

WYROK

z dnia 22 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Ernest Klauziński
Jolanta Markowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie 17 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych 16 listopada 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców:

A.Sygnity S.A z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2994/20)

B.wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: IGEKA – Usługi geodezyjne i informatyczne, D. J., Stary Sącz, UNIMAP D. M., Katowice, UNIMAP J. B., Katowice – wspólnicy spółki cywilnej, Przedsiębiorstw Geodezyjno-Kartograficzne Vertical sp. z o.o. z siedzibą w Żorach, B. B. GEOMATYKA-KRAKÓW, Kraków M. K. GEOMATYKA-KRAKÓW, Kraków, J. Ł. GEOMATYKA-KRAKÓW, Kraków, S. Ł. GEOMATYKA-KRAKÓW, Kraków, G. M. GEOMATYKA KRAKÓW, Kraków, J. R. GEOMATYKA KRAKÓW, Kraków – wspólnicy spółki cywilnej GEOMATYKA KRAKÓW (sygn. akt 3001/20)

w postępowaniu pn. *Modernizacja i rozbudowa TIK – e-usługi i szkolenia oraz modernizacja i rozwój treści cyfrowych w ramach projektu pn.: „Podniesienie jakości treści cyfrowych oraz rozwój opartych na nich e-usług w zakresie rejestrów publicznych – geodezyjnych baz danych Miasta Zabrze”* (nr referencyjny BZP.271.14.2020.MK)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Zabrze**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego:

A.Sygnity S.A z siedzibą w Warszawie – po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 3001/20

B.wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: IGEKA – Usługi geodezyjne i informatyczne, D. J., Stary Sącz, UNIMAP D. M., Katowice, UNIMAP J. B., Katowice – wspólnicy spółki cywilnej, Przedsiębiorstw Geodezyjno-Kartograficzne Vertical sp. z o.o. z siedzibą w Żorach, B. B. GEOMATYKA-KRAKÓW, Kraków M. K. GEOMATYKA-KRAKÓW, Kraków, J. Ł. GEOMATYKA-KRAKÓW, Kraków, S. Ł. GEOMATYKA-KRAKÓW, Kraków, G. M. GEOMATYKA KRAKÓW, Kraków, J. R. GEOMATYKA KRAKÓW, Kraków – wspólnicy spółki cywilnej GEOMATYKA KRAKÓW – po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt 2994/20

C.wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 19E sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Systherm Info sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2994/20 i w sprawie o sygn. akt KIO 3001/20

orzeka:

- 1.Odrzuca odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3001/20 w zakresie dotyczącym zarzutu rażąco niskiej ceny oferty złożonej wspólnie przez 19E sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Systherm Info sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.
- 2.Uwzględnia odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a przy powtarzaniu czynności w prowadzonym postępowaniu – wykluczenie 19E sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Systherm Info sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wspólnie ubiegających się o udzielenie tego zamówienia jako wykonawców, którzy w sposób zamierzony wprowadzili Zamawiającego w błąd co do spełniania warunku udziału, o którym mowa w pkt 5.2.1. lit. A) ppkt 1.6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przez usługę opisaną w poz. 3. wykazu wykonanych usług i załączone dla niej referencje z 5 czerwca 2020 r., a tym samym przedstawili Zamawiającemu w tym zakresie informacje wprowadzające w błąd, które miały znaczenie dla oceny spełniania tego warunku udziału w postępowaniu.
- 3.Oddala odwołania w pozostałym zakresie.
- 4.Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2994/20 obciąża Odwołującego w 4/5 a Zamawiającego w 1/5 i:
 - 1)zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2)zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3000 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) – stanowiącą 1/5 kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania.
- 5.Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 3001/20 obciąża Odwołującego w 4/5 a Zamawiającego w 1/5 i:
 - 3)zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 4)zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3720 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset dwadzieścia złotych zero groszy) – stanowiącą 1/5 kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

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 niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Uzasadnienie

{KIO 2994/20, KIO 3001/20}

Miasto Zabrze {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Modernizacja i rozbudowa TIK – e-usługi i szkolenia oraz modernizacja i rozwój treści cyfrowych w ramach projektu pn.: „Podniesienie jakości treści cyfrowych oraz rozwój opartych na nich e-usług w zakresie rejestrów publicznych – geodezyjnych baz danych Miasta Zabrze”* (nr referencyjny BZP.271.14.2020.MK).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 26 marca 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_061 pod poz. 145846.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

6 listopada 2020 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez 19E sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Systherm Info sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu {dalej łącznie zwanych „Konsorcjum 19E”}.

{KIO 2994/20}

16 listopada 2020 r. Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Sygnity” „Odwołujący” lub „Odwołujący Sygnity”} wniosła w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od: zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum 19E, zaniechania odrzucenia jego oferty, zaniechania odrzucenia oferty złożonej wspólnie przez IGEKA – Usługi geodezyjne i informatyczne D. J. w Starym Sączu, UNIMAP D. M. w Katowicach, UNIMAP J. B. Katowicach – wspólników spółki cywilnej, Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne Vertical sp. z o.o. z siedzibą w Żorach, B. B. GEOMATYKĘ-KRAKÓW w Krakowie, M. K. GEOMATYKĘ-KRAKÓW w Krakowie, J. Ł. GEOMATYKĘ-KRAKÓW w Krakowie, S. Ł. GEOMATYKĘ-KRAKÓW w Krakowie, G. M. GEOMATYKĘ-KRAKÓW w Krakowie, GEOMATYKĘ-KRAKÓW w Krakowie – wspólników spółki cywilnej GEOMATYKA KRAKÓW {dalej łącznie zwany „Konsorcjum IGEKA”}, zaniechania odrzucenia oferty złożonej wspólnie przez OPGK Katowice S.A. z siedzibą w Katowicach i ESRI Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej łącznie zwanych: „Konsorcjum OPGK”} oraz innych czynności lub zaniechań Zamawiającego objętych zarzutami odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {chyba że poniżej wskazano inne akty prawne}:

- 1.Art. 91 ust. 1 – przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum 19E, pomimo że Zamawiający zaniechał dokonania wszystkich czynności do których był zobowiązany na podstawie przepisów.
- 2.Art. 7 ust. 1 w zw. art. 8 ust. 1, 2 i 3 – przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu informacji zawartych w pełnej treści wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, z uwagi na to, że informacje oraz dostarczone dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
- 3.Art. 24 ust. 1 pkt 16 – przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum 19E, pomimo że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.
- 4.Art. 24 ust. 1 pkt 12 – przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum 19E z uwagi na to, że nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.
- 5.Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 przez zaniechanie wezwania Konsorcjum 19E do uzupełnienia w zakresie wykazu wykonanych usług, które potwierdzałyby spełnianie warunków udziału w postępowaniu.
- 6.Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7b – przez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum IGEKA oraz Konsorcjum OPGK, pomimo że w przypadku obu tych wykonawców nie doszło do skutecznego przedłużenia terminu związania ofertą ze względu na niewpłacenie przez nich wadium na przedłużony termin związania ofertą.
- 7.Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum IGEKA do uzupełnienia w zakresie zestawienia usług zawartych w JEDZ na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wnioskował o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
- 2.Odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu informacji zawartych w treści wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.
- 3.Wykluczenia z postępowania Konsorcjum 19E z uwagi na podanie wprowadzających w błąd informacji dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
- 4.{w przypadku nieuwzględnienia żądania z pkt 3.} Wezwania Konsorcjum 19E do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.
- 5.Odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum IGEKA oraz Konsorcjum OPGK.
- 6.{w przypadku nieuwzględnienia żądania z pkt 5.} Wezwania Konsorcjum IGEKA do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.
- 7.Dokonania powtórnej oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

{KIO 3001/20}

16 listopada 2020 r. IGEKA – Usługi geodezyjne i informatyczne D. J. w Starym Sączu, UNIMAP D. M. w Katowicach, UNIMAP J. B. w Katowicach – wspólnicy spółki cywilnej, Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne Vertical sp. z o.o. z siedzibą w Żorach, B. B. GEOMATYKA-KRAKÓW w Krakowie, M. K. GEOMATYKA-KRAKÓW w Krakowie, J. Ł. GEOMATYKA-KRAKÓW w Krakowie, S. Ł. GEOMATYKA-KRAKÓW w Krakowie, G. M. GEOMATYKA KRAKÓW w Krakowie, J. R. GEOMATYKA KRAKÓW w Krakowie – wspólnicy spółki cywilnej GEOMATYKA KRAKÓW {dalej łącznie zwanych: „Konsorcjum IGEKA”, „Odwołujący” lub „Odwołujący Konsorcjum IGEKA”} wniosli w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od: zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum 19E i zaniechania odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {chyba że poniżej wskazano inne akty prawne}:

- 1.Art. 24 ust. 1 pkt 16-17 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 – przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum 19E z postępowania, pomimo że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zatem podał informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd mające (mogące mieć) istotny wpływ na decyzję podejmowaną przez niego w postępowaniu.
- 2.Art. 26 ust. 3 – przez nieuprawnione zastosowanie i wezwanie Konsorcjum 19E do uzupełnienia dokumentów

potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pomimo konieczności wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie przepisów wskazanych w pkt 1., 3.-6 oraz odrzucenia jego oferty na podstawie przepisów wskazanych w pkt 7.-8. i 10.

- 3.Art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 – przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum 19E z postępowania, pomimo że nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu.
 - 4.Art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3, a także w zw. z art. 22a ust. 6 i art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum 19E z postępowania, pomimo że nie wykazało spełniania warunków udziału w nim, w tym wzięcie pod uwagę przy ocenie spełniania tych warunków potencjału podmiotu trzeciego GEORES w sytuacji, gdy niedopuszczalne było powołanie się na potencjał tego podmiotu w drodze zastąpienia doświadczenia własnego doświadczeniem tego podmiotu.
 - 5.Art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3, a także w zw. z art. 22a ust. 4 – przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum 19E z postępowania, pomimo niewykazania, że podmiot, na którego zdolnościach polega wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, posiada doświadczenie wymagane na potrzeby wykazania spełniania tego warunku.
 - 6.Art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22a ust. 4 – przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum 19E z postępowania, pomimo niewykazania, że podmiot, na którego zdolnościach polega wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zrealizuje usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.
 - 7.Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum 19E, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę, a wykonawca ten nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 2.
 - 8.Art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 i 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji {dalej: „uznk”) – przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum 19E, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji sprecyzowany w uzasadnieniu odwołania.
 - 9.Art. 8 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 – przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień Konsorcjum 19E dotyczących wycenienia ceny, pomimo braku uzasadnienia objęcia informacją tam wskazanych tajemnicą przedsiębiorstwa.
 - 10.Art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 84 ust. 1 w zw. z 87 ust. 1 – przez dokonanie niedozwolonej zmiany treści oferty po terminie składania ofert sprecyzowanej w uzasadnieniu odwołania.
 - 11.Art. 7 ust. 1 i 3 – przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z ustawą pzp.
- {zarzuty ewentualne}
- 12.Art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum 19E do uzupełnienia JEDZ w zakresie części IV tego formularza.
 - 13.Art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art. 22a – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum 19E do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, pomimo że nie wykazało ono spełniania tych warunków, w tym nie wykazało dysponowania zasobami podmiotów trzecich w celu spełnienia tych warunków.
- Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
- 1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
 - 2.Ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem czynności wskazanych w odwołaniu, dotychczas zaniechanych przez Zamawiającego, a w konsekwencji wykluczenia z postępowania Konsorcjum 19E oraz odrzucenia jego oferty.
- {KIO 2994/20, KIO 3001/20}

{ad pkt 2. listy zarzutów odwołania Sygnity
i pkt 9. listy zarzutów odwołania Konsorcjum IGEKA
– niewykazanie przez Konsorcjum 19E tajemnicy przedsiębiorstwa}

Z odwołania Sygnity wynikają następujące okoliczności faktyczne odnośnie przebiegu badania skuteczności zastrzeżenia przez Konsorcjum 19E tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

Konsorcjum 19E wskazało na istnienie wewnętrznych regulacji w przedmiocie bezpieczeństwa informacji, a także podjęcie czynności celu zachowania poufności tego dokumentu, bez załączenia jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego.

Z odwołania Konsorcjum IGEKA wynikają dodatkowo następujące okoliczności faktyczne.

Zamawiający 30.09.2020 r. postanowił powtórzyć weryfikację zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach Konsorcjum 19E dot. rażąco niskiej ceny [protokół z prac komisji przetargowej z 30.09.2020 r., str. 1], o czym Odwołujący dowiedział się dopiero 10.11.2020 r. w wyniku udostępnienia załączników do protokołu postępowania, przy czym Zamawiający nie udostępnił samego pisma Konsorcjum 19E zawierającego uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składanych wyjaśnień.

Jak wskazano w protokole z 30.09.2020: Wykonawca w swoim uzasadnieniu wskazał, że informacje zawarte w niniejszym piśmie nigdy wcześniej nie zostały zestawione w taki sposób, oraz zaprezentowane jako zbiór określonych danych, co zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku, może też stanowić podstawę do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca odniósł się także do faktu, iż zestawienie i kalkulacja poszczególnych komponentów ceny podanej w ofercie, w tym w szczególności sposobu organizacji pracy (poziom zaangażowania poszczególnych osób/ról w realizację zamówienia, poziom kosztów oraz naliczonych marż) została przygotowana w odpowiedzi na określone wymagania Zamawiającego. Wartość tych prac i sposób ich kalkulacji stanowi informację handlową o wartości gospodarczej, ponieważ poza wartością wynagrodzenia pracowników, wskazuje na sposób wyceny oraz marże stosowane przez Wykonawcę, co wprost przekłada się na kalkulację oferty mającą kluczowe znaczenie na rynku zamówień publicznych. Wykonawca oświadczył także, że informacje te nie były wcześniej udostępniane i nie są dostępne ani możliwe do pozyskania zwykłą drogą, a dostęp do nich mają jedynie pracownicy Wykonawcy odpowiedzialni za przygotowanie oferty. Wykonawca podjął także niezbędne kroki celem nieujawnienia niniejszych informacji i utrzymania ich w tajemnicy poprzez wdrożenie zabezpieczających, wewnętrznych procedur organizacyjnych oraz działań porządkowych, określających zasady ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa – sposób i ich miejsce przechowywania, zabezpieczania, przesyłania, wykorzystania i powielania oraz określenie osób mających dostęp do tych informacji. Dane te nie są również podawane i udostępniane w jakichkolwiek materiałach publicznych.

Odwołujący podał również, że w protokole z 30.09.2020 r. Zamawiający rozszerzył powyższe uzasadnienie wykonawcy o własne okoliczności i argumenty, w tym wyroki Izby.

Odwołujący Sygnity podniósł, że według art. 8 ust. 3 ustawy pzp wykonawca ma obowiązek wykazania, że,

określone informacje zostały prawidłowo utajnione. Przy czym, jak wynika z jednolitej w tej mierze linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, nie oznacza to jedynie wskazania określonych czynności podejmowanych przez wykonawcę w celu zachowania w poufności zastrzeganych informacji, ale konieczność udowodnienia skutecznej ich ochrony (w tym zakresie w odwołaniu zacytowano fragmenty uzasadnień wyroków Izby wydanych: 8 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2252/17 oraz 2 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2284/19, KIO 2288/19).

Odwolujący zgodnie zarzucił Zamawiającemu, że nie dokonał rzetelnej oceny wykazania przez Konsorcjum 19E przesłanek określonych treścią art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Konsorcjum 19E nie udowodniło bowiem podjęcia przy zachowaniu należytej staranności niezbędnych działań w celu utrzymania poufności informacji zawartych w złożonych wyjaśnieniach, poprzestając w tym zakresie na własnych twierdzeniach.

Natomiast według Odwołującego Konsorcjum IGEKA dodatkowo Konsorcjum 19E:

- nie wskazało żadnych konkretnych okoliczności, które mogłyby stanowić podstawę utajnienia wyjaśnień w zakresie rażącej ceny, gdyż argumentacja ma charakter bardzo ogólny i mogłaby zostać wykorzystana w dowolnym postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- oparło się jedynie na własnych subiektywnych ocenach, gdyż o ile każde wskazanie sposobu obliczenia ceny stanowi przedstawienie zbioru określonych danych, o tyle nie każde takie zestawienie może korzystać z ochrony przed ujawnieniem jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odnosnie błędnej weryfikacji zastrzeżenia wyjaśnień Odwołujący Konsorcjum IGEKA wskazał dodatkowo, że Zamawiający:

- oparł swoje stanowisko o wyroki sprzed kilku lat, nie biorąc pod uwagę, że w ostatnich latach linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej zmierza do konieczności precyzyjnego wskazania powodów zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, czego nie zawiera uzasadnienie podane przez Konsorcjum 19E;
- w sposób niedopuszczalny rozszerzył niewystarczające uzasadnienie podane przez wykonawcę przy ponownym jego badaniu.

{ad pkt 3. listy zarzutów odwołania Sygnity
i pkt 1. i 2. listy zarzutów odwołania Konsorcjum IGEKA
– złożenie nieprawdziwych informacji przez Konsorcjum 19E}

W obu odwołaniach wskazano na analogiczne okoliczności faktyczne i zasadniczo zbieżną argumentację prawną, co uzasadnia łączną ich prezentację.

Wynikające z odwołań okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu badania spełniania przez Konsorcjum 19E warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie ze „Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia” stanowiącym część IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”} przedmiotem zamówienia obejmuje w szczególności modernizację i rozwój zasobów i treści składających się na geodezyjne referencyjne rejestry publiczne tworzące PZGiK szczebla lokalnego, pozostające w gestii Miasta Zabrze, poprzez podniesienie jakości istniejących danych wraz z dostosowaniem do aktualnego standardu prawnego, ich digitalizację i rozbudowę poprzez utworzenie nowych treści cyfrowych m.in. poprzez dostosowanie treści cyfrowych do standardów prawnych bazy danych GESUT, co z kolei obejmuje prace polegające na wykonaniu inicjalnej bazy GESUT [załącznik nr 1 do SIWZ – „Opis przedmiotu zamówienia” (dalej: „OPZ”), rozdział 5.4.1. „Dostosowanie treści cyfrowych do standardów prawnych baza danych – GESUT-E_07 GESUT 1”, pkt 1.-27.], a następnie przeprowadzenie uzgodnień wykonanej inicjalnej bazy GESUT [OPZ, rozdział 5.4.1., pkt 28. i 29. Wykonawca przedłożył treść inicjalnej bazy danych GESUT podmiotom władającym poszczególnymi sieciami uzbrojenia terenu w celu jej weryfikacji zgodnie z art. 28e Prawa Geodezyjnego i Kartograficznego [pkt 28.] Wykonawca w uzgodnieniu z zamawiającym rozpatrzy ewentualne uwagi zgłoszone przez podmiot. [pkt 29.]

Z uwagi na powyższy zakres przedmiotu zamówienia jeden z warunków udziału [określony w pkt 5.2.1. A) ppkt 1.6. SIWZ] wymaga posiadania przez wykonawcę doświadczenia w należyтым wykonaniu w okresie ostatnich trzech lat: co najmniej 1 (jednej) usługi, polegającej na opracowaniu zbiorów danych GESUT, w ramach której wykonawca przeprowadzał uzgodnienie baz inicjalnych, której zakres prac obejmował co najmniej 1900 ha obszaru zurbanizowanego tj. gruntów zabudowanych i zurbanizowanych, zdefiniowanych w załączniku nr 6 do Rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego i Rolnictwa w sprawie ewidencji gruntów i budynków [w zakresie doświadczenia Zamawiający określił szereg warunków w ppkt od 1.1. do 1.6., zaznaczając, że dopuszcza wykazanie usług z ppkt 1.1.-1.2. oraz ppkt 1.3.-1.6 wykonanych łącznie jako jedno zamówienie lub jako dwa lub więcej zamówień].

W dokumentach JEDZ złożonych przez Konsorcjum 19E (uzupełnionych wyjaśnieniami z 26.02.2010 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 19.06.2020 r.) na potwierdzenie spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu zostały wskazane dwie usługi:

- wykonaną przez Konsorcjum 19E na rzecz Powiatu Gnieźnieńskiego, określoną jako „Dostawa baz danych EGIB, GESUT, BDOT500 wraz z digitalizacją dokumentów zasobu geodezyjnego i kartograficznego”,
- wykonaną przez podmiot trzeci, GISonLine sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Krakowie {dalej również: „GISonLine”} udostępniający swój potencjał, składającą się z trzech odrębnych części, na rzecz różnych gmin Powiatu Piotrkowskiego, określoną jako „Opracowania zbiorów danych GESUT, w ramach której wykonawca przeprowadzał uzgodnienie baz inicjalnych”.

Pismem z 19.06.2020 r. Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 4 pzp Konsorcjum 19E do złożenia wyjaśnień w zakresie oświadczeń złożonych w części IV formularza JEDZ.

W złożonych 26.06.2020 r. wyjaśnieniach Konsorcjum potwierdziło, że w ramach zamówienia pt. „Dostawa baz danych EGIB, GESUT, BDOT500 wraz z digitalizacją dokumentów zasobu geodezyjnego i kartograficznego” wykonało *Opracowanie zbiorów danych GESUT, w ramach którego wykonano uzgodnienie baz inicjalnych (...)*

Jak wynika z protokołu prac komisji przetargowej z 1.07.2020 r., Zamawiający uznał te wyjaśnienia za wystarczające i zdecydował o wezwaniu 2.07.2020 r. Konsorcjum 19E w trybie art. 26 ust. 1 pzp do przedstawienia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp.

W odpowiedzi Konsorcjum 19E 9.07.2020 r. złożyło stosowne oświadczenia i dokumenty, w tym wykaz usług (wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie), w którym wskazało, że ww. usługa obejmowała *wykonanie uzgodnienia baz inicjalnych* (treść referencji z 5.06.2020 r. wystawionych przez Powiat Gnieźnieński zawierała takie stwierdzenie: *utworzenie i uzgodnienie inicjalnej bazy GESUT*).

Konsorcjum IGEKA wielokrotnie informowało Zamawiającego, że według informacji pozyskanych bezpośrednio od odbiorcy usługi, tj. Powiatu Gnieźnieńskiego, Konsorcjum Systherm-19E nie wykonało w jej ramach uzgodnienia inicjalnej bazy danych GESUT,

23.07.2020 r. Zamawiający zwrócił się do Powiatu Gnieźnieńskiego z prośbą m.in. o wyjaśnienie różnicy pomiędzy treścią wystawionych przezeń dla Konsorcjum 19E referencji a opisem przedmiotu zamówienia pn. „Dostawa baz danych EGIB, GESUT, BDOT500 wraz z digitalizacją dokumentów zasobu geodezyjnego i kartograficznego”. Analizując wystawione referencje Zamawiający stwierdził, że w zakresie prac opisanym w OPZ ww. zadania nie było uzgodnienia inicjalnej bazy danych GESUT, co z kolei znalazło się w referencjach. Powyższe w ocenie Zamawiającego wskazywało na sprzeczność pomiędzy OPZ i referencjami. Dlatego też Zamawiający zwrócił się z zapytaniem do odbiorcy usługi, czy zlecał dodatkową usługę Konsorcjum 19E na uzgodnienie inicjalnej bazy danych GESUT.

W piśmie z 5.08.2020 r. Powiat Gnieźnieński poinformował Zamawiającego, że uzgodnienia inicjalnej bazy danych GESUT nie wchodziły w zakres zamówienia zrealizowanego przez Konsorcjum 19E, tj. podmioty władające sieciami nie opiniowały co do zgodności treści utworzonej przez starostę inicjalnej bazy danych GESUT ze stanem wynikającym z dokumentacji prowadzonej przez te podmioty i nie było także dodatkowego zlecenia na wykonanie tych czynności. Powiat Gnieźnieński wskazał, że sformułowanie „uzgodnienia” użyte w OPZ tamtego zamówienia dotyczyły jedynie uzgadniania formatów danych, sposobu wypełniania pól bazy danych oraz skali redakcji mapy.

W skierowanym dodatkowo do Zamawiającego piśmie z 31.08.2020 r. Powiat Gnieźnieński stwierdził, że sformułowanie „uzgodnienie inicjalnej bazy danych GESUT (...)” zostało użyte w sposób niefortunny i może prowadzić do błędnej oceny rzeczywistego zakresu prac i okoliczności realizacji prac zamówienia gnieźnieńskiego. Jak wskazano w tym piśmie, *„w rzeczywistości uzgodnienie inicjalnej bazy danych GESUT nie miało miejsca w zakresie prac zamówienia gnieźnieńskiego, natomiast w trakcie prac poczyniono szereg jednostkowych ustaleń i uzgodnień w zakresie sposobu opracowania bazy GESUT (...). Czynności tych jednak nie można ponad wszelką wątpliwość nazywać „uzgodnieniem inicjalnej bazy danych GESUT”*.

Ostatecznie Zamawiający skierował do Konsorcjum 19E 10.09.2020 r. wezwanie do uzupełnienia w tym zakresie wykazu usług (wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług), gdyż stwierdził, że żadna z dwóch usług nie potwierdza spełnienia warunku:

- pierwsza nie obejmowała przeprowadzenia uzgodnienia baz inicjalnych,
- druga dotyczyła zbyt małej powierzchni obszaru zurbanizowanego (970 ha).

Konsorcjum 19E nie zakwestionowało oceny dokonanej przez Zamawiającego i w odpowiedzi z 17.09.2020 r. złożyło wykaz usług uzupełniony o usługę zrealizowaną przez podmiot trzeci GEORES (a także pozostałe dokumenty wymagane w przypadku posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego).

Jednocześnie Konsorcjum 19E ramach wyjaśnień zawartych w piśmie z 17.09.2020 r. powołało się na to, że jest podmiotem profesjonalnie działającym w branży, a także stwierdziło, że skoro Zamawiający nie zdefiniował w SIWZ pojęcia „uzgodnienia inicjalnej bazy GESUT” to można je rozumieć zarówno jako uzgodnienia branżowe, jak i jakiegokolwiek inne uzgodnienia danych będących w posiadaniu zamawiającego, czyli jakiegokolwiek czynności materialno-techniczne podejmowane w ramach utworzenia inicjalnej bazy danych GESUT np. uzgodnienia formatów danych, wartości wybranych atrybutów oraz skali redakcji mapy.

Jak wynika z treści protokołu z posiedzenia komisji przetargowej z 15.10.2020 r., Zamawiający przyjął wyjaśnienia Konsorcjum 19E dotyczące rozbieżności pomiędzy złożonymi referencjami a rzeczywistym zakresem prac wykonanych w ramach usługi zrealizowanej dla Powiatu Gnieźnieńskiego (jako stanowisko własne komisji przepisano znaczną część treści pisma Konsorcjum 19E z dnia 17.09.2020 r.).

Zdaniem Odwołujących dla podmiotów profesjonalnie działających w branży geodezyjnej termin „uzgodnienie inicjalnej bazy danych GESUT” ma jedno ustalone znaczenie odnoszące się do uzgodnień, o których mowa w art. 28e ustawy z dnia 17 maja 1989 r. Prawo geodezyjne i kartograficzne (Dz. U. z 2019 r. poz. 725; dalej również: „pgik”) {którego brzmienie przytoczono w obu odwołaniach}, prowadzonych z podmiotami władającymi sieciami uzbrojenia terenu w zakresie zgodności treści utworzonej przez starostę inicjalnej bazy danych ze stanem wynikającym z dokumentacji prowadzonej przez te podmioty.

Jak wskazuje powoływane przez Konsorcjum IGEKA już w poprzednim odwołaniu z 10 września 2020 r. pismo Głównego Geodety Kraju z 29 marca 2017 r., skierowane do wszystkich wojewódzkich inspektorów nadzoru geodezyjnego (z poleceniem przekazania właściwym miejscowo starostom, czyli także Prezydentowi Miasta Zabrza), a poświęconego współpracy pomiędzy starostami a gestorami sieci podczas dokonywania uzgodnień inicjalnych baz danych GESUT: *„w świetle art. 28 pkt. 2 ustawy powiatową bazę GESUT Starosta zakłada i prowadzi w drodze przetworzenia materiałów źródłowych, będących danymi i informacjami pozyskanymi m.in. od podmiotów władających sieciami uzbrojenia terenu. Zatem Starosta, jako organ jest zobowiązany do prowadzenia powiatowej bazy GESUT, a dane powinny pochodzić również od podmiotów władających sieciami. Na te podmioty, na mocy art. 28e ust. 1 pkt. 1 ustawy nałożono obowiązek współdziałania ze Starostami w procesie zakładania i prowadzenia GESUT. W szczególności podmioty te są obowiązane do wydania opinii co do zgodności treści utworzonej przez Starostę inicjalnej bazy danych GESUT ze stanem wynikającym z dokumentacji prowadzonej przez te podmioty, w tym wskazania ewentualnych nieprawidłowości w treści tej bazy. (...) Oznacza to, że w obrocie pojęcie to oznacza de facto dokonanie uzgodnień branżowych*.

Również Powiat Gnieźnieński (a dokładniej wydział geodezji, który przygotował treść pisma z 31 sierpnia 2020 r.) jako profesjonalista, po zapoznaniu się z treścią warunku obowiązującego w tym postępowaniu, skorygował treść wystawionej uprzednio referencji, dochodząc do wniosku, że czynności wykonywane przez Konsorcjum 19E nie stanowią „uzgodnienia inicjalnej bazy danych GESUT”, co czyni odmienną interpretację prezentowaną przez Konsorcjum 19E w wyjaśnieniach niewiarygodną.

Inicjalna baza GESUT tworzona jest w oparciu o dokumentację i różnego rodzaju materiały źródłowe będące w posiadaniu zamawiającego lub pozyskane w inny sposób (również od gestorów sieci) przez wykonawcę bazy. Tak wykonana baza inicjalna GESUT (a zatem zawierająca dane przetworzone samodzielnie przez wykonawcę, przy ewentualnym ustalaniu z zamawiającym kwestii technicznych, choćby w zakresie formatów danych etc.), zasila system teleinformatyczny zamawiającego i może już być wykorzystywana zgodnie z jej przeznaczeniem (stanowi część Państwowego Zasobu Geodezyjno-Kartograficznego, w skrócie „PZGiK”).

Odrębnym krokiem, mającym na celu zwiększenie wiarygodności utworzonej inicjalnej bazy danych GESUT, jest poddanie jej procesowi uzgadniania z podmiotami władającymi sieciami, których dane ujęte są w ww. bazie, jeśli zamawiający zdecyduje o rozpoczęciu takiego procesu. Jest to bowiem kolejny etap prac w kontekście cyfryzacji danych PZGiK w zakresie uzbrojenia terenu, który polega na przedłożeniu inicjalnej bazy danych GESUT podmiotom władającym sieciami uzbrojenia terenu, celem wydania opinii, o której mowa w art. 28e ust. 1 pkt 1 pgik. Krok ten wiąże się z wykonaniem następujących czynności: (1) udostępnieniem inicjalnej bazy danych GESUT wszystkim władającym sieciami uzbrojenia terenu funkcjonującym na obszarze opracowania, (2) analizą i rozpatrzeniem nieprawidłowości

wskazanych przez podmioty władające sieciami uzbrojenia terenu, (3) konsultacjami z podmiotami władającymi w celu rzetelnego rozpatrzenia nieprawidłowości, (4) wprowadzeniem niezbędnych zmian do inicjalnej bazy danych GESUT funkcjonującej w systemie informatycznym starosty, wynikających z rozpatrzonych nieprawidłowości, (5) wydania rzeczowej opinii przez podmiot władający siecią. Właśnie ten proces, następujący dopiero po stworzeniu inicjalnej bazy danych GESUT, powszechnie określany jest uzgadnianiem inicjalnej bazy danych GESUT.

Odwolujący ponadto zwrócili uwagę, że z pkt 28. i 29. rozdziału 5.4.1. załącznika nr 1 do SIWZ {których brzmienie przywołano już powyżej} również wynika jednoznacznie takie rozumienie uzgodnienia inicjalnej bazy danych. Skoro przedmiotem zamówienia objęte jest dokonanie opisanych tam czynności, oczywiste jest, że Zamawiający wymagał od wykonawców posiadania doświadczenia w tym zakresie.

Natomiast uzgodnienia z zamawiającym formatu skali czy innych technicznych aspektów niezbędnych do wykonania bazy danych są immanentną częścią procesu tworzenia bazy danych GESUT, a zatem nie ma potrzeby ich wyodrębniania jako osobnego elementu wymaganego doświadczenia w opracowywaniu takiej bazy danych.

Odwolujący podkreślili, że Konsorcjum 19E, jako wykonawca usługi wykonanej na rzecz Powiatu Gnieźnieńskiego, miało wiedzę co do faktycznego zakresu prac objętego tym zamówieniem. Miało zatem pełną świadomość, że usługa ta nie odpowiada opisowi warunku zawartego w pkt 5.2.1. A) ppkt 1.6 SIWZ. Pomimo tego Konsorcjum 19E kilkakrotnie w toku postępowania złożyło oświadczenie, że w ramach tej usługi wykonało również uzgodnienie inicjalnej bazy danych GESUT.

Według Odwołującego Konsorcjum IGEKA powszechnie wiadomo, że w praktyce treść referencji przygotowywana jest przez wykonawcę i przedkładana do podpisu zamawiającemu (odbiorcy zamówienia). O tym, że tak było w przypadku referencji Powiatu Gnieźnieńskiego, świadczy również ich wystawienie 5.06.2020 r. dla zamówienia, które zostało zrealizowane 30.10.2018 r.

Odwolujący zwrócili uwagę, że JEDZ, w którym wskazano powyższą usługę został złożony wraz z ofertą, a zatem przed 15.05.2020 r., kiedy to nastąpiło otwarcie ofert, wspomniane referencje zostały wystawione później. Konsorcjum 19E nie może zatem powoływać się na to, że to Powiat Gnieźnieński wprowadził w błąd co do interpretacji zakresu prac.

Dalsze wyjaśnienia składane przez Konsorcjum 19E są próbą manipulacji faktami, z wykorzystaniem okoliczności, że – jak wskazał Powiat Gnieźnieński – w OPZ użyto rzeczywiście kilkakrotnie sformułowania „uzgadnianie”, ale w kontekście prostych czynności techniczno-organizacyjnych, wykonywanych podczas opracowywania bazy danych GESUT (w dużej części w początkowej fazie prac), a zatem w zupełnie innym zakresie, czasie i fazie technologicznego wykonania, niż uzgodnienie stanowiące istotę elementu warunku udziału w postępowaniu.

Dla Odwołujących nie budzi żadnych wątpliwości, że Konsorcjum 19E wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału określony przez Zamawiającego w pkt 5.2.1. A) ppkt 1.6 SIWZ.

Powyższe okoliczności, a także związane z wyjaśnianiem zaistniałych rozbieżności i składaniem kolejnych dokumentów przez Konsorcjum 19E, świadczą w ocenie Odwołujących o zamierzonym działaniu, mającym na celu przekonanie Zamawiającego, że usługa zrealizowana dla Powiatu Gnieźnieńskiego odpowiada warunkowi opisanemu w pkt 5.2.1 ppkt 1.6 SIWZ. A z całą pewnością, zdaniem Odwołującego Sygnity, było to wynikiem rażącego niedbalstwa Konsorcjum 19E.

Odwolujący Konsorcjum IGEKA ponadto stwierdził, że nawet gdyby uznać przypisanie Konsorcjum 19E celowości działania za zbyt daleko idące, z całą pewnością możliwe jest przypisanie mu w tym zakresie niższego stopnia winy, a przynajmniej lekkomyślności. Wobec profesjonalnego charakteru prowadzonej działalności, przy bardzo charakterystycznym zakresie warunku, jeżeli mimo to treść warunku budziła wątpliwości Konsorcjum 19E, przynajmniej powinno ono dążyć do wyjaśnienia intencji Zamawiającego.

Odwolujący podnieśli, że niezależnie od stopnia winy nieprawdziwe informacje dotyczą elementu niezbędnego do wykazania spełnienia warunku, a zatem miały istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu odnośnie spełnienia przez Konsorcjum 19E warunków udziału, o czym świadczy dokonanie pierwszego wyboru oferty Konsorcjum 19E jako najkorzystniejszej.

Odwolujący Konsorcjum IGEKA podniósł, że art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp dotyczą obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy z powodu podania jakichkolwiek nieprawdziwych, błędnych lub zmanipulowanych informacji składanych w ofercie, w tym w JEDZ, co oznacza, że zamawiający nie może odstąpić od czynności wykluczenia wykonawcy, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd. Co również istotne, w zaistniałym stanie faktycznym spełniona została zarówno przesłanka skutecznego wprowadzenia zamawiającego w błąd, o której mowa w pkt 16, jak i przesłanka z pkt 17, gdy wystarczające jest przedstawienie informacji, które mogły prowadzić do wprowadzenia w błąd.

Odwolujący Konsorcjum IGEKA zarzucił ponadto Zamawiającemu, że w konsekwencji dopuścił się także naruszenia art. 26. ust. 3 pzp, gdyż według jednolitego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej w przypadku wykonawcy podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub pkt 17 pzp niedopuszczalne jest wzywanie go do uzupełnienia dokumentów.

Skoro jednak dokumenty takie zostały już złożone, nie powinny być brane pod uwagę przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu jako złożone z naruszeniem art. 26 ust. 3 pzp.

{KIO 2994/20}

{ad pkt 4. listy zarzutów odwołania Sygnity}

– niewykazanie przez Konsorcjum 19E warunku udziału po uzupełnieniu wykazu}

Z odwołania wynika, że po zakwestionowaniu przez Zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień lub uzupełnienia wykazu wykonanych usług obu usług wskazanych pierwotnie na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt 5.2.1. lit. A) ppkt 1.6. SIWZ *poświadczenia w realizacji co najmniej 1 (jednej) usługi, polegającej na opracowaniu zbiorów danych GESUT, w ramach której wykonawca przeprowadzał uzgodnienie baz inicjalnych, której zakres prac obejmował co najmniej 1900 ha obszaru zurbanizowanego (tj. gruntów zabudowanych i zurbanizowanych, zdefiniowanych w załączniku nr 6 do Rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego i Rolnictwa w sprawie ewidencji gruntów i budynków)* Konsorcjum 19E przedstawiło dodatkową usługę zrealizowaną na rzecz Gminy Miasta Rzeszowa w ramach konsorcjum z OPGK Rzeszów przez Geores sp. z o.o. (podmiot ten miał zastąpić dotychczasowego podwykonawcę GISonLine).

Jak wskazano w uzupełnionym wykazie: *Zakres prac wykonywanych przez spółkę GEORES sp. z o.o. obejmował m.in. Utworzenie i aktualizację zbiorów danych GESUT, w ramach którego wykonano uzgodnienie baz inicjalnych gdzie zakres opracowania obejmował obręby ewidencyjne: 186301_1.0211 Zwiężczyca, 186301_1.0212 Staroniwa, 186301_1.0213 Baranówka, 186301_1.0214 Staroniwa II, 186301_1.0215 Przybyszówka, 186301_1.0216 Staromieście, 186301_1.0217 Pobitno, 186301_1.0218 Wilkowyja Pn, 186301_1.0220 RzeszówZałęże, 186301_1.0222 Przybyszówka*

II, 186301_1.0223 Rzeszów-Zwierzycza II, 186301_1.0226 Miłocin, w których w sumie zgodnie z załącznikami do SIWZ było 2211 ha obszaru zurbanizowanego (tj. gruntów zabudowanych i zurbanizowanych, zdefiniowanych w załączniku nr 6 do Rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego i Rolnictwa w sprawie ewidencji gruntów i budynków).

Odwolujący podał również, że ta sama usługa została wskazana jako usługa referencyjna przez OPGK Rzeszów, które również ubiega się o udzielenie tego zamówienia.

Odwolujący zarzucił, że nowo wskazana usługa nie potwierdza spełniania powyższego warunku z dwóch niezależnych od siebie powodów.

Po pierwsze – istnieje małe prawdopodobieństwo, aby zakres prac zrealizowany przez każdego z konsorcjantów umożliwiał każdemu spełnienie tego warunku.

Po drugie – wskazana w treści wykazu powierzchnia terenów zurbanizowanych (2211 ha) jako wynikająca z dokumentacji przetargowej nie jest powierzchnią zurbanizowaną, o której mowa w załączniku do rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego, o którym mowa w treści warunku.

Odwolujący podsumował, że ponieważ żadna z usług wskazanych przez Konsorcjum 19E nie spełnia warunku określonego w pkt 5.2.1.lit. A) ppkt 1.6. SIWZ, a wykonawca ten skorzystał już z prawa do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, zaistniała konieczność wykluczenia go na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp.

{ad pkt 7. listy zarzutów odwołania Sygnity

– zaniechanie wezwania Konsorcjum IGEKA do uzupełnienia wykazu usług}

Z odwołania wynika, że na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt 5.2.1. lit. A) ppkt 1.6. SIWZ Konsorcjum IGEKA wskazało trzy usługi referencyjne:

- 1), „Wykonanie modernizacji i aktualizacji baz danych ewidencji gruntów i budynków/rejestru cen i wartości nieruchomości (EGiB/RCiWN), bazy danych obiektów topograficznych o szczegółowości zapewniającej tworzenie standardowych opracowań kartograficznych w skali 1:500-1:5000 (BDOT500), geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu (GESUT), bazy danych szczegółowych osnów geodezyjnych (BDSOG) wraz z przetworzeniem do postaci dokumentów elektronicznych materiałów zasobu PZGiK, w tym wykonanie archiwizacji, geolokalizacji i utworzenie metadanych w ramach projektu pn. *Podniesienie jakości, dostępności oraz zwiększenie wykorzystania administracyjnych zasobów mapowych subregionu południowego województwa śląskiego* realizowanego w ramach osi priorytetowej II. Cyfrowe Śląskie dla działania 2.1 wsparcie rozwoju cyfrowych usług publicznych Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2014-2020” dla Powiatu Żywieckiego;
- 2), „Budowa bazy danych obiektów topograficznych (BDOT500) oraz inicjalnej bazy danych geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu (GESUT...) poprzez konwersję analogowych zbiorów danych oraz harmonizację nowych baz danych z pozostałymi rejestrami i ewidencjami funkcjonującymi na tym obszarze, a także digitalizacja dokumentów analogowych Państwowego Zasobu Geodezyjnego i Kartograficznego w Lesznie wraz z utworzeniem bazy danych poprzez ich przetworzenie i konwersję do postaci zasobu elektronicznego wraz z reorganizacją oraz renowacją dokumentów zasobu w postaci materialnej” dla Powiatu Leszczyńskiego;
- 3), „Wykonanie modernizacji bazy danych EGiB, utworzenie baz danych GESUT, BDOT500, dostosowanie danych RCiWN, BDSO do obowiązującego modelu pojęciowego, harmonizacja baz danych GESUT, BDOT500, EGiB, EMUiA oraz skanowanie dokumentów i materiałów źródłowych PZGiK, utworzenie zbiorów metadanych dla danych PZGiK w ramach projektu *Budowa Mysłowickiej Infrastruktury Informacji Przestrzennej jako narzędzie zwiększenia zakresu i jakości usług świadczonych drogą elektroniczną...*” przez GeoStation (podmiot udostępniający zasoby Konsorcjum IGEKA) dla Miasta Mysłowice.

Odwolujący stwierdził, że żadna z tych usług nie spełnia literalnie warunku określonego przez Zamawiającego, gdyż kolejno:

- 1) z ogólnodostępnych informacji na temat tego postępowania poprzedzającego zawarcie umowy (<https://www.bip.powiat.bielsko.pl/5406/dokument/55703>), w szczególności z treści „Warunków Technicznych”, opracowanie bazy GESUT miało dotyczyć jednostki ewidencyjnej Łękawica, która całkowitą powierzchnię 800 ha, co potwierdza również pismo otrzymane przez Odwołującego ze Starostwa Powiatowego w Żywcu (patrz załącznik do odwołania);
- 2) w ramach wykazanych prac nie było uzgodnień inicjalnych baz danych, a powierzchnia zurbanizowana objęta usługą wynosiła tylko 329 ha (953 ha z uwzględnieniem terenów komunikacyjnych), co potwierdza otrzymane przez Odwołującego pismo z Powiatu Leszczyńskiego;
- 3) co prawda w opisie przedmiotu tego zamówienia w ppkt 1.4.2. charakterystyka obiektu wskazuje, że zgodnie ze strukturą użytkowania gruntów wg EGiB grunty zabudowane i zurbanizowane obejmują obszar 2082 ha, jednakże według informacji Odwołującego powierzchnia ta zawiera w sobie również tereny komunikacyjne, a bez nich usługa dotyczyła tylko 1444 ha terenów zurbanizowanych, co potwierdza informacja uzyskana z urzędu miasta Mysłowice (załączona do odwołania).

Odwolujący wywiódł, że zgodnie z warunkiem udziału określonym w 5.2.1. lit. A) ppkt 1.6. SIWZ należy kierować się definicją określoną w załączniku nr 6 do rozporządzenia, o którym mowa w treści warunku, który określa grunty zabudowane i zurbanizowane jako użytki gruntowe oznaczone kodami: B, Ba, Bi, Bp, Bz i K. Oznacza to, że tereny komunikacyjne nie są zaliczane jako obszar zurbanizowany w rozumieniu przyjętym przez Zamawiającego dla oceny spełnienia tego warunku

Odwolujący podsumował, że skoro żadna z usług wymienionych w JEDZ IGEKA lub podmiotu używającego zasoby nie spełnia warunku, konieczne byłoby wezwanie Konsorcjum do uzupełnienia w trybie przepisu art. 26 ust. 3 pzp, zastrzegając że jest to zarzut ewentualny.

{ad pkt 5. listy zarzutów odwołania Sygnity

– zaniechanie wezwania Konsorcjum 19E do uzupełnienia wykazu co do innego warunku}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne odnośnie wykazania przez Konsorcjum 19E innego warunku udziału.

Zgodnie z pkt 5.2.1. lit A) ppkt 1.4 SIWZ każdy z wykonawców powinien wykazać się dodatkowo doświadczeniem w zakresie realizacji co najmniej (jednej) usługi, polegającej na przetworzeniu do postaci dokumentów elektronicznych materiałów zasobu PZGiK, w tym utworzeniu metadanych, której zakres prac obejmował co najmniej 150 000 dokumentów.

Na potwierdzenie spełnienia tego warunku Konsorcjum 19E wskazało 3 usługi:

- 1), „Wykonanie archiwizacji, geolokalizacji i utworzenie metadanych dla dokumentów PZGiK” – realizowaną przez Tukaj Mapping Central Europe na rzecz Powiatu Bielskiego w okresie 28.08.2018-30.11.2019;

- 2), „Digitalizacja dokumentów PZGiK, utworzenie baz danych BDOT500 i GESUT oraz przeprowadzenie działań harmonizujących zbiory danych powiatu sępoleńskiego (Zadanie 2 Etap 1)” – realizowaną na rzecz Powiatu Sępoleńskiego w okresie 06.02.2019-03.03.2020;
- 3), „Digitalizacja dokumentów PZGiK, utworzenie baz danych BDOT500 i GESUT oraz przeprowadzenie działań harmonizujących zbiory danych powiatu golubsko-dobrzyńskiego (Zadanie 1 Etap 1, Zadanie 2 Etap 1)” – realizowaną na rzecz Powiatu Golubsko-Dobrzyńskiego w okresie 14.02.2019- 07.05.2020.

Na potwierdzenie prawidłowej realizacji tych usług Konsorcjum 19E przedstawiło odpowiednio:

- 1) protokoły odbioru częściowego Etapu 6.1. i 7.1. oraz Etapu 6.2. i 7.2.;
- 2), „Protokół odbioru końcowego – ostateczny dla zadania nr 2 etap nr 1”;
- 3), „Protokół nr 1/2020 odbioru częściowego zadania 1 Etapu 1”.

Odwolujący podał również, że informacje zawarte w wykazie odnoszą się wyłącznie do zakresu prac zrealizowanego każdorazowo w ramach danego etapu prac, który potwierdza dany protokół odbioru częściowego. Z każdego z tych dokumentów wynika, że nie obejmuje on pełnego zakresu przedmiotu umowy, której wykonanie we wszystkich przypadkach jeszcze się nie zakończyło.

I tak dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług wskazują odpowiednio, że:

- 1) już sama nazwa protokołów odbioru częściowego świadczy o tym, że były realizowane inne jeszcze etapy; jak wynika z dostępnej publicznie dokumentacji tego postępowania (<https://www.bip.powiat.bielsko.pl/5406/dokument/53435>) realizacja prac miała miejsce w 8 etapach i nie wiadomo, czy cała umowa została wykonana należycie; nie jest dodatkowo pewne, czy w związku z zawartym aneksem do tej umowy przez głównego wykonawcę zobowiązania podwykonawcy w ogóle zostały już wykonane;
- 2) jak wynika z pkt 4. tego protokołu zadanie nr 2 z etapu 1. stanowi jedynie 30% wartości tego etapu; nie jest to jedyny etap realizacji tej umowy; wg dostępnych publicznie źródeł () termin wykonania umowy to 30.09.2021 r.; do upływu terminu składania ofert zakończyć się powinna co najmniej realizacja jeszcze zadanie nr 1 etapu 1.;
- 3) przedmiotem odbioru jest wyłącznie zadanie nr 1 etapu nr 1; wg dostępnej dokumentacji tego postępowania (publiczneID=182) termin wykonania zamówienia upływa 31 października 2021 r.; zgodnie z dostępnym harmonogramem zamówienie składa się z 6 zadań, każde podzielone na 3 etapy; do czasu otwarcia ofert powinno być już zrealizowanych co najmniej 7 elementów podlegających odrębnemu odbiorowi.

Odwolujący zarzucił, że powyższe dokumenty nie są prawidłowe dla powyższego warunku – jako dotyczącego usługi niemającej co do zasady charakteru ciągłego, a takiej, której rezultatem jest powstanie przetworzonych do postaci cyfrowej materiałów – gdyż, aby dane zamówienie mogło być wzięte pod uwagę, musi być ono zakończone. Co więcej jako usługę nie można traktować części prac objętych danym zamówieniem, choćby obejmował wykonanie referencyjnego zakresu, ale wykonanie całej umowy. Dla Odwołującego oczywiste jest bowiem, że przedstawienie jako referencyjnego pewnego wycinka prac może być zupełnie niemiernorodne w kwestii możliwości określenia, czy dane zamówienie rzeczywiście zostało wykonane należycie. Innymi słowy referencyjną usługą nie jest część zakresu danej umowy (nawet jeśli stanowi ona przedmiot odrębnego odbioru), ale cała umowa, w ramach której zrealizowano referencyjne prace. Na potwierdzenie takiego stanowiska jako ugruntowanego w orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej Odwołujący powołał się na wyrok z 23 września 2019 r. sygn. akt KIO 1713/19 [którego fragment uzasadnienia został przytoczony w odwołaniu].

{ad pkt 6. listy zarzutów odwołania Sygnity

– zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum IGEKA i Konsorcjum OPGK przy braku wadium}

Odwolujący zrelacjonował następujące okoliczności.

Termin składania ofert upłynął 15 maja 2020 r. Termin związania ofertą upływał: pierwotny – 13 lipca 2020 r., przedłużony – 11 września 2020 r. W związku z dokonaniem 27 sierpnia 2020 r. wyborem jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum 19E, o czym wykonawcy zostali zawiadomieni 31 sierpnia 2020 r, Zamawiający zwrócił wszystkim innym wykonawcom wadium. Jednocześnie zwrócił się do wszystkich wykonawców z pismem wskazującym na zbliżający się upływ terminu związania ofertą, wraz z prośbą o jego przedłużenie. Następnie, w związku z powzięciem wiedzy na temat niespełnienia przez Konsorcjum 19E jednego z warunków udziału w postępowaniu, pismem z 4 września 2020 r., przekazany wykonawcom 7 sierpnia 2020 r., Zamawiający unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej. 10 września 2020 r. (czyli na dzień przed upływem terminu związania ofertą) Konsorcjum IGEKA wniosło odwołanie, które spowodowało zawieszenie terminu związania ofertą do 8 października 2020 r., kiedy to zostało wydane przez Izbę postanowienie. W konsekwencji 10 października 2020 r. upłynął przedłużony termin związania ofertą. W międzyczasie 10 września 2010 r. zarówno Konsorcjum IGEKA, jak i Konsorcjum OPGK złożyły oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, jednakże nie zabezpieczyły swoich ofert wadium. 3 listopada 2020 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwolujący zacytował art. 85 ust. 4 pzp i stwierdził, że w jego ocenie oferty Konsorcjum IGEKA i Konsorcjum OPGK podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 7a i 7b pzp z uwagi na niewniesienie wadium na przedłużony termin związania ofertą nie doszło do jego skutecznego przedłużenia.

Według Odwołującego co prawda Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i zwrócił w związku z tym wadium, jednakże jeszcze przed upływem terminu związania ofertą i przed przedłużeniem przez oba konsorcja terminu związania ofertą Zamawiający czynność tę unieważnił. Obligowało to każdego z tych wykonawców nie tylko do złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, ale – na zasadzie art. 85 ust. 4 zd. 1 pzp – również do wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą, gdyż bez tego samo oświadczenie nie wywołuje skutków prawnych.

Odwolujący powołał się na to, że jego stanowisko jest zgodne z dotychczasowym orzecznictwem Izby, wskazując na wyrok z 5 września 2016 r. {fragment uzasadnienia przytoczono w odwołaniu bez wskazania sygnatury akt sprawy}, który jego zdaniem zapadł – jak to określił – „w niemal identycznym stanie faktycznym”.

{KIO 3001/20}

{ad pkt 4. 6. i 10. listy zarzutów odwołania Konsorcjum IGEKA

– uwzględnienie potencjału podmiotu trzeciego z naruszeniem art. 22a ust. 6 pzp}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne odnośnie uzupełnienia przez Konsorcjum 19E wykazu usług na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt 5.2.1. A) ppkt 1.6 SIWZ.

W piśmie z 10.09.2020 r. do Konsorcjum 19E jako przyczynę wezwania Zamawiający podał, że *wskazana przez wykonawcę w pkt 3 wykazu usług usługa pn. Dostawa ba danych EGIB GESUT i BDOT500.) nie potwierdza spełniania warunku określonego w pkt 5.2.1. A) ppkt 1.6 SIWZ(...), zaś ...zakres usługi wskazanej w pkt 7 wykazu wykonanych usług jest tożsamy i zgodny z warunkiem określonym w pkt 5.2.1. A) ppkt 1.6 SIWZ(...), przy czym samodzielnie nie*

może służyć wykazaniu ww. warunku udziału w postępowaniu, gdyż obejmowała zbyt mały obszar terenu urbanizowanego.

Z treści dokumentów złożonych wraz z ofertą oraz z treści oferty Konsorcjum 19E od początku wynika, że zamierzało wykonywać przynajmniej część zamówienia w zakresie związanym z GESUT osobiście, powierzając podwykonawcy jedynie połowę tych prac.

Konsorcjum 19E wskazało, że wymienilo podmiot trzeci GISOnLine (poz. 7. wykazu pierwotnego i uzupełnionego) na GEORES (poz. 8. uzupełnionego wykazu), załączając także zobowiązanie tego ostatniego do oddania swojego potencjału do dyspozycji, zgodnie z którym wykona co najmniej połowę obszaru opracowania w zakresie GESUT.

Odwolujący podniósł, że aby Konsorcjum 19E mogło wykonywać część zamówienia w zakresie GESUT osobiście, biorąc pod uwagę art. 22a ust. 4 pzp, musiało wykazać także doświadczenie własne w tym zakresie.

Odwolujący przytoczył brzmienie art. 22a ust. 6 pzp i wywiódł, że wbrew temu przepisowi w rzeczywistości nastąpiło zastąpienie doświadczenia własnego doświadczeniem potencjału podmiotu trzeciego, zaś Konsorcjum 19E – wbrew treści swojej oferty – zamierza zlecić podwykonawcom całość prac związanych z GESUT, co stanowi niedozwoloną zmianę jego oferty.

Zdaniem Odwołującego w zaistniałym stanie faktycznym (abstrahując od wcześniej postawionego zarzutu niedopuszczalności dokonanego wezwania) dopuszczalne byłoby jedynie powołanie się przez Konsorcjum 19E na doświadczenie własne przy realizacji innej niż wskazana w poz. 3. usługi wykazu odpowiadającej zakresowi warunku określonego w pkt 5.2.1. A) ppkt 1.6 SIWZ.

Odwolujący powołał się na to, że niedopuszczalność powołania się na potencjał podmiotu trzeciego w miejsce własnego uprzednio wykazywanego doświadczenia wskazuje także orzecznictwo Izby. Podkreśla się, że co prawda ustawodawca dopuszcza zastąpienie podmiotu trzeciego, na którego zasobach polega wykonawca, innym podmiotem trzecim lub przez zobowiązanie się do samodzielnego wykonania zamówienia przez wykonawcę, jednakże przepisy ustawy nie przewidują sytuacji, w której zadeklarowane w ofercie samodzielne wykonanie przedmiotu zamówienia zostaje na późniejszym etapie postępowania zastąpione deklaracją co do wykonania tego przedmiotu zamówienia przez podmiot trzeci. Dokonanie takiej zmiany jest niedopuszczalną zmianą podmiotową treści oferty (np. wyrok Izby z 10 maja 2018 r. sygn. akt KIO 797/18).

Art. 22a ust. 6 pzp nie pozwala bowiem na taką zmianę, która oznacza w rzeczywistości zmianę oświadczenia wykonawcy w zakresie, w jakim ten stwierdza w ofercie, że jest w stanie spełnić samodzielnie warunki udziału w postępowaniu, a dopiero w toku postępowania wskazuje na zasoby podmiotu trzeciego. Przepis ten jednak winien być rozumiany jedynie jako jeden z wyjątków od zasady niezmienności oferty (*sensu largo*) i może być stosowany jedynie ściśle zgodnie z jego treścią. Tym samym niedopuszczalne jest zastąpienie na wezwanie zamawiającego własnego potencjału (np. doświadczenia) innym podmiotem, jeżeli wykonawca nie wskazał innego podmiotu w ofercie, jako że taki kolejny wyjątek w ustawie nie jest przewidziany (wyrok Izby z 13 lipca 2018 r. sygn. akt KIO 1286/20).

{ad pkt 5. listy zarzutów odwołania Konsorcjum IGEKA

– niewykazanie, że podmiot trzeci (GEORES) dysponuje wymaganym doświadczeniem}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne odnośnie badania przez Zamawiającego uzupełnionego przez Konsorcjum 19E wykazu usług na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt 5.2.1. A) ppkt 1.6 SIWZ.

Ponieważ Zamawiający zauważył, że usługa wskazana w poz. 8. uzupełnionego wykazu usług została zrealizowana przez GEORES w ramach konsorcjum, pismem z 16.10.2020 r. wystąpił o jednoznaczne wyjaśnienie faktycznego udziału tego podmiotu przez wykazanie rzeczywistych czynności wykonywanych przezeń przy realizacji usługi.

W odpowiedzi z 21.10.2020 r. Konsorcjum 19E złożyło oświadczenie wskazujące w analogiczny sposób jak w wykazie, jaką część zamówienia z poz. 8. wykazu usług zrealizowało GEORES.

Odwolujący wywiódł, że doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum wymaga indywidualnej analizy konkretnego stanu faktycznego i badania realnego udziału w realizacji danego zadania każdego z członków konsorcjum. Wskazuje się także, że wykonawca nabywa doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem konsorcjum, lecz przez bezpośredni udział w realizacji części zamówienia, do którego wykonania zobowiązana jest cała grupa wykonawców. W sytuacji gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie tego wykonawcy należy ocenić w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, czyli jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu, że bezkrytycznie przyjął niewnoszące nic nowego i budzące wątpliwości co do rzetelności oświadczenie własne Konsorcjum 19E, które – pomimo wezwania – nie przedłożyło żadnych dowodów na jego poparcie (np. umowy konsorcjum, z której wynikałyby rzeczywiste podział prac) ani nawet oświadczenia złożonego przez GEORES, co oznacza brak wykazania spełniania warunku.

{ad pkt 7. i 8. listy zarzutów odwołania Konsorcjum IGEKA

– rażąco niska cena oferty Konsorcjum 19E i oferta ta jako czyn nieuczciwej konkurencji}

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny został sprecyzowany na str. 18.-32. odwołania, a zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji na str. 32.-33. odwołania. Wspólną podstawą faktyczną obu zarzutów jest wycena przez Konsorcjum 19E w formularzu cenowym:

- poz. 1. dotyczącej „Modernizacji i rozbudowy TIK – e-usługi;
- poz. 2. dotyczącej oprogramowania, w zakresie dotyczącym oprogramowania aktualizującego silnik serwera raportów relacyjnej bazy danych – Oracle Database Enterprise Edition, w zakresie serwera raportów – Oracle Forms & Reports 12, w zakresie wsparcia oprogramowania serwera relacyjnej bazy danych w trakcie realizacji projektu, w tym w opcji danych przestrzennych i w zakresie raportowania – 5-letniej asysty technicznej producenta tego oprogramowania.

Z uwagi na odrzucenie odwołania w zakresie tych zarzutów nie ma potrzeby szczegółowego bardziej przytaczania okoliczności faktycznych i podniesionej argumentacji prawnej.

{KIO 2994/20, KIO 3001/20}

Zamawiający w odpowiedziach na odwołania z 31 listopada 2020 r. wniósł o ich oddalenie, w szczególności w następujący sposób odnosząc się merytorycznie do poszczególnych zarzutów.

{ad pkt 2. listy zarzutów odwołania Sygnity

i pkt 9. listy zarzutów odwołania Konsorcjum IGEKA

– niewykazanie przez Konsorcjum 19E tajemnicy przedsiębiorstwa}

Zamawiający powołał się na wyrok Izby z 14 maja 2013 r. sygn. akt KIO 908/13, w którego uzasadnieniu stwierdzono, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę należy uznać za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżone

przez tego wykonawcę informacje dotyczą bowiem szczegółowej kalkulacji ceny złożonej oferty, obejmującej wszystkie elementy przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ i uwzględnieniem marży handlowej. Sposób kalkulacji ceny można zaliczyć do informacji, które stanowią niezwykle cenne źródło informacji dla konkurencji. Zbieżne stanowisko oraz argumentację Izba wyraziła również w uzasadnieniu wyroku z 31 sierpnia 2018 r. sygn. akt KIO 1618/18: przedstawioną szczegółową kalkulację kosztów i przyjętą przez wykonawcę metodologię wyliczenia ceny stanowiącą w praktyce o konkurencyjności firmy na danym rynku można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile zostanie to należycie wykazane przez wykonawcę (podobnie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 1021/18).

Zamawiający podniósł również, że wykazanie przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie opiera się jedynie na załączeniu przez niego dowodów, lecz także wystarczające jest złożenie przez wykonawcę oświadczenia (tak w uzasadnieniu wyroku Izby z 8 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2252/17).

Zamawiający podkreślił, że jeszcze dwukrotnie weryfikował prawidłowość zastrzeżenia przez Konsorcjum 19E wyjaśnień dotyczących ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, za każdym razem dochodząc do wniosku, że w przedstawionym uzasadnieniu odniósł się ono do każdej z przesłanek wynikających z treści art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

{ad pkt 3. listy zarzutów odwołania Sygnyty
i pkt 1. i 2. listy zarzutów odwołania Konsorcjum IGEKA
– złożenie nieprawdziwych informacji przez Konsorcjum 19E}

Zamawiający wskazał na następujące okoliczności faktyczne.

Konsorcjum 19E – zarówno w wyjaśnieniach z 26.06.2020 r. dotyczących JEDZ, jak i w złożonych 9.07.2020 r. na wezwanie Zamawiającego dokumentach i oświadczeniach – wskazało, że w zamówieniu pn. „Dostawa baz danych EGIB, GESUT, BDOT500 wraz z digitalizacją dokumentów zasobu geodezyjnego i kartograficznego wykonało Opracowanie zbiorów danych GESUT, w ramach którego wykonano uzgodnienie baz inicjalnych...

Powiat Gnieźnieński w pkt 3. wystawionej Konsorcjum 19E referencji zawarł sformułowanie potwierdzenie należytego wykonania „usługi referencję, w treści której, w pkt 3 zawarł sformułowanie: *Utworzenie i uzgodnienie inicjalnej bazy danych GESUT i BDOT500 w wybranych jednostkach ewidencyjnych lub obrębach ewidencyjnych.*

Po otrzymaniu od Konsorcjum IGEKA pisma z 17.07.2020 r. odnośnie braku uzgodnień inicjalnej bazy danych GESUT w ramach wykonanego przez Konsorcjum 19E na rzecz Powiatu Gnieźnieńskiego zamówienia komisja przetargowa stwierdziła: (...) *Czytając literalnie wykazaną przez Wykonawcę usługę należy stwierdzić, iż jest ona tożsama z warunkiem określonym w pkt. 5.2.1.A) ppkt 6 SIWZ [protokół prac komisji przetargowej z 22.07.2020 r.].*

Jednakże ponieważ z opisu przedmiotu tego zamówienia nie wynikało, że obejmowało ono uzgodnienie inicjalnej bazy danych GESUT, a w referencji taka informacja się pojawiła, Zamawiający wystąpił do Powiatu Gnieźnieńskiego z prośbą o wyjaśnienie tej rozbieżności

5.08.2020 r. Powiat Gnieźnieński udzielił następującej odpowiedzi: *Informacje dotyczące utworzenia i uzgodnienia inicjalnej bazy GESUT znajdujące się w referencjach dotyczą informacji zgodnie z OPZ m.in.:*

- punktu II.7 „Zbiory danych cyfrowych dotyczących EGIB obejmujących sieci uzbrojenia terenu niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, Wykonawca pozyska od Starosty w postaci plików w formacie uzgodnionym ze Starostą formacie danych, zapewniającym utworzenie nowych wersji obiektów bazy danych EGIB i inicjalnej bazy GESUT i BDOT 500 lub nowych obiektów tych baz z zachowaniem historii zmian dokonanych w dostosowywanych zbiorach danych”;

- punktu V.2 „W przypadku gdy w państwowym zasobie geodezyjnym i kartograficznym brak jest informacji niezbędnych do ustalenia wartości wymaganych atrybutów obiektów inicjalnej bazy GESUT i BDOT 500 (atrybutów o liczności większej od „0” lub nieoznaczonych stereotypem voidable), Wykonawca uzgodni sposób wypełnienia pól bazy danych w zakresie tych atrybutów z Zamawiającym”;

- punktu V.8 „Wykonawca wypełni atrybut idMaterialu dla obiektów inicjalnej bazy GESUT, dla których atrybut istnienie przyjmuje wartość istniejący lub w budowie. W przypadku braku danych w PZGiK Wykonawca uzgodni sposób wypełnienia z Zamawiającym”;

- punkt V.9 „Wykonawca dokona redakcji kartograficznej elementów mapy zasadniczej, których źródłem jest powiatowa baza GESUT i BDOT 500, w jednej, uzgodnionej ze Starostą skali, w drodze uzupełnienia elementów redakcyjnych obiektów zbiorów danych inicjalnej bazy GESUT i BDOT 500 w klasach KR ObiektKarto, KR Etykieta.

Po otrzymaniu tych wyjaśnień komisja przetargowa po obradach 11-12.08.2020 r. stwierdziła: ... w świetle powyższych wyjaśnień otrzymanych z Powiatu Gnieźnieńskiego (...), wykazu wykonanych usług, w których Wykonawca wskazał, iż w ramach niniejszej usługi wykonał uzgodnienie baz inicjalnych oraz referencji, w treści których wskazano, iż Wykonawca utworzył i uzgodnił inicjalną bazę danych GESUT (...), a także zapisów SIWZ w zakresie warunku określonego w pkt. 5.2.1. ppkt 1.6 SIWZ Wykonawca wykazał się usługą na rzecz Powiatu Gnieźnieńskiego, w ramach której utworzył i uzgodnił inicjalną bazę danych GESUT. Czytając literalnie wykazaną przez Wykonawcę usługę, należy stwierdzić, iż jest ona tożsama z warunkiem określonym w pkt. 5.2.1. ppkt 1.6 SIWZ, wobec tego wymaganie od Wykonawcy wykonania uzgodnień branżowych byłoby nadmierne w stosunku do warunku postawionego w pkt. 5.2.1. ppkt 1.6. Zamawiający nie określił w SIWZ, iż uzgodnienia dotyczą uzgodnień branżowych, nie określił także co rozumie pod pojęciem uzgodnienia baz inicjalnych, tym bardziej nie przytaczał przepisu art. 28e ust. 1 ustawy Prawo geodezyjne i kartograficzne, wobec czego członkowie Komisji (...) stwierdzili, że bazy inicjalne podlegały uzgodnieniom określonym przez Powiatowy Zarząd Geodezji, Kartografii, Katastru i Nieruchomości w Gnieźnie, a zarzuty (...) są bezzasadne [protokół prac komisji przetargowej z 11-12.08.2020 r.].

Konsorcjum w piśmie z 18.09.2020 r. wyjaśniło: Rozbieżność wynikająca z treści referencji oraz oświadczenia Powiatu Gnieźnieńskiego dotycząca zakresu usługi wskazanej w pkt 3 wykazu wykonanych usług – celem wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 5.2.1. A) ppkt 1.6. SIWZ wynika z odmiennej interpretacji sformułowania „uzgodnienie inicjalnej bazy danych GESUT”. Sformułowanie to jest sformulowaniem ogólnym, nigdzie niezdefiniowanym i Wykonawca jako podmiot profesjonalnie działający w branży ma świadomość, że może odnosić się ono zarówno do uzgodnień branżowych, jak również do uzgodnień dokonywanych ze Starostą dotyczących danych będących w posiadaniu Starosty. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącej niniejszego Postępowania (...) Zamawiający nie użył sformułowania „uzgodnienia branżowe”, nie powołał się również na definicję ustawową w celu doprecyzowania, o jakie uzgodnienia chodzi. W związku z powyższym Wykonawca zinterpretował zapisy SIWZ w zakresie uzgodnień bazy danych GESUT w sposób literalny – ogólny, nie mając wątpliwości, że zapisy te można traktować rozszerzająco, a oba rodzaje uzgodnień będą odpowiadały wymaganiom Zamawiającego. Nawet biorąc pod uwagę treść pisma Głównego Geodety Kraju skierowanego do Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Geodezyjnego i Kartograficznego, które stanowi załącznik do odwołania (...), za pomocą którego odwołujący stara się wykazać jednoznaczność definicji

uzgodnień inicjalnej bazy danych GESUT, trudno zgodzić się z twierdzeniem, że wynika z niego definicja takich uzgodnień rozumianych wyłącznie jako uzgodnienia branżowe. (...) pismo w ogóle nie dotyczy próby zdefiniowania pojęcia uzgodnienia inicjalnej bazy danych GESUT, a dotyczy jedynie zasad naliczania opłat za wyraźnie sprecyzowane uzgodnienia, o których mowa w art. 28e ustawy z dnia 17 maja 1989 r. – Prawo geodezyjne i kartograficzne (tj. Dz.U. 2020, poz. 276 ze zm.), dalej jako „ustawa Prawo geodezyjne”. Zamawiający nie zawęził warunku do uzgodnień, o których mowa w ustawie Prawo geodezyjne, (...) gdyby Zamawiający miał na myśli wyłącznie uzgodnienia z podmiotami, które władają sieciami uzbrojenia terenu, doprecyzowałby to powołując się na przepisy w/w ustawy lub użyłby powszechnego w branży sformułowania „uzgodnienia branżowe”, czego nie zrobił. (...)

W piśmie Powiatu Gnieźnieńskiego z dnia 31.08.2020 r. czytamy cyt.: „...w trakcie realizacji prac poczyniono szereg jednostkowych ustaleń i uzgodnień w zakresie sposobu opracowania bazy GESUT, które zostały umieszczone w Dzienniku robót”. Powiat Gnieźnieński potwierdza więc, że były przeprowadzane w trakcie realizacji zamówienia uzgodnienia dotyczące inicjalnej bazy GESUT. (...)

Wykonawca potwierdza, że tzw. uzgodnienia branżowe nie były przedmiotem w/w usługi na rzecz Powiatu Gnieźnieńskiego i nie zostały w ramach umowy przeprowadzone, natomiast zostały przeprowadzone uzgodnienia inicjalnej bazy danych GESUT z zamawiającym w zakresie, o którym mowa w referencji i przytoczonej korespondencji. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że Wykonawca nigdy nie twierdził, że w ramach w/w zamówienia przeprowadzał uzgodnienia z podmiotami, które władają sieciami uzbrojenia terenu. (...)

W swoim piśmie Powiat Gnieźnieński nie zmienia deklaracji, że zamówienie zostało wykonane rzetelnie i terminowo, a jedynie prosi o wykreślenie sformułowania „uzgodnienia inicjalnej bazy danych GESUT”, rozumianej jako uzgodnienie inicjalnej bazy danych GESUT z podmiotami, które władają sieciami uzbrojenia terenu...

Zamawiający podtrzymał powyższe stanowisko, w tym uznał za własne wywody zawarte w piśmie Konsorcjum 19E z 18 września 2020 r.

Zdaniem Zamawiającego nie można zgodzić się z Odwołującymi, że definicja „uzgodnienia inicjalnej bazy danych” jest znana i stosowana wśród profesjonalistów z branży, skoro Powiat Gnieźnieński też inaczej rozumiał tę definicję i dopiero na wniosek Konsorcjum IGEKA zmienił interpretację.

Zamawiający dodał, że przy ocenie spełniania warunków nie ma znaczenia, jakie pojęcia są stosowane w różnych branżach, istotne jest natomiast, jak te warunki zostały określone w danym postępowaniu.

Zamawiający oświadczył wręcz, że celowo nie zawęził warunku do uzgodnień branżowych, gdyż również podmiot, który nabył doświadczenie w innych uzgodnieniach, poradziłby sobie z realizacją tego zamówienia. Zamierzeniem Zamawiającego było bowiem sformułowanie warunków w taki sposób, aby zapewnić dostęp do postępowania zamówienia jak największemu kręgowi potencjalnych wykonawców i jednocześnie zapewnić sobie prawidłową realizację tego zamówienia.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie mogą się domagać dokonywania oceny warunków w kontekście opisu przedmiotu zamówienia, gdyż warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej zostały opisane w ogłoszeniu i SIWZ, których treść jest wiążąca, a ocena wykonawcy może następować wyłącznie w oparciu o okoliczności tam wskazane. Konsorcjum 19E potwierdziło spełnianie warunków udziału w postępowaniu i jego oferta jest zgodna z treścią SIWZ. Spełniać można tylko taki warunek, który został opisany, skonkretyzowany (wyrok Izby z 24 stycznia 2017 r. sygn. akt KIO 2444/16).

Zamawiający powołał się również na to, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wszelkie wątpliwości wynikające z braku precyzji zamawiającego należy interpretować na korzyść wykonawcy (m.in. wyrok Izby z 30 grudnia 2019 r. sygn. akt KIO 2520/19).

W opinii Zamawiającego nie został wprowadzony w błąd przez Konsorcjum 19E co do tego, że ma ono doświadczenie w wykonaniu uzgodnienia inicjalnej bazy danych, gdyż:

- należy uznać, że Konsorcjum 19E działało w dobrej wierze, skoro Powiat Gnieźnieński wystawił referencję zawierającą w pkt 3. powyżej przytoczone sformułowanie;

- do 31.08.2020 r., kiedy nastąpił wybór najkorzystniejszej oferty, Powiat Gnieźnieński podtrzymywał takie stanowisko, co więcej podał Zamawiającemu czynności, które w ramach takich uzgodnień wykonało Konsorcjum 19E.

- Zamawiający unieważnił pierwszy wybór najkorzystniejszej oferty nie dlatego, że informacje uzyskane od wystawcy referencji okazały się nieprawdziwe, a w związku z powzięciem informacji mających wpływ na toczące się postępowanie, które zostały zweryfikowane podczas powtórnego badania i oceny ofert.

W konsekwencji zdaniem Zamawiającego niezasadny jest również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 pzp, gdyż skoro Konsorcjum 19E nie podlegało wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16-17 pzp, był uprawniony do wezwania go do wyjaśnień i złożenia oświadczeń i dokumentów na podstawie tego przepisu.

{KIO 2994/20}

{ad pkt 4. listy zarzutów odwołania Sygnity

– niewykazanie przez Konsorcjum 19E warunku udziału po uzupełnieniu wykazu}

Według relacji Zamawiającego uzyskał od Konsorcjum 19E wyjaśnienia, które jednoznacznie potwierdziły, że GEORES wykonał zakres usługi konieczny dla spełniania warunku w tym postępowaniu.

W opinii Zamawiającego podjęte przez niego czynności pozostają w zgodzie z orzecznictwem, które wskazuje na potrzebę ustalenia faktycznego udziału podmiotu trzeciego w wykonywaniu zamówienia realizowanego w konsorcjum.

{ad pkt 5. listy zarzutów odwołania Sygnity

– zaniechanie wezwania Konsorcjum 19E do uzupełnienia wykazu co do innego warunku}

Zamawiający zaznaczył, że specjalnie określił kilka warunków udziału z odrębnymi elementami do wykazania.

Zamawiający stwierdził, że poszczególne etapy w zakresie prac odpowiadających określonym przez niego warunkom udziału zostały zakończone, a załączone protokoły odbioru są odpowiednim potwierdzeniem należytego wykonania tych prac w rozumieniu przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów, które określa jedynie, że mają to być dowody określające, czy usługi zostały wykonane należycie, pochodzące od podmiotu, na rzecz którego były one wykonywane.

Zdaniem Zamawiającego nie można wyciągać tak daleko idących wniosków, że wykonawca realizujący w dłuższym okresie czasu umowę nie może legitymować się wykonaną należycie w ramach tej umowy usługą, która odpowiada swoim zakresem sformułowanemu w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia warunkowi. Nie ma zatem znaczenia, czy cała umowa została zakończona w dacie odbioru danego etapu, który jest wystarczający dla wykazania spełniania warunku udziału.

Ponadto w ocenie Zamawiającego wyrok Izby z 23.09.2019 r. sygn. akt KIO 1713/19, na który powołał się Odwołujący, dotyczył sprawy o odmiennym stanie faktycznym, gdzie warunkiem udziału była dostawa wraz z

wdrożeniem, a wykonawca wykazał jedynie zrealizowaną dostawę.

{ad pkt 6. listy zarzutów odwołania Sygnity

– zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum IGEKA i Konsorcjum OPGK przy braku wadium}

Zamawiający wskazał, że w piśmie z 4.09.2020 r. jedynie informował o upływającym terminie związania ofertą i o możliwości jego przedłużenia. Każdy z wykonawców przedłużył termin związania ofertą, przy czym wyłącznie Sygnity wniosło samodzielnie wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Zamawiający podniósł, że nie ma podstawy prawnej wskazującej na obowiązek ponownego wniesienia wadium, które zostało zwrócone po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Nie znaczenia, czy potem nastąpiło unieważnienie tego wyboru. Ponowne wniesienie wadium jest wymagane jedynie od wykonawcy, któremu zwrócono wadium na podstawie art. 46 ust. 1 pzp, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Z kolei art. 85 ust. 4 zd. 2 pzp znajduje zastosowanie tylko do wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Ponadto w ocenie Zamawiającego wyrok Izby, na który powołał się Odwołujący, dotyczył sprawy o odmiennym stanie faktycznym.

{ad pkt 7. listy zarzutów odwołania Sygnity

– zaniechanie wezwania Konsorcjum IGEKA do uzupełnienia wykazu usług}

W opinii Zamawiającego zarzut jest chybiony, gdyż w oparciu o art. 24aa pzp, zgodnie z którym zamawiający najpierw dokonuje oceny ofert, a następnie bada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, prowadzi postępowanie w tzw. procedurze odwróconej (o czym poinformowano w ogłoszeniu o tym zamówieniu) i nie był zobowiązany do badania Konsorcjum IGEKA pod kątem braku podstaw do wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

{KIO 3001/20}

{ad pkt 4., 6. i 10. listy zarzutów odwołania Konsorcjum IGEKA

– uwzględnienie potencjału podmiotu trzeciego z naruszeniem art. 22a ust. 6 pzp}

Według Zamawiającego Konsorcjum 19E potwierdziło spełnianie wszystkich warunków udziału w postępowaniu, w szczególności w oparciu o zasoby udostępnione mu przez GEORES sp. z o.o., o czym świadczy całość złożonych przez Konsorcjum oświadczeń i dokumentów, w tym ostatni etap wyjaśnień oraz uzupełnień, w którym – jak najbardziej zgodnie z ustawą pzp – zastąpiło podmiot trzeci, na którego zasobach pierwotnie polegało, powyżej wymienionym podmiotem trzecim.

Zamawiający podniósł, że art. 22a ust. 6 pzp dotyczy m.in. sytuacji, gdy okaże się, że zgłoszony przez wykonawcę na etapie składania ofert (wniosków) podmiot trzeci nie dysponuje wymaganym przez zamawiającego zasobem (takie stanowisko wyraziła Izba w wyrokach wydanych 31 października 2019 r. sygn. akt KIO 2111/19 oraz 8 października 2019 r. sygn. akt KIO 1883/19).

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej (z 10 maja 2018 r. sygn. akt KIO 197/18 oraz z 13 lipca 2018 r. sygn. akt KIO 1286/18), które dotyczyły odmiennych stanów faktycznych, gdzie wykonawcy zadeklarowali w ofertach, że będą realizowali zamówienia samodzielnie, a dopiero wtoku postępowania wskazali podmioty trzecie. Natomiast Konsorcjum 19E zadeklarowało w ofercie korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego.

Zamawiający podkreślił, że w wyjaśnieniach z 21.10.2020 r. Konsorcjum wskazało, że zgodnie ze zobowiązaniem GEORES jako podmiot trzeci zrealizuje usługi, do realizacji których jego doświadczenie było wymagane w ramach tego zamówienia, tj. część zamówienia odpowiadającą zakresem warunkowi określonym w pkt 5.2.1. A) ppkt 1.6. na podstawie umowy podwykonawczej.

{ad pkt 5. listy zarzutów odwołania Konsorcjum IGEKA

– niewykazanie, że podmiot trzeci (GEORES) dysponuje wymaganym doświadczeniem}

Zamawiający powtórzył, że uzyskał od Konsorcjum 19E wyjaśnienia, które jednoznacznie potwierdziły, że GEORES wykonał zakres usługi konieczny dla spełniania warunku w tym postępowaniu.

Zamawiający ponownie wyraził przekonanie, że podjęte przez niego czynności pozostają w zgodzie z orzecznictwem, które wskazuje na potrzebę ustalenia faktycznego udziału podmiotu trzeciego w wykonywaniu zamówienia realizowanego w konsorcjum.

Zdaniem Zamawiającego Konsorcjum 19E nie miało obowiązku składać żadnych dodatkowych w stosunku do złożonych przez nie dokumentów dowodów na potwierdzenie, że GEORES może posługiwać się zasobami wskazanymi dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający zauważył, że Odwołujący nie precyzuje, jakiemu celowi miałyby służyć takie dodatkowe wezwanie.

W ocenie Zamawiającego stanowisko Odwołującego odnośnie potrzeby aktualizacji JEDZ świadczy o tym, że nie rozumie, czemu służy obowiązek złożenia przez wykonawców tego formularza. JEDZ to oświadczenie własne wykonawcy zamówienia i stanowi ono dowód wstępny tego, że składający je wykonawca spełnia postawione przed nim kryteria kwalifikacji i selekcji, a także, że nie podlega wykluczeniu. Jeżeli zatem wykonawca wstępnie potwierdzi spełnienie warunków udziału postawione przez zamawiającego, a także wykaże brak podstaw do wykluczenia, może przejść do dalszego etapu, w którym następuje ostateczne wykazanie tych okoliczności

{KIO 2994/20, KIO 3001/20}

W piśmie z 16 grudnia 2020 r. Konsorcjum 19E odniosło się do zarzutów odwołań w przeważającej mierze w sposób zbieżny z odpowiedzią na odwołanie Zamawiającego, a ponadto w następującym zakresie wskazało dodatkowe okoliczności faktyczne lub argumentację prawną.

{ad pkt 3. listy zarzutów odwołania Sygnity

i pkt 1. i 2. listy zarzutów odwołania Konsorcjum IGEKA

– złożenie nieprawdziwych informacji przez Konsorcjum 19E}

Według Przystępującego Powiat Gnieźnieński sporządził pismo z 31 sierpnia 2020 r. do Zamawiającego na skutek otrzymania pisma Konsorcjum IGEKA do Powiatu Gnieźnieńskiego z 28 sierpnia 2020 r., sugerującego co rzekomo było faktyczną intencją powiatu i mającego na celu próbę wpłynięcia na jego ocenę sytuacji w zakresie spornego w tej sprawie elementu zamówienia. Wskazują na to liczne zbieżności sformułowań obu pism {których przykłady Przystępujący zacytował}. W szczególności opisu zakresu zamówienia został przedstawiony zgodnie z intencją Konsorcjum IGEKA oraz przyjętą przez niego definicją uzgodnień inicjalnej bazy danych. Dla Przystępującego znamienne są również subiektywne twierdzenia Konsorcjum IGEKA dotyczące ustalenia, co autor referencji miał na myśli i jakie powinien przedsięwziąć kroki w celu naprawienia swoich błędów interpretacyjnych: *uwazamy, że Waszą*

intencją nie mogło być objęcie w przedłożonych referencjach potwierdzenie należytego wykonania prac polegających na uzgodnieniu inicjalnej bazy danych GESUT oraz w naszej opinii kwestia ta wymaga od Państwa niezwłocznego i konkretnego sprostowania, wystosowanego do zamawiającego zamówienia zabrzańskiego. Powyższe mogło być więc realnym powodem działań Powiatu Gnieźnieńskiego, który dla własnego komfortu przyjął jego argumentację co do sposobu interpretacji spornych pojęć, nie odnosząc się jednak przy tej interpretacji do treści SIWZ w tym postępowaniu, a jedynie do twierdzeń Konsorcjum IGEKA i w tym zakresie dokonał sprostowania swojego oświadczenia.

W ocenie Przystępującego nawet treść tego pisma z 31 sierpnia 2020 r., w którym stwierdzono, że jednak uzgodnienie inicjalnej bazy danych GESUT nie miało miejsca, ale miało miejsce szereg jednostkowych ustaleń i uzgodnień, nie zmienia faktu, że zakres wynikających z opisu przedmiotu zamówienia gnieźnieńskiego prac i uzgodnień inicjalnej bazy GESUT (o których mowa m.in. w piśmie z 5 sierpnia 2020 r.) został wykonany, a właśnie na tej podstawie Zamawiający dokonał pozytywnej weryfikacji spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Konsorcjum 19E.

Przystępujący przywołał następujący fragment uzasadnienia wyroku Izby z 19 maja 2017 r. sygn. akt KIO 901/17: *z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy wykluczyć wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, sformułowanych przez zamawiającego. Zatem, ocena możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wykonawcę następuje w oparciu o warunki udziału w postępowaniu, które przez zamawiającego zostały wyartykułowane. Spełniać bowiem można tylko taki warunek, który został opisany, skonkretyzowany. W przypadku zaś niesformułowania warunku udziału w postępowaniu niemożliwa jest ocena jego spełnienia, a w konsekwencji stwierdzenie, że wykonawcę należy wykluczyć z postępowania z powodu niespełnienia warunku udziału w nim. Warunki udziału w postępowaniu winny mieć zakotwiczenie w przedmiocie zamówienia w taki sposób, aby z jednej strony pozwalały na weryfikację zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, z drugiej zaś strony, aby dawały możliwość zachowania uczciwej konkurencji. Jednocześnie warto zauważyć, że wskazany przepis tylko potwierdza wcześniejsze rozważania, że warunki udziału w postępowaniu i opis przedmiotu zamówienia to dwie odrębne instytucje, a zatem nie jest możliwe wnioskowanie o jednej na podstawie drugiej. Warunków udziału w postępowaniu nie można rekonstruować na podstawie całokształtu postanowień zawartych w SIWZ – Zamawiający, jeśli skorzysta z uprawnienia do sformułowania warunków udziału w postępowaniu ma obowiązek ich opisanie w SIWZ (art 22 ust. 1 pkt 2 pzp,) oraz wskazania dokumentów, które służą potwierdzeniu ich spełnienia (art. 25 ust. 1 pkt 1 pzp). Wykonawca nie ma zatem obowiązku ich domniemywania na podstawie innych postanowień SIWZ, a tym samym Zamawiający nie jest uprawniony do konkretyzowania spornego warunku udziału w postępowaniu w świetle wszelkich postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które mogłyby mieć znaczenie z punktu widzenia warunków udziału w postępowaniu.*

Biorąc pod uwagę powyższe zdaniem Przystępującego nie ma podstaw, aby rzekome wymagania Zamawiającego w zakresie spełnienia opisanego przez niego warunku traktować rozszerzająco i w sposób nieuzasadniony dopowiadać ich treść, bazując – jak robią to Odwołujący – na opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający skorzystał z prawa ukształtowania warunków udziału w postępowaniu, opisał je i wskazał, jakie dokumenty należy złożyć na ich potwierdzenie. Następnie ocenił dokumenty złożone przez Przystępującego, dodatkowo zweryfikował je u źródła i – kierując się powyższą zasadą – uznał za spełnione. Decyzja o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowne wezwanie Konsorcjum 19E do dodatkowych wyjaśnień zostały dokonane na skutek pisma Powiatu Gnieźnieńskiego o niejednoznacznej treści, niedefiniujących zawartych w nim pojęć, co należy złożyć na karb ostrożności Zamawiającego. Nawet jednak dodatkowe wyjaśnienia nie zmieniły pierwotnie podjętej decyzji Zamawiającego, o czym świadczy ponowny wybór 6 listopada 2020 r. oferty Konsorcjum 19E jako najkorzystniejszej.

Niezależnie od powyższego w opinii Przystępującego art. 28e ust. 1 pkt 1 Prawa geodezyjnego i kartograficznego wskazuje jednoznacznie na wydanie opinii, a nie uzgodnień. Stąd nawet przywołanie definicji wynikającej z Prawo geodezyjne nie uzasadnia twierdzenia Odwołujących, jakoby oczywiście było, że uzgodnienia bazy GESUT odnoszą się do uzgodnień z władzami sieci uzbrojenia terenu. Przyjmuje się bowiem, że opinia jest wyrażeniem stanowiska innego organu, które nie ma charakteru wiążącego dla organu prowadzącego sprawę główną. Odmienne rzecz się ma z uzgodnieniem, gdyż ten rodzaj współdziałania ma charakter władczy wkroczenia organu uzgadniającego w postępowanie główne prowadzone przez organ występujący o uzgodnienie. Prawo geodezyjne nie przewiduje trybu, w którym inwestor, projektant lub geodeta występowaliby po uzgodnieniu do podmiotów władających sieciami {jako potwierdzenie trafności takiego stanowiska Przystępujący załączył opinię uprawnionego geodety i biegłego sądowego przy sądach okręgowych w Poznaniu i Kaliszu}.

W przekonaniu Przystępującego należy mieć również na uwadze uzasadnienie wyroku Izby z 4 października 2017 r. sygn. akt KIO 1978/17, w którym wskazano, że *przez przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego (jak i przez wprowadzenie w błąd zamawiającego przy przedstawieniu informacji) należy rozumieć w szczególności przekazanie przez wykonawcę informacji, w wyniku których zamawiający pozostaje w błędnym przekonaniu co do rzeczywistego stanu rzeczy. Błędne postrzeganie przez zamawiającego określonych okoliczności musi zatem bezpośrednio wynikać z zachowania wykonawcy.*

Według Przystępującego, mając na uwadze dokumentację postępowania, działania Zamawiającego i wyjaśnienia składane przez Konsorcjum 19E, nie doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Wszelkie twierdzenia Konsorcjum 19E były prawdziwe i zgodne ze stanem faktycznym, nie starało się on manipulować faktami, a jego oświadczenia mają odzwierciedlenie w dokumentach. Zamawiający natomiast, nawet po ich samodzielnej weryfikacji u ich wystawcy, przyznał, że są one prawidłowe i odpowiadają wymaganiom postawionym w postępowaniu. Odmienne rozumienie pojęć zawartych w SIWZ przez Odwołujących nie implikuje faktu wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez Przystępującego. Skoro pojęcia te nie zostały zdefiniowane w sposób ostry i jednoznaczny, z ewentualnym powołaniem się na przepisy prawa, które by je doprecyzowywały, co przyznaje sam Zamawiający dopuszczając rozszerzającą ich definicję, nie ma podstaw do karania Przystępującego, który przygotował swoją ofertę stosując taką wykładnię. Mając powyższe na uwadze należy uznać, że usługa zrealizowana na rzecz Powiatu Gnieźnieńskiego odpowiada opisanemu powyżej warunkowi, a tym samym Konsorcjum 19E spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie próbowało ani nie wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu powyższych informacji.

{ad pkt 4., 6. i 10. listy zarzutów odwołania Konsorcjum IGEKA

– uwzględnienie potencjału podmiotu trzeciego z naruszeniem art. 22a ust. 6 pzp}

W ocenie Przystępującego zupełnie nieuprawnione i nieuzasadnione są twierdzenia Odwołującego IGEKA co do treści pisma Zamawiającego z 10 września 2020 r. i plynących z niego konsekwencji, gdyż było to wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 pzp do wykazania przez Konsorcjum 19E, odpowiednio dzięki wyjaśnieniom lub uzupełnieniu dokumentów, spełnienia warunku udziału, o którym mowa w pkt. 5.2.1 A) ppkt 1.6. SIWZ. Konsorcjum 19E w celu wykazania tego warunku powołało się również na zasoby podmiotu trzeciego, składając w tym celu stosowne oświadczenie oraz

zobowiązanie tego podmiotu. W sytuacji kiedy podmiot ten nie spełniał warunków udziału, uprawnieniem Konsorcjum 19E, wynikającym wprost z art. 22a ust. 6 pzp, było wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu samodzielnie lub zmiany takiego podmiotu. Konsorcjum 19E w odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego dokonało obu tych czynności: wykazało doświadczenie własne, składając stosowne wyjaśnienia, a także, z ostrożności, ze względu na jednokrotność wezwania w trybie art. 26 ust. 3 pzp, którego szczególny przypadek uregulowany został w art. 22a ust. 6 pzp, dokonało zmiany podmiotu trzeciego.

Przystępujący podkreślił, że powołując się na potencjał podmiotu trzeciego, zadeklarował minimalny zakres prac realizowany przez ten podmiot, będący pochodną zakresu prac, o którym mowa w warunku udziału (a nie całego zakresu tego rodzaju prac wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia), co odpowiada sposobowi wykazywania warunku udziału z powołaniem się na zasoby podmiotów trzecich wynikającym z art. 22a ust. 1 pzp. Przystępujący zwrócił uwagę, że Odwołujący nie zakwestionował jednak realności możliwości korzystania przez Konsorcjum 19E z udzielonych zasobów ani zakresu prac, które zamierzało takiemu podmiotowi zlecić.

Natomiast zarzut, że Konsorcjum 19E, planując od początku realizację części tego zakresu zamówienia samodzielnie, zastąpiło potencjał własny potencjałem podmiotu trzeciego, zdaniem Przystępującego nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym. Konsorcjum 19E wraz z ofertą złożyło stosowne zobowiązanie podmiotu trzeciego, wskazując zakres prac, które ten podmiot zrealizuje, wykazując jednocześnie realność udostępnienia potencjału i jego faktyczny udział w realizacji zamówienia – zlecenie ponad połowy zakresu opracowania, a następnie – korzystając z uprawnień wynikających z art. 22a ust. 6 pzp – nie dokonało zmiany oświadczenia w tym zakresie, a jedynie zamieniło jeden podmiot trzeci na inny.

Niezależnie od powyższego Przystępujący podniósł, że samo powołanie się na doświadczenie podmiotu trzeciego w celu wykazania warunku posiadania doświadczenia, nawet przy braku doświadczenia własnego wykonawcy, nie implikuje braku możliwości realizacji określonego fragmentu tych prac przez samego wykonawcę, gdyż w przeciwnym razie nie byłby on w stanie nabyć takiego doświadczenia. Przystępujący wywiódł, że w orzecznictwie dotyczącym art. 22a ust. 4 pzp doprecyzowano, że udział podmiotu udostępniającego swoje zasoby ma być realny i gwarantujący, że przedmiot zamówienia w określonym warunkiem udziału w postępowaniu zakresie będzie realizowany przez lub ze znacznym udziałem podmiotu, który posiada stosowne doświadczenie, co dodatkowo każdorazowo należy rozpatrywać w sposób proporcjonalny do zakresu danego warunku udziału w postępowaniu. Przepis nie zakazuje więc realizacji takich prac wspólnie z wykonawcą, a jedynie ma gwarantować faktyczny udział w ich realizacji podmiotu, który wykazuje się doświadczeniem w zakresie ich wykonania. Jak to wskazano w uzasadnieniu wyroku z 17 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2082/16: *...z art 22a ust 4 pzp nie wynika jednoznacznie, że Wykonawca nie może brać udziału w realizacji usługi, Tylko w ten sposób Wykonawca może uzyskać doświadczenie, a jednocześnie udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego nie jest fikcją. Z kolei w uzasadnieniu wyroku z 17 grudnia 2018 r. sygn. akt KIO 2480/18: określony w treści art. 22 ust. 4 pzp wymóg zrealizowania zamówienia w takiej części, z jaką wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania tej części zamówienia (co do zasady w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą składającym ofertę).*

{ad pkt 5. listy zarzutów odwołania Konsorcjum IGEKA

– niewykazanie, że podmiot trzeci (GEORES) dysponuje wymaganym doświadczeniem}

{ad pkt 4. listy zarzutów odwołania Sygnity

– niewykazanie przez Konsorcjum 19E warunku udziału po uzupełnieniu wykazu}

Z pisma Konsorcjum 19E wynikają następujące okoliczności faktyczne odnośnie wykazania spełnienia warunku udziału określonego w pkt. 5.2.1 A) ppkt 1.6. SIWZ w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust.3 pzp do uzupełnienia w tym zakresie wykazu.

17 września 2020 r. Konsorcjum 19E złożyło wykaz usług, w którego poz. 8 dodało usługę zrealizowaną w ramach konsorcjum przez GEORES na rzecz Gminy Miasta Rzeszów, w której opisie wskazano wyłącznie zakres tego zamówienia zrealizowany przez GEORES (obejmujący m.in. utworzenie i aktualizację zbiorów danych GESUT, w ramach którego wykonano uzgodnienie baz inicjalnych, gdzie zakres opracowania obejmował konkretne wskazane obręby ewidencyjne dotyczące w sumie 2211 ha obszaru zurbanizowanego (tj. gruntów zabudowanych i zurbanizowanych, zdefiniowanych w załączniku nr 6 do rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego i Rolnictwa w sprawie ewidencji gruntów i budynków).

Wykaz usług jako oświadczenie wiedzy został podpisany przez Konsorcjum 19E, natomiast kopia protokołu odbioru została poświadczona za zgodność z oryginałem przez GEORES, który podpisał oświadczenie woli dotyczące udostępnienia zasobów powyższym zakresie, będącym pochodną warunku udziału.

Pismem z 16 października 2020 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 4 pzp zwrócił się do Konsorcjum 19E o jednoznaczne wyjaśnienie m.in. zakresu prac realizowanych przez GEORES w ramach konsorcjum.

W piśmie z 20 października 2020 r. Konsorcjum udzieliło wyjaśnień, potwierdzając adekwatność informacji zawartych w wykazie usług przez ponowne wskazanie obszarów ewidencyjnych oraz wielkości obszaru zurbanizowanego, za które odpowiedzialna była spółka GEORES

Przystępujący podał również, że drugi z konsorcjantów, OPGK Rzeszów S.A., w ramach usługi na rzecz Rzeszowa wykonał prace w obrębach ewidencyjnych: 186301_1.0207 Śródmieście, 186301_1.0208 Nowe Miasto, 186301_1.0209 Zalesie, 186301_1.0210 Biała, 186301_1.0219 Wilkowyja Pld, 186301_1.0221 Rzeszów-Słocina, 186301_1.0224 Biała II, 186301_1.0225 Budziwój, w których w sumie było 1937 ha obszaru zurbanizowanego.

Przystępujący podniósł, że żaden z przepisów ustawy pzp ani aktów wykonawczych do niej nie rodzi konieczności przedkładania dowodów odnośnie informacji zawartych w wykazie i wyjaśnieniach składanych przez wykonawcę odnośnie treści tego dokumentu. Przystępujący dodał, że również ani z treści wezwania Zamawiającego, ani z treści SIWZ nie wynika konieczność udowadniania podziału prac pomiędzy konsorcjantów, poza ewentualnym złożeniem stosownych wyjaśnień. Natomiast powszechną praktyką jest wskazanie tych informacji w wykazie usług, z określeniem zakresu, w jakim były one realizowane przez konkretny podmiot, co Konsorcjum 19E uczyniło, a następnie potwierdziło w wyjaśnieniach.

Według Przystępującego prawidłowość jego działań znajduje potwierdzenie w uzasadnieniu wyroku Izby z 28 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 1178/18: *...nie sposób odmówić przystępującemu posiadania doświadczenia nabytego w ramach umowy konsorcjum wyłącznie z powodu braku w umowie precyzyjnego określenia prac, za które poszczególne członkowie konsorcjum byli odpowiedzialni. Podobnie wskazano w uzasadnieniu wyroku Izby z 30 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 477/18: ...wystarczające jest samo oświadczenie wykonawcy o posiadaniu wymaganego doświadczenia i wskazanie na roboty w ramach których nabył to doświadczenie – jednocześnie jest to bowiem oświadczenie, że realnie brał udział w realizacji części zamówienia wymaganej dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Okoliczność przeciwna musi być*

dowodzona przez stronę negującą rzeczywiste nabycie doświadczenia przez wykonawcę.

Przystępujący stwierdził, że w powyżej opisanych okolicznościach, wbrew twierdzeniom Odwołującego Sygnity, zarówno Konsorcjum 19E (korzystając z zasobów GEORES), jak i wykonawca OPGK Rzeszów S.A. mogą spełnić warunek udziału w tym postępowaniu powołując się na tę samą usługę zrealizowaną na rzecz Rzeszowa.

Przystępujący podniósł, że nie ma natomiast możliwości odniesienia się do zarzutu Odwołującego Sygnity w zakresie twierdzenia, że obszary ewidencyjne wskazane jako wykonane przez GEORES nie spełniają warunku odnośnie minimalnej powierzchni obszaru zurbanizowanego tj. gruntów zabudowanych i zurbanizowanych, zdefiniowanych w załączniku nr 6 do rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego i Rolnictwa w sprawie ewidencji gruntów i budynków, gdyż odwołanie nie zawiera żadnego uprawdopodobnienia zarzutu w tym zakresie.

{ad pkt 5. listy zarzutów odwołania Sygnity

– zaniechanie wezwania Konsorcjum 19E do uzupełnienia wykazu co do innego warunku}

Z pisma Konsorcjum 19E wynikają następujące okoliczności faktyczne odnośnie wykazania przez niego spełniania warunku określonego w pkt. 5.2.1 A) ppkt 1.4. SIWZ.

Zgodnie z treścią tego warunku udziału w postępowaniu wykonawcy winni wykazać realizację co najmniej jednej usługi polegającej na przetworzeniu do postaci dokumentów elektronicznych materiałów zasobu PZGiK, w tym utworzeniu metadanych, której zakres prac obejmował co najmniej 150 tys. dokumentów.

Konsorcjum 19E w celu wykazania spełniania tego warunku przedstawiło trzy usługi, w tym jako pierwszą wykonaną przez siebie na rzecz Tukaj Mapping Central Europe sp. z o.o. (dalej jako Tukaj Mapping), na podstawie umowy podwykonawczej zawartej 28 sierpnia 2018 r., w ramach zamówienia realizowanego przez Tukaj Mapping na rzecz Powiatu Bielskiego i Miasta Bielsko-Biała.

W ramach tej umowy podwykonawczej Konsorcjum 19E zrealizowało prace w zakresie przetworzenia do postaci dokumentów elektronicznych materiałów zasobu PZGiK, w tym utworzyło metadane dla ponad 1 miliona dokumentów, w ramach dwóch zadań nr 6 i 7, z których każde zostało podzielone na dwa etapy (6.1./6.2. oraz 7.1./7.2.), które znajdują odzwierciedlenie w treści protokołów odbioru.

Na potwierdzenie należytej realizacji wskazanych w umowie podwykonawczej prac Konsorcjum 19E przedłożyło dwa protokoły częściowe – ponieważ każdy z nich dotyczył jednej z ww. części zamówienia (zadania), stąd taka nazwa.

Z treści tych dokumentów (bez względu na ich nazwę) wynika jednoznacznie, że oba zadania zostały zakończone, zrealizowane należyście i bez uwag w terminie wskazanym w umowie podwykonawczej – prace wchodzące w skład zadań 6.1. oraz 7.1. do 19 kwietnia 2019 r., prace wchodzące w skład zadań 6.2. oraz 7.2. do 29 listopada 2019 r. (faktyczny termin odbioru stanowi data pozytywnej weryfikacji jakościowej II iteracji dla obu zadań, a nie data sporządzenia protokołu).

Termin realizacji całości prac realizowanych przez Tukaj Mapping na rzecz Powiatu Bielskiego upłynął 12 lutego 2020 r.

Na potwierdzenie powyższego Przystępujący załączył do pisma jako dowód nr 2 oświadczenie Tukaj Mapping dotyczące realizacji umowy podwykonawczej.

Dwie dodatkowe usługi wskazane w wykazie przez Konsorcjum 19E również zostały zakończone, odebrane i zapłacone, pomimo że zostały wykonane w ramach umów, które są nadal realizowane.

Przedmiotem tych zamówień jest wykonanie dużo szerszego zakresu prac, aniżeli zakresu wymaganego przez Zamawiającego w celu spełnienia powyżej przywołanego warunku udziału w postępowaniu. Zakres ten został podzielony na następujące etapy: Etap 1: Digitalizacja dokumentów PZGiK, Etap 2: Opracowanie zbiorów danych BDOT500 i GESUT, Etap 3: Wykonanie uzgodnień zbiorów danych GESUT i każdy z nich stanowi odrębną całość.

W warunkach technicznych, które stanowią załącznik do umów, w rozdziale V. „Podział prac i informacje porządkowe”, w ust. 1 jest zapis: *Prace objęte WT zostały podzielone na Zadania i Etapy, a dalej w ust. 2: W ramach każdego Etapu 1 Wykonawca będzie zobowiązany do utworzenia rejestrów dokumentów cyfrowych obejmujących wszystkie wskazane do digitalizacji dokumenty, i dalej w tym ust.: Opracowane rejestry będą stanowiły jedno ze źródeł danych służących do wykonania kolejnych etapów.*

Przystępujący stwierdził, że wbrew twierdzeniom Odwołującego Sygnity prace będące przedmiotem umowy podwykonawczej zostały zakończone.

Niezależnie od powyższego Przystępujący podkreślił, że ponieważ na potwierdzenie spełniania warunku udziału wykazał usługę zrealizowaną na rzecz Tukaj Mapping, a nie na rzecz Powiatu Bielskiego, nie ma znaczenia w ilu etapach i kiedy kończy się umowa zawarta pomiędzy Tukaj Mapping a Powiatem Bielskim, który nie jest bezpośrednim odbiorcą usługi realizowanej przez Konsorcjum 19E.

Z ostrożności Przystępujący zauważył, że z racji dokonania odbioru końcowego przez Powiat Bielski usługi wykonanej przez Tukaj Mapping, nawet gdyby rozpatrywać realizację usługi zrealizowanej przez Konsorcjum 19E w kontekście jej odbiorcy końcowego, zarzut jest również niezasadny.

Przystępujący zauważył, że również dwie dodatkowe usługi wskazane w wykazie zostały zakończone, odebrane i zapłacone, pomimo że zostały wykonane w ramach umów, które są nadal realizowane. Przedmiot zamówienia w nich wskazany podzielony został na etapy, które są o tyle od siebie zależne, o ile na podstawie wyników poprzednich etapów realizuje się etapy kolejne. Natomiast nie ponawia się opracowania już odebranych prac. Wynikiem opracowania każdego etapu jest zasilenie systemu informatycznego zamawiającego danymi opracowanymi w ramach danego etapu. Każdy z nich kończy się kontrolą przeprowadzaną przez zamawiającego i protokołem odbioru, który jest podstawą do wystawienia faktury.

Według Przystępującego specyfika tych zamówień powoduje, że wykonanie takiego etapu w sposób prawidłowy jest definitywne i stwierdzenie raz należytego wykonania tej części zamówienia, nawet przy założeniu nieprawidłowego wykonania całej umowy, nie może zostać uznane za zadanie wykonane nieprawidłowo. Stąd przy tak sformułowanym warunku zamówienia Konsorcjum 19E miało prawo posłużyć się protokołami odbiorów częściowych, gdyż przedmiot odbioru jest zamkniętą całością, która po odebraniu jest wykorzystywana przez starostwo niezależnie od wyniku realizacji całości wdrożenia. Podobnych ustaleń dokonał również Zamawiający w protokole z prac komisji z 14 i 25 sierpnia 2020 r.

Ponieważ odwołania nie zawierały braków formalnych, a wpis od nich został uiszczony – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby którekolwiek z odwołań podlegało w całości odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

{rozstrzygnięcie wniosków o częściowe odrzucenie odwołań}

Zamawiający w odpowiedziach na odwołania w pierwszej kolejności wniósł o częściowe odrzucenie każdego z nich w zakresie niektórych spośród zarzutów, co czyniło koniecznym odniesienie się do tych wniosków.

Zamawiający podniósł, że zarzuty dotyczące: po pierwsze – zaniechania odtajnienia wyjaśnień Konsorcjum 19E dotyczących rażąco niskiej ceny oferty (wg listy zarzutów odpowiednio pkt 2. odwołania Sygnity i pkt 9. odwołania Konsorcjum IGEKA), po drugie – rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum 19E lub złożenia tej oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji (odpowiednio pkt 7. i 8. na liście zarzutów odwołania Konsorcjum IGEKA), po trzecie – wprowadzenia w błąd przez Konsorcjum 19E przy wykazywaniu spełniania warunku udziału określonego w pkt 5.2.1. A) ppkt 1.6. SIWZ (na liście zarzutów odpowiednio pkt 3. w odwołaniu Sygnity i pkt 1. w odwołaniu Konsorcjum IGEKA) – podlegają odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp jako spóźnione, gdyż zostały lub mogły być podniesione w poprzednim odwołaniu Konsorcjum 19E, do którego Sygnity zdecydowało się przystąpić nie wnosząc odrębnego odwołania.

Zamawiający zwrócił uwagę, że nie uznał zasadności żadnego z zarzutów poprzedniego odwołania Konsorcjum IGEKA, które z własnej inicjatywy wycofało to odwołanie. W zakresie zarzutów, które nie zostały, choć mogły zostać podniesione już poprzednio Zamawiający wskazał na art. 182 ust. 3 pkt 1 pzp jako właściwy do ustalenia terminu na wniesienie odwołania.

Konsorcjum 19E w swoim piśmie z 16 grudnia 2020 r. zajęło zbieżne stanowisko z Zamawiającym.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

31 sierpnia 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum 19E.

10 września 2020 r. Konsorcjum IGEKA wniosło odwołanie od zaniechania przez Zamawiającego:

1. Wykluczenia Konsorcjum 19E, pomimo zamierzonego wprowadzenia przez nie Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu wykazu zrealizowanych usług i potwierdzających ich należyte wykonanie dowodów dotyczących spełnienia przez nie warunku udziału w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp.
2. Wykluczenia Konsorcjum z uwagi na niewykazanie przez tego nie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.
3. Weryfikacji powołanych przez Konsorcjum 19E okoliczności uzasadniających objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych przez nie wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny oferty, co stanowi naruszenie art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 i 3 ustawy pzp, polegające na nieuzasadnionym odstąpieniu od odtajnienia części zastrzeżonych informacji, a w konsekwencji naruszeniu zasady jawności postępowania.

Do postępowania odwoławczego wywołanego powyższym odwołaniem przystąpili: po stronie Odwołującego Konsorcjum IGEKA – Sygnity, po stronie Zamawiającego – Konsorcjum 19E.

W odpowiedzi na odwołanie z 6 października 2020 r. (wpływ do Izby: 7 października 2020 r.) Zamawiający wniosł o oddalenie odwołania jako niezasadnego.

W ramach merytorycznego ustosunkowania się do zarzutów z pkt 1. i 2. odwołania Zamawiający w pierwszej kolejności przedstawił okoliczności faktyczne i argumentację identyczną jak te, które następnie powtórzył w ramach odpowiedzi na aktualnie rozpatrywane odwołania. Zamawiający w podsumowaniu tej części odpowiedzi na odwołanie podsumował, że Konsorcjum 19E, podając, że na rzecz Powiatu Gnieźnieńskiego wykonało uzgodnienie inicjalnej bazy danych GESUT, nie wprowadziło go błąd, gdyż do 31.08.2020 r., kiedy to nastąpił wybór najkorzystniejszej oferty, Powiat Gnieźnieński utrzymywał, że takie czynności, wskazane również w wystawionych przezeń referencjach, miały miejsce.

Z drugiej strony Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie poinformował, że jeszcze przed złożeniem odwołania nastąpiła – jak to określił – zmiana stanu faktycznego, polegająca na tym, że po otrzymaniu 31.08.2020 r. pisma Powiatu Gnieźnieńskiego, w którym poinformował on, że w ramach realizowanego na jego rzecz przez Konsorcjum 19E zamówienia nie przeprowadzało ono uzgodnienia inicjalnych baz danych GESUT, natomiast poczyniono szereg ustaleń i uzgodnień co do sposobu opracowania bazy danych GESUT, 7.09.2020 r. unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty i tym samym wrócił do etapu sprzed tego wyboru.

Jednocześnie Zamawiający poinformował w tej odpowiedzi na odwołanie, że w ramach powtórzonych czynności 10.09.2020 r., jeszcze przed otrzymaniem odwołania, wezwał Konsorcjum 19E (m.in.) do wyjaśnienia przy pomocy innych dowodów rozbieżności wynikających z referencji oraz oświadczenia Powiatu Gnieźnieńskiego dotyczącego zakresu wykonanej usługi wskazanej w pkt 3. wykazu wykonanych usług – celem wykazania spełnienia warunku udziału określonego w pkt 5.2.1. A) ppkt 1.6. SIWZ, a w przypadku braku możliwości złożenia takiego wyjaśnienia – do uzupełnienia wykazu wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie na potwierdzenie spełnienia tego warunku. Zamawiający dodał, że w określonym terminie Konsorcjum 19E złożyło wyjaśnienia oraz wymagane dokumenty.

Postanowieniem z 8 października 2020 r. Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 2261/20, działając na podstawie art. 187 ust. 8 pzp, z uwagi na wycofanie przez Konsorcjum IGEKA odwołania.

30 września 2020 r. komisja przetargowa Zamawiającego, kierując się opinią powołanego biegłego, postanowiła powtórzyć czynności w zakresie weryfikacji zasadności zastrzeżenia przez Konsorcjum 19E jako tajemnicy przedsiębiorstwa jego wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty. Cały protokół z prac komisji przetargowej tego dnia poświęcony jest ustosunkowaniu się do zarzutu z pkt 3. odwołania Konsorcjum IGEKA, a wypracowane i odnotowane stanowisko zostało następnie w całości powtórzone w ramach odpowiedzi na aktualnie rozpatrywane odwołania. Protokół ten został zatwierdzony przez osobę upoważnioną do działania w imieniu kierownika Zamawiającego.

30 października 2020 r. komisja przetargowa Zamawiającego obradowała w związku z pismem Konsorcjum IGEKA, które wpłynęło 14 października 2020 r., dotyczącym przekazania dowodów i wyjaśnień przygotowanych na rozprawę przed Izbą, aby umożliwić Zamawiającemu ponowną ocenę wyjaśnień Konsorcjum 19E w zakresie rażąco niskiej ceny oraz objęcia tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. Po zapoznaniu się z treścią pisma członkowie komisji stwierdzili, że ponieważ nie odnosi się ono do meritum sprawy i nie stanowi potwierdzenia rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum 19E, podtrzymują stanowisko wyrażone w protokołach z 17-18.06.2020 r. Protokół ten został zatwierdzony przez osobę upoważnioną do działania w imieniu kierownika Zamawiającego {wszystkie powyżej przywołane dokumenty znajdują się w dokumentacji postępowania prowadzonej przez Zamawiającego}.

Reasumując, Izba ustaliła, co następuje.

Zarówno zarzuty dotyczące nieodtajnienia wyjaśnień ceny oferty, jak i zarzuty dotyczące nieodrżucenia oferty Konsorcjum 19E jako zawierającej rażąco niską cenę lub stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji oparte są na okolicznościach, które zostały lub mogły być podniesione przez Odwołujących w związku z pierwszym wyborem oferty Konsorcjum 19E jako najkorzystniejszej, czyli w terminie 10 dni od otrzymania od Zamawiającego zawiadomienia z 31

sierpnia 2020 r.

Jednakże skoro Zamawiający następnie zdecydował się na powtórzenie badania zasadności objęcia wyjaśnień dotyczących ceny tajemnicą przedsiębiorstwa, o czym Odwołujący mogli powziąć wiedzę dopiero po ponownym wyborze oferty Konsorcjum 19E jako najkorzystniejszej, w tym zakresie oba odwołania należy uznać za wniesione w ciągu 10 dni, od powzięcia przez Odwołujących wiedzy o wynikach powtórnego badania kwestii utajnienia przez Konsorcjum 19E wyjaśnień.

W odniesieniu do zarzutów wprowadzenia w błąd przez Konsorcjum 19E przy wykazywaniu spełniania warunku udziału określonego w pkt 5.2.1. A) ppkt 1.6. SIWZ Zamawiający sam poinformował już w odpowiedzi na poprzednie odwołanie, nie tylko o tym, że unieważnił wybór oferty Konsorcjum 19E jako najkorzystniejszej, ale i o tym, że powtarza ocenę spełniania przez Konsorcjum 19E warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji obydwa odwołania zostały wniesione w terminie 10 dni od zawiadomienia o wyniku tej powtórzony czynności.

W tych okolicznościach Izba uznała wnioski Zamawiającego za częściowo zasadne.

Art. 189 ust. 2 pzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu, zgodnie z art. 189 ust. 4 pzp. Jednocześnie skoro Izba uprawniona jest do odrzucenia odwołania w całości, tym bardziej jest uprawniona do częściowego odrzucenia odwołania.

Jedną z podstaw odrzucenia odwołania wynikającą z art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp jest wniesienie odwołania po upływie terminu określonego w ustawie pzp. Przy czym z art. 182 pzp – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp – wynika, że odwołanie należy wniesić w terminie 10 dni: od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zd. drugie (to jest przy użyciu środków komunikacji elektronicznej) [ust. 1 pkt 1] lub od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia [ust. 3 pkt 1].

Skoro zarzuty związane z ceną oferty Konsorcjum 19E dotyczące *facto* badania przez Zamawiającego, czy oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny (względnie, czy jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji), czyli czynności, o których negatywnym wyniku Zamawiający zawiadomił dokonując wyboru oferty Konsorcjum 19E jako najkorzystniejszej – w 10dniowym terminie, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 pzp, Odwołujący mogli i powinni wniesić w tym zakresie odwołanie. Należy podkreślić, że wśród czynności powtórzonych przez Zamawiającego po unieważnieniu tego wyboru nie było ponownego badania oferty Konsorcjum 19E w kontekście tych przesłanek odrzucenia. Oznacza to, że aktualnie rozpatrywane odwołania należy uznać za wniesione z przekroczeniem terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 3 pkt 1 pzp, gdyż ich podstawą są okoliczności, o których Odwołujący powzięli lub przy dołożeniu należytej staranności mogli powziąć wiedzę najpóźniej wraz z pierwszym wyborem oferty Konsorcjum 19E jako najkorzystniejszej.

Analogicznie należałoby ocenić jako wniesione po terminie zarzuty dotyczące zastrzeżenia przez Konsorcjum 19E wyjaśnień dotyczących ceny, gdyby nie to, że Zamawiający z własnej inicjatywy postanowił powtórzyć badanie w tym zakresie, o czym jednak nie informował wykonawców. Wobec tego Zamawiający nie może zasadnie wnosić, aby odwołania od wyniku tej powtórzony czynności uznane zostały za wniesione po terminie.

Wreszcie o tym, że zostanie powtórzona ocena spełnienia przez Konsorcjum 19E spełniania warunków udziału w postępowaniu (z czym nieodłącznie wiąże się kwestia zaistnienia podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy pzp), Zamawiający sam zawiadomił w ramach odpowiedzi na poprzednie odwołanie, więc za oczywiście bezzasadny należy uznać jego wniosek o uznanie odwołań od wyniku tej powtórzony czynności za wniesione po terminie.

Warto zasygnalizować już w tym miejscu, że Zamawiający jako faktyczny powód unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty podał – jak to enigmatycznie określił – zmianę stanu faktycznego, co – biorąc dodatkowo pod uwagę skierowane do Konsorcjum 19E w trybie art. 26 ust. 3 pzp wezwanie – nie sposób było inaczej odczytać niż stwierdzenie, że za pomocą dotychczas złożonych oświadczeń i dokumentów oraz ich wyjaśnień Konsorcjum 19E nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu. W przeciwnym razie nie byłoby potrzeby powtarzania w tym zakresie czynności, a nowe pismo Powiatu Gnieźnieńskiego wystarczyło pozostawić w dokumentacji postępowania jako niewnoszące nic istotnego w kwestii spełniania przez Konsorcjum 19E warunku udziału określonego w pkt 5.2.1. lit. A) ppkt 1.6. SIWZ.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia w całości odwołań lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała odwołania, z wyjątkiem zarzutów uznanych za podlegające odrzuceniu, do rozpoznania na rozprawie, podczas której wszyscy uczestnicy sporu podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego i Przystępujących, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby każdy z odwołujących spełnia powyższe przesłanki, co nie było też kwestionowane przez Zamawiającego ani przystępujących po jego stronie.

{rozpatrzenie zarzutów z pkt 3. listy zarzutów odwołania Sygnity
i pkt 1. i 2. listy zarzutów odwołania Konsorcjum IGEKA
– złożenie nieprawdziwych informacji przez Konsorcjum 19E}
Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W pkt 5.2.1 lit. A) ppkt 1.6. Zamawiający określił, że wymaga od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie tego zamówienia przedniego należytego wykonania nie dawniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert *co najmniej 1 (jednej) usługi, polegającej na opracowaniu zbiorów danych GESUT, w ramach której wykonawca przeprowadzał uzgodnienie inicjalnych baz danych, której zakres prac obejmował co najmniej 1900 ha obszaru zurbanizowanego (tj. gruntów zabudowanych i zurbanizowanych, zdefiniowanych w załączniku nr 6 do Rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego i Rolnictwa w sprawie ewidencji gruntów i budynków).*

Kluczowe znaczenie w kontekście rozpatrywanych zarzutów ma ustalenie znaczenia użytego w treści powyżej przywołanego warunku sformułowania „uzgodnienie inicjalnych baz danych”, gdyż w sprawie sporne było, czy w tym zakresie warunek został określony przez Zamawiającego wystarczająco precyzyjnie i jednoznacznie.

W tym celu należałoby w pierwszej kolejności przybliżyć treść przepisów ustawy z dnia 17 maja 1989 r. – Prawo geodezyjne i kartograficzne (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2052) (dalej: „Prawo geodezyjne i kartograficzne” lub „pgik”) dotyczących geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia (w skrócie: „GESUT”).

Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 14 pgik przez „geodezyjną ewidencję sieci uzbrojenia terenu” rozumie się system informacyjny zapewniający gromadzenie, aktualizację i udostępnianie informacji o sieciach uzbrojenia terenu, w sposób jednolity dla obszaru całego kraju.

Z art. 7a pgik, określającego zadania Głównego Geodety, wynika, że wykonuje on zadania określone w ustawie, a w szczególności:

- zakłada i prowadzi dla obszaru kraju bazę danych geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu, o której mowa w art. 4 ust. 1a pkt 3 pgik, zwaną dalej w pgik „krajową bazą GESUT” [pkt 16a];

- koordynuje działania organów administracji publicznej oraz innych podmiotów realizujących zadania publiczne dotyczące baz danych, o których mowa w art. 4 ust. 1a pkt 3 pgik {czyli m.in. dotyczących geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu}, a także współdziała, na podstawie odrębnych porozumień, w zakresie merytorycznym i finansowym w ich realizacji [pkt 13].

Natomiast z art. 7d lit. a tiret drugie pgik wynika, że do zadań starosty należy prowadzenie powiatowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego, w tym prowadzenie dla obszaru powiatu geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu, w tym bazy danych, o której mowa w art. 4 ust. 1a pkt 3 pgik, zwanej dalej w pgik „powiatową bazą GESUT”.

Ponieważ Zabrze jest miastem na prawach powiatu, zadania starosty wynikające z Prawa geodezyjnego i kartograficznego spoczywają na prezydencie tego miasta.

Według art. 27 ust. 1 pgik geodezyjna ewidencja sieci uzbrojenia terenu obejmuje informacje o projektowanych, znajdujących się w trakcie budowy oraz istniejących sieciach uzbrojenia terenu, ich usytuowaniu, przeznaczeniu oraz podstawowych parametrach technicznych, a także o podmiotach, które władają tymi sieciami. Przy czym według ust. 2 pkt 1 tego art. informacje te gromadzi się w postaci baz danych geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu, o których mowa w art. 4 ust. 1a pkt 3 pgik {zgodnie z tym przepisem dla obszaru całego kraju zakłada się i prowadzi w systemie teleinformatycznym bazy danych, obejmujące zbiory danych przestrzennych infrastruktury informacji przestrzennej, dotyczące geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu}.

Zgodnie z art. 28 pgik powiatową bazę GESUT starosta zakłada i prowadzi w drodze przetworzenia materiałów źródłowych, będących danymi i informacjami: 1) zgromadzonymi w państwowym zasobie geodezyjnym i kartograficznym, w szczególności będącymi treściami: a) geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu, b) mapy zasadniczej oraz innych map wielkoskalowych; 2) pozyskanymi z innych rejestrów publicznych oraz od podmiotów władających sieciami uzbrojenia terenu.

Art. 28e pgik stanowi, że podmioty, które władają sieciami uzbrojenia terenu, są obowiązane do współdziałania ze starostami w procesie zakładania i prowadzenia geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu. W szczególności podmioty te są obowiązane do: 1) wydania opinii co do zgodności treści utworzonej przez starostę inicjalnej bazy danych ze stanem wynikającym z dokumentacji prowadzonej przez te podmioty, w tym wskazania ewentualnych nieprawidłowości w treści tej bazy; 2) delegowania swoich przedstawicieli na narady koordynacyjne [ust. 1]. W przypadku niewydania opinii, o której mowa w ust. 1 pkt 1, w terminie 60 dni od dnia udostępnienia treści inicjalnej bazy danych podmiotowi, który włada siecią uzbrojenia terenu, treści te uznaje się za uzgodnione z tym podmiotem [ust. 2]. Przy czym na uzasadniony wniosek podmiotu zobowiązanego do wydania opinii, o której mowa w ust. 1 pkt 1, starosta może wydłużyć termin, o którym mowa w ust. 2, do 90 dni [ust. 3].

Za *de facto* niesporne w sprawie należy uznać, że choć żaden z przepisów art. 28e Prawa geodezyjnego i kartograficznego nie posługuje się dokładanie sformułowaniem „uzgodnienie inicjalnej bazy danych GESUT”, takie określenie funkcjonuje w branży geodezyjnej właśnie w odniesieniu do obowiązku współdziałania przez podmioty władające sieciami uzbrojenia terenu ze starostą, wyrażającego się przede wszystkim w obowiązku wydania przez nie opinii co do zgodności utworzonej przez starostę inicjalnej bazy danych ze stanem wynikającym z dokumentacji prowadzonej przez te podmioty, w tym wskazania ewentualnych nieprawidłowości tej bazy (o czym mowa w ust. 1 pkt 1), przy czym w razie niewydania takiej opinii w terminie 60 dni od daty udostępnienia takiemu podmiotowi treści inicjalnej bazy danych, treści te uznaje się za uzgodnione z tym podmiotem (o czym mowa w ust. 2).

Najlepiej świadczy o tym pismo Głównego Geodety Kraju (czyli organu administracji publicznej najbardziej kompetentnego m.in. w sprawach dotyczących GESUT) z 29 marca 2017 r. (znak GI-MZUT.5301.7.2017.AS) {załączone m.in. do poprzedniego odwołania Konsorcjum IGEKA}, dotyczące problematyki naliczania starostom przez podmioty władające sieciami opłat za takie współdziałanie. Po wskazaniu w pierwszym akapicie tego pisma, że z art. 28 pgik wynika zobowiązanie tych podmiotów do współdziałania ze starostą przy zakładaniu i prowadzeniu GESUT, w szczególności wydania opinii {itd.} – w przedostatnim akapicie wprost pada określenie „uzgodnienie inicjalnej bazy danych GESUT” jako zwięzły i naturalny sposób nazwania tej procedury.

Genezą funkcjonowania tego określenia w odniesieniu do uzgodnień prowadzonych z gestorami sieciami uzbrojenia terenu można się dopatrywać w „Instrukcji technicznej G-7” dotyczącej GESUT {dalej: „Instrukcja”}, obowiązującej na podstawie rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 24 marca 1999 r. (Dz. U. Nr 30, poz. 297). § 20 tej instrukcji, zatytułowany „Baza danych GESUT”, definiuje, czym jest taka baza i wskazuje, co należy zrobić po zakończeniu jej zakładania, natomiast § 20, zatytułowany „Uzgodnienia”, reguluje obowiązek przedstawienia bazy danych GESUT jednostkom prowadzącym branżową ewidencję sieci dla stwierdzenia jej zgodności z posiadanymi przez tych administratorów informacjami, co miało następować w formie oświadczeń {wyciąg z instrukcji został złożony na rozprawie przez Odwołującego Konsorcjum IGEKA}.

Wydaje się zatem, że z uregulowań powyższej instrukcji wywodzi się drugie, bardziej kolokwialne, funkcjonujące w branży geodezyjnej określenie procedury uzgodnień inicjalnej bazy danych GESUT z podmiotami władającymi sieciami uzbrojenia terenu jako tzw. „uzgodnień branżowych” (często posługiwali się nim wszyscy uczestnicy sporu).

Powyższe rozporządzenie zostało uchylone z dniem 8 czerwca 2012 r. przez rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie bazy danych geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu, bazy danych obiektów topograficznych oraz mapy zasadniczej (Dz. U. poz. 283). Według § 7 ust. 2 tego nowszego rozporządzenia utworzenie bazy danych GESUT obejmuje kolejno następujące po sobie działania: 1) utworzenie inicjalnej bazy danych GESUT; 2) przedłożenie podmiotom władającym poszczególnymi sieciami uzbrojenia terenu odpowiedniej treści inicjalnej bazy danych GESUT w celu jej weryfikacji; 3) rozpatrzenie ewentualnych uwag zgłoszonych przez podmioty władające sieciami uzbrojenia terenu do przedłożonej treści inicjalnej bazy danych GESUT, powiadomienie tych podmiotów o sposobie rozpatrzenia zgłoszonych uwag oraz ewentualna modyfikacja inicjalnej bazy danych GESUT; 4)

zamieszczenie w Biuletynie Informacji Publicznej właściwego miejscowo starosty lub prezydenta miasta na prawach powiatu informacji o utworzeniu bazy danych GESUT.

Zatem w przepisach omawianego rozporządzenia pojawiło się wyodrębnienie „utworzenia inicjalnej bazy danych GESUT” jako etapu poprzedzającego uzgodnienie jej treści z podmiotami władającymi sieciami uzbrojenia terenu w celu weryfikacji poprawności jej zawartości merytorycznej.

Powyższe rozporządzenie zostało uchylone z dniem 13 stycznia 2015 r. ustawą z dnia 5 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo geodezyjne i kartograficzne oraz ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (Dz. U. poz. 897 ze zm.), która wprowadziła obecnie obowiązujące regulacje związane z tworzeniem bazy danych GESUT, w tym art. 28e (którego brzmienie ulegało potem drobnym zmianom, co nie ma znaczenia w omawianym kontekście). Jednakże w art. 5 ust. 1 tej ustawy nowelizującej pgik uregulowano założenie powiatowej bazy GESUT, o której mowa w art. 28 pgi, identycznie jak w przywołanym powyżej § 7 ust. 2 uchylanego przez nią rozporządzenia.

Reasumując, uzasadniony jest wniosek, że na skutek ewolucji przepisów dotyczących baz danych GESUT w branży geodezyjnej przyjęło się określenie „uzgodnienie inicjalnej bazy danych GESUT” w odniesieniu do procedury tzw. branżowych uzgodnień, aktualnie uregulowanej w art. 28e Prawa geodezyjnego i kartograficznego, która prowadzona jest: po pierwsze – pomiędzy starostą odpowiedzialnym za założenie i prowadzenie bazy GESUT (lub działającym w jego imieniu wykonawcy usługi) z podmiotami trzecimi zarządzającymi poszczególnymi sieciami uzbrojenia objętymi zakresem danej powiatowej GESUT, po drugie

– na etapie po utworzeniu inicjalnej bazy danych i zasileniu jej treścią; po trzecie – w odniesieniu do tej treści, czyli merytorycznej zawartości inicjalnej bazy danych.

W konsekwencji stwierdzić należy, że już z literalnego brzmienia warunku, w którym użyto sformułowania „uzgodnienie inicjalnych baz danych” wynika, jakiego doświadczenia wymagał w tym zakresie Zamawiający w tym postępowaniu od wykonawców, gdyż określenie to ma zarówno w języku prawniczym z dziedziny prawa geodezyjnego, jak i w praktyce obrotu w tej dziedzinie ustalone powyżej znaczenie.

Również Konsorcjum 19E {po raz pierwszy w piśmie z 17 września 2020 r. do Zamawiającego}, oświadczyło, że *jako podmiot profesjonalnie działający w branży ma świadomość, że może odnosić się ono zarówno do uzgodnień branżowych, jak również do uzgodnień dokonywanych ze Starostą dotyczących danych będących w posiadaniu Starosty*, przy czym żadnych dowodów na funkcjonowanie w branży geodezyjnej wskazywanego przez niego dodatkowo tego drugiego znaczenia dla uzgadniania treści utworzonej inicjalnej bazy danych GESUT, nie przedstawiło, pomimo że według art. 190 ust. 2 zd. 2 pzp dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

W szczególności przedstawione na rozprawie przez Przystępującego brzmienie warunków udziału z trzech innych postępowań o udzielenie zamówienia potwierdza jedynie, że o ile zamawiający uznawali to za istotne dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania udzielanego zamówienia, o tyle określali, jako odrębny element warunku udziału w postępowaniu, posiadanie doświadczenia w zakresie uzgodnienia treści inicjalnej bazy danych GESUT (patrz przykład 1. i 3.). Natomiast w innym przypadku zamawiający poprzestawali na wymaganiu doświadczenia w utworzeniu inicjalnej bazy danych, nie wymagając od wykonawcy przeprowadzenia takich branżowych uzgodnień (patrz 2. przykład).

Natomiast całą pozostałą argumentację Konsorcjum 19E Izba uznała za nieprzekonującą polemikę, prowadzoną wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego dla uchronienia się przed wykluczeniem. Sprowadza się ona do nieudolnej próby przedstawienia uzgodnień pomiędzy wykonawcą a zamawiającym starostą dotyczących ściśle technicznych aspektów technicznych opracowywanej bazy danych GESUT (takich jak format danych, sposób wypełniania pól lub atrybutów w szczególnych przypadkach, skala mapy zasadniczej) jako również podpadających pod określenie „uzgodnienia inicjalnej bazy danych”, które dotyczy przecież uzgodnienia jej merytorycznej zawartości. Przystępujący przechodzi również do porządku nad tym, że uzgodnienie tego typu kwestii technicznych pomiędzy zamawiającym a wykonawcą zamówienia na opracowanie bazy danych GESUT, musi nastąpić przed lub co najwyżej w trakcie tworzenia inicjalnej bazy danych. Przede wszystkim ustalenie tych kwestii jest immanentnym elementem procesu opracowywania zbiorów danych GESUT przez wykonawcę takiej usługi, w przeciwieństwie do uzgodnień branżowych, których zamawiający może w ogóle nie zlecić, biorąc na siebie ich przeprowadzenie (jak to najprawdopodobniej miało miejsce w przypadku usługi wykonywanej przez Konsorcjum 19E na rzecz Powiatu Gnieźnieńskiego). W konsekwencji zbędne jest odrębne wskazywanie w ramach warunku, który ma ocenić zdolność do samego opracowywania zbiorów danych GESUT, na kwestię współpracy pomiędzy stronami umowy dotyczącej takich usług w zakresie ustalania na bieżąco aspektów technicznych w trakcie tworzenia inicjalnej bazy danych.

Innym przejawem polemiki, która nie tylko nie wnosi nic do sprawy, a wręcz stanowi próbę jej zaciemnienia, jest dodatkowe stanowisko Konsorcjum 19E przedstawione w piśmie pod oryginalnym tytułem „Opinia geodety uprawnionego do treści odwołania zamówienia publicznego Miasta Zabrze” z powołaniem się na to, że rzekomo jest to opinia biegłego sądowego przy – jak to określono – „Sądzie Okręgowym w Poznaniu i w Kaliszu”. Przy czym przedmiotem rzekomej opinii nie są wiadomości specjalne, a przepisów obowiązującego prawa, którego interpretacja leży w gestii Izby jako sądu. W szczególności, jak to powyżej wykazano, zarówno słowo „uzgodnienie” jak i „weryfikacja” występują lub występowały w przywołanych powyżej przepisach w odniesieniu do procedury sprawdzenia poprawności treści inicjalnej bazy danych we współdziałaniu z gestorami sieci uzbrojenia.

Potwierdza to inne pismo Głównego Geodety Kraju, datowane na 26 lipca 2016 r. (znak GI-MZUT.5301.10.2016): (...) *Przedkładanie podmiotom władającym poszczególnymi sieciami uzbrojenia terenu odpowiedniej treści inicjalnej bazy GESUT w celu jej weryfikacji a następnie, rozpatrzenie ewentualnych uwag zgłoszonych przez te podmioty oraz rozstrzygnięcie o ich przyjęciu lub odrzuceniu jest działaniem organu wynikającym z przepisu art. 5 ust. 1 ustawy zmieniającej. Należy również podkreślić, że zgodnie z przepisami art. 28e ustawy z dnia 17 maja 1989 r. Prawo geodezyjne i kartograficzne (Dz.U. z 2015 r., poz. 520, z późn. zm.) podmioty władające sieciami uzbrojenia terenu zobowiązane są do współdziałania ze starostami w procesie zakładania i prowadzenia geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu, w szczególności wydania opinii, co do zgodności treści utworzonej przez starostę inicjalnej bazy danych ze stanem wynikającym z dokumentacji prowadzonej przez te podmioty. Starosta w celu sprawnego współdziałania z przedstawicielami poszczególnych sieci powinien wypracować i uzgodnić z nimi harmonogram, sposób i formę przeprowadzania weryfikacji inicjalnej bazy GESUT, w tym, aspekty organizacyjno-techniczne przekazywanych do uzgodnienia materiałów, jak również czasochłonność i pracochłonność prac związanych z przeprowadzeniem tej weryfikacji. Przekazanie do sprawdzenia inicjalnej bazy GESUT powinno więc nastąpić we wcześniej ustalonej formie. Rozpatrzenie ewentualnych uwag zgłoszonych przez podmioty oraz rozstrzygnięcie o ich przyjęciu lub odrzuceniu, powinno być zarejestrowane w formie np. sporządzonego „Protokołu rozpatrzenia zgłoszonych uwag i wniosków”, w którym powinny znaleźć się następujące informacje: 1) jakie podmioty uczestniczyły w weryfikacji inicjalnej bazy danych; 2) jakie*

zostały zgłoszone uwagi; 3) w jaki sposób uwagi zostały rozpatrzone;

4) jakie podmioty nie zajęły stanowiska w sprawie weryfikacji inicjalnej bazy GESUT.

Żupełnie nieadekwatne jest zatem w tej sprawie powoływanie się przez Zamawiającego i Przystępującego na wypracowaną w orzecznictwie zasadę, że wątpliwości co do treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy interpretować na korzyść wykonawcy, który działał w dobrej wierze. Niemal zawsze dopiero w razie zaistnienia sporu okazuje się, że warunek udziału mógłby zostać sformułowany bardziej dobitnie, w lepszy sposób oddając intencje zamawiającego. Nie zwalnia to jednak wykonawcy z podjęcia starań, aby kierując się choćby regułami wykładni oświadczeń woli wynikającymi z Kodeksu cywilnego, odczytać wolę zamawiającego na podstawie wszechstronnego rozważenia okoliczności, przede wszystkim treści ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A w razie niemożności usunięcia powziętych wątpliwości, wykonawca nie tylko może, ale i powinien skorzystać na etapie przed upływem terminu składania wniosków lub ofert z możliwości zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści sformułowanych przez niego postanowień. Wykonawca, który nie próbował rozwiązać swoich wątpliwości nie może być preferowany kosztem innych wykonawców, którzy ich nie mieli lub zadali sobie trud, aby prawidłowo odczytać intencje zamawiającego. Wykonawca, który po stwierdzeniu, że jakieś postanowienie może być różnie interpretowane – co nigdy nie jest pożądane, ani dla warunków udziału w postępowaniu, ani dla opisu przedmiotu zamówienia, ani dla warunków umowy – i nie korzysta z możliwości usunięcia takiej niejednoznaczności, nie może być uznany za działającego w dobrej wierze, a jego interes w uzyskaniu zamówienia kosztem innych wykonawców nie zasługuje na ochronę.

Niezależnie od powyższego i wbrew odmiennemu stanowisku Przystępującego *de lege lata* z przepisów ustawy pzp wynika ścisła korelacja pomiędzy warunkami udziału w postępowaniu a przedmiotem zamówienia, co czyni celowym zbadanie tej kwestii również w tej sprawie.

Z części IV s.i.w.z. pn. „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” (stanowiącej *de facto* określenie zasadniczych jego elementów) wynika, że przedmiot tego zamówienia obejmuje przede wszystkim modernizację i rozwój zasobów i treści składających się na geodezyjne referencyjne rejestry publiczne tworzące PZGiK szczebla lokalnego, pozostające w gestii Miasta Zabrze, dzięki podniesieniu jakości istniejących danych wraz z dostosowaniem do aktualnego standardu prawnego, ich digitalizacji i rozbudowy, dzięki utworzeniu nowych treści cyfrowych m.in. w zakresie bazy danych GESUT.

Usługi modernizacji i rozbudowy treści baz danych GESUT obejmują:

- rozbudowanie i dostosowanie treści cyfrowych do obowiązującej struktury tej bazy i standardów gromadzenia oraz udostępniania;
- pozyskanie danych w oparciu o weryfikację, digitalizację istniejących danych PZGiK (część opisowa i geometryczna);
- weryfikację i uzupełnienie obiektów i atrybutów obiektów bazy danych GESUT w oparciu o dostępne materiały w postaci analogowej i cyfrowej w ODGiK Zabrze, weryfikację rozwarstwienia i obiektów w ramach bazy danych GESUT [pkt 1.2 tiret 6].

W szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku nr 1 do s.i.w.z. pn. „Opis przedmiotu zamówienia” {dalej również: „OPZ”}, w rozdziale 5.4.1. pn. „Dostosowanie treści cyfrowych do standardów prawnych baza danych – GESUT-E_07_GESUT_1”, obejmującym 29 pkt, odnośnie utworzenia inicjalnej bazy danych GESUT sprecyzowano (w pkt 1.-27.) w szczególności, że:

- źródłami danych dla założenia przez wykonawcę inicjalnej bazy GESUT będą: 1. Cyfrowa mapa zasadnicza. 2. Materiały PZGiK w tym w szczególności operaty techniczne, analogowa mapa zasadnicza. 3. Dokumentacje z porad koordynacyjnych. 4. Decyzje o pozwoleniu na budowę, zgłoszenia budowy lub zawiadomienia o zakończeniu budowy sieci uzbrojenia terenu. 5. Dane i dokumenty pozyskane przez wykonawcę od podmiotów władających sieciami. 6. Inne dane i dokumenty przekazane przez Zamawiającego oraz dane z innych rejestrów publicznych [pkt 1.];
 - wykonawca w ramach prac przy realizacji zadania pozyska od podmiotów władających sieciami dane i dokumenty branżowe dotyczące przedmiotu ich władania, które stanowić będą podstawę zmian i uzupełnienia treści bazy danych GESUT [pkt 4.];
 - wykaz głównych podmiotów władających sieciami obejmuje 13 podmiotów (które wskazano przez podanie firmy i adresu siedziby) [pkt 5.];
 - ponieważ powyższy wykaz może nie uwzględniać wszystkich podmiotów władających sieciami, wykonawca uwzględni inne podmioty ujawnione w trakcie realizacji prac wskazane przez Zamawiającego lub inne jednostki i przekazane przez te podmioty informacje o sieciach [pkt 6.];
 - wykonawca będzie dokumentował na bieżąco w Dzienniku Współpracy Branżowej (DWB) wszelkie czynności podjęte w ramach współpracy z podmiotami władającymi sieciami branżowymi. Załącznikiem do DWB będą oryginały korespondencji Wykonawcy oraz dokumentację i dane pozyskane od podmiotów [pkt 8.];
 - wykonawca zidentyfikuje obiekty, atrybuty oraz wartości słownikowe atrybutów obiektów, które występują w bazie WG, a nie pasują do modelu danych GESUT wg nowych standardów (np. są nadmiarowe lub nieprzystające), dla tych przypadków wykonawca wspólnie z Zamawiającym uzgodni sposób postępowania dla zachowania tych danych w nowej bazie [pkt 11.];
 - wykonawca wspólnie z Zamawiającym uzgodni sposób postępowania w przypadkach braku danych niezbędnych do ustalenia wartości atrybutów wymaganych [pkt 12.];
 - wykonawca ujawni podmioty władające sieciami uzbrojenia terenu na podstawie dokumentów pozyskanych przez wykonawcę od Zamawiającego, takich jak: 1. Decyzje o pozwoleniu na budowę, zgłoszenia budowy lub zawiadomienie o zakończeniu budowy sieci uzbrojenia terenu. 2. Protokoły porad koordynacyjnych, o których mowa w art. 28b ust. 6 ustawy Prawo geodezyjne i kartograficzne, lub dokumenty zgromadzone przez zespoły uzgadniania dokumentacji projektowej, działające do 12 lipca 2014 r. na podstawie przepisów rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 2 kwietnia 2001 r. w sprawie geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu oraz zespołów uzgadniania dokumentacji projektowej (Dz. U. z 2001 r., Nr 38, poz. 455) [pkt 18.];
 - wykonawca przeprowadzi weryfikację jakości migrowanych danych i jej wyniki wraz z przygotowanymi danymi przed zasileniem przekaże do wglądu Zamawiającemu oraz Inspektorowi Nadzoru, dla których zastrzeżę się możliwość całościowej lub fragmentarycznej kontroli migrowanych danych na wszystkich etapach eksportu i importu treści z baz danych zarówno w aspektach ilościowych i jakościowych [pkt 26.];
 - wykonawca utworzy metadane zasobu oraz zasilni nimi katalog metadanych [pkt 27.].
- Natomiast w zakresie czynności po utworzeniu inicjalnej bazy danych GESUT sprecyzowano, że wykonawca:
- przedłoży treść inicjalnej bazy danych GESUT podmiotom władającym poszczególnymi sieciami uzbrojenia terenu w celu jej weryfikacji zgodnie z art. 28e Prawa geodezyjnego i kartograficznego [pkt 28.];
 - w uzgodnieniu z Zamawiającym rozpatrzy ewentualne uwagi zgłoszone przez te podmioty [pkt 29.].

Reasumując, z opisu przedmiotu zamówienia jednoznacznie wynika, że w zakresie zamówienia dotyczącym GESUT wykonawca zobowiązany będzie wpiąć do utworzenia inicjalnej bazy danych GESUT, a następnie przeprowadzenia jej uzgodnienia, polegającego na przedłożeniu jej treści podmiotom władającym poszczególnymi sieciami uzbrojenia terenu w celu jej weryfikacji zgodnie z art. 28e Prawa geodezyjnego i kartograficznego, a następnie rozpatrzeniu w uzgodnieniu z Zamawiającym ewentualnych uwag zgłoszonych przez te podmioty.

Niesporne było również, że spośród sześciu warunków udziału określonych przez Zamawiającego w pkt 5.2.1 lit. A) w ppkt 1.1.-1.6. s.i.w.z. z zakresem zamówienia dotyczącym modernizacji i rozbudowy treści baz danych GESUT skorelowany jest ostatni z nich, czyli warunek opisany w pkt 5.2.1 lit. A) w ppkt 1.6., wymagający od wykonawców uprzedniego należytego wykonania co najmniej jednej usługi polegającej na opracowaniu zbiorów danych GESUT dotyczących co najmniej 1900 ha obszaru zurbanizowanego, która obejmowała przeprowadzenie przez wykonawcę uzgodnienia inicjalnej bazy danych GESUT. Przy czym dla wykazania spełnienia tego warunku należało złożyć wykaz zawierający odpowiedni opis wykonanej usługi oraz dokument potwierdzający, że została ona należycie wykonana.

Zdaniem Izby, w sytuacji braku sporu w tym zakresie na etapie przed upływem terminu składania ofert, należy przyjąć, że powyższy warunek został określony w sposób zarówno proporcjonalny do powyżej wskazanego zakresu przedmiotu zamówienia, jak i umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania w tym zakresie tego zamówienia (czyli w sposób zgodny z zasadami określania warunków udziału, które wynikają z art. 22 ust. 1a pzp). Oznacza to, że każdy wykonawca obowiązany był wykazać Zamawiającemu jako minimalnie wymagany poziom zdolności do wykonania tego zamówienia (wg terminologii art. 22 ust. 1a pzp) posiadanie doświadczenia nie tylko w założeniu inicjalnej bazy danych GESUT, ale i następnie zweryfikowaniu jej zawartości z podmiotami władającymi sieciami uzbrojenia terenu, czyli przeprowadzenia procedury, o której mowa w art. 28e Prawa geodezyjnego i kartograficznego.

Przedmiotowe zamówienie ma charakter specjalistyczny, a zatem adresowane jest dla wykonawców profesjonalnie świadczących usługi geodezyjne, w tym w zakresie opracowania baz danych GESUT. Dla takiego profesjonalnego wykonawcy nie powinno budzić wątpliwości, że skoro w ramach tego zamówienia od wykonawcy wymagane jest nie tylko założenie inicjalnej bazy danych GESUT, ale i przeprowadzenie w imieniu Zamawiającego jej uzgodnienia z podmiotami władającymi sieciami uzbrojenia, musi wpiąć wykazać Zamawiającemu, że posiada doświadczenie w wykonywaniu tych czynności.

W przekonaniu Izby taka interpretacja warunku określonego w pkt 5.2.1 lit. A) w ppkt 1.6. s.i.w.z., która w całości stanowi oświadczenie woli Zamawiającego adresowane do wykonawców, w tym przypadku niewątpliwie profesjonalistów, odpowiada również regułom wykładani wynikającym z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego {dalej: „kc”}, zgodnie z którym oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W tym przypadku powiązanie warunku udziału z opisem przedmiotu zamówienia zostało wręcz podniesione do rangi reguły znajdującej oparcie w normie wynikającej z art. 22 ust. 1a pzp.

Niezależnie od powyższego na takie odczytanie warunku udziału wskazuje nie tylko zachowanie Odwołujących, ale i Konsorcjum 19E, które również zmierzało do wykazania, że posiada doświadczenie w opracowaniu zbiorów danych GESUT obejmujące nie tylko utworzenie inicjalnej bazy danych GESUT, ale i jej uzgodnienie z dysponentami sieci uzbrojenia.

Po pierwsze – świadczy o tym okoliczność, że pierwotnie dla wykazania spełnienia warunku określonego w pkt 5.2.1. lit. A) ppkt 1.6. s.i.w.z. wskazało w wykazie usług z 8 lipca 2020 r. dwie usługi – w poz. 3. i 7. wykazu usług, opisując identycznie, że każda z nich obejmowała *Opracowanie zbiorów danych GESUT, w ramach którego wykonano uzgodnienie baz inicjalnych...*, a dodatkowo w treści załączonych dla pierwszej z tych usług referencji z 5 czerwca 2020 r. potwierdzono *Utworzenie i uzgodnienie inicjalnej bazy danych GESUT* (patrz pkt 3) wyszczególnienia zakresu czynności). Przy czym niesporne było w sprawie, że w ramach drugiej z usług jej wykonawca, GISonLine sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Krakowie (podmiot trzeci udostępniający w tym zakresie swoje zasoby), rzeczywiście wykonał uzgodnienia inicjalnej bazy danych GESUT z podmiotami władającymi sieciami uzbrojenia terenu. Gdyby każda z tych usług miała dotyczyć uzgodnienia inicjalnej bazy danych w innym znaczeniu, powinno to znaleźć odzwierciedlenie w ostatniej kolumnie wykazu, w której należało wpisać faktycznie wykonany zakres usług.

Po drugie – Konsorcjum 19E *de facto* nie zakwestionowało wezwania Zamawiającego z 10 września 2020 r. dotyczącego m.in. uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku w razie, z uwagi na zbyt małą powierzchnię objętą usługą z poz. 7. (co było od początku oczywiste), i przede wszystkim w związku ze stwierdzeniem przez Zamawiającego, że usługa z poz. 3. obejmowała tylko utworzenie inicjalnej bazy danych GESUT, a jej uzgodnienia już nie. Innymi słowy, jeżeli Konsorcjum 19E podtrzymywałoby, że usługa z poz. 3. wykazu potwierdza spełnianie warunku, o którym mowa w pkt 5.2.1. lit. A) ppkt 1.6. s.i.w.z., musiałoby wnieść odwołanie od wezwania do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie jako zbędnego i bezprawnego.

Po trzecie – Konsorcjum 19E w odpowiedzi na to wezwanie dla wykazania spełnienia warunku określonego w pkt 5.2.1. lit. A) ppkt 1.6. s.i.w.z. przedstawiło w piśmie z 16 września 2020 r. wykaz usług z uzupełniony o usługę z poz. 8. (wykonaną przez inny podmiot trzeci udostępniający w tym zakresie swoje zasoby), dla której zakres usługi opisano w następujący sposób: *Zakres prac wykonanych przez GEORES sp. z o.o. obejmował m.in. Utworzenie i aktualizację zbiorów danych GESUT, w ramach którego wykonano uzgodnienie baz inicjalnych...* Przy czym niesporne było, że w ramach tego zamówienia faktycznie wykonano uzgodnienia, o których mowa w art. 28e Prawa geodezyjnego i kartograficznego (sporne było jedynie w kontekście innego zarzutu, przez którego z konsorcjantów zostały one wykonane).

Z uwagi na niejednoznaczność stanowiska zajętego w odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego, który na rozprawie oświadczył wręcz, że w jego ocenie Konsorcjum 19E wykazało spełnienie spornego warunku za pomocą usługi wykonanej na rzecz Powiatu Gnieźnieńskiego, a wezwanie do uzupełnienia dokumentów zostało w tym zakresie wystosowane – jak to określił – na wszelki wypadek, konieczne stało się podkreślenie, że dla sprawy istotne znaczenie ma to, jak oświadczenie woli Zamawiającego mogło być odczytane przez racjonalnie działającego adresata tego oświadczenia, biorąc pod uwagę, że dotyczyło instytucji jednoznacznie uregulowanej w przepisach ustawy pzp.

Wystosowane w formie pisemnej oświadczenia woli Zamawiającego składające się na czynności faktycznie podjęte przez niego w prowadzonym postępowaniu mają znacznie rozstrzygające, nawet jeżeli co innego wynika z treści protokołów z prac komisji przetargowej. Te ostatnie, nawet jeżeli zostały zaliczone przez Zamawiającego do dokumentacji postępowania, są co do zasady dowodem na przebieg obrad tego kolegialnego ciała pomocniczego kierownika zamawiającego.

Nie ma zatem istotnego znaczenia, że członkowie komisji przetargowej w protokole z 22 lipca 2020, a nawet jeszcze w protokole z 11-12 sierpnia 2020 r. (na co skwapliwie powołał się Przystępujący), przychylali się do stanowiska,

że z brzmienia warunku zamieszczonego pkt 5.2.1. lit. A) ppkt 1.6. s.i.w.z. nie wynika jednoznacznie wymaganie doświadczenia w tzw. uzgodnieniach branżowych. Jednak ostatecznie, po otrzymaniu 31 sierpnia 2020 r. kolejnego pisma Powiatu Gnieźnieńskiego, komisja przetargowa diametralnie zmieniła zdanie. Przede wszystkim decydujące znacznie ma czynność podjęta przez Zamawiającego w reakcji na to pismo, czyli unieważnienie wyboru oferty Konsorcjum 19E, do którego wystosował w trybie art. 26 ust. 3 pzp wezwanie do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania tego warunku.

Otóż według normy wynikającej z art. 26 ust. 3 pzp warunkiem *sine qua non* uprawniającym zamawiającego do wezwania wykonawcy do uzupełnienia lub poprawienia złożonych przez niego oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 pzp, jest to, że nie potwierdzają one spełniania warunków udziału w postępowaniu. A *contrario*, jeżeli pierwotnie złożone oświadczenia i dokumenty potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu, art. 26 ust. 3 pzp nie znajduje w ogóle zastosowania.

Jeżeli zatem Zamawiający rzeczywiście w toku badania spełniania przez Konsorcjum 19E warunków udziału w postępowaniu doszedłby do wniosku, że z uwagi na sformułowanie warunku w pkt 5.2.1. lit. A) ppkt 1.6. s.i.w.z. nie może egzekwować od wykonawców posiadania doświadczenia w uzgodnieniach inicjalnej bazy danych GESUT, o których mowa w art. 28 pgik, nie istniałaby nie tylko podstawa prawna, ale i faktyczna do wystosowania w tym zakresie wezwania ani do uzupełnienia dokumentów, ani do ich wyjaśnienia.

Z tego względu nie ma istotnego znaczenia, że w pierwszej kolejności w piśmie z 10 września 2020 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum 19E do wyjaśnienia przy pomocy innych dowodów rozbieżności wynikających z referencji oraz oświadczenia Powiatu Gnieźnieńskiego dotyczącego zakresu wykonanej usługi wskazanej w pkt 3 wykazu wykonanych usług – celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.2.1 A) w podpunkcie 1.6, a dopiero w przypadku braku możliwości złożenia wyjaśnienia przy pomocy innych dowodów (...), do uzupełnienia wykazu wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.2.1 A) w podpunkcie 1.6.

Biorąc pod uwagę, że wcześniej w tym samym piśmie (po przytoczeniu fragmentów pisma Powiatu Gnieźnieńskiego z 31 sierpnia 2020 r., w którym oświadczył on, że w ramach realizowanego na jego rzecz zamówienia Konsorcjum 19E nie obejmowało „uzgodnienia inicjalnej bazy danych GESUT”) Zamawiający stanowczo i jednoznacznie oświadczył, że wobec tego usługa ta nie potwierdza spełniania warunku określonego przez niego w pkt 5.2.1. A) ppkt 1.6. s.i.w.z. – przedmiotem tego innego dowodu ze strony Konsorcjum 19E mogłoby być wyłącznie wykazanie, wbrew ostatecznemu stanowisku Powiatu Gnieźnieńskiego, że jednak w ramach usługi na jego rzecz wykonywało również tzw. uzgodnienia branżowe np. w postaci umowy sprawie tego zamówienia publicznego czy dokumentów odzwierciedlających przebieg jej realizacji.

Żadnego takiego dowodu w tym zakresie Konsorcjum 19E nie tylko nie przedstawiło Zamawiającemu, a zamiast tego zaprezentowało własną interpretację warunku, co należy jednak uznać za zbędną polemikę, skoro uczyniło zadość alternatywnemu wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, uzupełniając wykaz o nową usługę, do czego nie byłoby uprawnione, gdyby stanowczo (czyli wyłącznie z wniesieniem odwołania na czynność Zamawiającego) obstawiałoby przy tym, że usługa wykonana na rzecz Powiatu Gnieźnieńskiego w pełni odpowiada warunkowi określonemu w pkt 5.2.1. A) ppkt 1.6. s.i.w.z.

Nie tylko nieprzekonujące, ale i niezrozumiałe jest stanowisko zajęte przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, że celowo nie zawezwał warunku do tzw. uzgodnień branżowych, gdyż doświadczenie w każdym innych uzgodnieniach uznawał za wystarczające dla wykonania tego zamówienia, które swoim zakresem obejmuje właśnie uzgodnienia z gestorami sieci uzbrojenia, zwłaszcza że Zamawiający poświęcił kilka miesięcy na weryfikację, czy Konsorcjum 19E faktycznie wykonywało w ramach zamówienia na rzecz Powiatu Gnieźnieńskiego czynności związane z uzgadnianiem treści utworzonej inicjalnej bazy danych GESUT, o których mowa w art. 28e Prawa geodezyjnego i kartograficznego.

Przede wszystkim, skoro dla działającego z należytą starannością profesjonalisty w dziedzinie tworzenia bazy danych GESUT nie powinno budzić wątpliwości, co kryje się za wymaganiem posiadania doświadczenia w uzgadnianiu inicjalnej bazy danych GESUT, prowadzi to do wniosku, że Konsorcjum 19E, składając na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 pzp wykaz usług z 8 lipca 2020 r. zawierający poz. 3. i załączając dla niej referencje z 5 czerwca 2020 r., świadomie wprowadziło w błąd Zamawiającego, który na podstawie treści tych dokumentów uznał, że wykazało ono spełnianie warunku opisanego w pkt 5.2.1. lit. A ppkt 1.6. s.i.w.z., a w konsekwencji 27 sierpnia 2020 r. dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, pomimo że w rzeczywistości w ramach usługi wykonanej na rzecz Powiatu Gnieźnieńskiego Konsorcjum 19E nie przeprowadziło procedury, o której mowa w art. 28e Prawa geodezyjnego i kartograficznego. Co więcej, w konsekwencji postępowanie o udzielenie zamówienia wydłużyło się o kilka miesięcy, w ciągu których Zamawiający musiał podjąć szereg czynności, w tym zwrócić się do Powiatu Gnieźnieńskiego, aby to ustalić.

Wbrew stanowisku Zamawiającego pojawienie się tej nieprawdziwej informacji również w treści referencji będącej oświadczeniem wiedzy Powiatu Gnieźnieńskiego nie świadczy o działaniu w dobrej wierze Konsorcjum 19E, jak sugerował Zamawiający, a wręcz przeciwnie. Umknęło bowiem uwadze Zamawiającego, że dokument ten został wystawiony dopiero 5 czerwca 2020 r., pomimo że dotyczył umowy, która została wykonana jeszcze w 2018 r., co uzasadnia wniosek, że jego treść została specjalnie przygotowana na potrzeby złożenia w tym konkretnym postępowaniu, w którym termin składania ofert (a zatem i JEDZ, gdzie pojawiła się po raz pierwszy ta usługa) upłynął już 15 maja 2020 r. Biorąc dodatkowo pod uwagę odstęp czasu, który upłynął od wykonania tego zamówienia, oraz powszechnie znaną praktykę przygotowywania gotowej treści przez zainteresowanego uzyskaniem referencji wykonawcy, a także okoliczność, że termin składania ofert upływał można z dużą dozą prawdopodobieństwa przyjąć, że tak właśnie było i w tym przypadku. Nawet jeżeli było inaczej, Konsorcjum 19E – jako wykonawcy tego zamówienia – w ramach należytej staranności przy wykazywaniu spełniania warunków udziału, odpowiada za adekwatność treści dokumentów, które w tym celu przedstawiło Zamawiającemu, a nie inny zamawiający, który nie sprawdził, pod czym się podpisuje.

Podkreślić należy, że ostatecznie Powiat Gnieźnieński stanowczo odzegnał się od treści referencji w zakresie, w jakim wynikało z niej, że Konsorcjum 19E przeprowadziło uzgodnienia bazy inicjalnej GESUT. Wbrew temu, co sugeruje Przystępujący, to właśnie w piśmie z 31 sierpnia 2020 r. Powiat Gnieźnieński z własnej i nieprzymuszonej woli, dzięki wszechstronnemu przeanalizowaniu okoliczności, opisał rzeczywisty stan rzeczy, po tym, jak zdał sobie sprawę, że treść uprzednio wystawionej referencji jest w tym zakresie nieadekwatna i może wprowadzać w błąd, a nawet już wprowadziła w błąd Zamawiającego. Tym samym również Powiat Gnieźnieński potwierdził – jako podmiot odpowiedzialny za założenie i prowadzenie powiatowej bazy GESUT – że według niego określenie „uzgodnienie inicjalnych baz danych” w świetle znanych mu przepisów Prawa geodezyjnego i kartograficznego nie może być

utożsamiane z wewnętrznymi uzgodnieniami pomiędzy zamawiającym a wykonawcą aspektów techniczno-formalnych na etapie opracowywania inicjalnej bazy danych, która dopiero jej utworzeniu może podlegać weryfikacji co do adekwatności jej treści z gestorami

W tych okolicznościach Izba stwierdziła zasadność zasadniczych zarzutów odwołań.

W art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp określono, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku:

- zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów {pkt 16};
- lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia {pkt 17}.

Powyższe przepisy stanowią implementację do krajowego porządku prawnego określonych w art. 57 ust. 4 lit. h oraz i (in fine) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE L 94, 28.3.2014, p. 65–242) podstaw wykluczenia w następujących sytuacjach:

- jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59 {lit. i};
- jeżeli wykonawca podjął kroki, aby wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia {lit. h in fine}.

W poprzednim stanie prawnym istniała jedna podstawa wykluczenia wykonawcy z powodu składania nieprawdziwych informacji. Według dawnego art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczało się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przepis ten stanowił implementację art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można było wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji. W odróżnieniu od przepisu krajowego hipoteza przepisu dyrektywy obejmowała zarówno złożenie, jak i niezłożenie informacji wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym w obu przypadkach miało to prowadzić do wprowadzenia w błąd. Z kolei przesłankę wpływu nieprawdziwych informacji na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp można było uznać za odpowiednik poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego, o którym mowa w przepisie dyrektywy. W zakresie tych przesłanek, pomimo różnic sformułowań, interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp w zgodzie z przepisem dyrektywy nie budziła większych wątpliwości.

W odróżnieniu od literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp przepis art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE wprost odwoływał się do winy wykonawcy, który przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego. Stąd w orzecznictwie sądów okręgowych na tle interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp przy uwzględnieniu art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE z czasem skryształizowało się wręcz stanowisko, że wykluczenie może dotyczyć wyłącznie wykonawcy działającego z winy umyślnej. W szczególności Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12) wskazał, że przepis ten ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Według tego stanowiska złożenie nieprawdziwej informacji, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, musi być czynnością dokonaną z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Z powyższego Sąd wywiódł, że nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd. Takie stanowisko sądów okręgowych nie pozostało bez wpływu na orzecznictwo Izby, które uprzednio nie wymagało dla wypełnienia hipotezy normy określonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp umyślnego zawinienia wykonawcy.

Jednakże Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA z siedzibą w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej) orzekł w związku z wykluczeniem na podstawie art. 94 lit. b rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1 ze zm) – stanowiącego, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji – że w przypadku gdy, tak jak w rozstrzyganej sprawie, wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa, i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny, czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego {por. pkt 75 i 119 wyroku}.

Powyższe orzeczenie Izba wzięła pod uwagę w wyroku z 11 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 177/15, argumentując, że co prawda powyższy wyrok dotyczył stosowania przepisu aktu prawnego stosowanego przez Komisję Europejską przy udzielaniu zamówień publicznych, jednak zarówno treść przepisu art. 94 lit. b rozporządzenia finansowego, jak i art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE odwołują się do winy wykonawcy (kandydata) składającego niezetelne informacje, bez wskazywania na postać tej winy, która powinna być interpretowana w taki sam sposób. Stąd Izba doszła do przekonania, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, interpretowanego z uwzględnieniem treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, wymaga przypisania wykonawcy winy, jednak może to być również niedbalstwo.

W praktyce wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż częstokroć może wymagać dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Zupełnie inaczej przedstawia się możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji. Na podstawie art. 14 pzp do oceny czynności wykonawcy w

postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03}. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r. sygn. akt V CK 311/02}. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

W aktualnym stanie prawnym podstawa wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp wprost określa, że przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego może nastąpić w wyniku niedbalstwa, a nawet lekkomyślności wykonawcy. Natomiast przypisanie wykonawcy winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa jest konieczne dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp.

Należy przyjąć, że obecnie obowiązujące przepisy, tak jak poprzednio obowiązujący art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, nie ustalają jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” w odniesieniu do informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego adekwatny pozostaje {na co Krajowa Izba Odwoławcza wskazała uprzednio w uzasadnieniu wyroku z 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UPZ 372/10} pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. sygn. akt II CKN 1095/99 (opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42): Pojęcia „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Zarówno w przypadku dawnego art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp jak i obecnie obowiązującego art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp skutek złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych czy niepełnych, czyli wprowadzających w błąd informacji przejawia się w tym, że gdyby wykonawca przedstawił prawdziwe lub pełne informacje, zamawiający podjąłby inną decyzję w prowadzonym postępowaniu, gdyż nie zostałby wprowadzony w błąd. Przy czym należy zaznaczyć, że decyzje odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia, zakwalifikowania do udziału w postępowaniu zamawiający podejmuje na podstawie oświadczeń i dokumentów przedstawianych przez wykonawcę. W tym sensie na potrzeby prowadzonego postępowania znaczenie ma, czy wykonawca formalnie wykazał w ten sposób spełnianie warunków udziału, kryteriów kwalifikacji czy brak podstaw do wykluczenia. Natomiast zamawiający nie ma obowiązku ustalania tzw. prawdy materialnej tzn., czy biorąc pod uwagę najlepszy możliwy sposób wykazania tych okoliczności przez wykonawcę, obiektywnie spełnia on warunki, kryteria kwalifikacji lub nie podlega wykluczeniu. Skoro według art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału lub nie wykazał braku podstaw do wykluczenia, nie ma podstaw prawnych, aby skutek wprowadzenia w błąd zamawiającego odnosić do innego stanu rzeczy niż wynikający ze złożonych przez wykonawcę w postępowaniu oświadczeń lub dokumentów.

Natomiast taki skutek nie jest wymagany dla wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, gdyż z brzmienia tego przepisu {przywołanego dokładanie powyżej} wynika, że wystarczające jest, aby informacje wprowadzające w błąd mogły mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, co odpowiada sposobowi uregulowania podstawy wykluczenia w art. 57 ust. 4 lit. i (*in fine*) {również przywołanemu dokładanie powyżej}, gdzie także mowa jest jedynie o takim potencjalnym wpływie. Innymi słowy przy niedbalym przedstawieniu wprowadzających w błąd informacji ocena jego istotności jest uzależniona od tego czy mogło to, a nie czy miało to wpływ na decyzje w sprawie udzielenia zamówienia. Jak trafnie wywiódł Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 20 lipca 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 849/18, dla rozważań dotyczących przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp istotne jest jedynie zachowanie wykonawcy i treść informacji (mogącej mieć wpływ na decyzje zamawiającego), natomiast stan wiedzy czy zachowanie zamawiającego nie ma żadnego znaczenia. W szczególności nie ma znaczenia, czy zamawiający został skutecznie wprowadzony w błąd na skutek czego podjął jakiegokolwiek decyzje czy wykonał jakiegokolwiek czynności. Sąd podkreślił, że gdyby nawet zamawiający w powołaniu na wypracowane *notorium* (uwzględniając stan posiadanej przez siebie wiedzy) zachowałby ostrożność w podejmowaniu decyzji, samo podanie informacji nieprawdziwej wypełnia przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia.

Należy wziąć pod uwagę, że wprowadzenie przesłanek wykluczenia ma na celu ochronę zamawiających przez nierzetelnymi wykonawcami. Wykonawca, który w sformalizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia podaje informację niemającą odzwierciedlenia w rzeczywistym stanie rzeczy, nie daje rękąmi rzetelności i sam poddaje w wątpliwość swój profesjonalizm, który wymaga dołożenia należytej staranności ocenianej według podwyższonego miernika.

Zdaniem Izby ustalone w rozpatrywanej sprawie okoliczności pozwalają przypisać Konsorcjum 19E działanie z winy umyślnej, czyli że w sposób zamierzony wprowadziło Zamawiającego w błąd co do spełniania warunku udziału, o którym mowa w pkt 5.2.1. lit. A) ppkt 1.6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przez usługę opisaną w poz. 3. wykazu wykonanych usług i załączone dla niej referencje z 5 czerwca 2020 r., a tym samym przedstawiło Zamawiającemu w tym zakresie informacje wprowadzające w błąd, które miały znaczenie dla oceny spełniania tego warunku udziału w postępowaniu, co oznacza, że zostały spełnione przesłanki zastosowania art. 24 ust. 1 określone w pkt 16, jak i 17 ustawy pzp.

Izba podziela również stanowisko Odwołującego Konsorcjum IGEKA, uprzednio wielokrotnie wyrażone w orzecznictwie Izby, że nieprawdziwej czy wprowadzającej w błąd informacji, która mogła mieć wpływ na wynik postępowania, nie można w trybie art. 26 ust. 3 pzp zastępować informacją prawdziwą. Jeżeli wykonawca winny jest

poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnienie warunku, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna. Należy zauważyć, że ustawa pzp w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz w art. 24 ust. 1 pkt 12 statuuje odrębne i niezależne od siebie podstawy wykluczenia z postępowania, a zatem wykluczenie za złożenie nieprawdziwych informacji w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie musi się wiązać z wykluczeniem za niewykazanie spełnienia tych warunków. Odmienne stanowisko oznaczałoby również, że w ramach badania zaistnienia przesłanki wprowadzenia zamawiającego w błąd z art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp lub potencjalnego wprowadzenia w błąd z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp mieści się badanie, czy wykonawca składający nieprawdziwą informację był już wzywany do uzupełnienia dokumentów. W konsekwencji prowadziłoby to do takiej interpretacji przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 pzp, zgodnie z którą nie podlegałby wykluczeniu wykonawca, który co prawda złożył nieprawdziwe informacje, które wprowadziły lub mogły wprowadzić w błąd zamawiającego, jeżeli uczynił to po raz pierwszy tzn. nie był wzywany do zastąpienia nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnienie warunku udziału prawdziwą informacją potwierdzającą spełnienie tego warunku.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy nieprawdziwa informacja została zawarta również w uzupełnionym z naruszeniem art. 26 ust. 3 pzp wykazie usług.

{rozpatrzenie zarzutu z pkt 6. listy zarzutów odwołania Sygnity
– zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum IGEKA i Konsorcjum OPGK przy braku wadium}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Choć okoliczności faktyczne przedstawione w odwołaniu Sygnity były niesporne, wymagają następującego uporządkowania i uzupełnienia.

Zarówno Konsorcjum IGEKA, jak i Konsorcjum OPGK wyraziły zgodę na przedłużenie pierwotnego terminu związania ofertą, który upływał 13 lipca 2020 r., do 11 września 2020 r., oraz przedłużyły odpowiednio ważność wadium. 31 sierpnia 2020 r. Zamawiający w związku z zawiadomieniem o wyborze oferty Konsorcjum 19E jako najkorzystniejszej (datowanym na 27 sierpnia 2020 r.) zwrócił pozostałym wykonawcom wadium.

7 września 2020 r. Zamawiający przekazał wykonawcom dwa odrębne pisma (datowane na 4 września 2020 r.). W pierwszym zawiadomił o unieważnieniu powyższego wyboru najkorzystniejszej, a w drugim poinformował, że w związku z tym, że już korzystał z możliwości zwrócenia się o zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, może jedynie proponować, aby wykonawcy przedłużyli termin związania swoimi ofertami o kolejne 30 dni, przy czym informacja o podjęciu takiej decyzji powinna zostać do niego przesłana do 11 września 2020 r.

Niezależnie zatem od sekwencji przesłania tych pism, oczywiste jest, że informacja o potrzebie wydłużenia terminu związania ofertą wynikała w związku z unieważnieniem wyboru najkorzystniejszej oferty (a nie odwrotnie, jak to zaprezentowano w odwołaniu).

Istotne jest również, że Zamawiający nie informował o potrzebie wniesienia wraz ze złożeniem oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą na nowo wadium przez wykonawców, którym zostało ono zwrócone.

10 września 2020 r. zarówno Konsorcjum IGEKA, jak i Konsorcjum OPGK złożyły Zamawiającemu oświadczenie o przedłużeniu terminu związania swoimi ofertami. Ponieważ tego dnia Konsorcjum IGEKA wniosło również odwołanie, wydłużony pierwotnie o 60 dni termin związania ofertą z mocy art. 186 ust. 6 pzp uległ wydłużeniu do 8 października 2020 r., kiedy to Izba w związku z wycofaniem tego odwołania postanowieniem umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 2261/20.

Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że w konsekwencji tego zawieszenia zarówno Konsorcjum IGEKA, jak i Konsorcjum OPGK były związane swoimi ofertami w chwili, gdy Zamawiający 3 listopada 2020 r. ponownie dokonał wyboru oferty Konsorcjum 19E jako najkorzystniejszej.

W tych okolicznościach zarzut odwołania Sygnity jest niezasadny.

Wbrew temu, co podkreślało Sygnity w swoim odwołaniu, hipoteza normy wynikającej z pierwszego zdania art. 85 ust. 4 zd. 1 pzp [*Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.*] nie dotyczy sytuacji, gdy w związku z dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty pozostałym wykonawcom zwrócono wadium. Taka sytuacja objęta jest natomiast hipotezą normy z art. 85 ust. 4 zd. 2 pzp [*Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.*].

Przede wszystkim *de lege lata* brak jest w ustawie przepisu regulacji, jak mają postąpić wykonawcy, którym zwrócono uprzednio wadium, w sytuacji, gdy zamawiający z własnej inicjatywy w trybie tzw. autokontroli unieważni wybór najkorzystniejszej oferty. O ile z art. 46 ust. 1 pzp wynika, że zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, o tyle hipoteza normy art. 46 ust. 3 pzp [*Zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie ust. 1, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez zamawiającego.*] dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy w wyniku rozstrzygnięcia odwołania zostanie wybrana oferta wykonawcy, któremu uprzednio zwrócono wadium. W takim przypadku zamawiający ma obowiązek i uprawnienie zażądania od tego wykonawcy ponownego wniesienia wadium, co wykonawca ma obowiązek uczynić w określonym przez zamawiającego terminie.

Należy zauważyć, że hipotetycznie próbując na zasadzie analogii usunąć lukę dotyczącą braku uregulowania sytuacji takiej, jaka zaistniała w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, należałoby wyprowadzić następujące wnioski. Po pierwsze – ustawodawca dopuszcza w szczególnych okolicznościach, aby nastąpiło przerwanie ciągłości wadium w stosunku do terminu związania ofertą. Po drugie – w takich przypadkach ewentualne ponowne wniesienie wadium następuje na wezwanie zamawiającego, a nie z własnej inicjatywy wykonawcy.

{KIO 2994/20, KIO 3001/20}

{rozpoznanie zarzutów z pkt 4. i 7. listy zarzutów odwołania Sygnity
– niewykazanie przez Konsorcjum 19E warunku udziału po uzupełnieniu wykazu
i zaniechanie wezwania Konsorcjum IGEKA do uzupełnienia wykazu usług
oraz zarzutu z 5. listy zarzutów odwołania Konsorcjum IGEKA
– niewykazanie, że podmiot trzeci (GEORES) dysponuje wymaganym doświadczeniem}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Poza wszelkim sporem była okoliczność, że przedmiot tego zamówienia obejmuje modernizację i rozwój zasobów in treści składających się na geodezyjne referencyjne rejestry publiczne tworzące Państwowy zasób geodezyjny i kartograficzny (PZGiK) szczebla lokalnego, pozostające w gestii Miasta Zabrze, dzięki podniesieniu jakości istniejących danych wraz z dostosowaniem do aktualnego stanu prawnego, ich digitalizację i rozbudowę dzięki utworzeniu nowych treści cyfrowych, m.in. dzięki dostosowaniu treści cyfrowych do standardów bazy danych GESUT. Przy czym oczywiste jest, że pozostający w gestii Miasta Zabrze PZGiK obejmuje tereny zurbanizowane, w tym takie, na których przebiegają drogi, tory kolejowe itp. tereny komunikacyjne.

Niesporne było również, że z powyższym zakresem przedmiotu zamówienia skorelowany jest określony w pkt 5.2.1. lit. A) ppkt 1.6. s.i.w.z. warunek udziału w tym postępowaniu, wymagający od wykonawców uprzedniego należytego wykonania co najmniej jednej usługi, która obejmowała przeprowadzenie przez wykonawcę uzgodnienia inicjalnej bazy danych GESUT, polegającej na opracowaniu zbiorów danych GESUT dotyczących co najmniej 1900 ha obszaru zurbanizowanego (wg brzmienia dookreślenia w nawiasie: *tj. gruntów zabudowanych i zurbanizowanych, zdefiniowanych w załączniku nr 6 do Rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego i Rolnictwa w sprawie ewidencji gruntów i budynków*). Przy czym dla wykazania spełnienia tego warunku należało złożyć wykaz zawierający odpowiedni opis wykonanej usługi oraz dokument potwierdzający, że została ona należyście wykonana.

Zdaniem Izby, jak to już powyżej zaznaczono przy okazji innego zarzutu, należy przyjąć, że powyższy warunek został określony w sposób zarówno proporcjonalny do powyżej wskazanego zakresu przedmiotu zamówienia, jak i umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania w tym zakresie zamówienia (czyli w sposób zgodny z zasadami określania warunków udziału, które wynikają z art.22 ust. 1a pzp). Zatem każdy wykonawca obowiązany był wykazać Zamawiającemu jako minimalnie wymagany poziom zdolności do wykonania tego zamówienia (wg terminologii art. 22 ust. 1a pzp) posiadanie doświadczenia w wykonaniu i następnie uzgodnieniu inicjalnej bazy danych GESUT, która dotyczyła co najmniej 1900 ha obszaru zurbanizowanego, czyli takiego, jakiego dotyczą usługi objęte przedmiotem tego zamówienia.

Zauważyć należy, że według przywołanego w treści warunku rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 29 marca 2001 r. w sprawie ewidencji gruntów i budynków (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 393), wydanego na podstawie art. 26 ust. 2 Prawa geodezyjnego i kartograficznego, użytki gruntowe wykazywane w ewidencji dzielą się na następujące grupy: 1) użytki rolne, 2) grunty leśne oraz zadrzewione i zakrzewione, 3) grunty zabudowane i zurbanizowane, 4) użytki ekologiczne, 5) nieużytki, 6) grunty pod wodami, 7) tereny różne (§ 67 ust. 1). Z kolei grunty zabudowane i zurbanizowane dzielą się na {roboczo nazwijmy – rodzaje}: 1) tereny mieszkaniowe, oznaczone symbolem — B, 2) tereny przemysłowe, oznaczone symbolem — Ba, 3) inne tereny zabudowane, oznaczone symbolem — Bi, 4) zurbanizowane tereny niezabudowane, oznaczone symbolem — Bp, 5) tereny rekreacyjno-wypoczynkowe, oznaczone symbolem — Bz, 6) użytki kopalne, oznaczone symbolem — K, 7) tereny komunikacyjne, w tym {roboczo nazwijmy – podrodzaje}: a) drogi, oznaczone symbolem — dr, b) tereny kolejowe, oznaczone symbolem — Tk, c) inne tereny komunikacyjne, oznaczone symbolem — Ti, d) grunty przeznaczone pod budowę dróg publicznych lub linii kolejowych, oznaczone symbolem — Tp [§ 67 ust. 3]. Przy czym zaliczanie gruntów do poszczególnych użytków gruntowych określa załącznik nr 6 do rozporządzenia [§ 67 ust. 6]. Zawiera on tabelę określającą cechy gruntów i inne przesłanki, które decydują o zaliczaniu danego typu gruntu do poszczególnych rodzajów użytków gruntowych, czyli w przypadku użytków gruntowych zaliczonych wg § 67 ust. 1 do grupy gruntów zabudowanych i zurbanizowanych, wskazuje co należy zaliczyć do poszczególnych rodzajów użytków gruntowych wyszczególnionych w § 67 ust. 3.

Nie ma przy tym znaczenia, że Zamawiający w treści warunku niefortunnie użył sformułowania sugerującego, że to załącznik definiuje co należy rozumieć przez grunty zabudowane i zurbanizowane, gdyż dla profesjonalistów w dziedzinie geodezji, a do takich wykonawców jest adresowane to zamówienie, nie powinno budzić wątpliwości, że nie może być on brany pod uwagę w oderwaniu od przywołanych powyżej przepisów rozporządzenia.

Zarzut odwołania bazuje li tylko na wyrwaniu z kontekstu przywołanych powyżej przepisów rozporządzenia nazw w wierszach tabeli załącznika, gdzie pod wierszem pn. „Grunty zabudowane i zurbanizowane” w poz. 12-17 uszczegółowiono rozumienie poszczególnych użytków gruntowych z grupy gruntów zabudowanych i zurbanizowanych z rodzajów wymienionych w pkt 1)-6) § 67 ust. 3, podczas gdy takie uszczegółowienie dla pozostałych użytków gruntowych z tej grupy, czyli rodzajów i podrodzajów wskazanych w pkt 7) lit. a)-d) § 67 ust. 3, zostało zawarte pod wierszem pn. „Tereny komunikacyjne” w poz. 18-21.

Konsorcjum 19E w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie powyższego warunku przedstawiło w piśmie z 16 września 2020 r. wykaz usług uzupełniony o poz. 8. – usługę wykonaną przez GEORES (podmiot trzeci udostępniający w tym zakresie swoje zasoby) w konsorcjum z OPGK Rzeszów, dla której szczegółowo opisało zakres prac wykonanych przez GEORES, w szczególności wskazując, że łącznie dotyczyły one 2211 ha obszaru zurbanizowanego, przy czym niesporne było, że dotyczy to gruntów zabudowanych i zurbanizowanych w rozumieniu § 67 ust. 1, w tym terenów komunikacyjnych, o których mowa w § 67 ust. 3 lit. a)-d) przywołanego rozporządzenia.

Ponieważ Zamawiający w trybie art. 26 ust. 4 pzp zwrócił się dodatkowo o wyjaśnienie, czy w poz. 8. wskazano zakres usługi wykonanej przez GEORES, w odpowiedzi Konsorcjum 19E potwierdziło, że tak jest.

Z uwagi na brak sprecyzowania w odwołaniu Konsorcjum IGEKA, w jakim konkretnie elemencie powyższego warunku GEORES nie zdobyło wymaganej wiedzy i doświadczenia (zdolności technicznej lub zawodowej), Izba nie wzięła pod uwagę złożonego na rozprawie pisma prezydenta Rzeszowa z 23 listopada 2020 r. jako w istocie zmierzającego do rozszerzenia po upływie terminu do wniesienia odwołania zarzutu, co jest niedopuszczalne, gdyż zgodnie z art. 192 ust.7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Niezależnie od powyższego w przeciwieństwie do innych składanych przez Odwołującego jako dowody pism, w tym przypadku nie została złożona treść wniosku o udostępnienie informacji publicznej, co uniemożliwia wszechstronną ocenę znaczenia treści udzielonej odpowiedzi.

Z kolei podobny zarzut w odwołaniu Sygnity w ogóle nie został sprecyzowany, gdyż sprowadza się do wyrażenia przez Odwołującego wątpliwości, czy możliwe jest, aby obydwa członkowie konsorcjum mogli zdobyć w związku ze wspólnym wykonaniem zamówienia na rzecz Rzeszowa wiedzę i doświadczenie, o które chodzi w tym postępowaniu.

Natomiast złożone przez Odwołującego Sygnity jego własne opracowania i wyliczenia dotyczą bazują li tylko na opisanym powyżej błędnym założeniu jakoby tereny komunikacyjne nie zaliczały się do grupy gruntów zabudowanych i zurbanizowanych według rozporządzenia, do którego odwołano się w treści warunku udziału.

Z kolei Konsorcjum IGEKA na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wskazało jedną usługę wykonaną przez GeoStation sp. z o.o. sp.k. na rzecz Miasta Mysłowice, przy czym niesporne było, że dotyczyła ona obszaru 2082 ha gruntów zabudowanych i zurbanizowanych w rozumieniu § 67 ust. 1, w tym terenów komunikacyjnych, o których

mowa w § 67 ust. 3 lit. a)-d) przywołanego rozporządzenia.

W szczególności sam Odwołujący Sygnity złożył na rozprawie pismo prezydenta Mysłowic z 15 października 2020 r. potwierdzające ten fakt, w tym zawierające tabelę, z której wynika, że tereny komunikacyjne zaliczają się do gruntów zabudowanych i zurbanizowanych.

W tych okolicznościach zarzuty obu odwołań są niezasadne.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że choć w przeciwieństwie do odwołania Konsorcjum IGEKA odwołanie Sygnity nie zawiera zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 pzp w związku z wezwaniem *de facto* do zastąpienia nieprawdziwych informacji prawdziwymi, nie sposób, aby Izba nie wzięła tego pod uwagę, zwłaszcza przy łącznym rozpoznaniu obu odwołań, co powoduje, że aktualnie rozpoznawane zarzuty należy uznać za w istocie alternatywne i niezasadne, bo zbędne dla uczynienia zadość żądaniu wykluczenia Konsorcjum 19E z postępowania.

Gdyby natomiast było możliwe rozpatrywanie zarzutu odwołania Sygnity naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp w oderwaniu od tego kontekstu byłby on również niezasadny, gdyż usługa dopisana przez Konsorcjum 19E w uzupełnionym wykazie odpowiada treści warunku.

Z kolei rozpatrując przy analogicznym podejściu zarzut odwołania Konsorcjum IGEKA opisany na wstępie jako naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 1b pkt 3 i art. 22a ust. 4 ustawy pzp nie koresponduje z okolicznościami, które miały uzasadniać naruszenie tych przepisów, gdyż żaden z nich nie dotyczy kwestii sposobu wykazania, że podmiot, na którego zasobach chce polegać wykonawca, dysponuje wymaganymi zdolnościami technicznymi lub zawodowymi. Ogólne rozważania przedstawione w uzasadnieniu odwołania, jak to już powyżej zasygnalizowano, nie mogą zastąpić skonkretyzowania, na czym konkretnie miałyby polegać niedysponowanie przez GEORES zdolnościami wymaganymi dla realizacji tego zamówienia, czego Odwołujący zaniechał.

Natomiast skoro Konsorcjum IGEKA wskazało usługę spełniającą warunek w zakresie kwestionowanym w odwołaniu, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust.3 pzp jest oczywiście niezasadny, gdyż w zakresie objętym zarzutem nie ma czego uzupełniać.

{KIO 2994/20}

{rozpoznanie zarzutu z pkt 5. listy zarzutów odwołania Sygnity

– zaniechanie wezwania Konsorcjum 19E do uzupełnienia wykazu co do innego warunku]

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Poza wszelkim sporem była okoliczność, że przedmiot tego zamówienia obejmuje modernizację i rozwój zasobów i treści składających się na geodezyjne referencyjne rejestry publiczne tworzące Państwowy zasób geodezyjny i kartograficzny (PZGiK) szczebla lokalnego, pozostające w gestii Miasta Zabrze, dzięki podniesieniu jakości istniejących danych wraz z dostosowaniem do aktualnego stanu prawnego, ich digitalizację i rozbudowę dzięki utworzeniu nowych treści cyfrowych, m.in. dzięki dostosowaniu treści cyfrowych do standardów bazy danych GESUT. Przy czym oczywiste jest, że pozostający w gestii Miasta Zabrze PZGiK obejmuje tereny zurbanizowane, w tym takie, na których przebiegają drogi, tory kolejowe itp. tereny komunikacyjne.

Niesporne było również, że z powyższym zakresem przedmiotu zamówienia skorelowany jest określony w pkt 5.2.1. lit.

A) ppkt 1.4. s.i.w.z. warunek udziału w tym postępowaniu, wymagający od wykonawców uprzedniego należytego wykonania co najmniej jednej usługi polegającej na przetworzeniu do postaci dokumentów elektronicznych materiałów zasobu PZGiK, w tym utworzeniu metadanych, której zakres prac obejmował co najmniej 150 tys. dokumentów. Przy czym dla wykazania spełnienia tego warunku należało złożyć wykaz zawierający odpowiedni opis wykonanej usługi oraz dokument potwierdzający, że została ona należycie wykonana.

Zdaniem Izby, w sytuacji braku sporu w tym zakresie na etapie przed upływem terminu składania ofert, należy przyjąć, że powyższy warunek został określony w sposób zarówno proporcjonalny do powyżej wskazanego zakresu przedmiotu zamówienia, jak i umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania w tym zakresie zamówienia (czyli w sposób zgodny z zasadami określania warunków udziału, które wynikają z art.22 ust. 1a pzp). Zatem każdy wykonawca obowiązany był wykazać Zamawiającemu jako minimalnie wymagany poziom zdolności do wykonania tego zamówienia (wg terminologii art. 22 ust. 1a pzp) posiadanie doświadczenia w przetworzeniu do postaci dokumentów elektronicznych materiałów zasobu PZGiK, w tym utworzeniu metadanych, które obejmowało co najmniej 150 tys. dokumentów.

Niesporne było, że dla wykazania spełnienia powyższego warunku Konsorcjum 19E wskazało w wykazie usług (zarówno tym z 8 lipca, jak i z 16 września 2020 r.) w poz. 4.-6. usługi, których nazwy, nazwy zamawiających, okres wykonania oraz nazwy dokumentów załączonych na potwierdzenie ich należytego wykonania zostały szczegółowo i adekwatnie odzwierciedlone w odwołaniu Sygnity, z następującym istotnym uzupełnieniem i wyjątkiem opisanymi poniżej.

Z wykazu wynika również {patrz treść zamieszczona w ostatniej kolumnie pn. „Zakres usługi”, że zakresem każdej z tych usług objęte było przetworzenie do postaci dokumentów elektronicznych materiałów zasobu PZGiK, w tym utworzeniu metadanych. Jednak z uwagi na wymagany wolumen dokumentów znacznie ma tylko poz. 4., gdzie według tego opisu wymaganemu przetworzeniu poddano ponad 1 mln dokumentów (poz. 5. i 6. dotyczą przetworzenia odpowiednio ponad 79 tys. i 53 tys. dokumentów).

Najistotniejsze, że dla poz. 4. {patrz treść zamieszczona w kolumnie pn. „Podmiot, na rzecz którego zamówienie było lub w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych jest wykonywane”} wskazano co prawda jako zamawiającego Powiat Bielski i Miasto Bielsko-Biała, ale jednocześnie wskazano jako wykonawcę Tukaj Mapping Central Europe sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie {dalej: „Tukaj Mapping”}. Biorąc pod uwagę, że na potwierdzenie należytego wykonania dla tej poz. wykazu załączono dokumenty wystawione przez ten ostatni podmiot jako zamawiającego w stosunku do 19E sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu {dalej: „19E”} jako wykonawcy, nie powinno budzić wątpliwości, że lider obecnego Konsorcjum 19E w ramach zamówienia wykonywanego na rzecz bielsko-bialskich jednostek samorządu terytorialnego przez Tukaj Mapping był podwykonawcą tego ostatniego właśnie w zakresie opisanym w wykazie dla poz. 4. Potwierdzają to załączone protokoły odbioru odpowiednio z 23 kwietnia i 6 grudnia 2020 r., gdyż pomimo niefortunnie sformułowanych nazw (wskazujących odpowiednio, że dotyczą odbioru częściowego odpowiednio Etapu 6.1.i 7.1. oraz Etapu 6.2.i 7.2.), z ich treści wynika, że całość prac 19E jako podwykonawcy, które składają się na wskazane etapy umowy zawartej przez Tukaj Mapping jako wykonawcę z bielsko-bialskimi jednostkami samorządu terytorialnego, została wykonana należycie.

Taki stan rzeczy dodatkowo potwierdza oświadczenie Tukaj Mapping z 10 grudnia 2020 r. {stanowiące załącznik nr 2 do pisma procesowego Konsorcjum E19 z 16 grudnia 2020 r.}.

W tych okolicznościach zarzut odwołania Sygnity jest oczywiście niezasadny.

Skoro Konsorcjum 19E wskazało co najmniej jedną usługę spełniającą warunek w zakresie kwestionowanym w

odwołaniu, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust.3 pzp jest oczywiście niezasadny.

Abstrahując od tego, że w powyżej ustalonych okolicznościach rozważania zawarte w odwołaniu okazały się bezzasadne, Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że z góry należy wykluczyć możliwość powołania się na doświadczenie wynikające z należytego wykonania co prawda pełnego zakresu czynności objętych treścią warunku udziału w postępowaniu, ale niewyczerpującego zakresu świadczeń objętych umową, jeżeli w całości nie została ona jeszcze wykonana, gdyż nie sposób tego przesądzić raz na zawsze i bez odwołania się do konkretnych okoliczności danego przypadku.

{KIO 3001/20}

{rozpoznanie zarzutów z pkt 4. 6. i 10. listy zarzutów odwołania Konsorcjum IGEKA

– uwzględnienie potencjału podmiotu trzeciego z naruszeniem art. 22a ust. 6 pzp}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Z dokumentacji postępowania prowadzonej przez Zamawiającego wynikają następujące okoliczności.

Konsorcjum 19E w formularzu oferty wskazało, że co najmniej 50% części zamówienia dotyczącej dostosowania treści cyfrowych do standardów prawnych w zakresie bazy danych GESUT zamierza powierzyć jako podwykonawcy GISonLine sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Krakowie (dalej: „GISonLine”). Do oferty załączone zostało oświadczenie GISonLine, z którego wynika, że Konsorcjum 19E będzie mogło korzystać doświadczenia nabytego przez GISonLine podczas wykonywania usług polegających na opracowaniu zbiorów danych GESUT, w ramach których przeprowadzono uzgodnienie baz inicjalnych, przy czym GISonLine jako podmiot, na którego zdolnościach Konsorcjum 19E polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia na podstawie umowy podwykonawczej zrealizuje prace polegające na dostosowaniu treści cyfrowych do standardów prawnych w zakresie bazy danych GESUT dla co najmniej połowy obszaru opracowania.

W ślad za tym na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt 5.2.1. lit. A) ppkt 1.6. s.i.w.z., oprócz wykonanej przez siebie usługi na rzecz Powiatu Gnieźnieńskiego (poz. 3. wykazu usług), Konsorcjum 19E wskazało usługę wykonaną przez GISonLine na rzecz Powiatu Piotrkowskiego (poz. 7. wykazu usług).

Ostatecznie, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania tego warunku, którego podstawą faktyczną było stwierdzenie, że usługa na rzecz Powiatu Gnieźnieńskiego nie obejmowała uzgodnienia inicjalnych baz danych, a usługa na rzecz Powiatu Piotrkowskiego dotyczyła zbyt małego obszaru zurbanizowanego – Konsorcjum 19E wskazało dodatkowo usługę na rzecz Gminy Miasta Rzeszowa przez GEORES sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (poz. 8. uzupełnionego wykazu usług). Jednocześnie złożyło oświadczenie GEORES jako podmiotu udostępniającego zasoby o analogicznej treści jak uprzednio przedstawione oświadczenie GISonLine.

Ponieważ uzupełnienie przez Konsorcjum 19E wykazu polegało wyłącznie na dodaniu tej dodatkowej usługi, nie ma podstaw faktycznych do wyprowadzonego w odwołaniu Konsorcjum 19E wniosku, że zastąpiła ona wyłącznie usługę z poz. 3., ale już nie usługę z poz. 7. Tym bardziej nieuprawniony jest dalej idący wniosek Konsorcjum 19E, jakoby dokonując w taki sposób uzupełnienia Konsorcjum 19E dało wyraz temu, że wbrew oświadczeniu zawartemu w formularzu oferty zamierza w całości zlecić całość prac w zakresie baz danych GESUT dwóm podwykonawcom, czyli zarówno GISonLine, jak i GEORES, co miałyby stanowić zmianę treści oferty.

W tych okolicznościach zarzuty odwołania Konsorcjum IGEKA są niezasadne.

Zaznaczyć także trzeba, że nie było przedmiotem sporu w tej sprawie, czy art. 22a ust. 6 pzp co do zasady dozwala na zastąpienie podmiotu trzeciego, na zdolnościach którego polega wykonawca w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, co do którego zamawiający stwierdził, że nie spełnia tych warunków, innym takim podmiotem.

W drugiej kolejności należy zauważyć, że wszystkie aktualnie rozpoznawane zarzuty należy uznać za alternatywne w stosunku do zasadniczego zarzutu, który okazał się zasadny, a tym samym niezasadne, bo zbędne dla uczynienia zadość żądaniu wykluczenia Konsorcjum 19E z postępowania.

Natomiast abstrahując od tego, czyli zakładając hipotetycznie, że dopuszczalne było wezwanie Konsorcjum 19E do uzupełnienia wykazu usług, nie sposób byłoby stwierdzić naruszenia przez Zamawiającego przepisów, na które wskazał Odwołujący Konsorcjum 19E, gdyż poczynione w odwołaniu wywody prawne pozostają w oderwaniu od powyżej ustalonych okoliczności faktycznych.

{KIO 2994/20, KIO 3001/20}

{rozpoznanie zarzutów z pkt 2. listy zarzutów odwołania Sygnity

i pkt 9. listy zarzutów odwołania Konsorcjum IGEKA

– niewykazanie przez Konsorcjum 19E tajemnicy przedsiębiorstwa}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Konsorcjum 19E składając wyjaśnienia dotyczące ceny oferty wraz z zastrzeżeniem ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawiło obszerne uzasadnienie, które nie ograniczało się wyłącznie do tego, co zostało zrelacjonowane w protokole z prac komisji przetargowej z 30 września 2020 r., a następnie zacytowane (w przeważającej większości) w odwołaniu Konsorcjum IGEKA.

W szczególności w uzasadnieniu zawartym na wstępie wyjaśnień dotyczących ceny oferty Konsorcjum 19E z 15 czerwca 2020 r. wykazało wartość gospodarczą utajnianych informacji obrazujących szczegółowy sposób kalkulacji ceny oferty na potrzeby tego zamówienia (sama kalkulacja stanowi załącznik nr 1, a oferta podwykonawcy załącznik nr 2 do tego pisma). Konsorcjum 19E nie ograniczyło się wyłącznie do obszernego przywołania, skądinąd adekwatnych, wypowiedzi orzecznictwa – które można sprowadzić do tezy, że im bardziej szczegółowe wyjaśnienia zostały złożone, tym łatwiej wykazać ich wartość gospodarczą dla wykonawcy – ale w wystarczającym stopniu wykazało tę przesłankę w kontekście treści właściwych wyjaśnień obejmujących przede wszystkim szczegółową kalkulację ceny oferty i dodatkowe dowody. Wbrew obiekcjom Konsorcjum IGEKA w odniesieniu do kalkulacji ceny oferty, która bazuje na nieznanej konkurującym wykonawcom wysokości kosztów zmiennych i stałych danego przedsiębiorcy, nietrudno jest wykazać, że ma ona dla niego wartość gospodarczą. Podobnie jak to, że szczegółowa kalkulacja ceny oferty i jej omówienie stanowią szczególne zestawienie i zbiór informacji, które nie są powszechnie znane osobom postronnym zajmującym się tym rodzajem informacji, a przynajmniej nie są łatwo dostępne dla takich osób.

Natomiast Odwołujący trafnie zidentyfikowali, że Konsorcjum 19E nie wykazało, że przy zachowaniu należytej staranności podjęło działania w celu utrzymania zastrzeganych informacji w poufności. W tym zakresie Konsorcjum 19E

ograniczyło się wyłącznie do ogólnego zadeklarowania, że podjęło w tym zakresie niezbędne działania, zgodnie z obowiązującą w przedsiębiorstwie polityką ochrony informacji i zobowiązało wszystkie osoby, które sporządzały ofertę i te wyjaśnienia, do zachowania poufności. Nie tylko zatem nie przedstawiło żadnych dowodów wykazujących, że w obu spółkach funkcjonuje polityka ochrony informacji (choćby w postaci wyciągu w zakresie najistotniejszych uregulowań), ale nie uprawdopodobniło tej okoliczności, chociażby przez podanie nazw i dat obowiązujących w tym zakresie regulacji wewnętrznych. Nie wskazano na stosowanie jakichkolwiek środków technicznych służących zabezpieczeniu przed ujawnieniem poufnych informacji. Podobnie nie zostało choćby uprawdopodobnione, choćby dzięki wskazaniu, jakie konkretnie osoby zostały zobowiązane do zachowania poufności, z jakich konkretnie dokumentów to wynika, nie wspominając o załączeniu dokumentów potwierdzających.

W konsekwencji Zamawiający bezpodstawnie nie udostępnił Odwołującym do wyjaśnień Konsorcjum 19E zawartych we wspomnianym na wstępie piśmie.

W tych okolicznościach zarzuty odwołań okazały się zasadne.

Jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, wyrażoną w art. 8 ust. 1 pzp, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie art. 8 ust. 3 pzp, zgodnie z którym 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.

W poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak to zauważono w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, nr druku 1653) odnośnie wprowadzenia obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (czyli zmiany art. 8 ust. 3 pzp): *Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegają informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.*

Stąd w znowelizowanym art. 8 ust. 3 pzp na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu *ad casu* spełnienia przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert lub wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostą, udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przy czym użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pewnością za takie „wykazanie” nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej aktualnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.). Ponadto według art. 8 ust. 3 pzp wykonawcy mają obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków.

Już w uchwale Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 przesądzono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

Wykonawca, który chce skutecznie utajnić informacje przedstawiane zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 uznk, czyli że zastrzegane informacje: po pierwsze – mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie – jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Po trzecie – że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Pomimo że Konsorcjum 19E nie sprostало obowiązkowi wykazania, że złożone przez nie wyjaśnienia stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa, z uwagi na niewykazanie ostatniej ze wskazanych powyżej przesłanek, które zawsze muszą być spełnione kumulatywnie.

Jednakże naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 1-3 pzp nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik prowadzonego przez niego postępowania, gdyż równolegle postawiony w odwołaniu Konsorcjum IGEKA zarzut dotyczący nieprawidłowej oceny tych wyjaśnień, podlegał odrzuceniu. W tej sytuacji udostępnienie Odwołującym wyjaśnień jest bezcelowe, gdyż nie mogą oni ponownie stawiać zarzutu, który został już rozpoznany przez Izbę. Podkreślić należy, że w tym postępowaniu odwoławczym zaistniała specyficzna sytuacja – gdyby nie zostało przez Odwołującego Konsorcjum IGEKA podniesione i dowiedzione, że Zamawiający po unieważnieniu pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty ponownie weryfikował zasadność objęcia przez Konsorcjum 19E wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, zarzuty odwołań dotyczące nieudostępnienia tych wyjaśnień również podlegałyby odrzuceniu jako wniesione po terminie.

{podsumowanie i rozstrzygnięcie o kosztach}

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

W pozostałym zakresie Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 3. sentencji

O kosztach postępowania odwoławczego w obu sprawach orzeczono w pkt 4. i 5. sentencji stosownie do jego wyniku –

uznając że Odwołujący wygrali swoje sprawy w zakresie odpowiadającym 1/5 zarzutów zawartych w odwołaniu – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczone przez Odwołujących wpisy – zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Po drugie, adekwatnie do ustalonego wyniku spraw obciążono Odwołujących i Zamawiającego tymi kosztami, na które złożyły się wpisy od odwołań oraz – w sprawie o sygn. akt KIO 3001/20 uzasadnione koszty Odwołującego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 1/5 kwoty 3600 zł, wobec złożenia do zamknięcia rozprawy stosownego rachunku, działając zgodnie z § 5 ust. 4 rozporządzenia.