

Sygn. akt: KIO/UZP 1080/08

POSTANOWIENIE
z dnia 21 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Luiza Łamejko
Członkowie:	Jolanta Markowska
	Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant:	Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 21 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Geokart-International Sp. z o.o., Rzeszów, ul. Wita Stwosza 44, MGGP Aero Sp. z o.o., Tarnów, ul. Słowackiego 33-37, Aeroklub Ziemi Lubuskiej, Przylep, ul. Skokowa 18** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Warszawa, Al. Jana Pawła II 70** protestu z dnia 11 września 2008 r.

przy udziale:

- **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Geodezyjno – Informatyczne COMPASS S.A., Kraków, ul. Juliusza Lea 114, MEIXNER Vermessung ZT GmbH, Austria, Wiedeń, Linke Wienzeile 4 i ComArch S.A., Kraków, Al. Jana Pawła II 39A,**
- **Konsorcjum firm: KPG Sp. z o.o., Kraków, ul. Rymarska 3, Hansa Luftbild Consulting International GmbH, Niemcy, Münster, Elbestrasse 5 i Polkart Sp. z o.o., Warszawa, ul. Obrzeźna 3,**
- **Konsorcjum firm: Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno – Kartograficzne Sp. z o.o., Olsztyn, ul. 1-go Maja 13, IBEX-U.L. Sp. z o.o., Warszawa, ul. Żelazna 54 i SPRINT Sp. z o.o., Olsztyn, ul. Jagiellończyka 26,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz

- Konsorcjum firm **MGGP S.A., Tarnów, ul. Kaczkowskiego 6** i **MGGP Aero Sp. z o.o., Tarnów, ul. Słowackiego 33-37**

zgłaszające przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: Geokart-International Sp. z o.o., Rzeszów, ul. Wita Stwosza 44, MGGP Aero Sp. z o.o., Tarnów, ul. Słowackiego 33-37, Aeroklub Ziemi Lubuskiej, Przylep, ul. Skokowa 18 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 uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Geokart-International Sp. z o.o., Rzeszów, ul. Wita Stwosza 44, MGGP Aero Sp. z o.o., Tarnów, ul. Słowackiego 33-37, Aeroklub Ziemi Lubuskiej, Przylep, ul. Skokowa 18,**
- 2) 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 firm: Geokart-International Sp. z o.o., Rzeszów, ul. Wita Stwosza 44, MGGP Aero Sp. z o.o., Tarnów, ul. Słowackiego 33-37, Aeroklub Ziemi Lubuskiej, Przylep, ul. Skokowa 18.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa prowadzi w trybie przetargu ograniczonego 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 85 000 km². Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 czerwca 2008 r. pod numerem 2008/S-116-154835.

W dniu 5 września 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach powtórnej oceny ofert dokonanej zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 września 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 853/08). W wyniku ww. czynności Zamawiający wykluczył z postępowania o udzielenie zamówienia m.in. Konsorcjum firm Geokart-International Sp. z o.o., MGGP Aero Sp. z o.o. i Aeroklub Ziemi Lubuskiej zwane dalej Konsorcjum Geokart z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej ustawą Pzp w związku z naruszeniem art. 23 ust. 3 ustawy Pzp uzasadniając swoją decyzję w ten sposób, że ponieważ w skład Konsorcjum Geokart wchodzi firma MGGP Aero Sp. z o.o., która jest również członkiem Konsorcjum firm MGGP S.A. i MGGP Aero Sp. z o.o. zwanego dalej Konsorcjum MGGP, Konsorcjum Geokart, wbrew treści ogłoszenia, złożyło wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na więcej niż trzy części zamówienia. Powyższe świadczy, zdaniem Zamawiającego, o złożeniu przez Wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Wobec powyższego, w dniu 11 września 2008 r. Konsorcjum Geokart wniosło protest wobec naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez jego błędne zastosowanie i bezpodstawne przyjęcie, że Konsorcjum Geokart złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, a w wyniku tego wykluczenie Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia.

Zdaniem Protestującego, w przedmiotowej sprawie mogło dojść również do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania. Protestujący stwierdził, że na skutek wprowadzającej w błąd wykonawców odpowiedzi na pytanie w zakresie dopuszczalności udziału firmy fotolotniczej w dwóch lub więcej konsorcjach postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przez ww. działanie Zamawiający naruszył także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Protestujący podniósł, że nie sposób uznać za złożenie nieprawdziwych informacji złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zwłaszcza w przypadku,

gdy wnioski te zostały złożone na skutek zastosowania się do wyjaśnień treści ogłoszenia udzielonych przez Zamawiającego pismem z dnia 23 czerwca 2008 r. w zakresie możliwości udziału przedsiębiorstwa fotolotniczego w więcej niż dwóch konsorcjach.

Zdaniem Protestującego, podstawę do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu może stanowić złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji istotnych dla danego postępowania. Za informacje istotne Protestujący uznał wszystkie informacje mające wpływ na ocenę ofert i wybór oferty najkorzystniejszej dotyczące zarówno strony podmiotowej, jak i przedmiotowej zamówienia. Stwierdzenie złożenia nieprawdziwych informacji nie może pozostawiać wątpliwości co do tego, że złożone pisemne oświadczenia są nierzetelne, a załączone dokumenty są fałszywe lub stwierdzają nieprawdę. W świetle powyższego, w ocenie Protestującego, nie sposób zarzucić Konsorcjum Geokart złożenia nieprawdziwych informacji.

Protestujący podniósł ponadto, że wyjaśnienia udzielane wykonawcom w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i uczestników przetargu, stanowią również rodzaj zmiany, jeżeli nie ma konieczności odmiennego lub uzupełniającego zmodyfikowania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wobec dokonania przez Zamawiającego wykładni autentycznej treści ogłoszenia, do której to wykładni, działając w zaufaniu do organu wydatkującego środki publiczne, zastosował się Protestujący, nie może być on następnie z tego powodu karany przez wykluczenie z udziału w postępowaniu. Takie działanie stanowiłoby naruszenie art. 7 ustawy Pzp.

Konsorcjum Geokart wskazało ponadto, że w przypadku, gdyby Zamawiający doszedł do wniosku, że przez udzielenie w dniu 23 czerwca 2008 r. odpowiedzi na pytanie wykonawcy naruszył zasady postępowania, powinien, stosując art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jako obciążonego wadą nie pozwalającą na zawarcie ważnej umowy.

Protestujący wniósł o dokonanie powtórnej czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przy uwzględnieniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum Geokart oraz ewentualnie o unieważnienie postępowania.

Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu ww. protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu w dniu 15 września 2008 r.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienie zgłosili następujący wykonawcy:

- Konsorcjum MGGP,
- Konsorcjum firm: KPG Sp. z o.o., Hansa Luftbild Consulting International GmbH i Polkart Sp. z o.o.,
- Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Geodezyjno – Informatyczne COMPASS S.A., MEIXNER Vermessung ZT GmbH i ComArch S.A.
- Konsorcjum firm: Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno – Kartograficzne Sp. z o.o., IBEX-U.L. Sp. z o.o. i SPRINT Sp. z o.o.,
- Konsorcjum firm: Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno – Kartograficzne OPEGIEKA Sp. z o.o., NextiraOne Polska Sp. z o.o. i General Aviation Sp. z o.o.

w dniu 18 września 2008 r.,

- Konsorcjum firm: Eurosense Sp. z o.o., Aircom Sp. z o.o., Pryzmat Sp. z o.o. i Zenon Kulesza prowadzący działalność gospodarczą pod nazwa Zakład Usług Geodezyjnych i Kartograficznych PRYZMAT.
- Konsorcjum firm: Warszawskie Przedsiębiorstwo Geodezyjne S.A., GEODIS BRNO spol. s.r.o. i Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno – Kartograficzne

w dniu 19 września 2008 r.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 22 września 2008 r. przez jego odrzucenie stwierdzając, iż złożony protest jest niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust. 6 ustawy Pzp, bowiem został złożony na czynności Zamawiającego dokonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu tj. z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 września 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 853/08).

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodziło się Konsorcjum Geokart, które wniosło w dniu 25 września 2008 r. przez nadanie w placówce pocztowej do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 181 ust. 6 w zw. z art. 180 ust. 7, art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego o niedopuszczalności wniesionego protestu. Wskazał, iż protest z dnia 29 lipca 2008 r. dotyczył niewykluczenia z postępowania Konsorcjum firm Land Studio Sp. z o.o., Geopolis Sp. z o.o. i BSF Swissfoto GmbH Schonefeld oraz Konsorcjum firm Tukaj Mapping Central Europe Sp. z o.o., Instytut Geodezji i Kartografii, Land Studio Sp. z o.o. i BSF Swissfoto GmbH Schonefeld. Tylko w zakresie ww. czynności, zdaniem Odwołującego, rozstrzygała Krajowa Izba Odwoławcza. Wobec powyższego, Zamawiający uprawniony był do dokonania powtórnej oceny spełniania

warunków udziału w postępowaniu jedynie w odniesieniu do ww. wykonawców. Podkreślił, że czynność oceny Konsorcjum Geokart jako spełniającego warunki udziału w postępowaniu nie została oprotestowana, a uznanie protestu za niedopuszczalny pozbawiłoby Odwołującego prawa do obrony złożonego wniosku w dwóch instancjach.

W zakresie pozostałych zarzutów Odwołujący podtrzymał argumentacją przedstawioną w proteście.

Odwołujący wniósł o dokonanie powtórnej czynności oceny spełniania warunków z uwzględnieniem wniosku złożonego przez Odwołującego, ewentualnie o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Do postępowania odwoławczego przystąpili następujący wykonawcy:

- Konsorcjum firm: Warszawskie Przedsiębiorstwo Geodezyjne S.A., GEODIS BRNO spol. s.r.o. i Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno – Kartograficzne pismem z dnia 2 października 2008 r. po stronie Zamawiającego,
- Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Geodezyjno – Informatyczne COMPASS S.A., MEIXNER Vermessung ZT GmbH i ComArch S.A. pismem z dnia 2 października 2008 r. po stronie Zamawiającego,
- Konsorcjum firm: KPG Sp. z o.o., Hansa Luftbiuld Consulting International GmbH i Polkart Sp. z o.o. pismem z dnia 15 października 2008 r. po stronie Zamawiającego,
- Konsorcjum firm: Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno – Kartograficzne Sp. z o.o., IBEX-U.L. Sp. z o.o. i SPRINT Sp. z o.o. pismem z dnia 17 października 2008 r. po stronie Zamawiającego,
- Konsorcjum MGGP pismem z dnia 14 października 2008 r. po stronie Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, w związku ze złożonym przez Zamawiającego oraz przez Przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnioskiem o odrzucenie odwołania dokonała następujących ustaleń i zważyła, co następuje.

Podstawę wniesionego odwołania stanowi czynność Zamawiającego polegająca na dokonaniu powtórnej oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Czynności tej dokonał Zamawiający na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 września 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 853/08). W postępowaniu

odwoławczym zakończonym ww. wyrokiem Izby, skład orzekający Izby rozpoznawał zarzuty dotyczące złożenia przez firmę, będącą członkiem dwóch konsorcjów, wniosków na więcej niż trzy części zamówienia, co w ocenie ówczesnego Odwołującego, było niezgodne z treścią ogłoszenia o zamówieniu (sekcja II.1.5). Krajowa Izba Odwoławcza w sentencji wyroku orzekła *„Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu”* uzasadniając swoje stanowisko w ten sposób, że *„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 miałby 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 (...) W tym kontekście wskazane wcześniej naruszenie skutkuje także naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców.”* Izba wskazała ponadto, że *„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”*. Uczestnikiem ww. postępowania odwoławczego był zarówno Odwołujący Konsorcjum Geokart, jak i Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego – Konsorcjum MGGP.

Wobec powyższego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, w którym Izba nakazała ponowną ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w jej wyniku wykluczenie wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z naruszeniem postanowienia ogłoszenia o zamówieniu wskazanego w sekcji II.1.5) ogłoszenia, Izba uznała, że czynność Zamawiającego polegająca na powtórnej ocenie wniosków została dokonana zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się na skutek jego wniesienia.

Jednocześnie Izba uznała, że treść udzielonych w dniu 23 czerwca 2008 r. przez Zamawiającego wyjaśnień w korelacji z treścią ogłoszenia o zamówieniu nie budzi wątpliwości, co potwierdziła również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 września 2008 r., zatem zarzut dotyczący unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zarzutem spóźnionym.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 i 6 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 postanowienia.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....