

**WYROK**  
**z dnia 19 marca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 marca 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **7 marca 2013 r.** przez wykonawcę **Asseco Poland S.A., 35 – 322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** w postępowaniu prowadzonym przez **Główny Urząd Geodezji i Kartografii, 00 – 926 Warszawa, ul. Wspólna 2,**

przy udziale wykonawcy **GISPartner Sp. z o.o., 50 – 106 Wrocław, Rynek Ratusz 10** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

**orzeka:**

1. **Oddała odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Asseco Poland S.A., 35 – 322 Rzeszów, ul. Olchowa 14, i**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Asseco Poland S.A., 35 – 322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Asseco Poland S.A., 35 – 322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** na rzecz **Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii, 00 – 926 Warszawa, ul. Wspólna 2** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Główny Urząd Geodezji i Kartografii, 00 – 926 Warszawa, ul. Wspólna 2, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Utworzenie zintegrowanego systemu informacji o nieruchomościach (ZSIN) oraz wsparcie procesu ujawnienia w księgach wieczystych prawa własności nieruchomości Skarbu Państwa i samorządu terytorialnego*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 lutego 2013 roku pod numerem 2013/S 039-062670.

Dnia 7 marca 2013 roku wykonawca Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14; 35-322 Rzeszów (zwany dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, mające istotny wpływ na wynik postępowania, tj.:

1. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a przez to uniemożliwiający prawidłowe przygotowanie oferty oraz jej rzetelną wycenę,
2. art. 7 ust. 1 w zw. art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób faworyzujący określony podmiot, czyli w sposób utrudniający uczciwą konkurencję,
3. art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, przez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający przepisy ustawy i zasady współzycia społecznego.

Stawiając powyższe zarzuty, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez doprowadzenie jej postanowień do zgodności z ustawą Pzp, poprzez modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie informacji, które mają istotny wpływ na treść oferty oraz wysokość zaoferowanej przez Wykonawców ceny poprzez:

1) rezygnację z obowiązku przeprowadzania przez wykonawcę w trakcie realizacji zamówienia, w tym w szczególności Etapu Zarządczego nr 5 testów Zintegrowanego Systemu Danych Georeferencyjnych i Mapy Zasadniczej (dalej w skrócie ZSDGiMZ) pod względem dostosowania tego systemu do potrzeb ZSIN oraz rezygnację w ramach przedmiotowego postępowania z prac w postaci modyfikacji i dostosowania ZSDGiMZ,

2) nadanie rozdziałowi 1 ust. 3 załącznika nr 1 do s.i.w.z. - (załącznik nr 1 do Umowy) Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia następującej treści: „*W przypadku, gdy rozporządzenie, o którym mowa w ust. 2 pkt 5 nie zostanie wydane, Wykonawcę wiązać będzie projekt rozporządzenia w wersji udostępnionej przez Zamawiającego nie później niż 150 dni przed terminem wykonania Etapu Zarządczego nr 2.*”,

3) opisanie w treści s.i.w.z. pełnej dokumentacji projektu „*Zintegrowany System Informacji o Nieruchomościach. Etap I Działanie doraźne - projekt pilotażowy*”, w tym w zakresie funkcjonalności tego systemu, precyzyjne określenie jakie prace wykonano podczas realizacji rzeczzonego zamówienia, jakie zastosowano technologie, opisanie technologii i metodyki zastosowanej podczas budowy i wdrożenia tego systemu, w zakresie umożliwiającym wykonawcom ustalenie jakiego rodzaju prace i w jakim wymiarze powinny zostać wykonane przy realizacji zamówienia, poprzez udostępnienie dokumentacji powykonawczej, w tym projektu technicznego, opisu funkcjonalności, dokumentacji kodu źródłowego, dokumentacji opisującej sposób instalacji i konfiguracji oraz dokumentacji dotyczącej utrzymania,

4) opisanie w treści s.i.w.z. warunków licencjonowania oprogramowania wykonanego w ramach realizacji projektu „*Zintegrowany System Informacji o Nieruchomościach. Etap I Działanie doraźne - projekt pilotażowy*”, w szczególności poprzez udostępnienie umów licencyjnych, na podstawie których wykonawca będzie mógł korzystać z rozwiązań wdrożonych u Zamawiającego,

5) opisanie w treści s.i.w.z. dokumentacji systemu IPE, w tym w zakresie funkcjonalności tego systemu, precyzyjne określenie, jakie prace wykonano podczas realizacji rzeczzonego zamówienia, jakie zastosowano technologie, opisanie technologii i metodyki zastosowanej podczas budowy i wdrożenia tego systemu, w zakresie umożliwiającym wykonawcom ustalenie, jakiego rodzaju prace i w jakim wymiarze powinny zostać wykonane przy realizacji zamówienia, poprzez udostępnienie dokumentacji powykonawczej, w tym projektu technicznego, opisu funkcjonalności, dokumentacji kodu źródłowego, dokumentacji opisującej sposób instalacji i konfiguracji oraz dokumentacji dotyczącej utrzymania,

6) zmianę treści s.i.w.z., poprzez usunięcie rozdziału 9 SOPZ Wsparcie merytoryczne i techniczne Modułu ujawniania NSP oraz pozostałych zapisów s.i.w.z. dotyczących wskazanego w niniejszym punkcie zakresu prac,

7) określenie we wzorze umowy, iż umowa może być zmieniona w zakresie wynagrodzenia w przypadku, gdy po przeprowadzonej przez wykonawcę analizie infrastruktury sprzętowej zamawiającego wystąpi konieczność zmiany konfiguracji sprzętowej i programowej i wdrożenie i dostarczenie u zamawiającego brakującej infrastruktury sprzętowej u zamawiającego,

8) zmianę § 7 ust. 11 i 15 wzoru umowy poprzez usunięcie z ust. 11 wymogu uzyskania zgodny producenta oprogramowania standardowego na jego modyfikację i na wykreślenie ust. 15,

9) zmianę treści s.i.w.z. poprzez modyfikację rozdziału 8.1 SOPZ Administracja Techniczna poprzez określenie, w jakim wymiarze mają być świadczone Usługi Administracji Technicznej,

- ewentualnie o nakazanie zamawiającemu wykonania czynności unieważnienia postępowania w przypadku niemożności doprowadzenia zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia do zgodności z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, bowiem jest podmiotem uprawnionym i zdolnym do wykonania przedmiotowego zamówienia. Naruszające przepisy ustawy postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz s.i.w.z., utrudniają odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty. W konsekwencji, odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych przepisów ustawy, wynikającą z braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający dnia 8 marca 2013 roku przekazał pozostałym wykonawcom kopię odwołania przez zamieszczenie jej treści na stronie internetowej.

Dnia 11 marca 2013 roku do postępowania odwoławczego – po stronie odwołującego, przystąpienie zgłosił wykonawca GisPartner sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Zamawiający dnia 18 marca 2013 roku złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych oraz podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy

procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z okolicznością, iż zamawiający w dniu 18 marca 2013 roku, na podstawie przepisu art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, dokonał modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia – zamieszczając treść modyfikacji na swojej stronie internetowej oraz w związku ze stanowiskiem odwołującego złożonym na rozprawie, iż treść modyfikacji jest dla niego satysfakcjonująca, z wyłączeniem zarzutów sformułowanych w punktach 1 i 9 odwołania, w związku z czym wycofuje zarzuty określone w punktach od 2 do 8, Izba pozostawiła te zarzuty (jako wycofane), bez rozpoznania. Tym samym przedmiotem rozstrzygnięcia pozostały jedynie zarzuty Nr 1 i Nr 9 odwołania.

Izba wskazuje, że zasady udzielania zamówień publicznych - zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, podporządkowane są przede wszystkim celom ustawy Pzp, mianowicie mają zapewnić efektywne i gospodarne dysponowanie środkami publicznymi oraz zapewnienie dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. Zasady te w sposób ustawowy niejako ograniczają się wzajemnie tj. z jednej strony zamawiający tak winien ukształtować zapisy warunków udziału w postępowaniu, oraz opis przedmiotu zamówienia, aby w sposób nieuzasadniony nie ograniczać dostępu do ubiegania się o zamówienie publiczne. Z drugiej jednak strony winien kierować się zasadą optymalnego wydatkowania środków publicznych. Sprawia to, iż zamawiający, aby nie wpaść w pułapkę możliwego udzielenia zamówienia podmiotowi niezdolnemu do należytej realizacji zamówienia musi tak rozeźnić rynek potencjalnych wykonawców aby „dedykować” zamówienie podmiotom w pełni profesjonalnym w rozumieniu doświadczenia w realizacji podobnych zamówień pod względem celu, zakresu i wielkości.

Podsumowując, część ogólną, Izba wskazuje na orzeczenie Sądu Okręgowego w Gdańsku, który w wyroku z dnia z dnia 14 lipca 2011 r. sygn. XII Ga 314/11, wydanego w sprawie z zakresu zamówień publicznych wskazał: *„Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy.”*

Odnoszą się zaś szczegółowo, do każdego z zarzutów odwołania, Izba wskazuje, co następuje.

Zarzut Nr 1- Odwołujący wskazał, iż w rozdziale 5.11 SOPZ zamawiający wymaga, aby wykonawca w ramach realizacji Etapu Zarządczego nr 5 przeprowadził testy Zintegrowanego

Systemu Danych Georeferencyjnych i Mapy Zasadniczej pod względem dostosowania tego systemu do potrzeb ZSIN i w przypadku ustalenia niedostatecznego dostosowania tego systemu, dokonał jego stosownej modyfikacji.

Ponadto, zdaniem odwołującego umieszczone w załączniku nr 8 do SOPZ warunki techniczne ZSDGiMZ nie dają podstaw do właściwego oszacowania kosztów związanych z wykonaniem prac opisanych w rozdziale 5.11 SOPZ, polegających na wykonaniu testów ZSDGiMZ oraz modyfikacji ZSDGiMZ w celu dostosowania ZSDGiMZ do wymogów ZSIN. Warunki techniczne nie zawierają informacji o tym, jakie ostatecznie funkcjonalności posiada ZSDGiMZ, jakie zmiany wykonano podczas realizacji projektu, jakie zastosowano technologie oraz jaki jest wolumen danych, które w chwili obecnej są przetwarzane przez ZSDGiMZ. W ocenie odwołującego zamawiający nie dołączył do SOPZ żadnych dokumentów technicznych, które opisywałyby funkcjonalność, technologię lub metodykę zastosowaną podczas budowy i wdrożenia ZSDGiMZ. Fakt ten faworyzuje wykonawcę ZSDGiMZ, który jako jedyny podmiot posiada wiedzę na temat rzeczywistej pracochłonności związanej z ewentualnym dostosowaniem ZSDGiMZ do wymogów ZSIN i w związku z powyższym jako jedyny podmiot posiada możliwość złożenia rzetelnej oferty.

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego. Wskazać bowiem należy, że zamawiający dnia 18 marca 2013 roku dokonał modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, że dokonał w całej dokumentacji wyłączenia Etapu Technicznego nr 10 pn.: „Dostosowanie Zintegrowanego Systemu Danych Georeferencyjnych i Mapy Zasadniczej do wymagań ZSIN” z Etapu Zarządczego nr 5. Wszystkie zadania związane z dotychczasowym Etapem Technicznym nr 10 mające na celu testowanie, modyfikację i dostosowanie ZSDGiMZ do ZSIN zostaną zrealizowane w ramach nowego Etapu Zarządczego nr 10. Tym samym zamawiający nie uzależnił odbioru produktów Etapu Zarządczego nr 5 od wyników testów oprogramowania ZSDGiMZ. Zamawiający zmienił postanowienia w Rozdziale 5.11 „Dostosowanie Zintegrowanego Systemu Danych Georeferencyjnych i Mapy Zasadniczej do wymagań ZSIN” załącznika nr 1 do s.i.w.z. - (załącznik nr 1 do Umowy) Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia w zakresie informacji nt. gwarancji, licencjonowania i majątkowych praw autorskich do produktu oraz udostępnił dokumenty techniczne opisujące funkcjonalność, technologię, metodykę zastosowaną podczas budowy i wdrożenia ZSDGiMZ, w tym:

- 1) załącznik nr 9 do SOPZ - Dokumentacja techniczna ZSDGiMZ;
- 2) załącznik nr 10 do SOPZ - Warunki licencjonowania ZSDGiMZ.

Nadto zamawiający na rozprawie wskazał, że dokumentację, jaką posiada w całości udostępnił w ramach modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia i innej dokumentacji technicznej nie posiada. Dlatego też Izba stwierdziła, że niezasadnie odwołujący żąda udostępnienia dodatkowej dokumentacji. Skoro bowiem zamawiający

stwierdził, że takiej dokumentacji nie posiada, to nie można wymagać aby mógł ją udostępnić.

Izba podziela pogląd zamawiającego, iż odwołujący w tak ustalonym terminie i sposobie realizacji upatruje jedynie ułatwień organizacyjnych, nie zaś samej możliwości lub braku możliwości realizacji świadczenia. Ponadto, w zakresie możliwości prawidłowego oszacowania pracochłonności, przekładającego się na wartość oferty, żądanie usunięcia omawianego zadania z przedmiotu zamówienia - w kontekście przekazania wykonawcom dodatkowych danych - jest bezzasadne. Wskazać bowiem należy, iż jednym ze skutków zdobytej przez wykonawcę w ramach jego działalności wiedzy i doświadczenia jest zdobycie umiejętności, które ułatwiają takiemu wykonawcy prowadzenie działalności (realizowanie dostaw lub świadczenie usług). Powyższy element, stanowiący przypisaną do danego wykonawcy właściwość o charakterze podmiotowym, nie może przekładać się na poprawność czynności zamawiającego - szczególnie w przypadku, gdy odwołujący nie upatruje w tych czynnościach skutku w postaci braku możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia, lecz jedynie wskazuje na bliżej niesprecyzowane ułatwienia dla wykonawców, którzy dysponują pewnym doświadczeniem. *A contrario* z powyższego wywieść należy, iż po stronie odwołującego, wskutek braku doświadczenia z analizą dokumentacji przedmiotowego systemu, możemy mieć jedynie do czynienia z pewnego rodzaju utrudnieniami, wymagającymi jedynie, co do zasady, większego wysiłku organizacyjnego po jego stronie. Powyższe okoliczności mogą się przekładać jedynie na ekonomiczną wartość oferty, tj. na kalkulację ceny ofertowej przy uwzględnieniu wymaganego nakładu sił i środków celem realizacji świadczenia, są to jednak elementy ryzyka podlegające wycenie, które odwołujący winien wkalkulować w cenę oferty.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał również, iż poza dodatkowymi wymaganiami na etapie realizacji umowy, które mogą mieć wpływ na wysokość ceny, nie może on zrealizować świadczenia. Nie wykazał również, iż postanowienia te uniemożliwiają odwołującemu udział w przedmiotowym postępowaniu.

Zarzut Nr 9 - W rozdziale 8.1 SOPZ zamawiający określił zobowiązanie wykonawcy, z którego wynika, że wykonawca będzie zobowiązany, od rozpoczęcia Etapu Zarządczego 2 świadczyć usługi, których pracochłonność nie jest możliwa do rzetelnego oszacowania, ponieważ zamawiający zdefiniował zakres tych prac sformułowaniem: „*usługi wsparcia, w wymiarze, co najmniej pełnego etatu, w miejscu wskazanym przez Zamawiającego (GUGiK lub CODGiK).*”, co w ocenie odwołującego może oznaczać praktycznie nieograniczone wykorzystanie zasobów wykonawcy.

Izba wskazuje, że zamawiający, pismem z dnia 18 marca 2013 roku doprecyzował postanowienia Rozdziału 8.1 „Administracja Techniczna” załącznika nr 1 do s.i.w.z. -



(załącznik nr 1 do Umowy) Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia poprzez zastąpienie dotychczasowego brzmienia, nowym postanowieniem w brzmieniu: „Wykonawca zapewni Zamawiającemu wsparcie w zakresie bieżącej administracji ZSIN, Systemem IPE. W tym celu Wykonawca zobowiązany będzie świadczyć w Godzinach pracy CODGiK usługi wsparcia, w miejscu wskazanym przez Zamawiającego (GUGiK, CODGiK lub zaproponowanym przez Wykonawcę i zaakceptowanym przez Zamawiającego). Usługę Administracji Technicznej, o ile nigdzie nie zapisano inaczej, należy świadczyć od rozpoczęcia Etapu Zarządczego nr 2 do końca trwania Umowy. W przypadku miejsca wskazanego w GUGiK lub w CODGiK Zamawiający zobowiązuje się zapewnić stanowisko pracy niezbędne do świadczenia usług - bez sprzętu komputerowego oraz oprogramowania.”.

W ocenie Izby, odwołujący bezzasadnie wskazuje na niemożność dokonania prawidłowej wyceny skarżonego postanowienia. Izba zwraca uwagę, że to odwołujący wycenia przedmiot usługi, który będzie przedmiotem oferty i to odwołujący, jako profesjonalny wykonawca powinien wiedzieć ile czasu i jaki zakres osobowy konieczny jest w celu zagwarantowania prawidłowego realizowania przedmiotu zamówienia.

Ponadto Izba zwraca uwagę, że nie każde zamówienie musi charakteryzować się prostotą i łatwością w jego realizowaniu. Niektóre zamówienia wymuszają na wykonawcach specjalnego zorganizowania procesu inwestycyjnego zorientowanego na podjęcia zwiększonego ryzyka, jego prawidłowej oceny i wyceny, powodującego przyjęcie takich elementów, które zamawiający podał i opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia właśnie z takim zamówieniem. Skoro zatem odwołujący ma możliwość złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu, co odwołujący potwierdził na rozprawie, a pozostaje do rozstrzygnięcia jedynie kwestia wyceny świadczonych usług, to ryzyko prawidłowej wyceny tych usług, jako ryzyka oczywistego, związanego z udziałem w procesie udzielania zamówienia publicznego, pozostaje po stronie odwołującego.

W ocenie Izby zamawiający, w przedstawionej dokumentacji przetargowej wskazał, jakiego typu ryzyka należy wycenić w ofercie. Fakt, że odwołujący chciałby zminimalizować to ryzyko, nie może stanowić podstawy do uwzględnienia zarzutów odwołania. To odwołujący, jako profesjonalista w realizowaniu tego typu zamówień, powinien rzetelnie, przy uwzględnieniu wszystkich istotnych elementów zamówienia, wycenić przedmiot usługi. Z dokumentacji postępowania wynika, że odwołujący takiej wyceny może dokonać.

W związku z tym, że nie potwierdził się żaden ze stawianych zarzutów, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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).

**Przewodniczący:** .....