ, w tym m.in. z opisu przedmiotu zamówienia, załącznika nr 7 do SIWZ „Warunki techniczne zamówienia”, w tym pkt 3.9 („funkcję kompensacji rozmazania obrazu”), 3.14 („wyznaczanie współrzędnych środków rzutów w locie”) i innych (możliwość rejestracji obrazu w czterech kanałach spektralnych, w szczególności w podczerwieni) oraz wytycznych technicznych, gdyż wynikające z nich warunki wskazują, iż kamera cyfrowa powinna być kamerą wielkoformatową. W taki też sposób warunek ten zrozumieli inni wykonawcy. Skoro więc wykonawcy, zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w ww.

dokumentach, mieli zrealizować przedmiot zamówienia za pomocą kamery wielkoformatowej zaproponowanie wykonania przedmiotu zamówienia inną kamerą niż kamera wielkoformatowa, nawet jeśli – jak podkreślił Odwołujący na rozprawie - są nią wykonywane zdjęcia o lepszej rozdzielczości, jak również zdjęcia wykonywane na pograniczu zdjęć lotniczych i satelitarnych nie odpowiada wymogom postawionym przez Zamawiającego. Zamawiający oczekiwał bowiem od wykonawców wykonania zdjęć kamerą wielkoformatową, a nie kamerą średnioformatową przy pomocy skanerów lotniczych. Tymczasem Odwołujący, czemu nie zaprzeczył na rozprawie, w złożonej ofercie zaproponował realizację przedmiotu zamówienia kamerą średnioformatową z zastosowaniem skaningu lotniczego, do realizacji którego użyje samolotu Diamond DA 42 M o numerach OE-FMR. Samolot ten, jak podniósł Zamawiający i Przystępujący, nie jest przystosowany do wykonywania wielkoformatowych, fotogrametrycznych zdjęć lotniczych, gdyż nie ma dokonanych modyfikacji potwierdzonych wymaganiem certyfikatem. Tak więc nawet jeżeli by hipotetycznie przyjąć, iż Odwołujący zdecydował by o realizacji przedmiotu zamówienia za pomocą kamery wielkoformatowej, to i tak nie byłoby to możliwe, gdyż jak podkreślił Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu maksymalna ładowność kapsuły montowanej na nosie tego typu samolotu wynosi 31 kg, podczas, gdy instalacja jakiegokolwiek kamery cyfrowej (kamera właściwa wraz z podwieszeniem) waha się od 90 kg do 130 kg, co przekracza ładowność kapsuły na nosie samolotu Diamond DA 42 M o numerach OE-FMR. Odwołujący podkreślił bowiem na rozprawie, iż zaoferowany przez niego samolot może podwieszać kamery o wadze do 80 kg.

Jednocześnie należy podkreślić, iż udzielone wyjaśnienia – jak wielokrotnie Odwołujący podkreślał – potraktował jako instrukcję oraz informację dopuszczającą inną metodę wykonania zamówienia niż za pomocą wielkoformatowej kamery cyfrowej, dodając iż wyjaśnienia udzielone pismem z dnia 23 marca 2009 r. uznał jako dopuszczenie innego sposobu wykonania zamówienia, a nie wiążącą zmianę SIWZ. Dlatego też zaproponowany przez niego samolot Diamond DA 42 M spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Niemniej jednak stwierdzić należy, iż Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za pomocą kamery średnioformatowej, a więc inną metodą niż wymagana w SIWZ oraz przy użyciu samolotu, który nie jest przystosowany do wykonania wielkoformatowych, fotogrametrycznych zdjęć lotniczych, tym samym nie spełnił on warunku udziału w postępowaniu określonym w rozdziale VI, pkt 8 SIWZ.

Izba uznała, iż zarzut podniesiony przez Odwołującego w odwołaniu, a dotyczący wyjaśnień udzielonych na pytanie 4, które – zdaniem Odwołującego – stanowią w istocie nieuprawnioną modyfikację SIWZ, która zgodnie z art. 38 ust. 4a ustawy Pzp, jako dotycząca zmiany warunku udziału w postępowaniu powinna być dokonana poprzez zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu, został zgłoszony po terminie i jako taki nie może być przez Izbę

rozpatrywany. Protest wnosi się bowiem w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, a więc powzięciu wiedzy o treści udzielonych wyjaśnień. Odwołujący czynności tej jednak nie oprostował.

sygn. akt KIO/UZP 738/09

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale VI SIWZ „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” zamieścił postanowienie, iż o zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy „posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, zgodnie z ustawą z dnia 3 lipca 2002 r. Prawo lotnicze (t.j. : Dz. U. z 2005 r., Nr 240, poz. 2027 z późn. zm.) oraz aktów wykonawczych, w zakresie objętym niniejszym zamówieniem”, na potwierdzenie których – zgodnie z rozdziałem IX SIWZ „Informacje o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy” lit. j) wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć „certyfikat operatora lotniczego (AWC) wraz ze specyfikacją, wydany przez Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego upoważniający do wykonania przedmiotu zamówienia, między innymi do wykonania barwnych zdjęć lotniczych w skali 1:26 000”. Natomiast wykonawcy mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zamiast dokumentów, o których mowa w pkt 1 lit. j) zobowiązani byli załączyć „równoważny dokument wystawiony w kraju pochodzenia, potwierdzony przez Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego”.

Odwołujący, w załączeniu do złożonej oferty, przedłożył decyzję nr 9/09 z dnia 27 marca 2009 r. wydaną przez Urząd Lotnictwa Cywilnego, którą uznano „zaświadczenie uprawniające do wykonywania prac lotniczych nr B11-30201.1/2008BSF wydane przez *Luffahrt – Bundensamt (...)* dla *Astec GmbH (...)* ważny do 30 września 2009 r. uprawniające do wykonywania prac lotniczych w zakresie wykonywania prac lotniczych w zakresie wykonywania lotów fotogrametrycznych”, jednocześnie wskazując, iż przedmiotowa „decyzja jest ważna do dnia 30 września 2009 r. w połączeniu z zezwoleniem lub innym równoważnym dokumentem”. Do przedmiotowej decyzji Odwołujący dodał dokumenty dotyczące firmy Air Tempelhof (pismo wystawione przez *Luffahrt – Bundesamt*, informujące, iż usługi lotnicze mogą być wykonywane przez Air Tempelhof – zgodnie z rozporządzeniem Rady nr 240/92, bez żadnego zezwolenia; Certyfikat Operatora Lotniczego Nr D –361 AOC oraz specyfikacje działalności – załącznik 1, 2, 3, 4-7 i 5).

Zamawiający pismem z dnia 15 kwietnia 2009 r. wezwał Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów, w tym „Certyfikatu operatora lotniczego (AWC) wraz ze specyfikacją (...)”, wskazując, iż wykonawca nie dołączył do oferty „Certyfikatu operatora lotniczego dla firmy ASTEC GmbH, a załączone do oferty uznanie certyfikatu (...) potwierdza uznanie zagranicznego certyfikatu jedynie dla firmy Air Tempelhof (str. 64 oferty)”, tj. uzupełnienia dokumentu dla firmy ASTEC GmbH.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący pismem z dnia 20 kwietnia 2009 r. wyjaśnił, iż decyzja załączona do złożonej oferty uznaje, iż ASTEC GmbH ma uprawnienia do wykonywania prac lotniczych w zakresie wykonywania lotów fotogrametrycznych. Nadto dodał, iż „załączony certyfikat jest wystawiony na firmę Air Tempelhof, z którą ASTEC GmbH ma podpisaną umowę na udostępnienie samolotu i pilota wraz z ważną licencją i innymi dokumentami odpowiadającymi wszystkim ustawowym regulacjom”.

Pismem z dnia 5 maja 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jednocześnie wskazując, iż - zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp - to wykonawcy mają spełnić warunki udziału w postępowaniu, a nie podwykonawcy.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Bezspornym jest, iż Odwołujący w załączeniu do złożonej oferty przedłożył decyzję nr 9/09 z dnia 27 marca 2009 r. wydaną przez Urząd Lotnictwa Cywilnego, uprawniającą ASTEC GmbH do wykonywania prac lotniczych w zakresie wykonywania lotów fotogrametrycznych oraz certyfikat wystawiony dla firmy Air Tempelhof. Przedmiotowy certyfikat, zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 20 kwietnia 2009 r. udzielonymi przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, miał wskazywać, iż firma Air Tempelhof podpisała z ASTEC GmbH umowę, w której zobowiązała się udostępnić tej ostatniej zarówno samolot, jak i pilota. Natomiast w piśmie z dnia 19 maja 2009 r., jak i na rozprawie, Odwołujący podniósł dodatkowo, iż załączenie do oferty dokumentów dotyczących firmy Air Tempelhof miało na celu wykazanie dysponowania przez Odwołującego odpowiednim potencjałem technicznym, a żądanie przedłożenia certyfikatu było wymogiem nadmiernym, gdyż do działalności będącej przedmiotem zamówienia w kraju pochodzenia wykonawcy, tj. w Niemczech, nie jest wymagany certyfikat. Dodatkowo wskazując, iż Zamawiający nie może żądać dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunku, którego nie postawił.

Izba uznała, iż kwestionowanie postanowień SIWZ, dotyczących zarówno postawionego w rozdziale VI pkt 4 SIWZ warunku, jak i dokumentów żądanych na jego potwierdzenie jest spóźnione.

Jednocześnie Izba stwierdziła, iż Zamawiający prawidłowo wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, gdyż w przedmiotowym wezwaniu – wbrew twierdzeniom

Odwołującego - w sposób jednoznaczny wskazał, jaki dokument i wystawiony dla jakiej firmy (ASTEC GmbH) powinien zostać złożony. Treść tego wezwania nie była przez Odwołującego wówczas kwestionowana. Złożył on wyjaśnienia, o treści cytowanej już wyżej, nie odnosząc się w ogóle do podnoszonej obecnie kwestii braku certyfikatu, w kraju pochodzenia wykonawcy, na tego rodzaju usługi, jak i złożenia przez Odwołującego wraz z ofertą potwierdzenia, iż firma ASTEC-Geodata prowadzi usługi fotolotnicze w całej Europie. Tym samym uznać należy, iż Odwołujący, mimo wskazania przez Zamawiającego na konieczność złożenia konkretnego dokumentu wystawionego na konkretną, wyspecyfikowaną w wezwaniu firmę (ASTEC GmbH,) dokonywał wyjaśnień dotyczących certyfikatu wystawionego dla firmy Air Tempelhof, a więc nie związanych z żądaniem Zamawiającego.

Podkreślenia wymaga i to, że powołany w sprawie biegły (przedstawiciel Urzędu Lotnictwa Cywilnego) stwierdził, iż istotnie certyfikat wystawiony dla firmy Air Tempelhof jest wystarczający dla potrzeb przetargu. Tym niemniej jednak wskazał, na konieczność ustalenia powiązań pomiędzy Odwołującym konsorcjum, a firmą Air Tempelhof. W tym miejscu należy podkreślić, iż – zgodnie z art. 22 ustawy Pzp – o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone przez Zamawiającego w granicach wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Tak więc zamówienie zostanie udzielone tylko temu podmiotowi, który zostanie zweryfikowany pod kątem możliwości należytego wykonania umowy. Bezspornym jest, iż firma Air Tempelhof nie jest członkiem konsorcjum Odwołującego, a jedynie – jak podnosi Odwołujący – ma udostępnić mu samolot i pilota. Tym samym dokument (certyfikat) wystawiony na firmę Air Tempelhof nie może potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego. Nawet jeżeli by uznać, iż firma Air Tempelhof w ograniczonym zakresie jest podwykonawcą, a Zamawiający dopuścił powierzenie wykonania zamówienia podwykonawcom, niemniej jednak – zgodnie z obowiązującymi przepisami – Zamawiający nie może żądać od podwykonawców przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie jakichkolwiek warunków udziału w postępowaniu, a jedynie wskazania zakresu prac, jakie wykonawca powierzy podwykonawcom. Tak więc certyfikat wystawiony dla firmy Air Tempelhof nie może potwierdzać spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Tym samym uznać należy, że Zamawiający prawidłowo uczynił, wzywając Odwołującego do przedłożenia certyfikatu dla firmy ASTEC GmbH.

Twierdzenia Odwołującego, jakoby nie wiedział przedłożenia jakiego dokumentu żądał od niego Zamawiający nie znajdują oparcia w dokumentacji postępowania. Jak już wyżej podkreślono Zamawiający wyraźnie wskazał przedłożenia jakiego dokumentu i dla jakiej firmy oczekuje. Żądane dokumenty nie zostały przedłożone wraz ze złożoną ofertą, jak również w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do ich uzupełnienia. Odwołujący

dopiero na rozprawie złożył kserokopie oświadczenia przedstawiciela ASTEC GmbH, iż świadczy usługi fotolotnicze na terenie całej Europy pod nadzorem i kontrolą Niemieckiego Federalnego Urzędu Lotnictwa Cywilnego, poświadczone przez organ właściwej gminy. Jednocześnie podkreślić należy, że Zamawiający wskazał w SIWZ (s. 7), że w przypadku, gdy w danym kraju nie wydaje się stosownego dokumentu do wykonywania określonych usług (certyfikatu bądź dokumentu równoważnego) zastępuje się go „dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego”. Niemniej jednak złożenie takiego dokumentu dopiero na rozprawie nie może konwalidować jego braku, zarówno w złożonej ofercie, jak i późniejszym jej uzupełnieniu.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentów przedłożonych przez Odwołujących: Konsorcjum GEOMAR i Konsorcjum FIN SKOG, uznając je za dokumenty prywatne.

Izba, działając na podstawie § 28 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 ze zm.) w związku z art. 187 ust. 1 ustawy, wydała w niniejszej sprawie orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, 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:

.....

.....