

Sygn. akt: KIO 2967/22

WYROK

z dnia 23 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska

Emilia Garbala
Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2022 r. przez wykonawcę:

Centrum Doradztwa w Informatyce i Zarządzaniu Sp. z o.o. (ul. Szlak 65, 31-153 Kraków)

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa)

przy udziale wykonawcy:

OPEGIEKA Sp. z o.o. (Aleja Tysiąclecia 11, 82-300 Elbląg)

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w ich poczet poniesioną przez odwołującego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem wpisu oraz poniesione przez odwołującego kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz 169 zł 00 gr. (słownie: sto sześćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem kosztów dojazdu;

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (Al. Jana Pawła II 70 00-175 Warszawa) (dalej również: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: „Ustawa” lub „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zakup usługi doradczej polegającej na opracowaniu analiz i dokumentacji na potrzeby przygotowania wymagań do przetargu na zakup i wdrożenie w ARiMR systemu informatycznego Nowy GIS” (numer referencyjny sprawy: DPiZP.2619.2.2022) (dalej również: „Postępowanie”). Przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej również : „SWZ”).

W dniu 8 listopada 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy Centrum Doradztwa w Informatyce i Zarządzaniu sp. z o.o. (ul. Szlak 65, 31-153 Kraków) (dalej również: „Wykonawca”, „Odwołujący” lub „CeDIZ”) ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania.

W dniu 10 listopada 2022 r. do postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca OPEGIEKA Sp. z o.o. (Aleja Tysiąclecia 11, 82-300 Elbląg) (dalej również: „Przystępujący” lub „OPEGIEKA”). Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego tj. odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty OPEGIEKA jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz art. 226 ust. 1 pkt 3 Ustawy poprzez odrzucenie oferty

Odwołującego jako złożonej przez podmiot, który rzekomo nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, tj. z uwagi na fakt, że spośród trzech umów wykazanych przez Odwołującego łącznie na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu: a. dwie pierwsze umowy obejmowały wprawdzie swym przedmiotem analizę i specyfikowanie wymagań dotyczących systemu informatycznego GIS, jednak łącznie nie osiągnęły wymaganej wartości 100

000 zł (sto tysięcy złotych), b. trzecia (ostatnia) rzekomo nie obejmowała swym przedmiotem analizy i specyfikowania wymagań dotyczących systemu informatycznego GIS, tj. który to system Zamawiający zdefiniował jako system do pozyskiwania, przetwarzania i udostępniania danych zawierających informacje przestrzenne oraz towarzyszące im informacje opisowe o obiektach wyróżnionych w części przestrzennej objętej działaniem systemu, bowiem:

- i. sprowadzała się wyłącznie do analizowania i specyfikowania wymagań dotyczących danych zasilających system informatyczny, które to dane zdaniem Zamawiającego nie odpowiadały zdefiniowanemu na gruncie SWZ pojęciu „system informatyczny GIS „
- ii. w rezultacie jej wykonania nie zostały wyspecyfikowane żadne wymagania dotyczące systemu informatycznego GIS,

w sytuacji, gdy wszystkie trzy umowy, w oparciu o które Odwołujący świadczył na rzecz Powiatu Opolskiego (lidera projektu obejmującego powiaty Województwa Opolskiego, Województwo Opolskie oraz Miasto Opole) jedną usługę analityczno-doradczą obejmującą analizę i specyfikowanie wymagań dotyczących systemu informatycznego GIS, przy czym trzecia z wykazanych umów:

- a. dotyczyła tego samego systemu, którego dotyczyły dwie pierwsze umowy, tj. systemu informatycznego GIS,

b. obejmowała m.in. specyfikowanie wymagań dotyczących digitalizacji danych i formatów danych (oraz migracji danych, zakładania baz danych w systemie GIS, zasilania tych baz danych), które były elementem systemu informatycznego GIS lub co najmniej dotyczyły systemu informatycznego GIS a nadto

c. obejmowała inne przedmiotowo analizy i specyfikowanie wymagań, w tym wymagań funkcjonalnych odnoszących się bezpośrednio do oprogramowania tworzącego system, szczegółowo wymienione w poz. 13 - 25 tabeli zawartej w wyjaśnieniach Odwołującego przekazanych Zamawiającemu w dniu 3 października 2022 r. (na końcu tych wyjaśnień), do których to analiz i specyfikacji Zamawiający w ogóle się nie odniósł w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego,

co oznacza, że Zamawiający dokonał nieprawidłowej i wybiórczej oceny spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, błędnie oceniając informacje przedstawione przez Odwołującego w wykazie wykonanych usług oraz w wyjaśnieniach dotyczących posiadanego doświadczenia, wadliwie ustalając zakres usługi wykonanej przez

Odwołującego i w konsekwencji odrzucił ofertę Odwołującego, pomimo iż Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego doświadczenia,

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz art. 226 ust. 1 pkt 3 Ustawy zw. z art. 65 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360, ze zm.; dalej: „k.c.”) w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy oraz w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1 i 2 Ustawy poprzez dokonanie nieprawidłowej, rozszerzającej wykładni rozdziału III pkt 2 ppkt 1.1.1. SWZ dotyczącego warunku udziału w postępowaniu i przyjęcie, że zapis ten obejmował wymagania, które nie zostały w nim wprost przewidziane (a w konsekwencji odrzucenie na tej podstawie oferty Odwołującego), tj. że nakazywał on, aby wykazywana na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu usługa:

a. odpowiadała swoim przedmiotem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia i była do niej „podobna”,

b. dotyczyła analiz i specyfikowania wymagań dotyczących systemu informatycznego GIS innych niż dane zasilające ten system oraz działania i procedury związane z przeprowadzeniem zasilenia systemu,

podczas gdy ww. wymagania nie zostały w rozdziale III pkt 2 ppkt 1.1.1. SWZ zapisane, zaś mając na uwadze jednostronny charakter czynności Zamawiającego dotyczącej sporządzenia SWZ i opisanego warunku udziału w Postępowaniu, potrzebę ochrony interesu Wykonawcy jako strony nieuczestniczącej w sporządzaniu SWZ oraz względny związek z obowiązkiem zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania i przede wszystkim przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, niedopuszczalne jest rozszerzanie wymagań dotyczących warunku udziału w postępowaniu po terminie składania ofert i wywodzenia z jego opisu takich wymagań, które wprost w nim nie zostały przewidziane, zaś sankcyjny charakter regulacji dotyczącej odrzucania ofert i wykluczania wykonawców skutkują nakazem zawiązaniem ich interpretowania, nadto zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie stanowiskiem, wszelkie niejednoznaczności, niejasności i braki specyfikacji warunków zamówienia muszą być interpretowane na korzyść wykonawcy, który swoją ofertę składa pozostając w zaufaniu do jej treści,

3. art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 ust. 1 oraz w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz pkt 3 Ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty OPEGIEKA jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, podczas gdy ww. oferta nie przewiduje najniższej ceny, gdyż oferta złożona przez Odwołującego przedstawia korzystniejszy bilans ceny i pozostałych

kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, a została przez Zamawiającego odrzucona bezpodstawnie, przy czym wybór oferty OPEGIEKA w stanie faktycznym sprawy został dokonany z rażącym naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania, bowiem wykonawca ten wykazał się doświadczeniem niemal identycznym do doświadczenia wykazanego przez Odwołującego (tj. doświadczeniem wynikającym ze świadczenia usługi zarządzania projektem dotyczącym systemu informatycznego GIS o podobnym zakresie przedmiotowym, zbliżonych datach wykonania), a mimo to Zamawiający uznał doświadczenie OPEGIEKA za wystarczające, nie uznając jednocześnie analogicznego doświadczenia Odwołującego.

Odwołując w podnosząc ww. zarzuty wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej i unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego.

Zamawiający pismem z dnia 21 listopada 2022 r. wniósł o odrzucenie ewentualnie

oddalenie odwołania, wskazując w szczególności, że

1. w zakresie żądania odrzucenia odwołania: pismem z dnia 16 września 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień w zakresie wątpliwości związanych ze złożonym przez Odwołującego wykazem usług; w dniu 21 września 2022 r. Odwołujący żądane przez Zamawiającego wyjaśnienia złożył; pismem z dnia 28 września 2022 r. (znak: ZP.255.DPiZP.2619.2.2022) Zamawiający poinformował Odwołującego, że wykazane na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu zadanie nie spełnia w ocenie Zamawiającego wymagań opisanych w Rozdz. III. 2 SWZ i tym samym pismem Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów w zakresie wynikającym z dalszej części tego pisma, tj. do złożenia nowego wykazu usług zawierającego usługę, o której mowa w Rozdz. III.2 SWZ; w odpowiedzi na pismo z dnia 28 września 2022 r., pismem z dnia 3 października 2022 r., zamiast złożyć dokumenty zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, Odwołujący złożył wyjaśnienia, stanowiące polemikę z treścią wezwania Zamawiającego z dnia 28 września 2022 r. i uzasadnieniem sformułowanej w piśmie z 28 września 2022 r. oceny dokonanej przez Zamawiającego co do złożonego wykazu, które odpowiadało w warstwie merytorycznej treści uzasadnienia odwołania; Odwołujący nie wniósł odwołania od czynności dokonanych przez Zamawiającego objętych jego pismem z dnia 28

września 2022 r. (w szczególności ani co do bezzasadności wezwania do złożenia nowego wykazu usług, ani co do bezzasadności) a jakkolwiek Odwołujący ukształtował jego zarzuty jako referujące do czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, to uzasadnienie faktyczne tych zarzutów referuje wyłącznie do kwestii ocenionych już przez Zamawiającego w piśmie z dnia 28 września 2022 r., tj. wyłącznie do zagadnienia spełnienia przez usługi wskazane w pierwotnie złożonym wykazie usług warunków opisanych w Rozdz. III.2 SWZ a termin do wniesienia odwołania od tych czynności upłynął z dniem 3 października 2022 r.

2. w zakresie oddalenia odwołania: Wykonawca składając „Wykaz usług” oświadczył, że wykonał jedną usługę na rzecz Powiatu Opolskiego o wartości brutto „Ponad 100 tys. złotych brutto - kwota dot. wyłącznie usług analizy i specyfikowania wymagań na system GIS, dotyczy prac na rzecz jednego projektu jednego Zamawiającego” w okresie od dnia 29 września 2016 do dnia 06 października 2020, przedstawiając referencje Powiatu Opolskiego; OPEGIEKA wnosząc o unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej poinformowała Zamawiającego o wątpliwościach, co do doświadczenia Wykonawcy, jako że usługi realizowane były w oparciu o trzy odrębne umowy i nie stanowiły jednej usługi, dwie pierwsze wykonane zostały przed okresem referencyjnym wymaganym SWZ, a trzecia nie obejmowała usług referencyjnych, oraz ich wartość niższa była od wymaganej SWZ; wobec powyższych wątpliwości Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień na ww. okoliczność; Odwołujący przestał wyjaśnienia; Zamawiający nie uznał wyjaśnień za wystarczające i wskazał, że usługa opisana w wykazie usług nie potwierdza spełnienia warunku udziału dookreślając, że w SWZ, że pod pojęciem „systemu informatycznego GIS” rozumie system do pozyskiwania, przetwarzania i udostępniania danych zawierających informacje przestrzenne oraz towarzyszące im informacje opisowe o obiektach wyróżnionych w części przestrzeni objętej działaniem systemu wobec tego, że usługi opisane jako pierwsza i druga zostały wykonane przed okresem referencyjnym i ich łączna wartość jest niższa niż suma referencyjna a usługa opisana jako trzecia nie obejmuje usług referencyjnych i wezwał Wykonawcę do złożenia nowego wykazu; Odwołujący w odpowiedzi zamiast wykazu ponownie przedłożył wyjaśnienia uzupełniając uzasadnienie objęcia trzema umowami jednej usługi oraz wykonania w ramach trzeciej usługi zakresu usług odpowiadających referencyjnemu; do wyjaśnień nie zostały załączone dowody; Zamawiający ocenił

wyjaśnienia jako niewystarczające i odrzucił odwołanie podtrzymując stanowisko wskazane w wezwaniu do złożenia wykazu; wskazał, że odwołanie nie obejmuje całości kwestii będących podstawą odrzucenia wobec uznania, że nie zostało wykazane wymagane doświadczenie; Zamawiający zaprzeczył jakoby z treści pisma wzywającego do złożenia nowego wykazu miało wynikać uznanie usług realizowanych na podstawie odrębnych umów nr 1, 2, 3 za jedną usługę oraz, że zakresem odwołania nie zostały objęte wskazane jako podstawa faktyczna odrzucenia elementy stanowiska Zamawiającego wskazane poprzez odesłanie do pisma z 28 września 2022 r. w szczególności takie jak nieuznanie za jedną usługę trzech usług objętych wykazem oraz, że dwie z nich zostały zrealizowane ponad trzy lata przed upływem terminu składania ofert; w zakresie zarzutu 3 Zamawiający wskazał, że zbadał doświadczenie wykazane przez Przystępującego w postaci usługi pn. Zarządzanie projektem, rozliczenie finansowe i odbiór projektu „System Informacji Przestrzennej Administracji Morskiej (SIPAM)”, które obejmowało wykonanie analizy i specyfikowanie wymagań dotyczących Systemu Informacji Przestrzennej Administracji Morskiej (w tym między innymi: -

przygotowanie dokumentów, wymaganych i określonych odpowiednimi trybami postępowania, w szczególności elementów SIWZ dotyczących wymagań dla planowanych do realizacji produktów oraz specyfikacji wymagań technicznych, kryterium odbioru produktów oraz odpowiedzi na pytania wykonawców złożonych w postępowaniach przetargowych, o wartości usługi: 514.140,00 zł brutto, w tym wartość wykonania analizy i specyfikowania wymagań dotyczących systemu informacji przestrzennej - SIPAM) powyżej 100.000,00 PLN brutto, wraz z referencjami Dyrektora Generalnego Ministerstwa Infrastruktury z dnia 24 sierpnia 2022 r. oraz ustalił w oparciu o wyjaśnienia Przystępującego, że „realizacja usługi polegającej na wykonaniu analizy i specyfikowania wymagań dot. Systemu informatycznego GIS odbyła się w ramach punktu nr 4b. Przygotowanie dokumentów, wymaganych i określonych odpowiednimi trybami postępowania, w szczególności elementów SIWZ dotyczących wymagań dla planowanych do realizacji produktów, specyfikacji wymagań technicznych, kryteriów odbioru produktów oraz odpowiedzi na pytania Wykonawców złożonych w postępowaniach przetargowych - zgodnie z wymaganiami w Wyciągu ze Studium Wykonalności projektu „System Informacji Przestrzennej Administracji Morskiej”, wskazanej w referencji z dnia 24.08.2022 r. załączonej do wykazu usług. W ramach czynności, które składały się na wykonanie analizy i specyfikowania wymagań dot.

systemu informatycznego GIS w szczególności Przystępujący opracował: dokumentację przetargową SIWZ na potrzeby postępowań przetargowych dot. zaprojektowania, budowy i wdrożenia „Systemu Informacji Przestrzennej Administracji Morskiej (SIPAM) wraz z przetworzeniem i migracją danych” umożliwiającego gromadzenie szeroko rozumianych danych przestrzennych oraz opisowych, ich wyszukiwanie, przetwarzanie, przeglądanie, pobieranie, analizowanie a także uruchomienie usług danych przestrzennych świadczonych drogą elektroniczną, dokumentację techniczną - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (SOPZ) wraz z załącznikami zawierający szczegółowy opis wymagań dot. zaprojektowania, wykonania i wdrożenia systemu SIPAM. W opracowanej dokumentacji technicznej SOPZ w wyniku analizy zostały wyspecyfikowane m.in.: a) 483 - wymagania funkcjonalne b) 210 - wymagań niefunkcjonalnych, dla systemu informatycznego GIS”; usługa referencyjna Przystępującego opiewała na wartość 514.140,00 zł brutto, i to w jej ramach sam przedmiot zamówienia obejmujący analizę i specyfikowanie wymagań dotyczących systemu informatycznego GIS - SIPAM, stanowił wartość powyżej 100.000,00 zł brutto, co potwierdziło wykazanie spełnienia warunku

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez Strony i oparła się na dokumentacji Postępowania, uwzględniając stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba ustaliła, że Zamawiający w Rozdziale III.2 SWZ przewidział warunek udziału w Postępowaniu, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia ubiegać mogli się wykonawcy, którzy wykazali, że wykonali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, co najmniej jedną usługę lub projekt naukowo-badawczy, której przedmiotem była analiza i specyfikowanie wymagań dot. systemu informatycznego GIS, o wartości co najmniej 100 000,00 PLN brutto. Jednocześnie Zamawiający w SWZ wskazał, że pod pojęciem „systemu informatycznego GIS” rozumie system do pozyskiwania, przetwarzania i udostępniania danych zawierających

informacje przestrzenne oraz towarzyszące im informacje opisowe o obiektach wyróżnionych w części przestrzeni objętej działaniem systemu.

Wykonawca w „Oświadczeniu wykaz usług” złożonym w ramach Postępowania wraz z ofertą 30 sierpnia 2022 r. dla wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu wskazał jedną usługę: „Analiza i specyfikowanie wymagań na system GIS w projekcie „e-usługi cyfrowych zasobów geodezyjnych i kartograficznych województwa opolskiego”, w ramach którego stworzono zintegrowany system obejmujący 13 Powiatów Województwa Opolskiego, m.in. Powiat Opolski (lider), Województwo Opolskie oraz Miasto Opole.” (dalej: „e-projekt”) o wartości brutto: „Ponad 100 tys. złotych brutto - kwota dot. wyłącznie usług analizy i specyfikowania wymagań na system GIS, dotyczy prac na rzecz jednego projektu jednego Zamawiającego” i na potwierdzenie jej należytego wykonania załączył referencje, potwierdzające, że realizował na rzecz Powiatu Opolskiego: 1. Usługę wykonanie audytu i studium wykonalności dla wspólnego projektu pn. „e-usługi cyfrowych zasobów

geodezyjnych i kartograficznych województwa opolskiego" zgodnie z umową, 2. Usługę opracowanie projektów SIWZ (specyfikacji istotnych warunków zamówienia) wraz z wymaganymi załącznikami oraz wsparcie Zamawiającego w postępowaniach przetargowych na wyłonienie wykonawcy systemu w projekcie pn. „e-usługi cyfrowych zasobów geodezyjnych i kartograficznych województwa opolskiego” dofinansowaną ze środków Unii Europejskiej w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Opolskiego na lata 2014 - 2020 zgodnie z umową, 3. Usługę w zakresie zarządzania projektem pn. "e-usługi cyfrowych zasobów geodezyjnych i kartograficznych województwa opolskiego" zgodnie z umową.

Przystępujący pismem z dnia 13 września 2022 r. wnosząc o unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu z dnia 06 września 2022 r. i dokonanie ponownej oceny złożonych ofert, poinformował Zamawiającego, że „Z pobieżnej analizy otrzymanych dokumentów (Załącznik nr 8 do SWZ - Oświadczenia -Wykaz Usług i referencja wystawiona przez Starostę Opolskiego) wynika, że CeDiZ nie spełnia wymaganego warunku udziału postawionego w pkt III.2 ppkt. 1.1.1. SWZ przez Zamawiającego”, przedstawiając jednocześnie uzasadnienie, że „faktycznie Spółka zrealizowała trzy odrębne usługi, na podstawie niezależnych umów”, tj:

1. Usługę wykonania audytu i studium wykonalności dla wspólnego projektu pn. „e-usługi cyfrowych zasobów geodezyjnych i kartograficznych województwa opolskiego” zgodnie z umową - Zrealizowała na podstawie umowy z dnia 29.09.2016 r. Wartość

prac wyniosła 43.911,00 zł. Realizację wg umowy zakończono 01.12.2016 r. (dalej „Umowa nr 1)

2. Usługę opracowania projektów SIWZ (specyfikacji istotnych warunków zamówienia) wraz z wymaganymi załącznikami oraz wsparcie zamawiającego w postępowaniach przetargowych na wyłonienie wykonawcy systemu w projekcie pn. „e-usługi cyfrowych zasobów geodezyjnych i kartograficznych województwa opolskiego” dofinansowanego ze środków Unii Europejskiej w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Opolskiego na lata 2014-2020 zgodnie z umową - CeDiZ zrealizowała po dokonaniu wyborze oferty z dnia 9 lipca 2018 r. Wartość prac wyniosła 48.585,00 zł. Realizacja wg umowy trwała 60 dni od daty podpisania (dalej; „Umowa nr 2)

3. Usługę w zakresie zarządzania projektem pn. "e-usługi cyfrowych zasobów geodezyjnych i kartograficznych województwa opolskiego" realizowanej przez Inżyniera Projektu zgodnie z umową - Zrealizowała po dokonaniu wyborze oferty z dnia 5 marca 2019 r. . Wartość prac wyniosła 146.370,00 zł. Realizacja wg umowy do 31.12.2020 r. wg wykazu usług do 6 października 2020 r. (dalej: „Umowa nr 3”) „

oraz, że z referencji nie wynikają wartości zawartych umów i okresy ich realizacji, co zostało wykorzystane przez CeDiZ, która skomasowała dane z umów w jeden zapis do Wykazu Usług tak by potwierdzić zakres prac, wymaganą wartość i by zmieścić się w 3 - letnim okresie realizacji. Warunku zrealizowania jednej usługi lub projektu naukowo-badawczego, której przedmiotem była analiza i specyfikowanie wymagań dot. Systemu informatycznego GIS, o wartości co najmniej 100 000,00 PLN brutto nie potwierdza: usługa wymieniona w pozycji 1. gdyż była wykonana w 2016 roku, jej wartość wynosiła 43.911,00 zł i zakres prac był inny od wymaganego w SWZ. (Usługa potwierdzona w referencji jako usługa pierwsza.), usługa opisana wyżej w pkt. 2 ponieważ została zrealizowana 4 lata przed upływem terminu składania ofert i jej wartość wyniosła jedynie 48.585,00 zł. (Usługa potwierdzona w referencji jako usługa druga, usługa wymieniona w pkt. 3 niniejszego pisma ze względu na zakres prac inny od wymaganego, ponieważ dotyczyła zarządzania projektem „e-usługi cyfrowych zasobów geodezyjnych i kartograficznych województwa opolskiego” na etapie jego realizacji przez wybranego (innego wykonawcę). (Usługa potwierdzona w referencji jako usługa trzecia”).

W związku z powyższym pismem i powzięciem przez Zamawiającego zastrzeżeń, co wykazanego przez Wykonawcę doświadczenia, Zamawiający unieważnił wybór i w

wezwanie z dnia 16 września 2022 r. poinformował Odwołującego o wątpliwościach, co do zapewnienia o zrealizowaniu jednej usługi w okresie od 29 września 2016 r. do 6 października 2020 r. o wartości ponad 100 000. złotych brutto wobec pozyskania informacji, że zakres realizacji usług wskazany w wykazie obejmował faktycznie trzy odrębne usługi (umowy nr 1, 2 oraz 3). W związku z powyższymi wątpliwościami Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia: „1.Czy zakres usług wskazany w załączniku nr 8 do SWZ - „Wykaz usług”, wykonany został w ramach jednego zamówienia (umowy) czy w ramach trzech odrębnych zamówień (umów). 2.W przypadku, gdy właściwe są informacje, że zakres wskazany w wykazie usług ujęty w załączniku nr 8 do SWZ - Wykaz usług, zrealizowany został w ramach trzech odrębnych zamówień (umów) wskazanych powyżej, proszę o

określenie w ramach którego z nich zrealizowano zakres objęty warunkiem udziału w postępowaniu tj. usługę lub projekt naukowo-badawczy, której przedmiotem była analiza i specyfikowanie wymagań dot. Systemu informatycznego GIS, o wartości co najmniej 100 000,00 PLN brutto (słownie: sto tysięcy 00/100). 3. W jakim okresie Wykonawca wykonał zakres prac wymagany w warunkach udziału w postępowaniu tj.: usługę lub projekt naukowo-badawczy, której przedmiotem była analiza i specyfikowanie wymagań dot. Systemu

informatycznego GIS, o wartości co najmniej 100 000,00 PLN brutto (słownie: sto tysięcy 00/100). Zamawiający oczekuje wskazanie dokładnych dat rozpoczęcia i zakończenia tych prac. 4. Jaka jest dokładna wartość prac w zakresie wymaganym w warunkach udziału w postępowaniu tj. usługi lub projektu naukowo-badawczego, której przedmiotem była analiza i specyfikowanie wymagań dot. systemu informatycznego GIS, o wartości co najmniej 100 000,00 PLN brutto (słownie: sto tysięcy 00/100).”

Wykonawca pismem z 21 września 2022 r. przesłał wyjaśnienia, w których argumentował, że trzy usługi wykonane na rzecz Powiatu Opolskiego w trzech odrębnych zamówieniach dotyczyły tego samego projektu i obejmowały de facto jedną kompleksową usługę, na uzasadnienie Wykonawca przytoczył stanowiska orzecznicze. Wskazał w szczególności, że realizował w ramach e-projektu trzy umowy na rzecz zamawiającego Powiatu Opolskiego obejmującego system informatyczny GIS, które dotyczyły różnych etapów realizacji tego samego projektu i mogły zostać zlecone jednemu podmiotowi; wskazał, że umowy zawierane były w odstępach czasu, w ramach odrębnych postępowań; przedmiot zamówień w umowach wyczerpywał cały zakres usług analitycznych, które zostały zlecone przez Powiat Opolski podmiotowi zewnętrznemu; doprecyzował, że zawarł i wykonał na rzecz Powiatu Opolskiego:

1. Usługę wykonania audytu i studium wykonalności dla e-projektu na podstawie umowy z dnia 29 września 2016 r. , gdzie wartość prac analitycznych wyniosła 43.911,00 zł , której realizacja zakończyła się 1 grudnia 2016 (dalej: „umowa nr 1”);

2. Usługę opracowania projektów SIWZ (specyfikacji istotnych warunków zamówienia) wraz z wymaganymi załącznikami oraz wsparcie Zamawiającego w postępowaniach przetargowych na wyłonienie wykonawcy systemu w e-projekcie na podstawie umowy zawartej w wyniku wyborze oferty Wykonawcy z dnia 9 lipca 2018 r. gdzie wartość prac analitycznych wyniosła 48.585,00 zł, której realizacja zakończyła się umowy 60 dni od daty podpisania (dalej „ umowa nr 2”)

3. Usługę w zakresie zarządzania e-projektem na podstawie umowy zawartej przez Inżyniera Projektu w wyniku dokonania wyboru oferty z dnia 5 marca 2019 r. , gdzie wartość prac analitycznych wynosiła więcej niż 10 000 zł a realizacja usług analitycznych zakończyła się 13 sierpnia 2020 r. (dalej: „umowa nr 3).

Poinformował, że nie zgadza się z oceną Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia realizowanego w ramach umowy nr 3 jako niespełniającego warunki udziału w Postępowaniu. Wskazał, że negacja oparta na kodach CPV Zapytania Powiatu Opolskiego, gdzie występują (poza „usługami zarządzania”) jedynie kody dotyczące doradztwa sprzętowego jest chybiona, gdyż sprzęt komputerowy jest integralną składową każdego systemu informatycznego, w tym w szczególności systemu informatycznego GIS, a tym samym prace z tym związane należy uznać za zgodne z warunkiem. Podkreślił, że kody CPV mają znaczenie wyłącznie w zakresie klasyfikacji zamówienia i z podania ich - w szczególności błędnego, czy niewyczerpującego względem przedmiotu prac - nie wynikają, żadne konsekwencje dla stosunku prawnego między stronami, a wnioskowanie o zakresie wykonanych w projekcie prac na bazie kodów CPV jest rozwiązaniem dalece niedoskonałym i w tym przypadku prowadzi do błędnej interpretacji faktycznego zakresu wykonanych przez Wykonawcę prac oraz, że Wykonawca wykonywał szereg zadań nieprzewidzianych opisem przedmiotu zamówienia jako „innych czynności” o których mowa tamże.

Zamawiający nie uznał wyjaśnień za wystarczające o czym poinformował Wykonawcę pismem z dnia 28 września 2022 r. wzywając go jednocześnie do złożenia nowego wykazu usług zgodnego z SWZ. Zamawiający wskazał także, że wykazane przez Wykonawcę, na potwierdzenie powyższego warunku, zadanie polegające na zarządzaniu projektem nie spełnia wymagań Zamawiającego, wobec treści zapytania ofertowego Powiatu Opolskiego z dnia 13 lutego 2019 r. (w tym załączonego studium wykonalności), dotyczącego usługi w zakresie zarządzania projektem pn. „e-usługi cyfrowych zasobów geodezyjnych i kartograficznych województwa opolskiego”, z którego wynika, że zakres prac nim objętych nie obejmował analizy i specyfikowania wymagań dot. systemu informatycznego GIS, a w którego zakresie są prace polegające na zarządzaniu projektem (tj.: Udział jako członek merytoryczny w komisjach przetargowych w ramach udzielanych zamówień; Nadzór i koordynacja realizacji Projektu; Kontrola jakości realizacji Projektu (Zarządzanie ryzykiem. Nadzór i kontrolę procesów projektowania, realizacji i wdrożenia rozwiązań Projektu; Monitoring postępu prac, pomoc w raportowaniu i prowadzeniu rozliczenia projektu oraz

sporządzaniu sprawozdań); Doradztwo techniczne i organizacyjne w tym Wykonywanie na rzecz Zamawiającego czynności związanych z organizacją i sposobem funkcjonowania Projektu: a) Opracowanie dokumentu opisującego procedury monitorowania realizacji Projektu. b) Opracowanie wzorów raportów z postępów prac, z realizacji projektu, protokołu końcowego z realizacji projektu. c) Przedstawienie Zamawiającemu środków zaradczych i podejmowanie w uzgodnieniu z Zamawiającym czynności zaradczych w razie zagrożenia realizacji harmonogramu rzeczowo- finansowego Projektu, d) Przygotowanie korespondencji z wykonawcami Projektu. e) Sprawdzenie, przegląd i opiniowanie opracowywanych przez wykonawców Projektu instrukcji, dokumentacji eksploatacyjnych i poeksploatacyjnych. f) Nadzór nad merytoryczną i terminową instalacją i konfiguracją wdrażanych elementów: systemów informatycznych, sprzętu i oprogramowania oraz e-usług g) Przygotowanie merytorycznej treści odpowiedzi i wyjaśnień udzielanych podczas kontroli. h) Opracowanie procedur i sposobów zapewnienia utrzymania i rozwoju wskaźników produktu i rezultatów i) Nadzór i monitoring wskaźników produktu i rezultatu; Prowadzenie dokumentacji związanej z realizacją Projektu; Prowadzenie odbiorów prac wykonawcy/wykonawców w Projekcie, w tym uczestnictwo w odbiorach oraz sporządzenie protokołów z odbiorów prac; Udział w posiedzeniach Komitetu Sterującego oraz Grupy Roboczej z głosem doradczym. Zarządzanie Projektem w oparciu o metodykę zarządzania projektami Prince2 - zarządzanie jakością, ryzykiem, zmianą, kontrola postępów, wykonywanie czynności związanych z zarządzaniem i wdrożeniem Projektu (monitorowanie przebiegu realizacji, nadzór nad realizacją, przygotowanie planu realizacji Projektu, analizowanie harmonogramu rzeczowo - finansowego i jego aktualizacja, kontrola i nadzór nad działaniami wykonawców; Organizacja spotkań Grupy Roboczej; Uczestniczenie w naradach koordynacyjnych; Zapewnienie obecności specjalistów z zespołu Inżyniera Kontraktu w razie potrzeby; Udział w kontrolach Projektu; Zapewnienie obsługi prawnej w trakcie realizacji Projekt w tym reprezentowanie w przypadku postępowań odwoławczych i sądowych; Wykonywanie w razie potrzeby innych czynności wynikających z zasad prowadzenia projektów”).

Zamawiający wskazał dodatkowo, że podane w zapytaniu ofertowym Powiatu Opolskiego kody CPV: 72100000-6 usługi doradcze w zakresie sprzętu komputerowego, 72600000-6 usługi doradcze i dodatkowe w zakresie sprzętu komputerowego, 79421000-1 Usługi zarządzania projektem inne niż w zakresie robot budowlanych, 79421100-2 Usługi nadzoru nad projektem inne niż w zakresie robot budowlanych, odnoszą się do usług doradczych w zakresie sprzętu komputerowego oraz usług zarządzania projektem, co dodatkowo potwierdza wnioski wynikające z analizy opisanego wyżej zakresu prac objętych zapytaniem ofertowym z umowy nr 3, że zamawiający - Powiat Opolski nie zamierzał i nie zlecał wykonywania analizy i specyfikowania wymagań systemu informatycznego.

Zamawiający wskazał również, że biorąc pod uwagę to, iż łączna wartość pozostałych dwóch usług była niższa niż 100 000,00 PLN brutto, a ich realizacja miała miejsce ponad trzy lata przed upływem terminu składania ofert oraz mając na względzie brzmienie art. 128 ust. 1 Ustawy, zgodnie z którym Zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę do złożenia nowego wykazu, w przypadku gdy złożony wykaz nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu, koniecznym jest wezwanie do złożenia nowego wykazu usług.

W odpowiedzi na wezwanie w dniu 3 października 2022 r. Wykonawca wniósł o niezwłoczne uznanie usługi z wykazu usług jako spełniającej warunek udziału. Do wyjaśnień załączył tabelę przedstawiającą przykładowe zadania wykonane w ramach umowy nr 3 w punktach 1-25 polegające na analizie i specyfikowaniu wymagań dla systemu informatycznego GIS wykonywane w ramach usługi na zarządzanie, do której odnosi się umowa nr 3. Wśród zadań wykazał wiele usług polegających na analizie wymagań w zakresie zasilenia systemu w dane poprzez digitalizację dokumentów, wskazując jednocześnie nr postępowań i nr aneksów do umów, analizie wymagań w zakresie zasilenia systemu w dane poprzez digitalizację dokumentów, utworzenie cyfrowych zbiorów danych przestrzennych, założenie i uzupełnienie baz danych, dotyczące skanowania dokumentów, utworzenia lub uzupełnienia baz danych. Wskazał na nieadekwatność odwoływania się do kodów CPV oraz zakresu zadań określonych Zapytaniem czy umowa nr 3 wobec tego, że usługi referencyjne mogły i były wykonywane w ramach innych obowiązków, których możliwość wykonywania przewidywała umowa nr 3 oraz wskazał na nieuzasadnione zawężenie interpretacji usług referencyjnych jako nie dotyczących usług odnoszących się do sprzętu komputerowego, który jest integralną składową systemu informatycznego GIS.

Wykonawca załączył na dowód zakresu prac objętych umową nr 3 Zapytanie Powiatu Opole - materiał dostępny publicznie:

Zamawiający dokonał ponownej oceny oferty Wykonawcy i odrzucił ją pismem z dnia 2 listopada 2022r. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Ustawy oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Ustawy ponieważ została złożona przez Wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w Postępowaniu oraz Wykonawca nie złożył w przewidzianym terminie

podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnienie warunków udziału w Postępowaniu. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał między innymi, że podtrzymuje swoje stanowisko zawarte w piśmie ZP.255.DPiZP.2619.2.2022 z dnia 28 września 2022r., w którym uzasadnił dlaczego „Oświadczenie - wykaz usług” wraz referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówienia złożone w dniu 30 sierpnia 2022r. nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu a Wykonawca dostał szansę złożenia nowego wykazu i wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu z czego nie skorzystał.

Zamawiający przytoczył treść warunku udziału doprecyzowując, zgodnie z brzmieniem SWZ, że pod pojęciem „systemu informatycznego GIS” rozumie system do pozyskiwania, przetwarzania i udostępniania danych zawierających informacje przestrzenne oraz towarzyszące im informacje opisowe o obiektach wyróżnionych w części przestrzeni objętej działaniem systemu oraz, że Wykonawca w „Oświadczeniu wykaz usług” wskazał jedną usługę o wartości brutto ponad 100 000 zł (gdzie kwota dotyczy wyłącznie usług analizy i specyfikowania wymagań na system GIS i prac na rzecz jednego projektu jednego zamawiającego) na potwierdzenie czego załączył referencje wskazujące że realizował usługę w ramach trzech umów przytaczając ich nazwy. Dalej Zamawiający wskazał, że łączna wartość pierwszych dwóch umów jest niższa niż 100 000,00 zł brutto, a ich realizacja miała miejsce ponad trzy lata przed upływem terminu składania ofert, natomiast trzecia umowa nie potwierdza spełnienia warunku udziału w Postępowaniu. Zamawiający doprecyzował, że wprawdzie Wykonawca informował, że w ramach umowy nr 3 wykonywał również zadania polegające na analizie i specyfikowaniu wymagań dla systemu informatycznego GIS, jednak w wyjaśnieniach z dnia 3 października 2022r. wykazał usługi polegające m.in. na analizie wymagań w zakresie zasilenia systemu w dane poprzez digitalizację dokumentów, utworzenie cyfrowych zbiorów danych przestrzennych, założenie i uzupełnienie baz danych, a w dokumentacji ogłoszonych postępowań (realizowanych przez innych wykonawców), na które powołuje się Wykonawca znajdują się zadania np. dotyczące skanowania dokumentów, utworzenia lub uzupełnienia baz danych, nie ma natomiast wyspecyfikowanych wymagań dla systemu informatycznego GIS. Zamawiający zaznaczył, że „w celu rzetelnego przygotowania dokumentacji do przetargu na zakup i wdrożenie w ARiMR systemu informatycznego Nowy GIS, zamawiający wymaga niebudzących wątpliwości szczególnych warunków, które muszą być spełnione przez Wykonawcę. Biorąc pod uwagę stopień rozbudowy (skomplikowania) środowiska GIS w Agencji, kluczowym było wykazanie przez Wykonawcę wykonanych podobnych usług, których przedmiotem były właśnie analizy i specyfikowanie wymagań dotyczących systemu informatycznego klasy GIS.

Izba ustaliła, że oferty na podstawie których zawarto umowy nr 1, 2, 3 dotyczące realizacji tego samego e-projektu złożone zostały przez Wykonawcę w odrębnych postępowaniach, w których oferty zgodnie z wolą zamawiającego składane mogły być przez różnych wykonawców a usługi analityczne w ramach umowy nr 3 wycenione były na kwotę poniżej 20 000 zł brutto (na co wskazują podane przez Wykonawcę wartości), zaś objęte umowami nr 1 i 2 łącznie nie przekraczały sumy 100 000 zł (43 911 zł plus 48 585 zł, co daje wartość 92 496 zł brutto) i zrealizowane zostały i ukończone w okresie poprzedzającym referencyjny. Izba ustaliła również, że Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Wykonawcy przyjął, za podstawę uznania, że warunek udziału nie został spełniony wobec zakwestionowania całości usług objętych umową nr 3, wskazanych przez Wykonawcę, jako niezgodne z usługami wymaganymi SWZ oraz czas wykonania usług objętych umowami nr 1 i 2 jako poprzedzający okres referencyjny tym samym będący niezgodny z warunkiem udziału w Postępowaniu, podobnie zakwestionował wartość tych umów jako niższą od wymaganej SWZ. W ocenie Izby Zamawiający zakwestionował również realizację obowiązków objętych umowami nr 1, 2 oraz 3 jako realizację jednej usługi, traktując je odrębnie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy, w szczególności nie uwzględniając wniosku Zamawiającego o jego odrzucenie.

Izba stwierdza, że łączenie powstania obowiązku wniesienia odwołania z czynnością wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów podmiotowych, wobec zaszyfrowanej przez

Zamawiającego oceny jego wyjaśnień jako niewystarczających dla wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, jest nieuzasadnione. Słusznym, jest w tym zakresie stanowisko Odwołującego wskazujące na pozbawienie go możliwości ubiegania się o zamówienie dopiero z chwilą czynności odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego wobec niezłożenia nowego wykazu i niewykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu poprzedzonej dokonaniem oceny oferty z uwzględnieniem wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę również w związku z wezwaniem go do przedłożenia wykazu. W ocenie Izby czynnością, z którą Odwołujący prawidłowo powiązał rozpoczęcie biegu terminu do wniesienia odwołania było dopiero powiadomienie go o zaistnieniu podstaw wykluczenia w informacji o odrzuceniu oferty, której uzasadnienie pozwala na ustalenie motywów jej podjęcia, czyli poznanie uzasadnienia prawnego i faktycznego. Tym samym uznać należy, że odwołanie prawidłowo wniesione zostało w terminie 5 dni od dnia otrzymania decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz uzasadnienia faktycznego i prawnego jej podjęcia.

Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika Izba oddaliła odwołanie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b lub pkt. 5 Ustawy w zw. z art. 112 ust. 2 pkt. 2 Ustawy w zw. z art. 116 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 16 Ustawy: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) została złożona przez wykonawcę: (...) b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub gdy jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przepisy te należy wiązać z obowiązkiem zamawiającego określenia warunków udziału w postępowaniu, które mogą dotyczyć uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów w związku z możliwością zamawiającego określenia warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej dotyczących niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia, w związku z obowiązkiem zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający poszanowanie zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Izba ustaliła, że odwołanie opierało się na błędnym założeniu, iż Zamawiający uznał, że realizacja usług objętych umowami nr 1, 2 oraz 3 stanowi jedną usługę zrealizowaną w ramach trzech różnych umów oraz, że treść odrzucenia oferty kształtowana jest wyłącznie pismem Zamawiającego z dnia 2 listopada 2022 r., podczas gdy Zamawiający uzasadniając podstawę odrzucenia oferty Wykonawcy, wyraźnie odwołał się do swojego stanowiska zawartego w piśmie z dnia 28 września 2022 r., przesłanego uprzednio Odwołującemu („Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko zawarte w piśmie ZP.255.DPiZP.2619.2.2022 z dnia 28.09.2022r., w którym uzasadnił dlatego „Oświadczenie - wykaz usług” wraz referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówienia złożone w dniu 30.08.2022r. w ocenie Zamawiającego nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Centrum Doradztwa w Informatyce i Zarządzaniu Sp. z o.o. Wykonawca dostał szansę złożenia nowego wykazu i wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu z czego nie skorzystał.”).

W ocenie Izby zarówno treść pisma z dnia 28 września 2022 r. jak i z 2 listopada 2022 r. informującego o odrzuceniu oferty wskazują na traktowanie umów nr 1, 2 oraz 3 odrębnie, Zamawiający przeprowadził odrębną ich ocenę i wskazał różne przyczyny uznania usług objętych umowami nr 1 i 2 oraz umową nr 3 za niespełniające warunku udziału w Postępowaniu. Zgodnie z uzasadnieniem odrzucenia oferty: „Wg Zamawiającego wykazane przez Wykonawcę na potwierdzenie powyższego warunku, zadanie polegające na zarządzaniu projektem nie spełnia wymagań Zamawiającego. Zamawiający przeanalizował szczegółowo treść zapytania ofertowego oraz załączonego studium wykonalności Powiatu Opolskiego z dnia 13.02.2019r., dotyczącego usługi w zakresie zarządzania projektem pn. „e-usługi cyfrowych zasobów geodezyjnych i kartograficznych województwa opolskiego”, z którego wynika, że poniższy zakres prac nie obejmował analizy i specyfikowania wymagań dot. systemu informatycznego GIS, a w którego zakresie są prace polegające na

zarządzaniu projektem: (...) Ponadto podane w zapytaniu ofertowym kody CPV, tj. (...) odnoszą się do usług doradczych w zakresie sprzętu komputerowego oraz usług zarządzania projektem, co wskazuje, że zamawiający - Powiat Opolski nie zamierzał i nie zlecał wykonywania analizy i specyfikowania wymagań systemu informatycznego. Biorąc pod uwagę to, iż łączna wartość pozostałych dwóch usług jest niższa niż 100 000,00 pln brutto, a ich realizacja miała miejsce ponad trzy lata przed upływem terminu składania ofert, Wykonawca winien złożyć nowy wykaz usług zawierający usługę, o której mowa w rozdz. III. 2. SWZ'. Powyższe stwierdzenie Zamawiającego jasno wskazuje, że traktuje on 3 umowy jako odrębne usługi wykonane przez Odwołującego, jak też wskazuje z jakich powodów każda z nich nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W konsekwencji błędnego założenia Odwołujący nie odnosił się, ani nie kwestionował stanowiska Zamawiającego dotyczącego uznania usług zrealizowanych w ramach umów nr 1 i 2 za wykonane przed upływem 3 lat licząc od upływu terminu na składanie ofert. Nie wykazał również zasadności uznania usług wykonanych w ramach umów nr 1, 2, 3 za jedną usługę zrealizowaną w ramach trzech umów. Odwołanie ograniczone zostało do przedstawienia okoliczności mających na celu wykazanie zgodności usługi objętej umową nr 3 z warunkiem udziału w Postępowaniu, niezgodności z Ustawą rozszerzającej interpretacji warunku udziału w Postępowaniu w kontekście usługi objętej umową nr 3 oraz porównania usług przedstawionych przez Odwołującego i Przystępującego dla wykazania przez nich spełnienia warunku udziału w Postępowaniu celem zobrazowania nierównego traktowania tych podmiotów.

Zgodnie z Ustawą i Rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) (dalej Rozporządzenie w sprawie środków dowodowych) (§ 9 ust. 1 pkt 2, ust. 2 pkt. 1, ust. 4) warunek doświadczenia wymaga wykazania dla usług ich wykonania lub wykonywania w okresie ostatnich 3 lat licząc od dnia upływu terminu składania ofert, chyba że okres prowadzenia działalności przez wykonawcę jest krótszy, wtedy doświadczenie nabyte winno zostać w okresie prowadzenia działalności. Wyjątek przewidziany jest wyłącznie w przypadku udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa - wykaz dostaw lub usług dotyczy okresu ostatnich 5 lat (§ 11 ust. 1 pkt 1 ww. Rozporządzenia).

Ratio legis dla takiego uregulowania stanowi konsekwencję woli ustawodawcy zagwarantowania dopuszczenia do udziału w postępowaniu wyłącznie wykonawców posiadających aktualne doświadczenie, będące efektem wykonania odpowiednich usług w zbliżonych realiach w stosunku do udzielanego zamówienia. Ma to tym bardziej doniosłe znaczenie w odniesieniu do usług dotyczących systemów informatycznych, a więc dziedziny, która rozwija się obecnie szczególnie dynamicznie, co jest okolicznością powszechnie znaną.

Tym samym w związku z ciągłym i dynamicznym rozwojem technologii, doświadczenie zdobyte we wcześniejszym okresie działalności wykonawcy nie zawsze lub niezupełnie jest adekwatne do wymagań formułowanych w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Dopuszczenie doświadczenia uzyskanego wcześniej jest dozwolone wyłącznie wyjątkowo w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu w okresie dłuższym niż ostatnie 3 lata, z czym w Postępowaniu nie mamy do czynienia.

Przyjęcie powyższego założenia konieczności wykazania realizacji usług referencyjnych w przewidzianym na to w SWZ okresie poprzedzającym termin złożenia ofert (tutaj 3 lata) znajduje również oparcie w literalnym brzmieniu Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca Dyrektywę 2004/18/WE z dnia 26 lutego 2014 r. (Dz.Urz.UE.L Nr 94, str. 65), „załącznik nr XII Część II: Zdolność techniczna, zgodnie z którym Środki stanowiące dowód zdolności technicznej wykonawców, o której mowa w art. 58 stanowią a) następujące wykazy: (...) (ii) „wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych nie wcześniej niż w ciągu ostatnich trzech lat, z podaniem kwot, dat wykonania oraz odbiorców publicznych lub prywatnych. W razie potrzeby, w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji, instytucje zamawiające mogą zaznaczyć, iż uwzględniane będą dowody dotyczące odpowiednich dostaw lub usług zrealizowanych bądź wykonanych ponad trzy lata wcześniej”.

Ustawodawca celowo posługuje się zwrotami "wykonanych w okresie" lub "wykonywanych w okresie". Zatem w odniesieniu do wykonanych usług, świadczenie wykonawcy musi się albo w całości mieścić w tym okresie, albo co najmniej w tym okresie powinno być spełnione (zamówienie powinno być wykonane w dacie mieszczącej się w dopuszczalnym okresie). Natomiast w przypadku dostaw lub usług o charakterze

powtarzającym się lub ciągłym świadczenie wykonawcy nadal powinno trwać w tym okresie.

Zatem dla uznania, że określone w wykazie zamówienie mieści się w okresie 3 lat (ewentualnie w okresie prowadzonej działalności), wystarczające jest, aby zakończenie realizacji tego zamówienia nastąpiło w tym okresie (lub - w przypadku dostaw lub usług o charakterze powtarzającym się lub ciągłym - nadal trwało), nawet jeśli rozpoczęcie jego realizacji miało miejsce wcześniej. Innymi słowy, nie jest konieczne, by cały czas wykonywania zamówienia mieścił się w rzeczonym okresie. W wyr. z 11.4.2019 r. (I GSK 2523/18, Legalis) NSA trafnie wskazał, że: "sformułowanie "robót wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat" wprowadza tylko ogranicznik w postaci daty granicznej końca robót, nie wprowadza zaś ogranicznika w odniesieniu do terminu rozpoczęcia robót" oraz że regulacja ta nie dyskryminuje wykonawców, którzy prowadzili duże, długotrwałe inwestycje, rozpoczęte wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat. Zauważenia wymaga również, że dopiero moment zakończenia wykonywania zadania referencyjnego pozwala na ocenę, czy zostało ono w całości należycie wykonane".

Izba uważa, że choć nie jest dozwolone wykluczenie z góry, że doświadczenie niezbędne do wykonania danego zamówienia, zdobyte może zostać przez wykonawcę nie przy jednym, lecz przy dwóch różnych zamówieniach lub większej ich liczbie, to jednak nie zwalnia to zamawiającego z obowiązku weryfikacji terminu realizacji danej usługi. Zwłaszcza w sytuacji, gdy umowy były realizowane w różnych okresach, w pewnych odstępach czasu od siebie i zostały uznane za odrębne usługi. W niniejszym Postępowaniu Zamawiający uznał, że łączna wartość umów nr 1 i 2 jest niższa niż 100 000 zł a ich realizacja miała miejsce przed upływem 3 lat licząc od dnia upływu terminu składania ofert, czemu jednoznacznie dał wyraz w treści odrzucenia oferty a ocena ta nie była kwestionowana odwołaniem i Odwołujący nie wykazał, że termin zakończenia realizacji usług objętych umowami nr 1 i 2 upłynął później. Trzecia umowa nie dotyczyła z kolei usług wymaganych w opisie warunku dodatkowo potraktowana została jako odrębna przez Zamawiającego, co nie zostało skutecznie zakwestionowane w odwołaniu, nie mogła zostać pod względem wartości i czasu wykonania „doliczona” do pierwszych dwóch umów.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”.

W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”, co nie zostało wykazane odwołaniem. W szczególności odwołanie nie odnosiło się do podstawy uznania warunku udziału w Postępowaniu za niespełniony w postaci twierdzenia Zamawiającego o niewykonaniu usług objętych umowami nr 1 i 2 w określonym warunkiem terminie oraz wartości tych usług łącznie jako niższej niż próg referencyjny. Odwołanie nie kwestionowało również założenia Zamawiającego, że usługi objęte umowami nr 1 i 2 oraz 3 stanowiły w istocie nie jedną usługę a trzy odrębne. Powyższe skutkować musi oddaleniem odwołania.

Izba stwierdza również, że pozostałe dwa zarzuty nie zostały wykazane. Zamawiający odnosił się uzasadniając ocenę do warunku udziału w Postępowaniu wyłącznie do zapisu SWZ. Odwołujący nie wskazał na czym polega sprzeczna z Ustawą zawężająca interpretację opisu warunku w przełożeniu na skonkretyzowaną ocenę braku jego wypełnienia przez Wykonawcę. Zarzut w tym zakresie ma charakter ogólnikowy. Wprawdzie rację ma Wykonawca wskazując na szeroki zakres pojęcia usług dotyczących systemu informatycznego GIS, który obejmować może także usługi realizowane na różnych etapach jego tworzenia czy też modernizacji, jednak Wykonawca nie wykazał, że Zamawiający odrzucił jego ofertę wskutek przyjęcia interpretacji tego zapisu jako zrelatywizowanego do usług podobnych jako objętych przedmiotem zamówienia ani wyłącznie w oparciu o tę przyczynę. W szczególności nie wynika to, w ocenie Izby, z uzasadnienia odrzucenia oferty. Treść uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty wskazuje, że przyczyną jest niewykazanie w ramach umowy nr 3 zrealizowania usługi podobnej dotyczącej systemu informatycznego GIS rozumianej właśnie jako usługi dotyczącej systemu do pozyskiwania, przetwarzania i udostępniania danych zawierających informacje przestrzenne oraz towarzyszące im informacje opisowe o obiektach wyróżnionych w części przestrzeni objętej działaniem systemu a więc sposób opisany SWZ. Zgodnie z treścią uzasadnienia decyzji o odrzuceniu, w zakresie umowy nr 3 Odwołujący nie wykazał realizacji usług referencyjnych, lecz usługi dotyczące danych tego systemu lub inne czynności nie dotyczące systemu informatycznego GIS. Zarzut odnoszący się do niezgodnego wyboru oferty Przystępującego zamiast oferty

Wykonawcy, również wobec nierównego traktowania wykonawców, nie ma znaczenia wobec braku interesu Wykonawcy w jego uwzględnieniu a także wobec niewykazania niezgodnego z Ustawą zachowania Zamawiającego, które podważyć mogłoby czynność odrzucenia oferty Odwołującego. Skoro Wykonawca nie wykazał nieprawidłowości w odrzuceniu swojej oferty to zarzut błędnej oceny i wyboru zamiast jego oferty, oferty innego wykonawcy nie może zostać uwzględniony.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący

Członek: