

Sygn. akt: KIO 2186/18

## POSTANOWIENIE

z dnia 7 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Agnieszka Trojanowska

**Protokolant:** Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania w Warszawie w dniu 7 listopada 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2018r. przez **wykonawcę ESRI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Wrocław – Zarząd Geodezji, Kartografii i Katastru Miejskiego we Wrocławiu, ul. Marcina Kromera 44**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia B.B., M.K., J.Ł., G.M., J.R.prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Geomatyka – Kraków spółka cywilna z siedzibą w Krakowie, ul. Mała Góra 30** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn.. akt KIO 2186/18 po stronie zamawiającego

**postanawia:**

**1. umorzyć postępowanie ,**

- 1.1.** nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500zł. 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy ESRI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17** tytułem zwrotu 90% uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.1986) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu.**

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego „Dostawę i wdrożenie kompleksowego systemu do obsługi państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego we Wrocławiu oraz oprogramowania do prowadzenia baz danych, udostępniania danych i opracowań wraz z migracją i konwersją danych, dostosowaniem baz danych do obowiązujących przepisów prawa oraz rozwój systemu i uruchomienie e-usług zapewniających udostępnianie danych ” realizowanego w ramach zadania nr 1 pod nazwą „Doprowadzenie do interoperacyjności powiatowych rejestrów publicznych PZGIK i wdrożenia szeregu e-usług“ w ramach projektu: „Podniesienie dostępności e- usług danych przestrzennych państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego we Wrocławiu”, dofinansowanego w ramach Regionalnego Programu operacyjnego Województwa Dolnośląskiego 2014 -2020 współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej, Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego Znak postępowania: ZGKiKM.EA.260.2.17.2018, które zostało wszczęte ogłoszeniem o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 października 2018 r. pod numerem 2018/S 198- 447282.

Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia na swojej stronie internetowej w dniu 13 października 2018r. godz. 18:00.

W dniu 24 października 2018r. odwołanie wobec treści siwz wniósł wykonawca ESRI Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17 – dalej odwołujący. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 października 2018r. udzielonego przez prezesa zarządu i prokurenta, zgodnie z załączonym do odwołania odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 23 października 2018r. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy mające istotny wpływ na wynik postępowania, tj.: naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 29 ust. 2 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, tj. wprowadzenie wymagania PODROZDZIAŁ V: Wymagania dotyczące integracji i komunikacji, pkt 7.3. opisu przedmiotu zamówienia, aby oferowany przez wykonawcę system posiadał własne środowisko graficzne na nieograniczoną liczbę użytkowników oraz niewymagające dodatkowego licencjonowania, mimo że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i eliminuje wykonawców, którzy mogą zapewnić taki system w oparciu o komponenty licencjonowane.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez doprowadzenie jej postanowień do zgodności z ustawą przez usunięcie

zapisu PODROZDZIAŁ V: Wymagania dotyczące integracji i komunikacji, pkt 7.3. opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, bowiem jest podmiotem uprawnionym i zdolnym do wykonania przedmiotowego zamówienia. Uchybienia zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia naruszają przepisy ustawy oraz uniemożliwiają odwołującemu się złożenie oferty. W konsekwencji, odwołujący się może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych przepisów ustawy, wynikającą z braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący twierdził, że specyfikacja została opublikowana w dniu 15 października 2018r., ale faktu tego nie wykazał.

Dzień 23 października 2018r to był wtorek, który nie był dniem ustawowo wolnym od pracy.

W dniu 25 października 2018r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 29 października 2018r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili swój udział wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia B.B., M.K., J.Ł., G.M., J.R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Geomatyka – Kraków spółka cywilna z siedzibą w Krakowie, ul. Mała Góra 30, którzy wskazali, że ponoszą nakłady niezbędne dla utrzymania własnego silnika graficznego, co jest najlepszą rękojmią szybkiego i skutecznego reagowania na potrzeby kontrahentów. Wymaganie zamawiającego jest niezbędne dla właściwego wykonania przedmiotu oferty i zapobiega udziałowi wykonawców niezdolnych do wykonania zamówienia, którzy jednocześnie nie ponosząc kosztów utrzymania własnego silnika nie muszą ich uwzględniać w cenie, co powoduje nierówne traktowanie wykonawców. Wnieśli o oddalenie odwołania wskazując, że gdy dostawca używa zewnętrznego silnika graficznego, to prawdopodobnie silnik ten jest udostępniany na analogicznych zasadach innym dostawcom oprogramowania, także o zupełnie innych zastosowaniach i innych oczekiwaniach co do funkcjonalności silnika. Dostawca dysponujący dedykowanym silnikiem graficznym, którego rozwój nie jest ograniczany kompromisami z oczekiwaniami innych użytkowników, daje rękojmię najlepszego zabezpieczenia rozwoju oprogramowania. Geodezja i kartografia w administracji publicznej przechodzi fundamentalne i długofalowe zmiany prawne w zakresie modeli danych i zarządzania zasobem geodezyjnym i kartograficznym, co powoduje, że dedykowany silnik jest tym bardziej pożądanym. Duże ośrodki miejskie wyróżniają się lokalną specyfiką dodatkowych, nieprzewidzianych w modelach aplikacyjnych danych koniecznością stosowania do ich obsługi dedykowanych funkcjonalności nie występujących w innych powiatach, czy niepowtarzalnymi cechami, dla których obsługi konieczna jest ingerencja w silnik graficzny. W tym kontekście władztwa wykonawcy nad silnikiem graficznym nie należy

traktować jako ograniczonego podmiotowego, ale jako obiektywne, przedmiotowe wymaganie funkcjonalności polegającej na nieograniczonej prawami osób trzecich możliwości wprowadzania zmian w silniku graficznym. Posiadania przez wykonawcę nieograniczonego władztwa nad silnikiem graficznym zapewnia należyte świadczenie usług gwarancyjnych, wsparcia technicznego i długofalowego rozwoju oprogramowania, co stanowi w zakresie cyklu życia systemu także realizację rekomendacji Prezesa UZP. Licencjonowanie nie daje możliwości realnego współdziałania dla realizowania oczekiwań zamawiającego. Wykonawca, który będzie jedynie licencjobiorcą nie będzie adresatem postulatów rozwojowych zamawiającego ani ich realizatorem, a jedynie pośrednikiem. Według wiedzy przystępujących na rynku dominują rozwiązania oparte o autorskie silniki graficzne i postawione przez zamawiającego wymaganie jest normą w innych postępowaniach. Zgłoszenie zostało podpisane przez jednego wspólnika uprawnionego do prowadzenia spraw spółki. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 29 października 2018 r.

W dniu 31 października 2018r. zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7) ustawy, wobec naruszenia przez odwołującego się dyspozycji art. 180 ust. 5 ustawy przez nie przesłanie do zamawiającego odwołania w terminie umożliwiającym jego zapoznanie się z nim, przed upływem terminu do jego wniesienia.

W razie jednak nie przychylenia się do wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania jako zawierającego uchybienia terminowe, z ostrożności procesowej zamawiający wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania jako nieuzasadnionego wobec nie złamania przez zamawiającego zasad wynikających z dyspozycji art. 7 ustawy,
- 2) zasądzenie od odwołującego się na rzecz zamawiającego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący się odwołał się od czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), w ocenie odwołującego się w sposób naruszający zasadę równego traktowania stypizowaną w art. 7 ustawy. W myśl brzmienia art. 180 ust. 5 ustawy w związku z art. 81 ust. 1 pkt) 1 ustawy odwołujący się winien przekazać odwołanie zamawiającemu przed upływem terminu do jego wniesienia w taki sposób aby mógł on się z nim zapoznać przed upływem tego terminu. Ustawa w tym miejscu zakłada domniemanie zapoznania się zamawiającego z odwołaniem w razie doręczenia go przed upływem tego terminu środkami komunikacji elektronicznej.

Godzi się w tym miejscu podnieść, iż SIWZ został zamieszczony na stronie internetowej w dniu 13 października 2018 co potwierdza link: <http://bip.zgkikm.wroc.pl/zgk/przetargi/ogloszenia/3235,Dostawa-iwdrozenie->

kompleksowego-systemu-do-obslugi-panstwowego-zasobu-geodezyjnego.html

Zaś odwołanie wpłynęło do zamawiającego środkami komunikacji elektronicznej w dniu 23 października 2018 r. o godz. 21.03, czyli po godzinach pracy zamawiającego, który jako instytucja publiczna świadczy usługi pomiędzy godziną 7.00, a 16.00 od poniedziałku do piątku. Zważywszy na powyższe zamawiający nie mógł zapoznać się z odwołaniem przed upływem terminu do jego złożenia, gdyż uczynił to w pierwszym możliwym terminie tj. w dniu następnym 24 października 2018 r. w godzinach porannych.

Jako dowód zamawiający powołał wydruk dokumentacji elektronicznej potwierdzającej datę nadania odwołania oraz datę jego odbioru przez zamawiającego

Zważywszy na powyższe odwołujący się, nie dochował terminu do przesłania dokumentu odwołania do zamawiającego, co obaliło domniemanie zapoznania się z odwołaniem, określone w dyspozycji przywołanego powyżej art. 180 ust. 5 ustawy i uzasadnia odrzucenie odwołania w związku z powstałymi uchybieniami formalnymi.

Odwołujący zgłosił opozycję wobec przystąpienia przystępującego, podnosząc, że nie domaga się wykreślenia wymogu zaoferowania silnika graficznego, ale jedynie dopuszczenia możliwości oferowania silnika w drodze licencjonowania, a to nie uzasadnia interesu przystępującego. Zamawiający nie wymagał zaoferowania silnika dedykowanego.

Zamawiający wniósł o oddalenie opozycji, przystępujący go poparł.

W dniu posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestnika postępowania tj. 7 listopada 2018r. odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy. Izba postanowiła oddalić opozycję odwołującego z uwagi na to, iż w ocenie Izby uzasadnienie zgłoszonego przystąpienia, o konieczności ponoszenia kosztów produkcji silnika graficznego dedykowanego dla zamawiającego, w swojej istocie sprowadza się do wywodzenia interesu w woli zmniejszenia potencjalnych konkurentów w niniejszym postępowaniu, co zasadniczo nie wpisuje się w zasadę postępowania z art. 7 ust. 1 ustawy, ale nie stanowi przeszkody dla dążenia w uzyskaniu korzystnego rozstrzygnięcia dla przystępującego, w taki sposób, że będzie musiał zwalczać mniejszą liczbę ofert.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

Izba postanowiła nie zasądzać na rzecz zamawiającego zwrot kosztów z uwagi na brak potwierdzonego rachunkami wniosku zamawiającego w tym zakresie stosownie do treści par. 5 ust. 1 pkt 3b) 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 ze zm. Z 2017r. poz. 47).

**Przewodniczący: .....**