

WYROK

z dnia 31 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2016 r. przez wykonawcę **KRAK-MAN OKSS Sp. z o.o., ul. Przewóz 34, 30-716 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Tauron Dystrybucja S.A., ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **KRAK-MAN OKSS Sp. z o.o., ul. Przewóz 34, 30-716 Kraków** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **KRAK-MAN OKSS Sp. z o.o., ul. Przewóz 34, 30-716 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **KRAK-MAN OKSS Sp. z o.o., ul. Przewóz 34, 30-716 Kraków** na rzecz **Tauron Dystrybucja S.A., ul. Jasnogórska 11, 31-358 Kraków** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

KIO 398/16 1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

KIO 398/16 2

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr 2016/TD-CN/TD-CN/00705/L, prowadzonym przez Tauron Dystrybucja S.A. z Krakowa (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego na usługi o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) [dalej „ustawa Pzp] pod nazwą „Wykonanie obrazu linii WN i SN i zdigitalizowanego modelu przestrzennego, ortofotomapy oraz analityka pozyskanych danych na podstawie oblotów z helikoptera w roku 2016 i 2017 dla TAURON Dystrybucja S.A.” wykonawca KRAK-MAN OKSS Sp. z o. o. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na sformułowaniu treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), naruszając:

1. art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia i utożsamianie tego elementu SIWZ z jego innym elementem, tj. wzorem umowy (art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp), co w konsekwencji powoduje, iż opis przedmiotu zamówienia nie spełnia warunków określonych w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp

- i nie jest jednoznaczny i wyczerpujący,
2. art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu oraz zasady uczciwej konkurencji, poprzez wprowadzenie wymogu wykonania przedmiotu zamówienia, tj. obrazu linii WN i SN na podstawie oblotów z helikoptera wyposażonego w silnik turbinowy z załogą i odpowiednim wyposażeniem technicznym opisanym w pkt 1.3. załącznika nr 1 do Umowy – Przedmiot Umowy, który jest sformułowany w sposób nieobiektywny, utrudniający uczciwą konkurencję, nieodpowiadający rzeczywistym potrzebom zamawiającego i uniemożliwiający złożenie oferty odwołującemu, która nie podlegałaby odrzuceniu, oraz co skutkować będzie pozornością postępowania,
 3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 5 i 353 (1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp, poprzez sporządzenie niezgodnego z powołanymi przepisami wzoru Umowy naruszającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także sprzecznego ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa i zasadami współżycia społecznego, a to przez zamieszczenie wymogu wykonania przedmiotu zamówienia, tj. obrazu linii WN i SN na podstawie oblotów z helikoptera wyposażonego w silnik turbinowy z załogą i odpowiednim wyposażeniem technicznym opisanym w pkt 1.3. załącznika nr 1 do Umowy – Przedmiot Umowy,
 4. art. 22 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez
- KIO 398/16 3
-

wprowadzenie wymogu wykazania się przez wykonawców realizacją: a) co najmniej 1 zadania, polegającego na wykonaniu karty oględzin linii napowietrznych WN 110kV na podstawie materiału zdjęciowego pozyskanego przez śmigłowiec dla 800 km b) co najmniej 1 zadania, polegającego na wykonaniu karty oględzin linii napowietrznych 15kV na podstawie materiału zdjęciowego pozyskanego przez śmigłowiec dla 1000 km, który to opis narusza zasadę proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu oraz zasadę równego traktowania wykonawców i który to wymóg nie musi być spełniony gdyż nie jest także obiektywnie wymagany jako element opisu przedmiotu zamówienia,

5. art. 23 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie w treści SIWZ wymogu jednoznacznego wskazania osoby pełniącej funkcję pełnomocnika (pkt 3.4.3, SIWZ) w sytuacji, gdy przepisy ustawy Pzp nie przyznają zamawiającemu takiego uprawnienia i z którego zamawiający korzysta w sposób nieuprawniony, gdyż zgodnie z przepisami pełnomocnictwo może być udzielone jednemu z wykonawców,
6. art. 23 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie w treści SIWZ wymogu zawarcia w umowie konsorcjum zapisów wymienionych przez zamawiającego w pkt 3.4.6. SIWZ (*Umowa zawarta z wykonawcami ubiegającymi się wspólnie o zamówienie będzie zawierać zapis wskazujący, któryż wykonawców będzie wystawiał faktury z tytułu realizacji umowy*) w sytuacji, gdy przepisy ustawy Pzp przyznają zamawiającemu jedynie prawo wglądu w umowę konsorcjalną, a nie uprawnienie do kształtowania jej treści, z którego zamawiający korzysta w sposób nieuprawniony,
7. art. 82 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie w treści SIWZ wymogu dołączenia do oferty egzemplarza oferty na nośniku elektronicznym (pkt 4.2.2.8. SIWZ) w sytuacji, gdy przepisy ustawy Pzp przewidują formę, iż wykonawca może złożyć jedną ofertę w formie pisemnej pod rygorem nieważności albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu,
8. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie do SIWZ niezrozumiałych parametrów określonych jako PL3 (załącznik nr 9 do Umowy pkt 13), co uniemożliwia przygotowanie oferty przez odwołującego, poprzez oszacowanie pracochłonności prac i kosztów zaimplementowania danych do aplikacji formatu PL3,
9. innych przepisów wskazanych lub wynikających z treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący zażądał uwzględnienia odwołania oraz nakazania zamawiającemu:

1. sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i w konsekwencji zmodyfikowanie SIWZ, poprzez

odpowiednie odniesienia do szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia a nie wzoru umowy,

2. zmiany nazwy postępowania użytego w SIWZ i wszystkich załącznikach do SIWZ przez wykreślenie słów „na podstawie oblotów z helikoptera”,
3. zmiany pkt 1.3. załącznika nr 1 do umowy „Przedmiot umowy” w zakresie definicji statku powietrznego w następujący sposób: „Zapewnienie realizacji usługi przy użyciu dowolnej platformy lotniczej w tym m.in. helikoptera, drona lub wiatrakowca (zwanego dalej statkiem powietrznym)”,
4. zmiany pkt 3.1.1.2. a i b SIWZ w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz 3.2.1.1.1. w zakresie dokumentów lub oświadczeń jakie mają dostarczyć wykonawcy w następujący sposób:
 - a) co najmniej 1 zadania polegającego na wykonaniu karty oględzin linii napowietrznych WN 110kV na podstawie materiału zdjęciowego pozyskanego przy użyciu dowolnej platformy lotniczej w tym m.in. helikoptera, drona lub wiatrakowca dla 800 km,
 - b) co najmniej 1 zadania polegającego na wykonaniu karty oględzin linii napowietrznych 15kV na podstawie materiału zdjęciowego pozyskanego przy użyciu dowolnej platformy lotniczej w tym m.in. helikoptera, drona lub wiatrakowca, dla 1000 km,
5. wykreślenia pkt 3.4.3.3., pkt 3.4.6. oraz pkt 4.2.2.8. SIWZ,
6. zmiany załącznika nr 9 do Umowy pkt 13, poprzez uzupełnienie opisu zaimplementowania do aplikacji formatu PL3 o:

- precyzyjny opis struktury formatu,
- opis danych zawartych w tym formacie w sposób jawny umożliwiający odczyt wprost,
- jeżeli zbiór danych jest zakodowany proszę dostarczyć informacje w jaki sposób należy go odszyfrować,
- jeżeli format jest formatem binarny proszę o dokładne określenie jakie informacje zostały zapisane na poszczególnych bajtach podając typy programistyczne oraz wartości przesunięć o ilość bajtów dla kolejnych informacji zawartych w zbiorze danych,
- w celu wyeliminowania nieścisłości prosimy o dołączenie próbki danych co umożliwi sprawdzenie jeszcze przed złożeniem oferty przez potencjalnego wykonawcę.

Odwołujący wniósł także o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący wskazał, że istotnym dla prawidłowego udzielania zamówień publicznych jest opracowanie precyzyjnego i jasnego opisu przedmiotu zamówienia, zaś obowiązkiem zamawiającego jest takie przygotowanie merytorycznej części postępowania, aby nie budziła KIO 398/16 5

żadnych wątpliwości. Zwrócił uwagę, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, będących wynikiem błędów lub braku wymaganej staranności przy sporządzaniu dokumentacji postępowania przez zamawiającego, w tym w szczególności przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia.

Podał, że zgodnie z pkt 2.1.2. SIWZ „Szczegółowy opis Przedmiotu Zamówienia” został określony we wzorze Umowy – załącznik nr 1 do umowy „Przedmiot Umowy”.

Wskazał także, że zgodnie z art. 36 ust. 1 ustawy Pzp specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej:

3) opis przedmiotu zamówienia;

16) istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach.

Na tej podstawie odwołujący podniósł, że opis przedmiotu zamówienia stanowi odrębną część SIWZ, w której zamawiający maksymalnie dokładnie i szczegółowo opisuje produkt finalny, jaki zamierza otrzymać w wyniku prowadzonej procedury udzielenia zamówienia – opis winien odpowiadać przepisom art. 29-31 ustawy Pzp.

Dodał, że nie można utożsamiać tych dwóch odrębnych części SIWZ, które muszą stanowić poszczególne elementy prawidłowo skonstruowanej specyfikacji i podkreślił, iż zawarcie umowy jest etapem wieńczącym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a co za tym idzie nie może być częścią tego etapu postępowania, który dopiero

zmierza do wyboru wykonawcy. Przy formułowaniu treści umowy należy pamiętać – kontynuował odwołujący – że zakres świadczenia wykonawcy musi być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w złożonej ofercie, która z kolei musi być zgodna z SIWZ, a co za tym idzie wymóg zgodności oferty z umową jest nie tylko niezgodny z art. 36, ale także nielogiczny.

Stwierdził, że postępowanie w trybie przetargu nieograniczonym składa się z kilku podstawowych etapów i nie można dowolnie mieszać funkcji, który każdy z nich pełni.

Podniósł, że zapisy SIWZ są nieprecyzyjne, gdyż z jednej strony zamawiający twierdzi, iż szczegółowy opis przedmiotu umowy został określony we wzorze umowy (który w § 1 zawiera rozdział Przedmiot umowy), z drugiej strony pod tym pojęciem rozumie załącznik nr 1 do umowy, który także nosi nazwę Przedmiot umowy, a nadto w SIWZ istnieje Rozdział 5 Umowa.

Stwierdził, że czym innym jest przedmiot umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego, a czym innym opis przedmiotu zamówienia stanowiący podstawę do złożenia oferty i wyboru wykonawcy, z którym taka umowa dopiero zostanie zawarta.

KIO 398/16 6

Podsumował, że SIWZ nie zawiera obligatoryjnego elementu, o którym mowa w art. 36 ust. 1 pkt 3, tj. opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że wymagania określone w SIWZ nie wynikają ze zobiektywizowanych potrzeb zamawiającego, wymogi są wygórowane i utrudniają lub wręcz uniemożliwiają dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, zgodnie z rzeczywistymi potrzebami zamawiającego.

Podał, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie obrazu linii WN i SN zamawiającego i zdigitalizowanego modelu przestrzennego, ortofotomapy oraz analiza pozyskanych danych.

W ocenie odwołującego wymaganie, aby wykonanie obrazu linii WN i SN nastąpiło na podstawie oblotów z helikoptera nie jest w żaden sposób podyktowane potrzebami zamawiającego, ponieważ taki obraz może zostać pozyskany także poprzez wykonanie oblotów z drona czy wiatrakowca.

Wskazał, że w załączniku nr 1 do Umowy – Przedmiot Umowy zamawiający wymaga, aby zdjęcia zostały wykonane za pomocą kamer cyfrowych zamontowanych na statku powietrznym (pkt 1.1.) rozumianym jako helikopter wyposażony w silnik turbinowy z załogą i odpowiednim wyposażeniem technicznym (pkt 1.3.).

Uzupełnił, że w wyjaśnieniach z dnia 14 marca 2016 r. zamawiający wskazał, iż nie przewiduje wykorzystania innego statku powietrznego niż helikopter.

Odwołujący stwierdził, że aby spełnić wymagania zamawiającego polegające na wykonaniu materiału zdjęciowego o parametrach zgodnych z SIWZ nie jest niezbędne użycie helikoptera wyposażonego w silnik turbinowy z załogą i odpowiednim wyposażeniem technicznym szczegółowo opisanym w pkt 1.3. załącznika nr do Umowy. Stanął na stanowisku, że narzucenie platformy lotniczej w postaci helikoptera z pominięciem opcjonalnych statków powietrznych, które w sposób prawidłowy mogą pozyskać dane będące przedmiotem zamówienia narusza powołane przepisy ustawy Pzp. Podał, że przykładami takich statków powietrznego mogą być wiatrakowce czy drony, których parametry technologiczne pozwalają na prawidłowe pozyskanie danych. Nadto, stwierdził, wykonawca może użyć również metod kombinowanych złożonych z różnych platform latających w celu pozyskania danych pomiarowych.

Podsumował, że w związku z tym, iż zamawiający dopuszcza jedynie helikopter jako platformę nośną systemu pozyskiwania danych, w sposób nieuzasadniony utrudnia lub wręcz uniemożliwia dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, zgodnie z rzeczywistymi potrzebami zamawiającego, przy użyciu innych platform latających.

Podkreślił, że brak przestrzegania zasady równego traktowania wykonawców może

KIO 398/16 7

ograniczyć liczbę ofert, którą złożyć mogą potencjalni wykonawcy, co jest niekorzystne dla zamawiającego, który ograniczając konkurencję zmniejsza swoje szanse na optymalizację

wykorzystania środków budżetowych na realizację przedmiotu zamówienia, czym narusza art. 44 ustawy o finansach publicznych.

Odwołujący podniósł, że zapisy pkt 3.1.1.2. a i b SIWZ w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz pkt 3.2.1.1.1. SIWZ w zakresie dokumentów lub oświadczeń, jakie mają dostarczyć wykonawcy są nieadekwatne do postępowania.

Stwierdził, że aby wykonać przedmiot zamówienia nie jest niezbędne użycie helikoptera (śmigłowca), a co za tym idzie opis warunków udziału w postępowaniu, poprzez wprowadzenie wymogu posiadania doświadczenia w zakresie pozyskania materiału zdjęciowego przez śmigłowca (i w konsekwencji opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków) jest nieproporcjonalny do zamówienia. Podniósł, że nie pozostają one w związku z przedmiotem zamówienia, gdyż do jego wykonania nie jest niezbędne pozyskiwanie zdjęć tylko i wyłącznie śmigłowcem (helikopterem); taki materiał zdjęciowy można pozyskać także wykorzystując drona czy wiatrakowca.

Stwierdził, że postawione przez zamawiającego wymogi są nadmierne i niezwiązane z przedmiotem zamówienia oraz nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a także nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego, przez co zamawiający ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji, którzy dysponują innymi platformami lotniczymi niż helikopter (śmigłowca).

Odwołujący wskazał, że pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia może być jeden z wykonawców (lider konsorcjum), w związku z czym nieuprawnione jest żądanie zamawiającego do jednoznacznego wskazania osoby pełniącej funkcję pełnomocnika (pkt 3.4.3. SIWZ), tym bardziej, że dopuszczalne jest sukcesywne udzielanie pełnomocnictw do poszczególnych etapów postępowania.

Odwołujący stwierdził, że wykonawcy składający ofertę wspólną w ramach tzw. konsorcjum mogą swobodnie kształtować treść stosunku prawnego łączącego ich w przedmiocie realizacji celu w jakim umowa została zawarta oraz, że wynikający z przepisów prawa cywilnego charakter umowy konsorcjum uniemożliwia jej uznanie za dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Wskazał, że zgodnie z przepisem art. 23 ust. 4 ustawy Pzp umowa konsorcjum może zostać przedłożona, na żądanie zamawiającego, dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej (oferty konsorcjum), przed podpisaniem umowy, w związku z czym sformułowanie przez zamawiającego w pkt 3.4.6. SIWZ wymogów dotyczących umowy konsorcjum stanowi naruszenie wymienionych przepisów ustawy Pzp.

KIO 398/16 8

Odwołujący podał, że zgodnie z art. 82 ustawy Pzp ofertę składa się w formie pisemnej, wobec czego nie ma innej treści oferty niż ta wyrażona na piśmie w samej ofercie, określająca i opiniująca kształt zobowiązania, które wykonawca chce zaciągnąć (chyba, że za zgodą zamawiającego oferta może zostać złożona w postaci elektronicznej, opatrzona bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu – co w niniejszej sprawie nie ma miejsca).

Na tej podstawie stwierdził, że wymóg dołączenia do oferty egzemplarza oferty na nośniku elektronicznym (pkt 4.2.2.8. SIWZ) stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że w punkcie 13 załącznika nr 9 do SIWZ – Opis szczegółowy oferowanego systemu informatycznego, zamawiający wymaga, aby dostarczona aplikacja, będąca częścią systemu informatycznego, umożliwiała pracę z danymi z oblotów, posiadanymi przez zamawiającego, w tym plikami ze skanera UDAR w formacie PL3.

Podniósł, że w treści SIWZ zamawiający nie zapewnia koniecznych informacji technicznych dotyczących zaimplementowania, podczas gdy do prawidłowego sporządzenia oferty konieczna jest ocena kosztów zaimplementowania do aplikacji formatu PL3, który nie jest formatem otwartym, w związku z czym zamawiający, nie przedstawiając opisu tego formatu, naraża potencjalnych wykonawców na koszty pozyskania informacji na temat tego formatu.

Zwrócił uwagę, że mogło by się okazać, iż format ten jest formatem zamkniętym, a co za tym idzie spełnienie tego zapisu mogło by nie zostać spełnione przez określonego wykonawcę, co jest niezgodne z prawem zamówień publicznych, ponieważ w sposób niejawni zawęży zakres potencjalnych wykonawców.

Podniósł, że w przypadku pozyskania zamówienia brak możliwości zintegrowania oprogramowania z określonym formatem (PL3) może prowadzić do rozwiązania umowy z wykonawcą, co może go narazić na utratę wadium i wprowadzenie wykonawcy w błąd.

W ocenie odwołującego zaniechanie opisanie takiego formatu w SIWZ narusza zasadę, która definiuje iż w sposób jasny i klarowny powinien zostać sporządzony opis przedmiotu zamówienia.

Podsumował, że opis przedmiotu zamówienia nie został przez zamawiającego opisany w sposób wyczerpujący, ponieważ uniemożliwia on uwzględnienie wszystkich okoliczności koniecznych do przygotowania oferty, a w konsekwencji wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, co stanowi naruszenie art. 23 ust. 1 ustawy Pzp.

KIO 398/16 9

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 24 marca 2016 r., Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 30 marca 2016 r., a także stanowisk stron, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Na rozprawie odwołujący oświadczył, że cofa zarzuty wskazane w złożonym odwołaniu w pkt II ppkt 2, 3, 4, 7 oraz 9 odwołania, tj.:

ppkt 2 – naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie wymogu wykonania przedmiotu zamówienia, tj. obrazu linii WN i SN na podstawie oblotów z helikoptera wyposażonego w silnik turbinowy z załogą i odpowiednim wyposażeniem technicznym opisanym w pkt 1.3. załącznika nr 1 do Umowy – Przedmiot Umowy, który jest sformułowany w sposób nieobiektywny, utrudniający uczciwą konkurencję, nieodpowiadający rzeczywistym potrzebom zamawiającego i uniemożliwiający złożenie oferty odwołującemu, która nie podlegałaby odrzuceniu, oraz co skutkować będzie pozornością postępowania,

ppkt 3 – naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 5 i 353 (1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp, poprzez sporządzenie niezgodnego z powołanymi przepisami wzoru Umowy naruszającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także sprzecznego ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa i zasadami współżycia społecznego, a to przez zamieszczenie wymogu wykonania przedmiotu zamówienia, tj. obrazu linii WN i SN na podstawie oblotów z helikoptera wyposażonego w silnik turbinowy z załogą i odpowiednim wyposażeniem technicznym opisanym w pkt 1.3. załącznika nr 1 do Umowy – Przedmiot Umowy,

ppkt 4 – naruszenia art. 22 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, poprzez wprowadzenie wymogu wykazania się przez wykonawców realizacją: a) co najmniej 1 zadania, polegającego na wykonaniu karty oględzin linii napowietrznych WN 110kV na podstawie materiału zdjęciowego pozyskanego przez śmigłowiec dla 800 km b) co najmniej 1 zadania, polegającego na wykonaniu karty oględzin linii napowietrznych 15kV na podstawie materiału zdjęciowego pozyskanego przez śmigłowiec dla 1000 km, który to opis narusza zasadę proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu oraz zasadę równego traktowania wykonawców i który to wymóg nie musi być spełniony, gdyż nie jest także obiektywnie wymagany jako element opisu przedmiotu zamówienia,

ppkt 7 – naruszenia art. 82 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie w treści SIWZ wymogu dołączenia do oferty egzemplarza oferty na nośniku elektronicznym (pkt 4.2.2.8. SIWZ) w sytuacji, gdy przepisy ustawy Pzp przewidują formę, iż wykonawca może złożyć

KIO 398/16 10

jedną ofertę w formie pisemnej pod rygorem nieważności albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu,

ppkt 9 – naruszenia innych przepisów wskazanych lub wynikających z treści uzasadnienia odwołania, wobec czego skład orzekający Izby pozostawił je bez rozpoznania.

Zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 3, poprzez zaniechanie sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia i utożsamianie tego elementu SIWZ z jego innym elementem, tj. wzorem umowy (art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp), co w konsekwencji powoduje, iż opis przedmiotu zamówienia nie spełnia warunków określonych w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp i nie jest jednoznaczny i wyczerpujący nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z Rozdziałem 2 *Przedmiot Zamówienia* pkt 2.1. *Opis Przedmiotu Zamówienia* ppkt 2.1.2.: „Szczegółowy opis Przedmiotu Zamówienia został określony we wzorze Umowy – załącznik nr 1 do umowy „Przedmiot Umowy”.

Zgodnie z Rozdziałem 5 *Umowa* pkt 5.2.: „Istotne dla stron postanowienia, wprowadzono do treści Umowy która stanowi załącznik nr 10 do SIWZ”. Załącznikiem nr 1 do Umowy jest „Przedmiot umowy”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zarzut odwołującego sprowadza się do tego, że zamawiający zaniechał opisanie przedmiotu zamówienia, wbrew ciążącemu nań obowiązkowi wskazanemu w art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ zawarł opis przedmiotu zamówienia nie odrębnie w SIWZ, ale jako część wzoru umowy (jej załącznik), co wedle odwołującego powoduje, że opis przedmiotu zamówienia nie odpowiada wymogom z art. 29 ust.1 ustawy Pzp, w szczególności opis ten nie jest jednoznaczny i nie jest wyczerpujący.

Zarzut jest niezasadny, ponieważ w ppkt. 2.1.2. SIWZ zamawiający jednoznacznie wskazał, że opis przedmiotu zamówienia znajduje się w załączniku nr 1 do umowy i rzeczywiście załącznik taki stanowi część opracowanej przez zamawiającego SIWZ.

Nie można wobec tego twierdzić, że odwołujący nie może, na podstawie treści SIWZ poznać oczekiwań zamawiającego co do przedmiotu zamówienia – odwołujący, chcąc złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego winien sięgnąć do załącznika nr 1 do umowy.

Skład orzekający podziela argumentację zamawiającego co do tego, iż przepis art. 36 ustawy Pzp nie narzuca sposobu redagowania SIWZ (ujmowania w odrębnych częściach, czy KIO 398/16 11

rozdziałach SIWZ poszczególnych elementów SIWZ), a jedynie wskazuje te niezbędne, minimalne jej elementy.

W ocenie składu orzekającego Izby nie można twierdzić, że opis przedmiotu zamówienia nie odpowiada wymogom z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, nie formułując jednocześnie żadnych zarzutów co do opracowanego przez zamawiającego, a zawartego w treści SIWZ (załącznik nr 1 do umowy) opisu.

Ujęcie opisu przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1 do umowy traktować należy wyłącznie w kategoriach techniki sporządzania przez zamawiającego SIWZ, nie wpływając w żaden sposób na merytoryczny wymiar tego załącznika.

Dodatkowo skład orzekający Izby zwraca uwagę, że podnoszona przez odwołującego rozbieżność pomiędzy treścią załącznika nr 9 do SIWZ a treścią załącznika nr 1 do umowy, stanowiącej załącznik nr 10 do SIWZ nie została objęta odwołaniem toteż zarzut taki, jako wykraczający poza odwołanie, nie może zostać poddany rozstrzygnięciu Izby (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 23 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie w treści SIWZ wymogu jednoznacznego wskazania osoby pełniącej funkcję pełnomocnika (pkt 3.4.3. SIWZ) w sytuacji, gdy przepisy ustawy Pzp nie przyznają zamawiającemu takiego uprawnienia i z którego zamawiający korzysta w sposób nieuprawniony, gdyż zgodnie z przepisami pełnomocnictwo może być udzielone jednemu z wykonawców nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z Rozdziałem 3 *Warunki udziału Wykonawców w Postępowaniu* pkt 3.4. *Informacje dla Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia* ppkt 3.4.3.: „Pełnomocnictwo do reprezentowania Wykonawców w Postępowaniu albo pełnomocnictwo do reprezentowania w Postępowaniu i zawarcia Umowy powinno jednoznacznie wskazywać: 3.4.3.1. *Jakiego Postępowania dotyczy;*

3.4.3.2. *Jakie podmioty występują wspólnie;*

3.4.3.3. *Osobę pełniącą funkcję pełnomocnika;*

3434 *Jakie czynności w Postępowaniu ma prawo wykonywać pełnomocnik”.*

Zgodnie zaś z Rozdziałem 1 *Informacje ogólne* pkt 1.6. *Definicje* na potrzeby SIWZ przyjmuje się, że wykonawca to: „osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła Umowę”.

KIO 398/16 12

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący twierdził, że skoro pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia może być jeden z wykonawców, oznaczony tradycyjnie jako lider konsorcjum, to żądanie zamawiającego, aby pełnomocnikiem była jednoznacznie wskazana osoba jest nieuprawnione, przy czym na rozprawie odwołujący wyjaśnił, że pod pojęciem osoby rozumie osobę fizyczną.

Skład orzekający nie podzielił stanowiska odwołującego, ponieważ zgodnie z zacytowaną definicją wykonawcy, zawartą w Rozdziale 1 SIWZ, wykonawcą jest zarówno osoba fizyczna, osoba prawna, jak i tzw. ułomna osoba prawna (jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej) wobec czego uznać należy, że zamawiający nie ograniczył możliwości ustanowienia pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wyłącznie osoby fizycznej.

Odnosząc się do eksponowanego przez odwołującego argumentu, iż wykonawcy występujący wspólnie mogą chcieć umocować, na różnych etapach postępowania, różne osoby, skład orzekający Izby wskazuje, że kwestionowane przez odwołującego postanowienie SIWZ (ppkt 3.4.3.) pozostawia wykonawcom decyzję co do tego, czy pełnomocnik ma występować w imieniu wszystkich występujących wspólnie wykonawców zarówno na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czy ma także zawrzeć w ich imieniu umowę, nie regulując zupełnie etapu po zawarciu umowy, tj. etapu realizacji zamówienia.

Oznacza to, że obawa odwołującego, wobec dynamicznych sytuacji, jakie mogą się zdarzyć na etapie realizacji umowy, że nie będzie mógł (jego konsorcjum) – uzyskując zamówienie – ustanowić pełnomocnikiem inną osobę niż ta, która była pełnomocnikiem na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, nie znajduje źródła w treści ppkt 3.4.3. SIWZ.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 23 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie w treści SIWZ wymogu zawarcia w umowie konsorcjum zapisów wymienionych przez zamawiającego w pkt 3.4.6. SIWZ w sytuacji, gdy przepisy ustawy Pzp przyznają zamawiającemu jedynie prawo wglądu w umowę konsorcjalną, a nie uprawnienie do kształtowania jej treści, z którego zamawiający korzysta w sposób nieuprawniony nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z Rozdziałem 3 *Warunki udziału Wykonawców w Postępowaniu* pkt 3.4. *Informacje dla Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia* ppkt 3.4.6.: „Umowa zawarta z Wykonawcami ubiegającymi się wspólnie o zamówienie będzie zawierać KIO 398/16 13

zapis wskazujący, który z Wykonawców będzie wystawiał faktury z tytułu realizacji Umowy”

Zgodnie zaś z § 4 *Wynagrodzenie, zasady rozliczenia i płatności* ust. 12 wzoru umowy: „*Faktury VAT w imieniu Wykonawców wchodzących w skład konsorcjum będzie wystawiał wyłącznie Lider Konsorcjum*”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W § 4 ust. 12 wzoru umowy zamawiający przesądził, że wystawcą faktur VAT w przypadku zawarcia umowy z wykonawcami występującymi wspólnie będzie lider tych wykonawców (lider konsorcjum). Tego postanowienia SIWZ odwołujący nie kwestionował, wobec czego przyjęć należy, że wymóg ten nie stanowi dla odwołującego przeszkody czy utrudnienia w złożeniu oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia,

i w konsekwencji ujęciu tego wymogu w regulującej wzajemne prawa i obowiązku umowie konsorcjum przypisać należy jedynie charakter techniczny.

Przypomnienia wymaga, że przepis art. 23 ust. 4 ustawy Pzp, którego naruszenie zarzucił odwołujący zamawiającemu stanowi, że jeżeli oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia została wybrana, to zamawiający może, przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, żądać umowy regulującej współpracę tych wykonawców.

Skoro odwołujący nie kwestionował postanowienia, zgodnie z którym wystawcą faktur VAT w przypadku zawarcia umowy z wykonawcami występującymi wspólnie będzie lider tych wykonawców (lider konsorcjum), to uznać także należy, że przyjął wskazany wymóg zamawiającego, wobec czego kwestionowanie jasno wskazanego w art. 23 ust. 4 ustawy Pzp prawa zamawiającego do wglądu w taką umowę jest nieuzasadnione.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie do SIWZ niezrozumiałych parametrów określonych jako PL3 (załącznik nr 9 do Umowy pkt 13), co uniemożliwia przygotowanie oferty przez odwołującego, poprzez oszacowanie pracochłonności prac i kosztów zaimplementowania danych do aplikacji formatu PL3 potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z Załącznikiem nr 9 do SIWZ pkt 13: „Dostarczana aplikacja (...) musi umożliwiać pracę z danymi z oblotów posiadanych przez Tauron Dystrybucja SA. W tym celu Zamawiający umożliwi dostęp do następujących danych: (...) Pliki ze skanera LIDAR w formacie PL3 (...)”.

W dniu 30 marca 2016 r. zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ, w tym zmienił KIO 398/16 14

postanowienie w Załączniku nr 9 pkt 13 w ten sposób, iż postanowieniu: „Pliki ze skanera LIDAR w formacie PL3” nadał nowe brzmienie, tj. „Pliki ze skanera LIDAR w formacie TXT lub PL3”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie zapewnił koniecznych informacji technicznych dotyczących zaimplementowania do aplikacji formatu PL3, co naraża potencjalnych wykonawców (w tym odwołującego) na koszty pozyskania informacji na temat tego formatu (str. 10, ostatni akapit).

Zamawiający nie kwestionował, że format PL3 jest formatem zamkniętym, nie twierdził także, że w postanowieniach SIWZ zawarł jakiegokolwiek informacje dotycząc formaty PL3.

Skoro koniecznym do zaimplementowania historycznych danych zamawiającego jest wykorzystanie zamkniętego pliku PL3, to jest to jeden z niezbędnych elementów opisu przedmiotu zamówienia, który winien zostać przez zamawiającego ujęty w ramach SIWZ w sposób odpowiadający wymogom z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Zaniechanie tego obowiązku przez zamawiającego (brak wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia) stanowi naruszenie wskazanego przepisu.

Istotą podniesionego przez odwołującego zarzutu było narażenie go, wobec zamkniętego charakteru formatu PL3, na poniesienie kosztów pozyskania danych na temat tego PL3 („W związku z tym, że do prawidłowego sporządzenia oferty konieczna jest ocena kosztów zaimplementowania do aplikacji formatu PL3, który nie jest formatem otwartym (...) Zamawiający nie przedstawiając opisu tego formatu naraża potencjalnych Wykonawców na koszty pozyskania informacji na temat tego formatu” – str. 10 odwołania, trzeci akapit).

Zamawiający, modyfikując treść SIWZ w dniu 30 marca 2016 r., dopuścił, obok formatu PL3, nowy format, tj. TXT, będący – co nie było kwestionowane – formatem otwartym.

Wobec powyższego uznać należało, że obawa odwołującego co do konieczności poniesienia kosztów jest obecnie nieuzasadniona, ponieważ odwołujący (jak i inni wykonawcy) może złożyć ofertę „z wykorzystaniem” otwartego formatu TXT.

Z tego względu skład orzekający Izby uznał, że naruszenie przez zamawiającego ustawy Pzp nie może mieć wpływu na wynik postępowania.

Pomimo potwierdzenia się zarzutu skład orzekający Izby nie uwzględnił odwołania,

ponieważ naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, wobec dokonanej przez zamawiającego modyfikacji postanowień SIWZ z dnia 30 marca 2016 r., nie może mieć wpływu na wynik postępowania skoro zamawiający dopuści otwarty format TXT.

KIO 398/16 15

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1) lit. a) oraz § 3 pkt 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

KIO 398/16 16