

Sygn. akt KIO 2589/19

WYROK
z dnia 9 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2019 r. przez wykonawcę SmallGIS Sp. z o.o. w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Małopolskie w Krakowie działające przez Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego w Krakowie

przy udziale wykonawcy GISPartner Sp. z o.o. we Wrocławiu zgłaszającego swoje przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża SmallGIS Sp. z o.o. w Krakowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SmallGIS Sp. z o.o. w Krakowie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa, wdrożenie i utrzymanie Małopolskiej Infrastruktury Informacji Przestrzennej (MIIP-2) w ramach projektu „Regionalny System Cyfrowych Rejestrów Geodezyjnych. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 5 lipca 2019 r. pod numerem 2019/S 128-313409. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

20 grudnia 2019 r. wykonawca SmallGIS Sp. z o.o. w Krakowie wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołanie zostało wniesione wobec:

1. dokonanej przez zamawiającego nieprawidłowej oceny wyjaśnień odwołującego udzielonych 18 listopada 2019 roku w zakresie publicznego charakteru projektu referencyjnego podanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu opisanego w SIWZ w rozdziale XI pkt. 3.2.1.1 „Usługa 1” w zakresie wykazu niejawnego;
2. zaniechania przez zamawiającego wezwania odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia dokumentów przedłożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz oferty lub wezwania odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów przedłożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przed dokonaniem ostatecznej oceny oferty odwołującego w zakresie wartości projektu referencyjnego podanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w SIWZ w rozdziale XI pkt. 3.2.1.1 „Usługa 1” w zakresie wykazu jawnego,
3. w konsekwencji powyższego - dokonanej przez zamawiającego w dniu 9 grudnia 2019 r. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp nieprawidłowej czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz dokonanej przez zamawiającego nieprawidłowej czynności wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że przez wymienione nieprawidłowe czynności oraz zaniechania naruszył art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, art. 87 ust. 1 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 i i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz ewentualnie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu;
2. dokonania ponownej oceny ofert i w jej ramach:
 - a. dokonanie ponownej oceny w zakresie spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu;
 - b. ewentualnie wezwanie odwołującego do wyjaśnienia oferty oraz dokumentów przedłożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp i art. 26 ust. 4 Pzp;
 - c. ewentualnie, w świetle udzielonych wyjaśnień, wezwanie odwołującego do złożenia prawidłowych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp;
 - d. dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.
3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Wykonawca GISPartner Sp. z o.o. we Wrocławiu przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Zamawiający w ślad za pisemną odpowiedzią na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale XI SIWZ Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu. W zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy, w zakresie jednej z usług oznaczonej w specyfikacji jako „usługa 1”, wykonawca miał obowiązek wykazać się między innymi doświadczeniem w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) w wykonaniu lub wykonywaniu - w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych:

a) Co najmniej jedną usługą polegającą na dostawie i wdrożeniu systemu GIS pozwalającego użytkownikom z poziomu przeglądarki internetowej na:

- tworzenie przestrzennej bazy danych poprzez import danych z popularnych formatów GIS tj. SHP, GML, GeoJSON;
- publikację usług przeglądania i pobierania danych przestrzennych na danych użytkownika;
- publikację usług wyszukiwania pełnotekstowego na danych użytkownika;
- tworzenie aplikacji mapowej składającej się z usług danych podkładowych, usług danych użytkownika, funkcji (tj. wyszukiwanie pełnotekstowe obiektów, identyfikacja, nawigacja po mapie);
- publikację zbiorów danych i aplikacji jako zasobów internetowych publicznych i ograniczonych do określonych użytkowników lub ich grup.

b) Wartość usługi była nie mniejsza niż 5.000.000,00 PLN brutto.

W toku postępowania zamawiający wyjaśniał treść SIWZ odnoszącą się do Usługi 1. 30 lipca 2019 r. udzielił odpowiedzi na pytanie nr 6, w którym wykonawca chciał ustalić, czy zamawiający uzna zdolność techniczną oferenta, jeśli usługi, które powinny być dostępne publicznie, zostały faktycznie zrealizowane, ale wdrożony system nie jest dostępny publicznie. Zamawiający odpowiedział „Nie, Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ i jednocześnie wyjaśnia, iż zgodnie z pkt XI ppkt 3.2.2.1.1. Usługa nr 1 musi pozwalać „użytkownikom z poziomu przeglądarki internetowej (...) na publikację zbiorów danych i aplikacji jako zasobów internetowych publicznych i ograniczonych do określonych użytkowników lub ich grup” - co potwierdza, iż wdrożony System musi być publicznie dostępny”.

Zostało zadane również pytanie nr 10 zmierzające do ustalenia, czy zamawiający dopuszcza że wymagane funkcjonalności realizowane będą jedynie przez administratora w drodze customizacji lub konfiguracji, czy też zamawiający oczekuje funkcjonalności realizującej operowanie w/w funkcjami przez zwykłego użytkownika. Zamawiający odpowiedział, „Nie, Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ i jednocześnie wyjaśnia, iż zgodnie z pkt XI ppkt. 3.2.2.1.1. SIWZ Zamawiający wymaga, aby Usługa nr 1 posiadała funkcjonalności realizowane przez użytkowników z poziomu przeglądarki internetowej.

Odwołujący złożył ofertę, która została najwyżej oceniona przez zamawiającego. W wyniku wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust.1 Pzp z 20 września 2019 r. odwołujący złożył m.in. wykaz usług, zawierający w niejawnym wykazie usługę nr 1 oraz a w poz. 1 jawnego wykazu usług przedstawił 8 usług o różnych zakresach oraz o wartości każdej z nich poniżej 5 000 000,00 zł brutto, świadczonych na rzecz różnych podmiotów.

Zamawiający wyjaśniał, czy ta usługa spełnia wymagania opisane w SIWZ. Wyjaśnienia odwołującego zostały w części zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Pismem z 11 października 2019 r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnień dotyczących Usługi nr 1. Zamawiający wykazywał, że funkcjonalności opisane w pkt XI ppkt 3.2.2.1.1. SIWZ w zakresie usługi wskazanej przez odwołującego nie są realizowane przez użytkownika z poziomu przeglądarki internetowej.

W odpowiedzi udzielonej przez odwołującego pismem z 21 października 2019 r. stwierdzono m.in., że system dzieli się na moduły dostępne publicznie i moduły zaplecza i zarządzania oraz przeznaczone wyłącznie dla indywidualnych klientów instytucjonalnych i firm, dla których udostępniana jest znacznie szersza i bardziej zaawansowana część. Z tego powodu z wersji systemu OnGeo dostępnej publicznie dla zwykłych użytkowników w sieci Internet, nie sposób się dowiedzieć i wywnioskować, jakie zostały przyjęte technologie do jego realizacji i jakie wykorzystano rozwiązania techniczne. Powoływanie się zamawiającego wyłącznie na dokumentację, funkcjonalności i inne informacje dostępne publicznie w celu potwierdzenia lub zanegowania spełnienia przez tą usługę warunków udziału w postępowaniu jest niewystarczające. Wskazał, że funkcjonalności w systemie będące przedmiotem wyjaśnień, realizowane są w niejawnym module (...), który jest podsystemem portalu OnGeo.pl opartym na wspólnej infrastrukturze i częściowo na wspólnej technologii.

Odwołujący prezentował również, w jaki sposób wymagane funkcjonalności są realizowane w wykazywanej Usłudze Nr 1.

Zamawiający nie uwzględnił tych wyjaśnień i pismem z 8 listopada 2019 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia wykazu usług, potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie usługi 1, wraz z przedstawieniem dowodów określających czy usługa została wykonana należycie. Wskazał, że dokonuje wezwania z uwagi na wyjaśnienia treści SIWZ z 30 lipca 2019 r. w zakresie usługi nr 1 w szczególności ze względu na wymaganie, że „wdrożony System musi być publicznie dostępny” oraz w związku z uzyskanymi informacjami w zakresie niejawności modułu, realizującego wymagane w warunku udziału funkcjonalności w systemie.

W odpowiedzi z 18 listopada 2019 r. odwołujący polemizował z uzasadnieniem wezwania oraz prezentował własną wykładnię odpowiedzi na pytanie nr 6 z 30 lipca 2019 r. Wyjaśniał, że zrealizowana usługa wykazywana w pozycji nr 1 niejawnej części wykazu usług polegała na stworzeniu Systemu składającego się z wielu modułów opierających się o tą samą architekturę, infrastrukturę oraz technologię. Wykazywany system w części dostępnej dla klientów końcowych oparty jest w całości o interfejs dostępny z poziomu przeglądarki internetowej. Wyjaśniał, iż fakt braku dostępu do części funkcjonalności systemu przez nieautoryzowanych użytkowników nie przesądza w żaden sposób o niespełnieniu wymagań SIWZ, gdyż każdy z systemów informatycznych, a zwłaszcza geoportali, ze względów biznesowych lub ze względów bezpieczeństwa, posiada bowiem funkcjonalności niejawne i niedostępne dla nieuprawnionych

osób. Odwołujący wywodził, że w dokumentacji postępowania zamawiający nie wykluczył takiej okoliczności ani nie wskazał, czy cały system, czy też tylko niektóre jego funkcjonalności (np. te wymieniane w treści warunku udziału) powinny być dostępne publicznie. Jeżeli zatem wykazywana usługa co do zasady jest publicznie dostępna z zastrzeżeniem jednak jedynie części modułów niejawnych co wynika z uzasadnionych potrzeb i oczekiwań odbiorcy, należy uznać, iż omawiany system w pełni spełnia warunek wynikający z SIWZ. Wykonawca wskazał, że moduł niejawny systemu posiada funkcjonalności publikacji zbiorów danych i aplikacji jako zasobów internetowych publicznych co w oczywisty sposób przekłada się na możliwość udostępniania niektórych jego funkcjonalności dla publicznego grona użytkowników.

Izba zważyła, co następuje:

Opisując stan faktyczny sprawy oraz formułując wywody rozstrzygnięcia Izba miała na względzie, że pomimo zastrzeżenia części informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego, rozprawa miała charakter jawny. W konsekwencji informacje podane na rozprawie mogą znaleźć się w treści uzasadnienia bez groźby przekroczenia granic wyznaczonych zastrzeżeniem.

Izba nie odrzuciła odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp. Składając wniosek o odrzucenie odwołania zamawiający uzasadniał, że odwołujący błędnie zidentyfikował tożsamość zamawiającego, któremu przesłał kopię odwołania. Zamawiającym jest bowiem Województwo Małopolskie, a nie Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego.

W ocenie składu orzekającego przesłanki odrzucenia odwołania, jako przepisy o charakterze restrykcyjnym, podlegają wykładni ścisłej. Art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp. Ten z kolei przepis nakazuje przesłanie kopii odwołania przed upływem terminu na wniesienie odwołania w ten sposób, aby zamawiający mógł się zapoznać z jego treścią przed upływem tego terminu. Izba nie miała wątpliwości, że wymagania związane z obowiązkiem przekazania kopii odwołujący spełnił. Zamawiający otrzymał kopię odwołania w określonym terminie i poznał jego treść, co umożliwiło mu m.in. sformułowanie wniosku o odrzucenie odwołania. W okolicznościach sporu wskazanie jako zamawiającego Urzędu Marszałkowskiego Województwa Małopolskiego, a nie Województwa Małopolskiego jest przypadkową niedokładnością, która po części wynika z faktu, że zamawiający kilkakrotnie w dokumentach postępowania wskazywał Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego m.in. jako adres właściwy do kontaktów, czy miejsce składania ofert.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę najwyższej ocenioną przez zamawiającego może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp nakazuje zamawiającemu wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Punktem odniesienia dla kontroli czynności wykluczenia przez Izbę jest opis zatem warunku udziału w postępowaniu dokonany przez zamawiającego w SIWZ z uwzględnieniem wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego stosownie do art. 38 ust. 1 Pzp.

Izba zważyła, że zamawiający sporny warunek udziału w postępowaniu doprecyzował wyjaśniając treść SIWZ. Pytania udzielone przez zamawiającego w trybie art. 38 ust. 1 Pzp co do zasady stanowią wykładnię SIWZ, ale również mogą kształtować jej brzmienie. W okolicznościach sporu, o ile z samego brzmienia warunku opisanego w pkt XI ppkt 3.2.2.1.1. SIWZ w zakresie usługi Nr 1 nie było jasne, co zamawiający rozumie pod pojęciem „publicznie dostępny”, to uwzględnienie odpowiedzi na pytania 6 i 10 z 30 lipca 2019 r. uczyniło zamysł zamawiającego. Zamawiający oczekiwał usługi polegającej na dostawie i wdrożeniu systemu GIS pozwalającego użytkownikom z poziomu przeglądarki internetowej na:

- tworzenie przestrzennej bazy danych poprzez import danych z popularnych formatów GIS tj. SHP, GML, GeoJSON;
- publikację usług przeglądania i pobierania danych przestrzennych na danych użytkownika;
- publikację usług wyszukiwania pełnotekstowego na danych użytkownika;
- tworzenie aplikacji mapowej składającej się z usług danych podkładowych, usług danych użytkownika, funkcji (tj. wyszukiwanie pełnotekstowe obiektów, identyfikacja, nawigacja po mapie);
- publikację zbiorów danych i aplikacji jako zasobów internetowych publicznych i ograniczonych do określonych użytkowników lub ich grup.

Istotne jest, że zamawiający oczekiwał, że wymienione funkcjonalności będą dostępne zwykłemu użytkownikowi, a samo wykonanie systemu, który taką możliwość ma jedynie potencjalnie, nie faktycznie jest niewystarczające.

Wyjaśnienia treści SIWZ wiążą zamawiającego i skoro nie zostały zakwestionowane odwołaniem, zamawiający zobowiązany był oprzeć na nich ocenę spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Skoro, co niespornie ujawniła rozprawa, system wykonany przez odwołującego nie zapewnia przeciętnemu użytkownikowi dostępu do wymienionych funkcjonalności w pełnym zakresie, gdyż konieczne są ku temu zabiegi ze strony administratora, odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu i został wykluczony przez zamawiającego zasadnie, bez obrazy art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Odwołujący został bowiem wezwany do uzupełnienia wykazu i wskazanie innej – niż powołana – usługi, a usługi takiej nie wskazał.

Prezentowanej oceny nie może zmienić opinia dr inż. W. I. z Izby Rzecznawców Polskiego Towarzystwa Informatycznego. Jego lektura nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu tzn. możliwości dostępu każdego użytkownika do opisanych przez zamawiającego funkcjonalności z poziomu przeglądarki internetowej. Autor opinii zaprezentował interpretację opisu warunku udziału w postępowaniu, której skład orzekający nie podziela.

Dokonywane przez odwołującego na etapie składania wyjaśnień oraz na rozprawie próby wykazania wadliwości wymagania zamawiającego są spóźnione, gdyż kwestia ta mogłaby być badana w sytuacji odwołania się od kształtujących treść SIWZ odpowiedzi na pytania nr 6 i nr 10, co nie nastąpiło.

Izba nie podzieliła natomiast poglądu zamawiającego, jakoby wezwał odwołującego do uzupełnienia wykazu w zakresie wartości usługi Nr 1 w wykazie jawnym, choć zdaniem Izby było to konieczne. Nie ma bowiem racji odwołujący twierdząc, że pod pojęciem wartość usługi należy rozumieć koszty poniesione przez wykonawcę, a nie wartość jego wynagrodzenia wynikającą z umowy. Kwestię tę rozstrzyga art. 32 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.

Skoro zatem odwołujący w złożonym przez siebie wykazie jawnym, zamiast jednej usługi o wymaganej wartości, podał kilka usług, z których żadna nie osiągnęła wymaganej wartości, zamawiający powinien wezwać do uzupełnienia wykazu w tym zakresie. Takiego wezwania zamawiający nie dokonał.

Samo wskazanie art. 26 ust. 3 Pzp jako podstawy prawnej wezwania oraz podanie, że wezwanie dotyczy wykazu, jest niewystarczające. Powołanie przepisu ustawy oraz oświadczenia podlegającego uzupełnieniu nie stanowi o tym, jakie błędy zawiera dane oświadczenie i nie konkretyzuje podstawy wezwania. W okolicznościach sporu zamawiający powinien wskazać, dlaczego uznał, że usługi wskazane przez odwołującego nie potwierdzają, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Jasne wskazanie powodów wezwania jest obowiązkiem zamawiającego wynikającym ze wszystkich zasad wskazanych w art. 7 ust. 1 Pzp, tym

istotniejszym, że brak adekwatnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego skutkuje obowiązkiem wykluczenia.

Izba nie nakazała jednak zamawiającemu wezwania odwołującego do złożenia nowego wykazu jawnego.

Naruszenie przez zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp nie ma bowiem wpływu na wynik postępowania. Art. 26 ust. 3 Pzp stanowi *in fine*, że zamawiający nie dokonuje wezwania, jeśli mimo złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw lub udzielenia wyjaśnień, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. W okolicznościach sporu ofertę odwołującego, który został wykluczony z postępowania, uznaje się za odrzuconą z mocy prawa stosownie do art. 24 ust. 4 Pzp. Ewentualne uzupełnienie wykazu tego stanu rzeczy zmienić nie może.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący: