

Sygn. akt KIO 2162/20

WYROK
z dnia 5 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **GISPartner Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Długosza 60, 51-162 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Państwowy Instytut Geologiczny – Państwowy Instytut Badawczy, ul. Rakowiecka 4, 00-975 Warszawa**

przy udziale:

- A) wykonawcy **SmallGIS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Wadowicka 8a, 30-415 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 2162/20 po stronie **zamawiającego**;
- B) wykonawcy **Wrocławski Instytut Zastosowań Informatyki i Sztucznej Inteligencji Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. C. K. Norwida 9/2, 50-374 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 2162/20 po stronie **zamawiającego**.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **GISPartner Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Długosza 60, 51-162 Wrocław**

i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **GISPartner Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Długosza 60, 51-162 Wrocław** 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Państwowy Instytut Geologiczny – Państwowy Instytut Badawczy, ul. Rakowiecka 4, 00-975 Warszawa wszczął postępowanie na usługi w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Opracowanie i wdrożenie środowiska informatycznego do harmonizacji zbiorów danych przestrzennych wybranych tematów INSPIRE wraz ze wsparciem środowiska informatycznego do harmonizacji zbiorów danych przestrzennych oraz z asystą techniczną«.

24.06.2020 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nrem 2020/S 120-292130.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

21.08.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy SmallGIS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

31.08.2020 r. wykonawca GISPartner Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Długosza 60, 51-162 Wrocław [dalej odwołujący], zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie wobec:

- 1) wyboru przez zamawiającego oferty wykonawcy SmallGIS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Wadowicka 8a, 30-415 Kraków [dalej wykonawca SG lub przystępujący SG], jako najkorzystniejszej;
- 2) zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy SG;
- 3) zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy SG;
- 4) odmowy przez zamawiającego udostępnienia części dokumentów i informacji przedstawionych w postępowaniu przez wykonawcę SG;
- 5) odmowy przez zamawiającego udostępnienia części dokumentów i informacji przedstawionych w postępowaniu przez wykonawcę Wrocławski Instytut Zastosowań Informacji Przestrzennej i Sztucznej Inteligencji Sp. z o.o. [dalej wykonawca WI].

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp wobec nieuprawnionego odstąpienia od wykluczenia wykonawcy SG z postępowania i odstąpienia od odrzucenia oferty wykonawcy SG, w sytuacji, gdy wykonawca SG nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wobec odstąpienia od odrzucenia oferty wykonawcy SG w sytuacji, gdy oferta wskazanego wykonawcy zawierała rażąco niską cenę w rozumieniu przywołanego przepisu;
- 3) art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wobec odmowy udostępnienia części informacji i dokumentów złożonych przez wykonawców SG i wykonawcy WI, w sytuacji niewykazania, że zastrzegane przez ww. wykonawców, a nieudostępnione odwołującemu informacje, w całości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 4) art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wykluczenia z postępowania wykonawcy SG i odrzucenia oferty wykonawcy SG ewentualnie wezwanie wykonawcę SG do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 4) udostępnienie odwołującemu dokumentów i informacji złożonych w postępowaniu przez wykonawcę WI, w tym w szczególności wyjaśnień wykonawcy WI dotyczących rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy WI;
- 5) dokonanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego

Interes odwołującego

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy postępowanie, ponieważ złożył prawidłowo przygotowaną ofertę, która w świetle przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny może być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący może też ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów Pzp, ponieważ zaniechanie wykluczenia wykonawcy SG i odrzucenia oferty wykonawcy SG oraz odmowa udostępnienia informacji pozbawiła odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych

przepisów Pzp albowiem niezgodne z przepisami ustawy czynności lub zaniechania zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie zamówienia przez odwołującego w ramach postępowania.

Biorąc pod uwagę orzecznictwo KIO odwołujący wskazał, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, niezależnie ód faktu, że oferta odwołującego została sklasyfikowana na czwartym miejscu w rankingu ofert – z uwagi na zastosowanie procedury odwróconej przez zamawiającego odwołujący będzie miał potencjalnie możliwość uzyskania zamówienia.

W przypadku uwzględnienia odwołania przy ponownym badaniu ofert, odwołujący miałby szansę podnoszenia zarzutów wobec wyłonionego wykonawcy. Następnie w wyniku potwierdzenia zarzutów, czyli w przypadku kolejnego badania i oceny ofert przez zamawiającego, odwołujący miałby możliwość uzyskania zamówienia, gdyby to jego oferta uznana została za najkorzystniejszą.

Nie ma znaczenia, że odwołujący w celu uzyskania zamówienia musiałby złożyć kilka odwołań. W ocenie KIO przedstawionej w wyroku z dnia 10 grudnia 2018 r. (KIO 2446/19) cyt.: „(...) bez względu na to ile razy odwołujący musiałby złożyć odwołanie (co jest jego niekwestionowanym uprawnieniem) w dalszym ciągu posiada realne szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby, w przypadku procedury odwróconej interes we wniesieniu odwołania wobec wyboru najkorzystniejszej oferty posiada każdy z wykonawców sklasyfikowanych w rankingu ofert”.

Termin wniesienia odwołania

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało opublikowane 21.08.2020 r., zatem odwołanie wnoszone jest w terminie, zgodnie z treścią art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp.

1. Niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę SG

Zgodnie z rozdz. VI ust. 6.2 pkt 6.2.1.1 SIWZ zamawiający w zakresie „zdolności technicznej lub zawodowej” oczekiwał, że wykonawca wykaże się, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej jedną (1) zrealizowaną i odebraną usługę, obejmującą swoim zakresem wytworzenie, dostarczenie, zainstalowanie, skonfigurowanie i wdrożenie narzędzi harmonizacji i publikacji zbiorów danych przestrzennych za pomocą usług danych przestrzennych, dla przynajmniej jednego tematu INSPIRE, zgodnie z wymaganiami INSPIRE o wartości nie mniejszej niż 1 200 000,00 zł brutto.

Na potrzeby potwierdzenia spełniania tego warunku udziału w postępowaniu wykonawca SG przedstawił Wykaz usług, zawierający trzy usługi zrealizowane dla:

- 1) Skarbu Państwa – Ministerstwa Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej;

- 2) Urzędu Marszałkowskiego Województwa Warmińsko-Mazurskiego;
- 3) Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii.

W ocenie odwołującego żadna z usług wykazywanych na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt 6.2.1.1 SIWZ przez wykonawcę SG nie spełnia stawianych warunków udziału w postępowaniu.

Ad 1 – Usługa zrealizowana dla Skarbu Państwa – Ministerstwa Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej

Jako wymagane doświadczenie niezbędne w ubieganiu się o realizację zamówienia, wykonawca SG wskazywał, że w ramach realizacji systemu SIPAM wykonawca SG wykonał usługę wyszukiwania, usługi przeglądania, usługi pobierania zharmonizowanych zbiorów danych przestrzennych, w tym predefiniowaną usługę ATOM, dla tematu INSPIRE Hydrografia, Warunki oceanograficzno-geograficzne, Obszary morskie – zgodnie z wymaganiami INSPIRE. Przeprowadzona przez odwołującego weryfikacja usług i metadanych wykonanych w ramach realizacji zamówienia i dostępnych na portalu systemu <https://sipam.gov.pl/> wykazała niezgodność z wymaganiami zdefiniowanymi w rozporządzeniach wykonawczych do Dyrektywy INSPIRE oraz wytycznych technicznych Komisji Europejskiej, co w szczególności dotyczy wymaganej usługi ATOM. Tym samym nie można uznać, że wykazywana usługa spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 6.2.1.1 SIWZ. Dodatkowo – w ocenie odwołującego – wykonawca SG nie wykazał, że wskazana usługa została zrealizowana należycie, nie przedstawiając w tym zakresie stosownych dowodów.

W szczególności tego typu dowodem nie mogą być złożone przez wykonawcę SG zestawienie dokumentów sprzedaży (faktur VAT) i potwierdzenia płatności. Jednocześnie w treści wykazu usług wykonawca SG wskazywał, że usługa realizowana dla Skarbu Państwa – Ministerstwa Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej wykonywana była do 24.06.2020 r., natomiast złożony protokół odbioru przedmiotu zamówienia (zadanie nr 3) opatrzony jest datą 24.02.2020 r., tym samym wskazane dokumenty nie potwierdzają należytego wykonania przedmiotowej usługi.

Ad 2 – Usługa zrealizowana dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Warmińsko-Mazurskiego

Odwołujący wskazuje, że usługa wykazywana przez wykonawcę SG, realizowana była na rzecz Województwa Warmińsko-Mazurskiego w ramach zamówienia pod nazwą „Budowa Warmińsko-Mazurskiej platformy GIS dla przedsiębiorstw” przez wykonawcę SG, jako członka konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wspólnie z wykonawcą Geoinvent S.A. [dalej wykonawca GEO]. Biorąc pod uwagę ugruntowane poglądy doktryny i orzecznictwa – wykonawca SG miałby możliwość wykazywania się zdolnościami technicznymi lub zawodowymi zdobytymi w konsorcjum

jedynie w przypadku wykazania, że wykonawca SG zrealizował jako członek konsorcjum część zamówienia istotną dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu – i tak:

- 1) wykonawca SG nie wykazał, że zrealizował jako członek konsorcjum część ww. zamówienia obejmującą istotne z punktu widzenia postępowania czynności obejmujące: wytworzenie, dostarczenie, zainstalowanie, skonfigurowanie i wdrożenie narzędzi harmonizacji i publikacji zbiorów danych przestrzennych za pomocą usług danych przestrzennych, dla przynajmniej jednego tematu INSPIRE, zgodnie z wymaganiami INSPIRE;
- 2) wykonawca SG nie wykazał, że wartość prac zrealizowanych przez wykonawcę SG lub przypisanych wykonawcy SG, jako członkowi konsorcjum z wykonawcą GEO była nie mniejsza niż 1 200 000,00 zł brutto, biorąc pod uwagę, że cena brutto całej oferty konsorcjum (SG i GEO) wyniosła 1 574 400,00 zł brutto.

Odwołujący sygnalizuje jednocześnie, że po analizie opisu przedmiotu ww. zamówienia w części wskazanej przez wykonawcę SG odwołujący nie stwierdził w jakiegokolwiek części wskazanego zamówienia, aby przedmiot tego zamówienia obejmował harmonizację i publikację danych zgodnie z wymaganiami INSPIRE, w szczególności w temacie Adresy, który wskazuje wykonawca SG.

Odwołujący wskazuje dodatkowo, że ww. zamówienie, w części obejmującej „wytworzenie, dostarczenie, zainstalowanie, skonfigurowanie i wdrożenie narzędzi harmonizacji i publikacji zbiorów danych przestrzennych za pomocą usług danych przestrzennych dla przynajmniej jednego tematu INSPIRE, zgodnie z wymaganiami INSPIRE” zostało wykonane wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a mianowicie w 2013 r. (zgodnie z projektem umowy dla przedmiotowego postępowania wykonanie zamówienia miało zakończyć się 31.05.2013 r.), natomiast po 2013 r. – do wskazywanego przez wykonawcę SG – 27.02.2017 r. ww. zamówienie nie było już realizowane, lecz był to upływ terminu gwarancji i wsparcia technicznego udzielonych przez wykonawcę SG – tym samym nie może być mowy o tym, aby usługa obejmująca „wytworzenie, dostarczenie, zainstalowanie, skonfigurowanie i wdrożenie narzędzi harmonizacji i publikacji zbiorów danych przestrzennych za pomocą usług danych przestrzennych, dla przynajmniej jednego tematu INSPIRE, zgodnie z wymaganiami INSPIRE” została wykonana w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

Ad 3 – Usługa zrealizowana dla Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii

Jako wymagane doświadczenie niezbędne w ubieganiu się o realizację zamówienia, wykonawca SG przedstawił usługę realizowaną na rzecz Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii, która wedle twierdzeń wykonawcy SG obejmować miała swoim zakresem wytworzenie, dostarczenie, zainstalowanie, skonfigurowanie i wdrożenie narzędzi

harmonizacji i publikacji zbiorów danych przestrzennych za pomocą usług danych przestrzennych, dla tematu INSPIRE Jednostki administracyjne, Adresy, zgodnie z wymaganiami INSPIRE.

Z dokumentu zawierającego referencje, przedstawionego przez wykonawcę SG na potwierdzenie realizacji powyższych prac, jak również wedle wiedzy odwołującego wynika, że w ramach wskazanego zamówienia wykonawca SG wykonał rozbudowę Systemu Zarządzania Państwowym Rejestrem Granic oraz Aplikacji EMUIA. Wskazana usługa, wykazywana przez wykonawcę SG na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu nie obejmowała harmonizacji i publikacji danych zgodnie z wymaganiami INSPIRE, gdyż ten zakres był przez Główny Urząd Geodezji i Kartografii zlecany w ramach oddzielnych zamówień realizowanych przez odwołującego (oraz spółkę z grupy kapitałowej odwołującego GeoTechnologies sp. z o.o.).

Biorąc pod uwagę powyższe rzeczona usługa nie spełnia wymogów postawionych w pkt 6.2.1.1 SIWZ. Wyżej opisana usługa (ad 1) zrealizowana przez wykonawcę SG dla Skarbu Państwa – Ministerstwa Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej, przedstawiona została przez wykonawcę SG na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 6.2.1.2 SIWZ. nie spełnia warunków stawianych przez zamawiającego w SIWZ – argumenty przedstawione powyżej zachowują w pełni aktualność: niezgodność z wymaganiami zdefiniowanymi w rozporządzeniach wykonawczych do Dyrektywy INSPIRE oraz wytycznych technicznych Komisji Europejskiej, co w szczególności dotyczy wymaganej usługi ATOM.

Tym samym nie można uznać, że wykazywana usługa spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 6.2.1.2 SIWZ. Dodatkowo wykonawca SG, nie wykazał, że wskazana usługa została zrealizowana należycie, nie przedstawiając w tym zakresie stosownych dowodów. W szczególności tego typu dowodem nie mogą być złożone przez wykonawcę SG zestawienie dokumentów sprzedaży (faktury VAT) i potwierdzenia płatności.

Jednocześnie w treści wykazu usług wykonawca SG wskazywał, że usługa realizowana dla Skarbu Państwa – Ministerstwa Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej wykonywana była do 24.06.2020 r., natomiast złożony protokół odbioru przedmiotu zamówienia (zadanie trzecie) opatrzony jest datą 24.02.2020 r., tym samym wskazane dokumenty nie potwierdzają należytego wykonania przedmiotowej Usługi.

2. Rażąco niska cena oferty wykonawcy SG

Odwołujący wskazuje, że oferta złożona przez wykonawcę SG zawiera rażąco niską cenę w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. W wyjaśnieniach dotyczących kalkulacji cenowej wykonawca SG starał się wykazać, że dysponuje wiedzą i gotowymi rozwiązaniami wypracowanymi w ramach zrealizowanych już projektów, które są tożsame z wymaganym i

usługami dla przedmiotowego postępowania, które to postępowanie z powodzeniem można zaimplementować, zmniejszając przy tym radykalnie liczbę roboczogodzin przewidzianych na realizację zamówienia.

Wykonawca SG wykazuje, że jego doświadczenie w zakresie harmonizacji i publikacji danych INSPIRE wynika przede wszystkim z prac realizowanych w ramach projektu „Dostawa i wdrożenie Komponentu aplikacyjnego umożliwiającego udostępnianie danych przestrzennych Miejskiego Systemu Informacji Przestrzennej Urzędu Miejskiego w Gliwicach do pobierania przez usługę Web Feature Service (WFS)”. Zdaniem wykonawcy SG w ramach jego realizacji wykonano harmonizację i publikację danych planowania przestrzennego, w modelu zgodnym z INSPIRE Planowanie przestrzenne. Weryfikacja usług pobierania WFS wykonanych w ramach wskazanego zamówienia i udostępnianych przez Miasto Gliwice wykazała ich niezgodność z wymaganiami zdefiniowanymi w rozporządzeniach wykonawczych do Dyrektywy INSPIRE oraz wytycznych technicznych Komisji Europejskiej, co świadczy o tym, że wykonawca SG w istocie nie dysponuje rozwiązaniem możliwym do wykorzystania przy realizacji zamówienia.

Drugim istotnym projektem, na który powołuje się wykonawca SG, to System Informacji Przestrzennej Administracji Morskiej (SIPAM). Również i w tym przypadku zharmonizowane i udostępniane przez usługi WMS, WFS i ATOM dane, jak również same usługi nie są zgodne z wymaganiami INSPIRE.

Mając powyższe na uwadze trudno w takim przypadku mówić, że wykonawca SG dysponuje wiedzą i gotowymi rozwiązaniami pozwalającymi na ich zastosowanie w ramach realizacji zamówienia, tym bardziej, że w przedmiotowym zakresie związanym z geologią wykonawca SG nie wykazał się posiadanym doświadczeniem.

Odwołujący dodatkowo wskazuje, że wdrożenie wymagań dyrektywy INSPIRE jest przedsięwzięciem kompleksowym i wymagającym zespołu specjalistów z szerokiego zakresu. Dla realizacji zamówienia niezbędne jest dysponowanie grupą wysoko wykwalifikowanych i doświadczonych ekspertów, posiadających wiedzę ekspercką w przedmiotowo istotnej dziedzinie (w analizowanym przypadku: geologii) oraz ekspertów technicznych z zakresu przekształcania danych oraz ich publikacji za pośrednictwem usług sieciowych OGC.

Wymagana też jest szczegółowa wiedza w zakresie formalnych i technicznych wymagań KE oraz danych przestrzennych. Jak jest to trudny i skomplikowany proces może świadczyć fakt, że pomimo 10 lat od wejścia w życie Dyrektywy INSPIRE żaden kraj europejski nie zrealizował wszystkich jej wymagań.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie odwołującego, cena ofertowa zaproponowana przez wykonawcę SG jest rażąco niska i nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia przez wykonawcę SG.

Finalnie odwołujący wskazuje, że sam wykonawca SG przedstawiając szacunkową wartość zamówienia określił ją na kwotę 2.460.000,00 zł brutto, w przedmiotowym postępowaniu składając ofertę istotnie niższą – na kwotę 736 770,00 zł brutto.

3. Odmowa udostępnienia informacji i dokumentów przedstawionych przez złożonych w postępowaniu przez wykonawców SG i Wrocławski Instytut Zastosowań Informatyki Przestrzennej i Sztucznej Inteligencji Sp. z o.o.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 8 ust 3 Pzp zamawiający nie ujawnia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca:

- 1) nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane;
- 2) wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie odwołującego wykonawca WI co do wyjaśnień składanych 28.07.2020 r., a dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny nie spełnił pierwszego ani drugiego wymogu.

Co istotne wykonawca WI powinien dokonać zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert – co istotne wykonawca WI dokonał zastrzeżenia informacji dotyczących wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny dopiero w piśmie z 28.07.2020 r. czyli po upływie terminu składania ofert, co już tylko wyklucza możliwość skutecznego ich zastrzeżenia na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp.

Dodatkowo wykonawca WI nie wykazał w postępowaniu, że informacje zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa tego typu charakter mają – co już tylko wyklucza zasadność odmowy przedstawienia przez zamawiającego odwołującemu dokumentów i informacji, w tym. w szczególności wyjaśnień złożonych przez wykonawcę WI dotyczących rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy WI.

Poprzestanie przez wykonawcę WI w piśmie z 28.07.2020 r. na przedstawieniu szeregu twierdzeń dotyczących rzekomego charakteru informacji zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa nie stanowi „wykazania” – w rozumieniu art. 8 ust. 3 Pzp – charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności twierdzenia przedstawione w piśmie z 28.07.2020 r. nie są poparte jakimikolwiek dowodami – co już tylko uzasadnia udostępnienie odwołującemu dokumentów i informacji złożonych w toku postępowania przez wykonawcę WI, bo nie zostały one skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp.

Podobnie wykonawca SG nie wykazał przed upływem terminu składania ofert, że zastrzegane informacje (w tym np. wykaz osób, czy też wykaz usług w części niejawniej,

wraz z dokumentami) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podobnie twierdzenia wykonawcy SG dotyczące charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostały „wykazane” w rozumieniu art. 8 ust. 3 Pzp, co uzasadnia ujawnienie odwołującemu zastrzeganych przez wykonawcę SG informacji dotyczących wykazu osób i wykazu usług – z przyczyn opisanych powyżej w odniesieniu do wykonawcy WI.

Z tych przyczyn odwołanie uznać należy za w pełni uzasadnione.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 31.08.2020 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 1.09.2020 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

04.09.2020 r. wykonawca SmallGIS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopię przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

04.09.2020 r. wykonawca Wrocławski Instytut Zastosowań Informatyki i Sztucznej Inteligencji Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopię przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający nie zgłosił opozycji przeciw przystąpieniu innego wykonawcy do czasu otwarcia rozprawy 2.10.2020 r. (art. 185 ust. 4 Pzp).

Odwołujący nie zgłosił opozycji przeciw przystąpieniu innego wykonawcy do czasu otwarcia rozprawy 2.10.2020 r. (art. 185 ust. 4 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 1.10.2020 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Ponadto 2.10.2020 r. przystępujący SG wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo procesowe przystępującego wnioskujące o oddalenie odwołania.

Również 2.10.2020 r. odwołujący wniósł pismo procesowe odwołującego z listą elementów, które uległy rozszerzeniu w ostatecznym opisie przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu w stosunku do opisu wstępnego sporządzonego na etapie szacowania wartości zamówienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

- A) odwołującego:
 - 1) dowód DO-1 – opinia eksperta p. dra T. N. z 2.10.2020 r. – na wykazanie, że do wykonania części zadania pierwszego potrzeba 1200-1500 roboczo-godzin, czyli około 150 do 190 roboczodni za tylko opracowanie metodyki harmonizacji;
 - 2) dowód DO-2A i DO-2B – umowę Ministerstwa Klimatu z 2020 r. i zapytanie ofertowe Ministerstwa Klimatu na wykazanie, że podobne prace są wyceniane na 185 zł w § 11 umowy, gdyż są to prace wysokiej klasy specjalistów, ekspertów, co pominął Przystępujący SG; dowód ten mówi jakie są rynkowe stawki dla tego typu fachowców;
- B) zamawiającego:

3 i 4) dowód DZ-1 i DZ-2 – wymiana korespondencji z p. K. R., kierownikiem projektu SIPAM (odnośnie potwierdzenia właściwego wykonania projektu przez przystępującego SG i podobieństwa tego projektu do rozpoznawanego zamówienia).

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp – wobec nieuprawnionego odstąpienia od wykluczenia wykonawcy SG z postępowania i odstąpienia od odrzucenia oferty wykonawcy SG, w sytuacji, gdy wykonawca SG nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [...] wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia«, a art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert«.

Rozpoznając zarzut pierwszy zaniechania wykluczenia wykonawcy SG z postępowania zamówieniowego i zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy SG Izba stwierdza, że zamawiający wyspecyfikował warunek oddziały w postępowaniu w kwestii »zdolności technicznej lub zawodowej« w ust. 6.2 SIWZ. W postanowieniach pkt 6.2.1.1, pkt 6.2.1.2 i pkt 6.2.1.3 SIWZ zamawiający wymagał wykazania wykonania co najmniej jednej zrealizowanej i odebranej usługi określonego rodzaju w ciągu 5 lat przed upływem terminu składania ofert. Przy czym na końcu ust. 6.2 SIWZ zamawiający wskazał, że wykonawca »może się wykazać tym samym doświadczeniem (wskazać tę samą usługę bądź usługi), pod warunkiem, że spełniają warunki określone w pkt 6.2.1 SIWZ«. Zamawiający mógł więc przyjąć i przyjął, że złożony przez wykonawcę SG protokół odbioru przedmiotu zamówienia z 24.02.2020 r. dotyczący podobnego rodzaju usługi potwierdzający odbiór zadania przez stwierdzenie »brak uwag« jest wystarczającym dowodem na wykazanie spełnienia warunków wskazanych w postanowieniach pkt 6.2.1.1, pkt 6.2.1.2 i pkt 6.2.1.3 SIWZ. Dodatkowo wykonawca SG dołączył potwierdzenia realizacji płatności wraz z zestawieniem faktur, co uprawniało zamawiającego do zaliczenia wykonawcy SG spełniania wymaganych warunków zgodnie z postanowieniami SIWZ. Wobec stwierdzenia przez zamawiającego, że wykonawca SG wykazał spełnienie warunku »zdolności technicznej lub zawodowej« zgodnie z postanowieniami SIWZ – zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy SG z postępowania i nie wykluczył wykonawcy SG z postępowania, a więc właściwie zamawiający nie zastosował art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Zamawiający również w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie powołał się na wykaz usług złożony przez wykonawcę SG wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tych usług.

Ponadto Izba stwierdza, że rozpoznawane postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, a do tego trybu nie można stosować przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, gdyż przepis ten można stosować tylko w postępowaniach wieloetapowych, w których najpierw następuje etap wyboru wykonawców i wykluczenia wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, a następnie dopiero wykonawców spełniających te warunki zamawiający zapraszają do dalszych czynności w postępowaniu, a zwłaszcza do składania ofert.

Wobec powyższego nie Izba może przychylić się do zarzutu pierwszego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W ocenie Izby zarzut drugi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SG w sytuacji, gdy oferta wskazanego wykonawcy zawierała rażąco niską cenę w rozumieniu przywołanego przepisu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SG na podstawie art. 84 ust. 1 pkt 4 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia«. Jednak odwołujący nie wziął pod uwagę, że wykonawca SG tłumacząc zamawiającemu zaoferowany niski poziom ceny wskazał na szczególne doświadczenie i wykonanie nie tylko dwóch usług wskazanych w odwołaniu, ale wykonawca SG przywołał również znacznie większe doświadczenie (m.in. Budowa Warmińsko-Mazurskiej Platformy GIS dla przedsiębiorców czy Systemy GIS dla Parków Narodowych), które to doświadczenie wykonawca SG będzie wykorzystywał podczas wykonywania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący nie wziął także pod uwagę, że w przedmiocie zamówienia rozpoznawanego postępowania jest usługa przetwarzania danych, a nie doradztwo (dowody DO-2A i DO-2B), czyli są tu wymagane inne specjalności, także specjalności inaczej opłacane. Dlatego dowód nie może zostać uwzględniony. Także opiniodawca w dowodzie DO-1 odniósł się w swojej opinii do sprawy zbyt ogólnie i nie wziął pod uwagę, że zamawiający ma obowiązek współpracować z wykonawcą podczas realizacji zamówienia, co wynika zwłaszcza z art. 354 § 2 i 640 Kodeksu cywilnego [w związku z art. 139 ust. 1 Pzp], a nie ma podstaw, aby stwierdzić, że zamawiający zleca w SIWZ większy zakres wykonania zamówienia i będzie się uchylać od wypełnienia obowiązków współpracy podczas spełniania świadczenia. Dlatego pracochłonność i niezbędne kompetencje do wykonania zamówienia uwzględnione przez opiniodawcę nie mogą być w pełni uznane za miarodajne przy rozpoznawaniu odwołania.

Przepis art. 139 ust. 1 Pzp brzmi »Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej«, przepis art. 354 Kc brzmi »[§ 1.] Dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. [§ 2.] W taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel.« a przepis art. 640 Kc brzmi »Jeżeli do wykonania dzieła potrzebne jest współdziałanie zamawiającego, a tego współdziałania brak, przyjmujący zamówienie może wyznaczyć zamawiającemu odpowiedni termin z zagrożeniem, iż po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy«.

Także odwołujący nie wziął pod uwagę, że wykonawcy (w tym wykonawca SG) wyceniając wstępnie wartość zamówienia odnosili się do znacznie ogólniej zarysowanego przedmiotu zapytania, a dopiero wskazali ostateczne ceny odnosząc się do sprecyzowanego przedmiotu zamówienia w SIWZ. Dlatego zamawiający nie może opierać się wyłącznie na około trzykrotnej różnicy w cenie i w oszacowaniu nawet przez tego samego wykonawcę SG, ale zamawiający musi rozważyć wszystkie okoliczności, a w tym również wpływ czasu między oszacowaniem a wycenieniem oferty czy tłumaczenia wykonawcy SG zaoferowanej wysokości ceny, które wykonawca SG złożył zamawiającemu 28.07.2020 r, a także poziom cen innych ofert złożonych w postępowaniu.

Wobec powyższej argumentacji Izba nie może przychylić się do zarzutu drugiego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W ocenie Izby zarzut trzeci naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – wobec odmowy udostępnienia części informacji i dokumentów złożonych przez wykonawców SG i wykonawcy WI, w sytuacji niewykazania, że zastrzegane przez ww. wykonawców, a niedostępne odwołującemu informacje, w całości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że wykonawcy – zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp – składając zamawiającemu dokumenty, które stanowiły dla wykonawców tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegali jednocześnie, że dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto wykonawcy złożyli dowody oraz wykazali jakie skutki może dla nich spowodować ujawnienie zastrzeżonych informacji. Przepis art. 8 ust. 3 Pzp brzmi »Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca

nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu», a przepis art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649) brzmi »Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności«.

Izba musi podkreślić, że w systemie zamówień publicznych utrwaliło się orzecznictwo, że do dokumentów składanych zamawiającemu przez wykonawców po upływie terminu składania ofert należy również stosować przepisy o tajemnicy przedsiębiorstwa, o ile wykonawca nie później niż w terminie składania tych dokumentów, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W rozpoznawanym postępowaniu takie odpowiednie zastrzeżenia były złożone w odpowiednich terminach, a więc zamawiający nie miał uprawnień, aby ujawnić zastrzeżone dokumenty i w rzeczywistości zamawiający nie ujawnił zastrzeżonych dokumentów.

Dlatego Izba nie może uwzględnić również zarzutu trzeciego naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby, zarzut czwarty naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący postawił tylko zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ale niczym tego nie nawet nie próbował uzasadnić. Również pozostałe zarzuty odwołującego nie potwierdziły się w związku z tym zarzut czwarty naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp oraz całe odwołanie muszą zostać oddalone przez Izbę.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: