

WYROK

z dnia 12 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Geokart-International Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 35-113 Rzeszów, ul. Wita Stwosza 44, 2) Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne w Lublinie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 20-072 Lublin, ul. Czechowska 2, w postępowaniu prowadzonym przez Powiat Chełmski, 22-100 Chełm, Plac Niepodległości 1,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. Romny Enterprise Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-962 Warszawa, ul. Przyczółkowa 334, 2. MGGP Spółka Akcyjna, 33-100 Tarnów, ul. Kaczkowskiego 6, 3. GEOTECHNOLOGIES Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 50-106 Wrocław, ul. Rynek Ratusz 10,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1) uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- **unieważnienie - czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty Odwołującego,**
- **powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**

2) kosztami postępowania obciąża Powiat Chełmski, 22-100 Chełm, Plac Niepodległości 1i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Geokart-International Spółka**

z ograniczoną odpowiedzialnością, 35-113 Rzeszów, ul. Wita Stwosza 44,
2) Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne w Lublinie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 20-072 Lublin, ul. Czechowska 2, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Powiatu Chełmskiego, 22-100 Chełm, Plac Niepodległości 1 na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Geokart-International Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 35-113 Rzeszów, ul. Wita Stwosza 44, 2) Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne w Lublinie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 20-072 Lublin, ul. Czechowska 2, kwotę **15.000zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Powiat Chełmski - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, pod nazwą „Budowa baz danych infrastruktury informacji przestrzennej w powiecie chełmskim” (usługi).

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 23.08.2013 r., nr 2013/S 163-284245.

A. Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Geokart-International Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie, 2) Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne w Lublinie Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, zwani w skrócie „odwołującym”, wnieśli odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu ich oferty, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 przez przeprowadzenie postępowania w sposób powodujący naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez przyjęcie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej w skrócie „SIWZ”, w sytuacji gdy załączona do oferty próbka danych - jest zgodna z warunkami określonymi w SIWZ;
- 3) art. 26 ust. 3 przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia prawidłowej próbki danych, w przypadku przyjęcia, że załączona do oferty próbka danych nie jest zgodna z SIWZ.

Odwołujący podniósł, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożona przez niego oferta jest najkorzystniejsza, a przez naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, odwołujący może ponieść szkodę spowodowaną brakiem udzielenia zamówienia.

Odwołujący wniósł:

I. W zakresie rozstrzygnięcia odwołania o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty odwołującego oraz wyborze oferty najkorzystniejszej;
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert

z uwzględnieniem oferty odwołującego;

ewentualnie:

- 4) nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do złożenia prawidłowej próbki danych oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

II. W zakresie wniosków dowodowych o:

1) dopuszczenie dowodu z zeznań świadków:

- a) Jaromił F. - wezwanie na adres Geokart-International Sp. z o.o. w Rzeszowie - na okoliczność wykazania zgodności próbki danych z SIWZ;
- b) Krzysztof B. - wezwanie na adres: ul.Bielsko-Biała - na okoliczność wykazania zgodności próbki danych z SIWZ;

2) dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki na okoliczność zbadania zgodności próbek danych złożonych przez wszystkich wykonawców, których oferty podlegały ocenie, z SIWZ;

3) ujawnienie w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą treści próbki zawartej w drugiej ofercie, ujawnienie osób i/lub firm uczestniczących lub wykonujących walidację próbek, wskazanie narzędzi walidacji próbek i przesłanek wyboru tych narzędzi.

III. W zakresie kosztów postępowania, odwołujący wniósł o przyznanie kosztów postępowania odwoławczego od zamawiającego według norm przepisanych.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

W postępowaniu złożyło oferty dwóch wykonawców: konsorcjum firm: Geokart-International Sp. z o.o. w Rzeszowie i Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne w Lublinie Sp. z o.o. w Lublinie oraz konsorcjum firm: Romny Enterprise Sp. z o.o. w Warszawie, MGGP S.A. w Tarnowie i Geotechnologies Sp. z o.o. we Wrocławiu.

Pismem z dnia 18 października 2013 r., WI.272.1.84.2013, przekazany odwołującemu faksem w tym samym dniu, zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum firm: Romny Enterprise Sp. z o.o. w Warszawie, MGGP S.A. w Tarnowie i Geotechnologies Sp. z o.o. we Wrocławiu oraz o odrzuceniu oferty odwołującego.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp podnosząc, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ.

Elementem oferty odwołującego, który został uznany za niezgodny z SIWZ, była próbka danych, której zamawiający żądał na podstawie § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa

Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom zamawiającego.

W piśmie z dnia 18 października 2013 r. zamawiający wskazał, że „Zgodnie z SIWZ zadaniem Wykonawcy było przygotowanie przykładu danych w formacie GML zgodnego z modelem danych opisanym w załącznikach Nr 1 i 4 do rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie baz danych geodezyjnej sieci uzbrojenia terenu, bazy danych obiektów topograficznych oraz mapy zasadniczej (Dz. U. z 2013 r., poz. 383), uzyskanego w procesie transformacji pakietu danych przekazanych przez Zamawiającego. Ponieważ przekazany przez Wykonawcę plik XML/GML zawiera również obiekty, które nie są zdefiniowane w schematach aplikacyjnych dla BDOT500 i GESUT, należy uznać, że plik ten nie jest zgodny z wymaganiami SIWZ”.

Podsumowując zamawiający wskazał: „Próbka danych GML zrealizowana przy pomocy oferowanej przez Wykonawcę technologii nie jest zgodna z modelem danych opisanym w załącznikach 1 i 4 do rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie bazy danych geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu, bazy danych obiektów topograficznych oraz mapy zasadniczej (Dz. U. z 2013 r., poz. 383), a tym samym nie spełnia wymagań określonych w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (SOPZ), czyli jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.”

W celu potwierdzenia, że oferowane przez wykonawców usługi odpowiadają wymaganiom stawianym przez zamawiającego, zamawiający żądał od wykonawców załączenia do oferty „opisu rozwiązania”, który musi zawierać informacje o oferowanym rozwiązaniu oraz przykłady danych, jakie wykonawca musi docelowo opracować i zastosować w systemie. W punkcie 5.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający określił szczegółowe wytyczne, co do przedstawienia „opisu rozwiązania”.

Mając na względzie przyczyny odrzucenia oferty, odwołujący podniósł, że należy zwrócić uwagę na pkt 5.3.e specyfikacji, w którym zawarto następujący wymóg: „Wykonawca przetransformuje pakiet danych do modelu zgodnego z załącznikami 1 i 4 do rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie bazy danych geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu, bazy danych obiektów topograficznych oraz mapy zasadniczej (Dz. U. z 2013 r., poz.383).” Natomiast w punkcie 5.3.g specyfikacji wskazano: „Zamawiający wymaga, aby wszystkie dane wejściowe zostały

przetransformowane do danych wyjściowych wymaganych przez specyfikację.”

Odwołujący uznał, że w braku odmiennego wskazania, w świetle utrwalonej praktyki wykonywania zamówień tego rodzaju, gdzie jednym z podstawowych założeń jest minimalizowanie utraty danych podczas zmiany ich formatu, w przypadku istnienia w zbiorze danych nadmiarowych, postanowienia te należy rozumieć, jako sumę logiczną. Taka interpretacja nie uchybia wykazaniu prawidłowej transformacji danych opisanych cytowanym rozporządzeniem, a jednocześnie zapobiega utracie innych danych. Przy tym zapis danych opisanych rozporządzeniem i danych nadmiarowych jest możliwy we wskazanym formacie.

Pakiet danych przekazany przez zamawiającego (zgodnie z punktem 5.3.c specyfikacji) zawierał oprócz obiektów opisanych w załącznikach 1 i 4 do rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie bazy danych geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu, bazy danych obiektów topograficznych oraz mapy zasadniczej (w ilości 305 obiektów), także obiekty objęte modelem zgodnym z instrukcją K1 i G7, nie opisane załącznikami rozporządzenia (w ilości 525 obiektów). Bez przyjęcia założenia opisanego powyżej nie było możliwe, aby wywiązać się z obu warunków określonych w specyfikacji równocześnie.

Odwołujący wskazał, że przekazany w jego ofercie plik XML/GML zawiera wszystkie dane wejściowe z otrzymanego przez zamawiającego pakietu danych (czyli spełnia warunek zawarty w punkcie 5.3.g specyfikacji), w tym dane objęte modelem określonym w załącznikach 1 i 4 do rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie bazy danych geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu, bazy danych obiektów topograficznych oraz mapy zasadniczej, które są z tym modelem zgodne (czyli w zakresie tych danych spełniony jest także punkt 5.3.e specyfikacji). Pozostałe obiekty, które znajdowały się w danych wejściowych, a nie zostały opisane modelem określonym w załącznikach 1 i 4 do rozporządzenia, zostały zapisane zgodnie z formatem danych wyjściowych wymaganych przez specyfikację.

W kontekście przytoczonego stanowiska zamawiającego oraz przedstawionych wyjaśnień, co do wymogów stawianych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia „opisowi rozwiązania”, odwołujący wskazał, że plik XML/GML przez niego przekazany stanowi w istocie zbiór obiektów, o którym mowa w piśmie zamawiającego z dnia 18 października 2013 r., w którym, czego zamawiający nie neguje, wyróżnić można dwa podzbiory:

-podzbiór, nazwany w odwołaniu „A”, zawierający obiekty zdefiniowane w schematach aplikacyjnych BDOT500 i GESUT, oraz

- podzbiór, nazwany „B”, zawierający obiekty niezdefiniowane w schematach aplikacyjnych BDOT i GESUT, wobec czego przekazany przez wykonawcę plik stanowi sumę $A + B$, jednak z pewnością nie $A - B$.

Z uzasadnienia odrzucenia oferty wynika, że zamawiający dokonał wyłącznie kwalifikacji ilościowej i uznał, że obecność w pliku XML/GML obiektów nadmiarowych podzbioru B dyskwalifikuje wymaganą zgodność całego pliku z cytowanym wyżej rozporządzeniem, a wobec tego również prawidłowość realizacji podzbioru A przy pomocy oferowanej przez wykonawcę technologii.

Odwołujący podniósł, że obiekty podzbioru B, zostały przetransformowane dlatego, że w treści SIWZ zamawiający zażądał przetransformowania wszystkich obiektów próbki, a ponadto opracowania wykazu wszystkich obiektów zawartych w próbce - co wymagało również transformacji wszystkich obiektów tej próbki (SIWZ, pkt 5.3.g, ppkt c Sposób przygotowania Raportu z transformacji).

Zamawiający w uzasadnieniu swojego stanowiska nie zawarł negatywnej oceny transformacji danych - tym samym transformację ocenił pozytywnie, czym potwierdził, że próbka dowodzi prawidłowego i zgodnego z wyżej cytowanym rozporządzeniem przetworzenia i zapisania danych. Problemem są jedynie dane nadmiarowe w stosunku do danych opisanych w załącznikach 1 i 4 rozporządzenia. Co ważne, dane zawarte w dostarczonej przez zamawiającego próbce. Dane te zostały zapisane i opisane w prawidłowy sposób zgodny z wymogami prawa i utrwaloną praktyką, wreszcie w sposób niesprzeczny z wymogami SIWZ.

Odrzucenie oferty zamawiającego oparte jest więc na fałszywej tezie niezgodności próbki danych z modelem danych zawartych w rozporządzeniu Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 12 lutego 2013r. Konkluzja oparta na fałszywej tezie jest również fałszywa.

W danych wejściowych zamawiającego (plik *dane_zrodlowe_probki.dxf*) znalazły się obiekty/elementy, które nie są zdefiniowane w rozporządzeniu Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie bazy danych geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu, bazy danych obiektów topograficznych oraz mapy zasadniczej, w związku z tym zostały one zapisane, jako dodatkowe obiekty (np. warstvice), spełniając tym samym wymóg transformacji wszystkich danych wejściowych. Dodatkowo w celu prawidłowej obsługi tych obiektów (spoza schematów BDOT500 i GESUT), został zaproponowany przez odwołującego (i przekazany zamawiającemu, jako komplet próbki

danych) schemat, który te obiekty interpretuje.

W celu wykazania zgodności próbki załączonej do oferty odwołującego z SIWZ, zostały zgłoszone wnioski dowodowe z zeznań świadków i opinii biegłego z zakresu informatyki. Ponieważ zachodzi podejrzenie, że próbki obu wykonawców były odmiennie oceniane przez zamawiającego, biegły powinien zbadać próbki obu wykonawców, którzy złożyli oferty pod kątem ich zgodności ze specyfikacją oraz rozporządzeniem Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie bazy danych geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu, bazy danych obiektów topograficznych oraz mapy zasadniczej.

Powyższy wniosek dowodowy jest tym bardziej uzasadniony, że zamawiający ocenił przykłady danych zawarte w dwóch złożonych ofertach odmiennie, a ponieważ przesłankę odrzucenia oferty odwołującego stanowiła nadmiarowość próbki danych, celowym wydaje się ujawnienie okoliczności badania drugiej próbki i jej treści. Czy i w jaki sposób próbka ta spełnia poszczególne opisy specyfikacji? Jak spełnia opisy stanowiące podstawę odrzucenia oferty odwołującego wykonując jednocześnie opis pkt 5.3 ppkt g („Zamawiający wymaga, aby wszystkie dane wejściowe zostały przetransformowane do danych wyjściowych wymaganych przez specyfikację”). Zamawiający badał próbki przy pomocy narzędzia walidacyjnego. Jakiego narzędzia użył? Czym kierował się wybierając narzędzie (nie wskazał go w specyfikacji)? Kto uczestniczył lub przeprowadził badanie próbek?

Odwołujący uznał, że zamawiający dokonując oceny próbki odwołującego dopuścił prymat jednego opisu SIWZ nad innym. Należy domniemywać, że taka interpretacja opisów sprawiła, że druga próbka (oferta) stała się z nimi zgodna. Wskazał, że gdyby jednak przyjąć, że podstawą wszelkiej transformacji danych jest wykonanie jej z jak najmniejszą stratą, a tym samym wykładnia odwołującego jest prawidłowa. Poddał w wątpliwość - „to jak druga oferta wykonuje zapis pkt 5.3 ppkt g SIWZ?”.

Odwołujący wskazał, że na te wątpliwości mające znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, powinien odpowiedzieć powołany biegły dysponujący wiedzą specjalistyczną w przedmiotowej dziedzinie.

Odwołujący podniósł, że odwołanie oparte jest również na ewentualnym zarzucie naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w sytuacji przyjęcia, że załączona próbka jest sprzeczna z SIWZ. Zgodnie z tym przepisem, na zamawiającym ciąży obowiązek wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez

zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Żądanie przez zamawiającego złożenia przykładu danych (próbki) należy traktować jak obowiązek złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tym bardziej, że żądanie próbki znajduje uzasadnienie w § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Wniosek taki można wyprowadzić również z treści pkt 5.3.specyfikacji, gdzie szczegółowo opisano jak ma wyglądać przykład danych, zarówno w formie dokumentów jak i postaci cyfrowej. W takiej sytuacji, w przypadku uznania, że próbka jest wadliwa i nie spełnia wymagań SIWZ, zamawiający zobowiązany był wezwać odwołującego do złożenia próbki spełniającej wymagania specyfikacji. Stanowisko takie wyrażono zarówno w literaturze przedmiotu, jak i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Szeroko zagadnienie to omówiła Justyna Andała-Sępkowska powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wskazała, że (...) *obowiązek wzywania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p. albo złożyli wymagane oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że oferta podlegałaby odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Obowiązek dotyczy zarówno dokumentów podmiotowych, jak dokumentów i oświadczeń potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Wynika z tego, że dotyczy również próbek żądanych w tym kontekście i w przywołanym celu (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 919/08 - konieczne jest każdorazowe ustalenie celu, jakim kierował się zamawiający przy konstruowaniu wymogu załączenia próbki, czy też wzoru. Inny będzie status próbki, czy też wzoru, gdy był on wymagany tylko i wyłącznie celem dokonania na jego podstawie oceny złożonej oferty w ramach kryterium techniczno-jakościowego, czy też jakościowego, a inny, gdy będzie miał służyć potwierdzeniu spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego. W pierwszym wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jest niedopuszczalne, gdyż byłoby to de facto uzupełnienie elementu oferty, czyli oferty niekompletnej o brakujący element, w drugim wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3*

Pzp jest, zdaniem Izby, w oparciu o wykładnię celowościową uzasadnione). Podobną konkluzję zawiera wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1695/09, w którym wskazano, że: „próbki zestawów były wymagane przez zamawiającego (...), w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Kwalifikowane są zatem, jako oświadczenie lub dokument o charakterze przedmiotowym, zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, co potwierdza dokonane przez zamawiającego wezwanie odwołującego się do uzupełnienia próbek w trybie określonym w art. 26 ust. 3 ustawy. Próbki stanowią dla zamawiającego źródło wiedzy o zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami siwz (Justyna Andala-Sępkowska, w: Próbki w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, Komentarz praktyczny, opubl. w SIP LEX z modułem Zamówienia Publiczne, kom. do § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane).

*Podobne stanowisko zajęła Justyna Olszewska-Stompel stwierdzając: *Gdyby natomiast wymóg próbki był związany jedynie z potwierdzeniem spełniania warunku, zatem miał służyć potwierdzeniu spełniania przez oferowane dostawy, usługi czy roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, to uzupełnienie tego rodzaju jest uzasadnione*(Justyna Olszewska-Stompel, Komentarz do § 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, System Informacji Prawnej LEX 2013).*

Odwołujący stwierdził, że wobec uznania przez zamawiającego, iż przykład danych (próbka) nie spełnia wymagań SIWZ, w takiej sytuacji obowiązkiem zamawiającego było wezwanie odwołującego do złożenia przykładu danych (próbki) nie zawierającego błędów. Zaniechanie tej czynności stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przedwczesne było tym samym odrzucenie oferty odwołującego i dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Przedstawione wyjaśnienia stanowią również naruszenie zasady ogólnej wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nakazującej zamawiającemu przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Mając na względzie przedstawione w odwołaniu zarzuty, zgłoszone wnioski, co do sposobu jego rozstrzygnięcia, odwołujący wskazał, że odwołanie należy uznać za zasadne.

B.W odpowiedzi na odwołanie, zamawiający nie uznał zasadności odwołania i wniósł o jego

oddalenie. W uzasadnieniu pisma, odnosząc się do zarzutów naruszenia przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 przez prowadzenie postępowania w sposób powodujący naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
 - 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez przyjęcie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sytuacji gdy załączona do oferty próbka danych - jest zgodna z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
 - 3) art. 26 ust. 3 przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia prawidłowej próbki danych - w przypadku przyjęcia, że załączona do oferty próbka danych - nie jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
- przedstawił następujące uzasadnienie.

Ad 1. Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców - zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający stosował tożsame kryteria wobec wszystkich uczestników postępowania na każdym etapie postępowania, a w szczególności: kryterium oceny ofert (cena 100%), niezróżnicowanie pozycji wykonawców w zależności od ich formy organizacyjnej, miejsca prowadzenia działalności, jednakowe sposoby potwierdzenia spełnienia wymagań uczestnictwa w postępowaniu (od wszystkich żądano takich samych dokumentów i oświadczeń oraz potwierdzenia, że oferowane dostawy i usługi odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ). Zamawiający stwierdził, że zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców została w pełni zachowana.

Ad 2. Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uznając, że próbka danych GML stanowiąca część oferty odwołującego nie jest zgodna z modelem danych opisanym w załącznikach nr 1 i 4 do rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie bazy danych geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu, bazy danych obiektów topograficznych oraz mapy zasadniczej (Dz. U. z 2013 r., poz. 383), a tym samym nie spełnia wymagań określonych w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (SOPZ), czyli jest niezgodna z treścią Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Zamawiający w SIWZ (pkt 5.3) określił sposób przygotowania przykładu danych przez wykonawców oraz procedurę przeprowadzenia oceny zgodności przykładu danych z SIWZ.

Zadaniem wykonawcy przy przygotowywaniu przykładu danych było m.in.: przetransformowanie pakietu danych do modelu zgodnego z załącznikami 1 i 4 do rozporządzenia z dnia 12 lutego 2013 r. - pkt 5.3 e SIWZ; w przypadku, gdy dane wejściowe nie będą zawierały kompletu informacji niezbędnych do utworzenia pełnego wymaganego przez specyfikację przykładu danych wykonawca zaproponuje i wprowadzi dane przykładowe. Wykaz zastosowanych danych przykładowych należy opisać w raporcie.

Ponadto zamawiający wymagał, aby wszystkie dane wejściowe zostały przetransformowane do danych wyjściowych wymaganych przez specyfikację (pkt 5.3 g SIWZ). Przykład danych miał być zrealizowany przy pomocy oferowanej przez wykonawcę technologii.

Natomiast procedura przeprowadzenia oceny zgodności przykładu danych z SIWZ zawierała wskazania, w jaki sposób zamawiający przeprowadzi ocenę:

- a) Ocena zgodności przykładu danych z wymaganiami SIWZ tj. z modelem danych zdefiniowanym w załącznikach 1 i 4 do rozporządzenia z dnia 12 lutego 2013 r. zostanie przeprowadzona przez Komisję Przetargową.
- b) Ocena zostanie przeprowadzona zgodnie z niżej wymienionymi punktami i krokami testowymi scenariusza testowego.
- c) Wyłącznie pozytywna realizacja wszystkich kroków testowych będzie oznaczała zgodność przykładu danych oraz raportu transformacji z wymaganiami SIWZ.
- d) W przypadku negatywnego wyniku realizacji jednego z kroków testowych przykład danych lub raport z transformacji zostanie uznany za niezgodność oferty z wymaganiami SIWZ.

W świetle powyższego jednoznaczne jest, że przetransformowanie danych wejściowych do danych wyjściowych wymaganych przez specyfikację, to przetransformowanie danych zgodnie z modelem danych zdefiniowanym w załącznikach 1 i 4 do rozporządzenia z dnia 12 lutego 2013 r. - ponieważ innych wskazań w tym zakresie SIWZ nie zawierała. Tym samym zastrzeżenie odwołującego dotyczące braku możliwości równoczesnego wywiązania się warunku określonego w pkt 5.3 e oraz pkt 5.3 g SIWZ jest bezprzedmiotowe, ponieważ jest to warunek tożsamy.

Załączony do oferty przykład danych w wersji cyfrowej plików GML służył komisji przetargowej do badania zgodności przykładu (próbki) danych z SIWZ (zgodnie z opisem pkt 5.3. Opis rozwiązania), tj. dokonania oceny jakościowej zaproponowanego przez wykonawcę rozwiązania technologicznego.

Załączniki nr 1 i 4 do cytowanego rozporządzenia definiują typy obiektów wraz z ich cechami oraz wzajemnymi relacjami dla baz danych: Geodezyjna Sieć Uzbrojenia Terenu oraz Baza Danych Obiektów Topograficznych w szczególności zapewniającej tworzenie standardowych opracowań kartograficznych w skalach 1:500-1:5000. Przekazany przez zamawiającego „pakiet danych” zawierał dane nadmiarowe w stosunku do zakresu informacyjnego objętego załącznikami do rozporządzenia, np. budynki. Kolejnym wymaganiem (5.3 g) był wymóg, aby wszystkie dane wejściowe zostały przetransformowane do danych wyjściowych, czyli zgodnych z powyższymi załącznikami do rozporządzenia. Zapis ten oznacza, że przygotowany przez wykonawcę „przykład danych” musi zawierać wszystkie dane wejściowe odpowiadające zakresowi informacyjnemu zdefiniowanemu w rozporządzeniu. Nie można go interpretować, tak jak to zrobił odwołujący, że „przykład danych” powinien zawierać wszystkie dane wejściowe niezależnie od tego czy pokrywają się ona z zakresem rozporządzenia czy też nie. Dane podlegają testowaniu zarówno na niedobór jak i nadmiarowość obiektów w stosunku do zdefiniowanego modelu. Mając powyższe na uwadze należałoby uznać, że „przykład danych” zawierający dane nadmiarowe w stosunku do modelu danych jest zestawem danych niezgodnym z modelem.

Opisy SIWZ precyzują w pkt 5.4 Scenariusz testowy - sposób testowania przykładu danych i raportu z procesu transformacji w sposób następujący:

Punkt testowy - sprawdzenie poprawności przekazanych przykładów danych.

- I. Krok testowy - zwalidowanie za pomocą parsera XML próbki danych schematem aplikacyjnym GML zdefiniowanym w załączniku 4 do rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 9 stycznia 2012 r. w sprawie ewidencji miejscowości, ulic i adresów (Dz. U. z 2012 r., poz. 125).
- II. Krok testowy - sprawdzenie zgodności danych z modelem danych zdefiniowanym w załącznikach 1 i 4 do rozporządzenia z dnia 9 stycznia 2012r. w sprawie ewidencji miejscowości, ulic i adresów (Dz. U. z 2012 r., poz. 125).
- III. Krok testowy - sprawdzenie zgodności próbki danych z wymaganiami formalnymi dotyczącymi dokumentów GML zdefiniowanymi w ISO 19136:2007 Geographic Information - Geography Markup Language (GML).
- IV. Krok testowy - porównanie przetransformowanych danych z danymi źródłowymi pod względem jakościowym i ilościowym.

Punkt testowy - sprawdzenie Raportu z procesu transformacji przygotowanej próbki.

- I. Krok testowy - weryfikacja Raportu z procesu transformacji pakietu danych przez zamawiającego pod kątem kompletności i zawartości informacyjnej w zakresie wymaganych komponentów.

Przykład danych odwołującego nie przeszedł pozytywnie testu. Plik nie waliduje się na zgodność z wymaganym schematem aplikacyjnym oraz zawiera błędy. Szczegółowy opis błędów zamieszczono w raporcie z oceny próbek danych.

Punkt testowy - sprawdzenie poprawności przekazanych przykładów danych.

I. Krok testowy - plik nie waliduje się na zgodność z wymaganym schematem aplikacyjnym.

Przekazany przez odwołującego plik GML zawiera również obiekty, które nie są zdefiniowane w schematach aplikacyjnych dla BDOT500 i GESUT dlatego też proces walidacji zwraca błąd. Należało zatem uznać, że plik ten nie jest zgodny z wymaganiami SIWZ.

II. Krok testowy - plik zawiera błędy. Zgodnie z rozporządzeniem (§ 6 ust. 2 pkt 3), każdy obiekt bazy danych GESUT i BDOT500 musi posiadać zdefiniowany identyfikator wersji obiektu. W przekazanej próbce brak tej cechy dla wszystkich instancji typów obiektów.

III. Krok testowy - plik zawiera błędy. Zgodnie ze specyfikacją GML (ISO 19136) współrzędne obiektu muszą być podawane w kolejności w jakiej zdefiniowane są osie układu odniesienia w wykorzystywanym teaurusie układów odniesienia (informuje o tym atrybut srsName).

Próbka została przygotowana w układzie 2000 strefa 8, zgodnie z definicją w teaurusie EPSG. W tym teaurusie osie rzeczonego układu są zdefiniowane w następującej kolejności: oś północna, oś wschodnia. W przekazanym przez Wykonawcę pliku GML współrzędne podane są w kolejności: współ.wschodnia, współ.północna czyli odwrotnie.

IV. Krok testowy - plik nie zawiera błędów.

Punkt testowy - sprawdzenie Raportu z procesu transformacji przygotowanej próbki.

I. Krok testowy - raport nie jest kompletny.

Wyłącznie pozytywna realizacja wszystkich kroków testowych oznaczała zgodność przykładu danych oraz raportu transformacji z wymaganiami SIWZ. Próbka odwołującego nie przeszła pozytywnie kroków testowych, zatem jest niezgodna z SIWZ.

Ad 3. Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uznając, że próbka danych GML stanowiąca część oferty odwołującego nie jest zgodna z modelem danych opisanym w załącznikach nr 1 i 4 do rozporządzenia z dnia 12 lutego 2013 r., a tym samym nie spełnia wymagań określonych w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (SOPZ), czyli jest niezgodna z treścią Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Zgodnie z opisem SIWZ przykład danych musiał zostać zrealizowany przy pomocy oferowanej przez wykonawcę technologii. Przetransformowany przykład danych (próbka)

stanowiący część Opisu rozwiązania stanowił część oferty wykonawcy. Próbką, jako „wzór oferowanego przedmiotu zamówienia” wymagana była przez zamawiającego w celu dokonania na jej podstawie oceny złożonej oferty w ramach kryterium jakościowego i jako taka nie podlegała uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż byłoby to niedopuszczalne uzupełnienie elementu oferty.

Wobec powyższego, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

C. Do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. Romny Enterprise Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2. MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, 3. GEOTECHNOLOGIES Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, których oferta została wybrana w postępowaniu, jako najkorzystniejsza, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że zamawiający zamieścił w SIWZRozdział V. *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków*. W pkt 5.1 zamieścił opis - *Warunki udziału w postępowaniu*, w pkt 5.2 *Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu*, w pkt 5.3 *Opis rozwiązania*, a w pkt 5.4 *Scenariusz testowy*.

W 5.3. *Opis rozwiązania*, zamawiający podał, że: *W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy i usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Wykonawca do oferty załączy „opis rozwiązania”, który będzie podlegał ocenie zgodności z wymaganiami SIWZ. Opis rozwiązania musi zawierać informacje o oferowanym rozwiązaniu oraz przykłady danych, jakie Wykonawca docelowo musi opracować i zastosować w systemie.*

Opis rozwiązania, jaki należy załączyć do oferty powinien zawierać:

- a) (...), b) (...).
- c) **Przykład danych** zgodnych z modelem danych opisanym w załącznikach 1 i 4 do rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie bazy danych geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu, bazy danych obiektów topograficznych oraz mapy zasadniczej (Dz. U. z 2013 r., poz. 383), uzyskany w procesie transformacji pakietu danych przekazanych przez Zamawiającego.
- d) **Raport** z procesu transformacji pakietu danych.

Sposób przygotowania przykładu danych:

- a) *Przykład (próbka) danych oznacza dane w formacie GML utrwalone w formie wydrukowanego tekstu stanowiącego część opisu rozwiązania. Do oferty należy również załączyć wersję cyfrową plików GML na nośniku danych typu pendrive lub płyta CD. Załączane do oferty nośniki danych należy zabezpieczyć przed ich przypadkowym zniszczeniem.*
- b) *Załączony do oferty przykład danych w wersji cyfrowej plików GML będzie służył komisji przetargowej do badania zgodności przykładu (próbki) danych z SIWZ.*
- c) *Zamawiający przekaże Wykonawcy pakiet danych.*
- d) *Przykład danych musi zostać zrealizowany przy pomocy oferowanej przez Wykonawcę technologii.*
- e) *Wykonawca przetransformuje pakiet danych do modelu zgodnego z załącznikami 1 i 4 do rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie bazy danych geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu, bazy danych obiektów topograficznych oraz mapy zasadniczej (Dz. U. z 2013 r., poz. 383).*
- f) *Dane muszą zostać przygotowane w układzie współrzędnych PUWG2000 strefa 8.*
- g) *Zamawiający wymaga, aby wszystkie dane wejściowe zostały przetransformowane do danych wyjściowych wymaganych przez specyfikację.*
- h) *W przypadku, gdy dane wejściowe nie będą zawierały kompletu informacji niezbędnych do utworzenia pełnego wymaganego przez specyfikację przykładu danych, wykonawca proponuje i wprowadzi dane przykładowe. Wykaz zastosowanych danych przykładowych należy opisać w raporcie.*

Sposób przygotowania **Raportu z procesu transformacji**:(przedstawiono w pkt a, b, c).

Procedura przeprowadzenia oceny zgodności przykładu danych z SIWZ (przedstawiono w pkt a, b, c, d).

5.4. **Scenariusz testowy.** Przedstawiono warunki wstępne oraz: punkt testowy - kroki testowe I-IV i punkt testowy - krok testowy I.

Z postanowień SIWZ wynika, że w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy i usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, wykonawca był zobowiązany załączyć do oferty *Opis rozwiązania*, podlegający ocenie zgodności z wymaganiami SIWZ. W celu przygotowania *przykładu (próbki) danych* (mieszczącego się w *Opisie rozwiązania*), służącego do porównania z SIWZ, zamawiający był zobowiązany przekazać wykonawcy pakiet danych. Wykonawca był zobowiązany do zrealizowania *przykładu (próbki) danych* przy pomocy oferowanej przez niego technologii, tj. do przetransformowania pakietu danych do modelu zgodnego z załącznikami 1 i 4 do rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie bazy danych geodezyjnej ewidencji sieci

uzbrojenia terenu, bazy danych obiektów topograficznych oraz mapy zasadniczej (Dz. U. z 2013 r., poz. 383).

Zamawiający wymagał, aby wszystkie dane wejściowe zostały przetransformowane do danych wyjściowych wymaganych przez specyfikację.

Oczekiwany przez zamawiającego przykład danych miał być zgodny z modelem danych opisanym w załącznikach 1 i 4 do rozporządzenia z dnia 12 lutego 2013 r.

Odwołujący złożył formularz ofertowy - str. 1-2 oraz oświadczenia i dokumenty załączone do oferty - str. 3-117. Oddzielny załącznik stanowił *Opis rozwiązania + przykład danych* - str. 118-312. Kserokopia wydrukowanego tekstu *Opis rozwiązania* (informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), została przekazana Izbie przez zamawiającego wraz z kserokopią dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na rozprawie zamawiający okazał płytę CD, informując o złożeniu również jej kopii oraz zamieszczeniu jednego pliku GML.

Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa *Opis rozwiązania* zostało dokonane także przez przystępującego, drugiego wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu. Czynności obu wykonawców nie były kwestionowane w tym zakresie i nie stanowiły przedmiotu sporu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i w postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający ocenił *próbki danych* obu wykonawców zamieszczając wyniki oceny w opracowaniu, str. 1-16 i przekazał je odwołującemu na jego wniosek, jako załącznik do pisma z dnia 23 października 2013 r. (*Udostępnienie raportu z wykonanej oceny przykładów danych oraz oceny raportów z procesu transformacji przeprowadzonych przez Komisję Przetargową dotyczący wszystkich uczestników postępowania przetargowego*).

Odwołujący dysponował przed wniesieniem odwołania wynikami oceny dwóch próbek złożonych w postępowaniu.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, podając w uzasadnieniu pisma z dnia 18 października 2013 r. (zawiadomienie o wyborze oferty), na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, następujące uzasadnienie faktyczne i prawne.

Oferta Wykonawcy (...) podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, bowiem jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

*Zgodnie z załączonym do oferty raportem z procesu transformacji przekazana próbka danych winna zawierać dwa pliki GML: plik o nazwie *chelm_bd.500gesutk1.gml* oraz plik o*

nazwie chelm_bdot500gesut.gml. W przekazanej próbce na płycie CD (oraz kopii zapasowej) znajdował się tylko i wyłącznie jeden plik GML o nazwie chelm_bdot500gesutk1_etap3.gml.

Plik ten (interpretowany jako chelm_bdot500gesutk1.gml), zgodnie z opisem raportu zawiera obiekty, które dało się zinterpretować, jako obiekty zgodne z BDOT500 i GESUT oraz obiekty, które pozostały zgodnie z katalogiem obiektów K1 i G7. Zgodnie z SIWZ zadaniem Wykonawcy było przygotowanie przykładu danych w formacie GML zgodnego z modelem danych opisanym w załącznikach Nr 1 i 4 do rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie baz danych geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu, bazy danych obiektów topograficznych oraz mapy zasadniczej (Dz. U. z 2013 r., poz. 383) uzyskanego w procesie transformacji pakietu danych przekazanych przez Zamawiającego. Ponieważ przekazany przez Wykonawcę plik XML/GML zawiera również obiekty, które nie są zdefiniowane w schematach aplikacyjnych dla BDOT500 i GESUT należy uznać, że plik ten nie jest zgodny z wymaganiami SIWZ. Próbka danych GML zrealizowana przy pomocy oferowanej przez Wykonawcę technologii nie jest zgodna z modelem danych opisanym w załącznikach 1 i 4 do rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie bazy danych geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu, bazy danych obiektów topograficznych oraz mapy zasadniczej (Dz. U. z 2013 r., poz. 383), a tym samym nie spełnia wymagań określonych w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (SOPZ), czyli jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący przedstawił w odwołaniu zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp:art. 7 ust. 1 przez przeprowadzenie postępowania w sposób powodujący naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; art. 89 ust. 1 pkt 2 przez przyjęcie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, w sytuacji, gdy załączona do oferty próbka danych - jest zgodna z warunkami określonymi w SIWZ; art. 26 ust. 3 przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia prawidłowej próbki danych, w przypadku przyjęcia, że załączona do oferty próbka danych nie jest zgodna z SIWZ.

Odwołujący przyznał w odwołaniu, że kierując się interpretacją postanowień SIWZ - pkt 5.3 *Sposób przygotowania danych*, lit. e - *przetransformowanie pakietu danych do modelu zgodnego z załącznikami 1 i 4 do rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 12 lutego 2013 r.* oraz lit. g - *aby wszystkie dane wejściowe zostały przetransformowane do danych wyjściowych wymaganych przez specyfikację* - przekazał zamawiającemu plik GML zawierający wszystkie dane zamawiającego dostosowane do wymagań rozporządzenia

Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie baz danych geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu, bazy danych obiektów topograficznych oraz mapy zasadniczej (Dz. U. z 2013 r., poz. 383), z uwzględnieniem oferowanej technologii oraz niedostosowania do wymagań, przez zamieszczenie obiektów nieobjętych załącznikami 1 i 4 do rozporządzenia. Fakt ten również potwierdził na rozprawie.

Odwołujący stwierdził też, że niezgodność określona, jako nadmiarowość, wynika z faktów:

- przekazania przez zamawiającego pakietu danych zawierających oprócz obiektów opisanych w załącznikach do rozporządzenia (w ilości 305 obiektów), także obiekty objęte modelem zgodnym z instrukcją K1 i G7, nieopisane w załącznikach do rozporządzenia (w ilości 525 obiektów),- wymagania, by wszystkie dane wejściowe zostały przetransformowane do danych wyjściowych.

Świadkowie, składający zeznania na wniosek odwołującego: Jaromił F. - uczestnik w czynnościach przygotowania oferty odwołującego i Krzysztof B. - wykonawca próbki załączonej przez odwołującego, przedstawiając w złożonych zeznaniach okoliczności związane z zakresem wykonywanych czynności i znane im z tego tytułu, wskazali m.in., że dane otrzymane od zamawiającego zawierały obiekty objęte i nieobjęte postanowieniami załączników do rozporządzenia. Potwierdzili, że załączona do oferty odwołującego próbka (przykład danych) zawierała wszystkie dane wejściowe zamawiającego. Zawierała też dodatkowe dane, określone jako dane nadmiarowe w stosunku do wymaganych w rozporządzeniu wskazanym w SIWZ. Dla dokonania walidacji załączonej próbki, niezbędne było dołączenie schematu aplikacyjnego K1.XSD, niewskazanego w załącznikach do rozporządzenia, lecz utworzonego przez odwołującego.

W toku postępowania dowodowego potwierdzono w istocie, że zaofiarowana próbka nie potwierdza przetransformowania pakietu danych w sposób oczekiwany przez zamawiającego, gdyż - jak stwierdził zamawiający w piśmie z dnia 18 października 2013 r. (uzasadnienie odrzucenia oferty) - próbka danych GML nie jest zgodna z modelem danych opisanych w załącznikach 1 i 4 do przywoływanego rozporządzenia.

Oceniając materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołujący posiada legitymację czynną do wniesienia odwołania, o której stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, uczestniczącym w postępowaniu. Naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może skutkować, zarówno nie uzyskaniem zamówienia, jak i możliwością poniesienia szkody przez odwołującego.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. Romny Enterprise Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2. MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, 3. GEOTECHNOLOGIES Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwani w postępowaniu odwoławczym w skrócie „przystępującym”, wobec spełnienia ustawowych wymagań skutecznego zgłoszenia przestąpienia do postępowania odwoławczego, stali się uczestnikami postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Na wniosek odwołującego Izba przeprowadziła dowód z zeznań świadków. Nie uwzględniła wniosku odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu informatyki na okoliczność zbadania zgodności *próbek danych* złożonych przez wszystkich wykonawców, których oferty podlegały ocenie, z SIWZ.

W postępowaniu uczestniczy dwóch wykonawców - odwołujący z niższą ceną oferty i przystępujący z wyższą ceną oferty, przy ustanowionym jedynym kryterium oceny ofert - cena o znaczeniu 100%.

Odwołujący nie przedstawił zarzutu dotyczącego oferty przystępującego i sposobu dokonania oceny próbki tego wykonawcy, zatem przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w tym zakresie nie znajduje uzasadnienia. Ocena próbki odwołującego, stanowiąca podstawę zarzutów przedstawionych w odwołaniu, wskazana, jako przedmiot opinii biegłego, została stwierdzona innymi dowodami.

Przedmiotem sporu jest ocena *przykładu (próbki) danych GML* zrealizowanego przy pomocy oferowanej przez odwołującego technologii i uznanie próbki za niezgodną z modelem danych opisanym w załącznikach 1 i 4 do rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie bazy danych geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu, bazy danych obiektów topograficznych oraz mapy zasadniczej (Dz. U. z 2013 r., poz. 383), a tym samym w ocenie zamawiającego, uznanie próbki za nie spełniającą wymagań określonych w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (SOPZ), czyli niezgodną z treścią SIWZ, co skutkowało odrzuceniem oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że granice postępowania odwoławczego wyznaczają zarzuty przedstawione w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu). Odwołanie zaś zostaje ograniczone do wyłącznie niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o

udzielenia zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp).

Po rozpoznaniu odwołania na rozprawie i przeprowadzeniu postępowania dowodowego, w tym dowodu z zeznań świadków, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący wykazał zasadność zastosowania w postępowaniu odwoławczym przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, jako skutku zastosowania przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i zaniechania zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przykład (próbka) danych, jako część zawarta w *Opisie rozwiązania*, miał być przekazany zamawiającemu w odpowiednim formacie i ilości, miał służyć potwierdzeniu, że oferowane dostawy i usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, przy uwzględnieniu zastosowania oferowanej przez wykonawcę technologii.

Izba uznała za zasadne stanowisko zamawiającego, że załączony do oferty odwołującego *przykład (próbka) danych*, nie potwierdził oczekiwań zamawiającego, co do ukierunkowanej transformacji pakietu danych do modelu zgodnego z załącznikami 1 i 4 do rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie bazy danych geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu, bazy danych obiektów topograficznych oraz mapy zasadniczej (Dz. U. z 2013 r., poz. 383), na skutek *zamieszczenia również obiektów, które nie są zdefiniowane w schematach aplikacyjnych dla BDOT500 i GESUT*.

Odwołujący liczył się z przedstawioną wyżej oceną w postępowaniu odwoławczym, wskazując naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wnosząc o ewentualne nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego na podstawie przywołanego przepisu, do złożenia prawidłowej próbki danych i powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego w przedmiocie tego zarzutu, mając na uwadze, że przepisy art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stanowią - w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Na mocy delegacji zawartej w ust. 2 przepisu, Prezes Rady Ministrów określił w rozporządzeniu z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w § 6 ust. 1 pkt 1, że w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności próbek (...).

Określenie w treści SIWZ wymogu przedstawienia *przykładu(próbki) danych* w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy i usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego oraz wskazanie, że przykład danych w wersji cyfrowej plików GML będzie służył komisji przetargowej do badania zgodności *przykładu (próbki) danych* z SIWZ, przesądza, że opracowaniema charakter próbki, kwalifikującą tę próbkę do dokumentów przedmiotowych w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowiący, że: *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert)*

- zobowiązuje zamawiającego do wykonania określonych w nim czynności.

Z ukształtowanej linii orzeczniczej wynika, że w przypadku, gdy próbka ma służyć potwierdzeniu wymagań zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający w toku oceny próbki ma obowiązek zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w okolicznościach wskazanych w przepisie, jeśli natomiast ma stanowić element oferty (w tym z częstym przełożeniem na kryterium oceny ofert), wówczas wskazany przepis nie ma zastosowania.

W rozstrzygnięciach Izby orzeczono, przykładowo w wyroku z dnia 17 września 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 919/08, że „Inny (...) będzie status próbki, czy też wzoru, gdy był on wymagany tylko i wyłącznie celem dokonania na jego podstawie oceny złożonej oferty w ramach kryterium techniczno-jakościowego, czy też jakościowego, a inny, gdy będzie miał służyć potwierdzeniu spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. W pierwszym wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust.3 Pzp jest niedopuszczalne, gdyż byłoby to *de facto* uzupełnienie elementu oferty, czyli oferty niekompletnej o brakujący element, w drugim wypadku uzupełnienie w trybie art. 26 ust.3 Pzp jest, zdaniem Izby, w oparciu o wykładnię celowościową uzasadnione”.

Podobne stanowisko przedstawiono też w wyroku z dnia 18 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1320/13.

W wyroku z dnia 20 marca 2013 r., sygn. akt KIO 474/13 i KIO 480/13, Izba przedstawiła stanowisko, co do treści oferty, uznając, że „Treść oferty, na gruncie przedmiotowego postępowania, wyznaczają (...) formularz ofertowy, Cennik - wykaz elementów i czynności przy wykonywaniu infrastruktury przystankowej wraz z cenami netto. Zamawiający wymagał fotografii zestawów punktów informacji przystankowej. Z powyższego wynika, że Odwołujący - w odniesieniu do stawianych zarzutów, bezzasadnie utożsamiali treść oferty, z ogólną jej zawartością, to jest wszystkimi wymaganymi dokumentami. Tego rodzaju dokumenty jak: katalogi wyrobów, karty charakterystyki produktów, opisy, certyfikaty, fotografie nie tworzą treści oferty, są bowiem dokumentami składanymi jedynie na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, jak stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. (...) W przeciwieństwie do zakazu uzupełniania treści oferty po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia, statutowanego w art. 87 ust. 1 ustawy, z zastrzeżeniem postanowień ust. 2 tej normy, dokumenty na wykazanie, iż oferowane (objęte treścią oferty) usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, podlegają uzupełnieniu na obligatoryjne wezwanie Zamawiającego, z mocy art. 26 ust. 3 ustawy, który stanowi, że złożone na wezwanie Zamawiającego dokumenty (...) powinny potwierdzać spełnienie przez oferowane usługi (...) wymagań określonych przez Zamawiającego”.

W wyroku z dnia 29 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2931/12, Izba uznała niedopuszczalność powtórzenia czynności złożenia próbki i dokonania jej prezentacji, w sytuacji, gdy zamawiający opisał wymagania w zakresie złożenia próbki następująco: „W SIWZ w Rozdziale IX *Opis sposobu przygotowania oferty*, zamawiający wskazał w pkt 1-4, że *ofertę*

należy złożyć wg wzoru Formularza Ofertowego, stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ wraz z wynikiem zadania próbnego. Każdy z wykonawców zobowiązany jest do wykonania zadania próbnego zgodnie z wymogami Rozdziału X SIWZ, które stanowią będzie element oferty. Treść złożonej oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Wykonawca ma prawo złożyć tylko jedną ofertę, zawierającą jedną, jednoznacznie opisaną propozycję.”

W wyroku z dnia 13 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 178/13 „Izba w pełni podzieliła stanowisko prezentowane (...) w orzeczeniach Izby przywołanych na potwierdzenie tezy, że wzorce wyrobów (próbki) mieszczą się w katalogu dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Tym samym ich brak, czy też ich niezgodność z postanowieniami SIWZ zamawiający obowiązany jest usunąć przez zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp.”

Rozstrzygając odwołanie w granicach przedstawionych w nim zarzutów, Izba oceniła czynność zamawiającego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz zaniechanie czynności wskazanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Podstawę oceny stanowiło uzasadnienie faktyczne i prawne zamieszczone w zawiadomieniu o wyborze oferty z dnia 18 października 2013 r. Rozszerzone stanowisko zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie oraz podnoszone na rozprawie, wskazujące dodatkowe okoliczności, nie stanowiło podstawy rozstrzygnięcia Izby.

Z uzasadnienia odrzucenia oferty wynika, że próbka odwołującego została oceniona negatywnie z powodu -przekazania próbki na płycie CD wraz z jej kopią, zawierającą jeden plik i fakt, że plik zawiera również obiekty niezdefiniowane w schematach aplikacyjnych dla BDOT500 iGESUT, tj. obiekty pozostawione zgodnie z katalogiem obiektów K1 i G7. Zamawiający uznał niezgodność treści oferty (zobowiązania odwołującego o charakterze merytorycznym) z treścią SIWZ, na podstawie badania próbki, z pominięciem procedury określonej w art. 26 ust. 3 Pzp.

Mając na uwadze przywołaną linię orzeczniczą, postanowienia SIWZ w przedmiocie charakteru próbki danych GML, złożoną próbkę danych zawierającą obok obiektów zdefiniowanych w wymaganych schematach aplikacyjnych, także obiekty niezdefiniowane (przekazane przez zamawiającego w pakiecie danych), Izba uznała, że odrzucenie oferty odwołującego, jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ, w sytuacji zaniechania uprzedniego zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, skutkuje uwzględnieniem odwołania i nakazaniem czynności wskazanych w sentencji rozstrzygnięcia.

Izba uwzględnia odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając, jako uzasadnione koszty poniesione przez odwołującego, koszty z tytułu uiszczanego wpisu.

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego dotyczącego umówionego wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, wobec nieprzedłożenia do akt sprawy rachunku, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia.

W świetle opisu treści rachunku, zamieszczonego w § 14 ust. 1 i 2 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach (Dz. U. Nr 165, poz. 1373, z późn. zm.), rachunek z dnia 6 listopada 2013 r., przedłożony na rozprawie, nie podlegał uwzględnieniu.

Przewodniczący: