

POSTANOWIENIE
z dnia 27 kwietnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 27 kwietnia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2020r. przez **wykonawcę OPEGIEKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu, Al. Tysiąclecia 11** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasta Sopotu z siedzibą w Sopocie, ul. T. Kościuszki 25/27**

postanawia:

1. **Umorzyć postępowanie,**
 - 1.1. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 7 500zł. 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę OPEGIEKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu, Al. Tysiąclecia 11** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

1.

Sygn. akt KIO 813/20

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Wykonanie cyfrowych, fotogrametrycznych zdjęć lotniczych, pionowych i ukośnych, ortofotomapy tzw. prawdziwej (true ortho) i czterech fotoplanów/ ortofotomap ukośnych, skaningu laserowego, modelu 3d, mapy solarnej, opracowanie fotoplanu na podstawie zdjęć archiwalnych wykonanych w roku 1996 – dla obszaru miasta Sopot i terenów przyległych oraz transformacja fotoplanu z lat 30-ych ub. wieku do układu współrzędnych „2000” a także instalacja i uruchomienie specjalistycznego oprogramowania” nr referencyjny postępowania: ZP.271.15.G.2020.MSt zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 9 kwietnia 2020r. za numerem 530593-N-2020.

W dniu 14 kwietnia 2020r. OPEGIEKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elblągu, Al. Tysiąclecia 11 wniósł odwołanie wobec treści siwz. Odwołanie zostało wniesione przez prokurenta samoistnego ujawnionego w złożonym odpisie z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 14 kwietnia 2020r.

Odwołujący wniósł odwołanie na czynności zamawiającego polegające na określeniu w sposób niezgodny z przepisami ustawy warunków udziału w postępowaniu, zawartych w treści SIWZ w zakresie pkt. 6.1.2.1 i 6.1.2.2 i Ogłoszeniu w zakresie pkt. III. 1.3) Zdolność techniczna lub zawodowa i postawionych tam warunków udziału polegających na wykazaniu się, że: 6.1.2.1 w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: opracował i zainstalował aplikację www do publikacji w Internecie i do porównywania danych w tym ortofotomap pionowych i ukośnych oraz modeli 3D dla co najmniej dwóch zamawiających. 6.1.2.2 dysponuje co najmniej dwiema licencjami oprogramowania dedykowanego automatycznemu opracowaniu prawdziwej ortofotomapy (true ortho) i modeli 3D mesh. Oferent spełni warunki dysponowania w/w narzędziami jeśli udokumentuje fakt, iż pozyskał wykazane licencje w terminie przed dniem 31 grudnia 2019 r.

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych, które ma istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie: - art. 22 ust. 1a i 1b pkt 3 ustawy w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy i w zw. z art. 7 ust, 1 ustawy przez wprowadzenie warunków udziału w ww. postępowaniu, dotyczących zdolności zawodowych, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i wykraczający poza zakres konieczny do oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co skutkuje ograniczeniem uczciwej konkurencji.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu modyfikacji SIWZ i Ogłoszenia w zakresie dot. określenia warunków udziału tj,

1. rozdzielenia wymagania zawartego w pkt. 6.1.2.1 SIWZ ostatni tiret oraz w Ogłoszeniu pkt. III. 1.3) dotyczącego wykazania się opracowaniem i zainstalowaniem aplikacji www do publikacji w Internecie i do porównywania danych w tym ortofotomap pionowych i ukośnych oraz modeli 3D dla co najmniej dwóch zamawiających na dwa oddzielne wymagania o treści : a) opracowanie i zainstalowanie aplikacji www do publikacji w Internecie i do porównywania ortofotomap pionowych i ukośnych dla co najmniej dwóch Zamawiających

b) opracowanie i zainstalowanie aplikacji www do publikacji w Internecie modeli 3D dla co najmniej dwóch zamawiających.

2. wykreślenie ostatniego zdania tj. oferent spełni warunki dysponowania w/w narzędziami jeśli udokumentuje fakt, iż pozyskał wykazane licencje w terminie przed dniem 31 grudnia 2019 r., z wymagania opisanego w punkcie 6.1.2.2 SIWZ ostatni tiret oraz pkt. III. 1.3) Ogłoszenia, gdzie jest określony warunek udziału polegający na wykazaniu się co najmniej dwiema licencjami oprogramowania dedykowanego automatycznemu opracowaniu prawdziwej ortofotomapy (true ortho) i modeli 3D mesh

3. obciążenie kosztami postępowania zamawiającego.

Odwołujący oświadczył, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż zamierza złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy. Odwołujący wskazał, iż zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej - "na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść, wystarczające jest zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia (vide: wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1691/12; KIO 1704/12). Mając na względzie powyższe, wskazać należy, że naruszenie przez zamawiającego, przy określaniu warunku udziału w postępowaniu, przytoczonych wyżej przepisów ustawy prowadzi do naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż utrudnia mu dostęp do tego zamówienia z uwagi na niespełnianie przez odwołującego w sposób samodzielny wskazanego wyżej warunku.

W dniu 15 kwietnia 2019r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy nikt do postępowania odwoławczego nie przystąpił.

W dniu 24 kwietnia 2019r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o umorzenie odwołania. W uzasadnieniu wskazał, że pierwsze żądanie odwołującego

sprowadzało się do rozdzielenia w/w wymagania na dwa oddzielne wymagania o następującej treści:

a) opracowanie i zainstalowanie aplikacji www do publikacji w Internecie i do porównywania danych w tym ortofotomap pionowych i ukośnych dla co najmniej dwóch Zamawiających.

b) opracowanie i zainstalowanie aplikacji www do publikacji w Internecie modeli 3D dla co najmniej dwóch Zamawiających.

Zamawiający uznał propozycję rozdzielenia wprowadzonego zapisu punktu 6.1.2.1. na dwa odrębne punkty za niesprzeczną ze swoimi intencjami i zaaprobował zapis proponowany przez odwołującego.

W nawiązaniu do powyższego zamawiający zmienił brzmienie punktu 6.1.2.1. w następujący sposób:

— skreślił dotychczasowy ostatni tiret punktu 6.1.21. o treści:

- opracował i zainstalował aplikację www do publikacji w Internecie i do porównywania danych w tym ortofotomap pionowych i ukośnych oraz modeli 3D dla co najmniej dwóch Zamawiających.

— w miejsce w/w skreślenia wprowadził dwa nowe tirety o następującym brzmieniu:

- opracował i zainstalował aplikację www do publikacji w Internecie i do porównywania danych w tym ortofotomap pionowych i ukośnych dla co najmniej dwóch Zamawiających.

- opracował i zainstalował aplikację www do publikacji w Internecie modeli 3D dla co najmniej dwóch Zamawiających.

Drugie żądanie odwołującego sprowadzało się do wykreślenia ostatniego zdania w/w punktu czyli wykreślenie zdania: Oferent spełni warunki dysponowania w/w narzędziami jeśli udokumentuje fakt, że pozyskał wykazane licencje w terminie przed dniem 31 grudnia 2019r.

Zamawiający posiada wiedzę, że ortofotomapa tzw. prawdziwa (tzw. true ortho) będąca głównym elementem przedmiotowego zamówienia jest nowym produktem na polskim rynku; dotąd tego typu ortofotomapa została opracowana jedynie dla jednego obiektu w Polsce, którym jest ortofotomapa miasta Częstochowa (opracowana na jesieni ubiegłego roku).

Mając powyższe na uwadze, zamawiający w siwz odstąpił od żądania udokumentowania doświadczenia w zakresie opracowania ortofotomapy prawdziwej.

Jednocześnie zamawiający stoi na stanowisku, że aby wykonać przedmiotowe zamówienie wykonawca powinien wykazać się chociażby minimalną wiedzą i minimalnym doświadczeniem z zakresu stosowania specjalistycznego oprogramowania do automatycznego generowania ortofotomapy tzw. prawdziwej oraz do tworzenia modelu 3D.

Zamawiający jest zdania, że profesjonalny wykonawca, chcący pozyskać zamówienie na wykonywanie ortofotomapy prawdziwej i modelu 3D powinien do tego zadania wcześniej się

przygotować. Zadanie wytworzenia ortofotomapy prawdziwej i modelu 3D wymaga nie tylko dysponowania specjalistycznym oprogramowaniem ale także - wobec znaczącego zwiększenia ilości przetwarzanych danych w tym znaczącego, wręcz wielokrotnego, zwiększenia ilości koniecznych zdjęć lotniczych — dysponowania odpowiednim sprzętem informatycznym. Całość, czyli oprogramowanie i sprzęt wymaga wcześniejszego przetestowania i dopasowania do wielokrotnie zwiększonej liczby przetwarzanych danych. Zamawiający uważa, że wymóg posiadania stosownych licencji na oprogramowanie do opracowania ortofotomapy prawdziwej z zaledwie kilkumiesięcznym wyprzedzeniem w stosunku do daty ogłoszenia postępowania stanowił dla potencjalnego wykonawcy odpowiedni bufor czasowy na przeprowadzenie koniecznych testów w/w oprogramowania i stosownego sprzętu komputerowego, razem pozwalających na pozyskanie stosownej wiedzy i niezbędnego doświadczenia dla potrzeb oferowania usługi wykonania ortofotomapy prawdziwej.

Bazując na powyższym rozumowaniu zamawiający wprowadził do siwz zapis, który został oprotestowany przez OPEGIEKA Elbląg.

Pomimo powyżej przytoczonego uzasadnienia, zamawiający — po wnikliwej, prawnej analizie odwołania OPEGIEKA — uznał w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W związku z powyższym zamawiający wykreślił ostatecznie zdanie z w/w punktu siwz, czyli wykreślił zdanie: Oferent spełni warunki dysponowania w/w narzędziami jeśli udokumentuje fakt, że pozyskał wykazane licencje w terminie przed dniem 31 grudnia 2019r.

Zatem ostatni tiret punktu 6.1.2..2. — po opisanej wyżej korekcie — brzmi następująco:

- Oferent dysponuje co najmniej dwiema licencjami oprogramowania dedykowanego automatycznemu opracowaniu prawdziwej ortofotomapy (true ortho) i modeli 3D mesh.

Izba zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w związku z potencjalnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, czym została wypełniona przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy.

Przepis art. 186 ust. 2 ustawy stanowi, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzuty odwołania i wskazał, że wykonał czynności zgodnie z żądaniami odwołującego. Nadto Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił. W tej sytuacji ustalony stan faktyczny podpada pod normę art. 186 ust. 2 ustawy i pozwala Izbie na wydanie postanowienia umarzającego postępowanie. W tej sytuacji Izba umorzyła postępowania, a zamawiający ma obowiązek zmiany ogłoszenia o zamówieniu i siwz zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

Stosownie do art. 186 ust. 6 pkt. 1 koszty postępowania Izba wzajemnie zniósła. Natomiast zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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 2016r. pod. 47) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: