

WYROK

z dnia 11 lutego 2013 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Sylwester Kuchnio
Izabela Kuciak**

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 lutego 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 stycznia 2013 r.

przez: **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Geomar S.A. z siedzibą w Szczecinie (pełnomocnik wykonawców), Tabelaofert.pl sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Narodowy Instytut Dziedzictwa z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **WGS84 Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie –**
zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, w tym wezwanie wykonawcy WGS84 Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia dokumentów dowodzących, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia udostępnianymi przez inny podmiot w zakresie wiedzy i doświadczenia.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża przystępującego: WGS84 Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:**

1

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Geomar S.A. z siedzibą w Szczecinie, Tabelaofert.pl sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od przystępującego: WGS84 Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Geomar S.A. z siedzibą w Szczecinie, Tabelaofert.pl sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 16230 zł 00 gr** (słownie: szesnaście tysięcy dwieście trzydzieści złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt KIO 179/13**Uzasadnienie**

Zamawiający – Narodowy Instytut Dziedzictwa z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Wykonanie usługi digitalizacji rejestru zabytków w zakresie skanowania dokumentacji rejestrowej i utworzenia bazy danych obiektów przestrzennych wraz z dostosowaniem do struktur danych dotyczących zabytków nieruchomych i archeologicznych dla Narodowego Instytutu Dziedzictwa.*

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 3 sierpnia 2012 r. pod nr 2012/S_151-253127, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (<http://www.nid.pl>), na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 2.633.617,89 zł, co stanowi równowartość 655.194,02 euro.

17 stycznia 2013 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: Geomar S.A. z siedzibą w Szczecinie, Tabelaofer.pl sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej zwanym również w skrócie „Konsorcjum Geomar”) – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez WGS84 Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej zwanej również w skrócie „WGS84”).

28 stycznia 2013 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania Wykonawcy WGS84, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający naruszył w ten sposób następujące przepisy ustawy pzp:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 4 – przez zaniechanie czynności wykluczenia Wykonawcy WGS84, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy

Sygn. akt KIO 179/13

i doświadczenia określonego w § 6 pkt I.1.1) SIWZ.

2. Art. 24 ust. 2 pkt 3 – przez zaniechanie czynności wykluczenia Wykonawcy WGS84, który w wykazie usług złożonym wraz z ofertą oraz w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust. 3 i 4 pzp podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 – przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę WGS84.
4. Art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 – przez dokonanie wyboru oferty WGS84, mimo iż Wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania, a tym samym niezastosowanie się do obowiązku przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert.
3. Wykluczenia wykonawcy WGS84.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniające wniesienie odwołania.

I.

Odwołujący podał, że Zamawiający w § 6 pkt I.1.1) SIWZ określił w następujący sposób opis sposobu oceny spełnienia warunku dotyczącego m.in. wiedzy i doświadczenia: *o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust 1 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych tj. posiadają doświadczenie w zakresie wykonania baz danych z danych źródłowych tzn. wykażą należyte zrealizowanie a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonywanie w okresie ostatnich 3 lat, przed upływem terminu składania ofert: co najmniej jednej bazy danych geoprzestrzennych powstałej przy wykorzystaniu różnych danych źródłowych, w tym co najmniej ortofotomapy, mapy topograficzne oraz danych pochodzących z rejestrów publicznych lub prywatnych, o wartości nie mniejszej niż 1 500 000,00 zł brutto.*

Odwołujący wskazał, że Wykonawca WGS84 w celu potwierdzenia powyższego warunku wraz z ofertą przedstawił: po pierwsze – wykaz usług na załączniku nr 5 do SIWZ, zawierający usługę zrealizowaną przez konsorcjum firm Intergraph Polska sp. z o.o. oraz Plan S.A. na rzecz Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (dalej zwanej również

4

Sygn. akt KIO 179/13

w skrócie „ARiMR” lub „Agencją”); po drugie – list referencyjny potwierdzający należyte wykonanie usługi w ramach umowy nr 86/DBR/2009/2610; po trzecie – dokument podpisany przez prezesa spółki Plan o nazwie *Zobowiązanie innych podmiotów. W ocenie Odwołującego – absolutnie nie może to być uznane za wystarczające do wykazania spełnienia warunku § 6 pkt I.1.1) SIWZ.*

Zdaniem Odwołującego w świetle art. 26 ust. 2b pzp warunkiem koniecznym powołania się na zasoby innych podmiotów jest wykazanie, że zostaną one udostępnione, czego Spółka WGS85 nie dokonała. Zgodnie przepisem wykonawca powołujący się na zasoby innych podmiotów, może dowieść dysponowanie nimi w szczególności przez złożenie zobowiązania podmiotów do oddania mu do dyspozycji tych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Jednakże – jak podniósł Odwołujący – musi to być zobowiązanie do realnego przekazania, połączonego z określoną formą zaangażowania w wykonanie zamówienia, a forma ta winna zostać określona już w treści tego zobowiązania. Według Odwołującego w przeciwnym wypadku poleganie na zasobach innego podmiotu jest fikcją, służącą jedynie formalnemu wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, z czym nie sposób się zgodzić, gdyż przyzwalając na takie zachowanie, następuje ominięcie przepisów ustawy pzp.

W ocenie Odwołującego analiza załączonego do oferty Spółki WGS85 zobowiązania podmiotu trzeciego wskazuje, że dokument ten nie określa w żaden sposób formy i zakresu udostępnienia zasobów dotyczących wiedzy i doświadczenia, a co najwyżej wskazuje wprost, że chodzi tu wyłącznie o *udostępnienie niezbędnych dokumentów na potwierdzenie warunków tj. referencji i dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań w paragrafie 6 rozdziale I pkt. 1. ppkt. 1) SIWZ.* W związku z powyższym – zdaniem Odwołującego – należy uznać, że zobowiązanie złożone przez spółkę Plan nie dowodzi, że jej wiedza i doświadczenie zostanie wybranemu Wykonawcy realnie przekazane, tymczasem to na nim, jako korzystającemu z możliwości określonej w art. 26 ust. 2b pzp, ciąży obowiązek wykazania Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Według Odwołującego powyższej oceny nie zmienia również fakt, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy pzp nie określa treści zobowiązania podmiotu trzeciego, ani to, że Zamawiający w SIWZ nie zamieścił żadnych wymagań dotyczących sposobu wykazania dysponowania zasobami innego podmiotu. Brak szczegółowych wymagań nie może oznaczać całkowitej dowolności wykonawcy, oderwanej od obowiązku wykazania dysponowania potencjałem niezbędnym do realizacji zamówienia. Dopuszczenie możliwości

5

wykazania dysponowania zasobami innego podmiotu poprzez złożenie zobowiązania niezawierającego elementów potwierdzających faktyczne przekazanie tych zasobów, prowadzi do dopuszczenia udziału w postępowaniu wykonawców niedysponujących zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, co jest – jak stwierdził Odwołujący – oczywiście sprzeczne z celem normy określonej w art. 26 ust. 2b ustawy pzp. Tym bardziej, że – zdaniem Odwołującego – chodzi tutaj o zasób nierozzerwalnie związany z podmiotem udzielającym go, a tym samym niemożliwym do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia.

II.

Niezależnie od powyższego zarzutu Odwołujący zarzucił, że nawet hipotetycznie przyjmując, że zobowiązanie spółki Plan dostatecznie udowadnia fakt oddania WGS84 do dyspozycji określonego zasobu, to i tak dokument ten nie może być uznany za wystarczający do wykazania spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia – bez wyjaśnienia jaką część kontraktu z ARiMR wykonała sama spółka Plan. Z przedstawionego przez WGS84 listu referencyjnego wynika, że wykazana usługa realizowana była nie tylko przez spółkę Plan ale również i przez spółkę Intergraph Polska. Zdaniem Odwołującego oznacza to, że bez ustalenia faktycznego zakresu prac wykonanego przez spółkę Plan, a następnie ustalenia czy odpowiada on wymienionemu w § 6, rozdział I, pkt 1, ppkt 1) warunkowi SIWZ – nie można uznać, że został on spełniony. Warunek udziału w postępowaniu winien się odnosić do rzeczywistego wykonania przez danego wykonawcę konkretnego zamówienia i niedopuszczalne jest przy tym, aby jeden z członków konsorcjum powoływał się na doświadczenie zdobyte przez innego członka konsorcjum czy też przez całe konsorcjum, jak to – zdaniem Odwołującego – miało miejsce w przedmiotowej sprawie.

Odwołujący stwierdził, że w tym zakresie w całej rozciągłości podziela argumentację przedstawioną w opinii z dnia 4 maja 2009 r. (znak UZP/DP/O-PKA/252744/8099/09) przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach zamówień publicznych ma dążyć do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach. Odwołujący przywołał następujący fragment tej opinii: *Doświadczenie wykonawcy należy postrzegać w kategoriach faktycznych a nie prawnych. Warunek udziału w postępowaniu o wykonanie zamówienia publicznego dotyczący doświadczenia, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się do rzeczywistego zrealizowania przez wykonawcę części lub całości zamówienia, a nie prawnych tj. powiązanych z wcześniej zawartymi przez wykonawcę umowami. Członek konsorcjum nabywa wyłącznie doświadczenie związane z wykonaniem prac jakie wykonywał*

Sygn. akt KIO 179/13

samodzielnie lub z udziałem podwykonawców, nie nabywa jednak doświadczenia odnośnie prac wykonanych przez innych konsorcjantów. Przyjęcie odmiennego stanowiska za właściwe wiąże się z:

- *po pierwsze aprobowaniem fikcji faktycznej opartej na założeniu iż pomimo wykonania 1% zamówienia nabywa się doświadczenie odnoszące się do pełnego zakresu,*
- *po drugie zwielokrotnieniem doświadczenia (np. 10 konsorcjantów uzyskuje doświadczenie w realizacji określonego zamówienia, co faktycznie odpowiada wykonaniu nie jednego a 10 zamówień publicznych),*
- *po trzecie ograniczeniem zainteresowania większych wykonawców w tworzeniu konsorcjów z mniejszymi podmiotami (wykonawcy posiadający większe doświadczenie nie będą bowiem zainteresowani kreowaniem sobie konkurencji ze strony wykonawców o mniejszym potencjale w wyniku jednorazowej współpracy z nimi w ramach konsorcjum),*
- *po czwarte tworzeniu fikcyjnych konsorcjów uiszczanym z mniejszymi wykonawcami w celu uzyskania przez nich doświadczenia przekraczającego ich rzeczywiste możliwości.*

Po drugie Odwołujący zarzucił, że wykazana usługa realizowana na rzecz Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa jako taka nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w § 6 pkt I.1.1) SIWZ. Zdaniem Odwołującego z załączonego listu referencyjnego dotyczącego tego zamówienia wynika, że w ramach kontraktu wykonana została jedynie zewnętrzna kontrola ilości i jakości danych pozyskiwanych na potrzeby LPIS, import danych do istniejącego już systemu informatycznego ARiMR oraz wykonane i wdrożone dwóch aplikacji. Z treści warunku

stawianego przez Zamawiającego wynikał natomiast obowiązek posiadania doświadczenia w zakresie wykonania baz danych geoprzestrzennych przy wykorzystaniu różnych materiałów źródłowych, co nie jest tożsame z wykonywaniem jedynie kontroli bazy danych geoprzestrzennych, pozyskanej dodatkowo nie z wszystkich wymienionych rodzajów danych źródłowych. Według Odwołującego dodatkowym potwierdzeniem niespełniania przez tę usługę postawionego w SIWZ warunku jest (załączona do odwołania) odpowiedź Agencji na pytanie Odwołującego, z której wynika, że *wykonanie baz danych geoprzestrzennych przy wykorzystaniu różnych materiałów źródłowych – nie było przedmiotem odbiorów dokonanych przez ARiMR.*

III.

Odwołujący ocenił, że *wszystko to* oznacza również wystąpienie w stosunku do Wykonawcy WGS84 przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, nakazującej wykluczyć go za złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Według

7

Sygn. akt KIO 179/13

Odwołującego Wykonawca dwukrotnie próbował wprowadzić w błąd Zamawiającego: pierwszy raz – informując, że przedmiotowa usługa spełniała wymogi opisane w § 6 pkt I.1.1) SIWZ (informacja w pozycji pierwszej wykazu stanowiącego załącznik nr 5), drugi raz – na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 pzp odpowiadając w piśmie z 23 listopada 2012 r., że prace odpowiadające stawianemu warunkowi wynosiły 2.505.190,62 zł brutto. Zdaniem Odwołującego nakłada to na Zamawiającego obowiązek dokonania tej czynności, zwłaszcza że używając w przepisie art. 24 sformułowania *wyklucza*, a nie *można wykluczyć* – Prawodawca przesądził o obligatoryjnym charakterze tej czynności

IV.

W ocenie Odwołującego zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania Wykonawcy WGS84 na podatnie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 pzp w konsekwencji narusza dodatkowo zasadę równego traktowania wykonawców, która znajduje swój wyraz w przepisach odnoszących się do poszczególnych instytucji i rozwiązań ustawowych. Odwołujący stwierdził, że zasada ta bezwzględnie nakazuje jednakowo traktować wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania zarówno przywilejów jak i środków ich dyskryminujących. A jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary i jednakowych kryteriów do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, czego Zamawiający nie dopełnił.

Na skutek przekazania 28 stycznia 2013 r. przez Zamawiającego drogą elektroniczną kopii odwołania – 31 stycznia 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej (pismo z 30 stycznia 2013 r.) zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez WGS84 Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego we właściwej formie, w odpowiednim terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp) – Wykonawca WGS84 uzyskał status Przystępującego po stronie Zamawiającego.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, szerzej uzasadniając swoje stanowisko w przesłanym do Izby 8 lutego 2013 r. piśmie z 1 lutego 2013 r.

I. Treść zobowiązania do udzielenia zasobów Plan S.A.

Przystępujący podał, że Zamawiający w SIWZ powołał się na brzmienie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy pzp. Zdaniem Przystępującego, choć Odwołujący podnosi, że zobowiązanie musi być w formie *realnego przekazania, połączonego z określoną formą*

8

Sygn. akt KIO 179/13

zaangażowania w wykonanie zamówienia, a forma ta winna zostać określona już w treści tego zobowiązania, to nie wykazał, w jaki sposób Zamawiający naruszył w tym zakresie przepisy ustawy pzp – akceptując treść *Zobowiązania innych podmiotów*. Przystępujący

podniósł, że sam Odwołujący wskazał na to, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie określa treści zobowiązania podmiotu trzeciego oraz że Zamawiający w SIWZ nie zamieścił żadnych wymagań dotyczących sposobu wykazania dysponowania zasobami innego podmiotu. Zdaniem Przystępującego skoro ani przepis rangi ustawowej, ani postanowienia SIWZ nie narzucały konkretnej treści zobowiązania, wykonawcy mogli złożyć oświadczenie o dowolnej treści wskazującej na oddanie do dyspozycji zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Przystępujący podał, że w odniesieniu do użyczenia doświadczenia Plan S.A. zobowiązała się do udostępniania niezbędnych dokumentów na potwierdzenie warunków, tj. referencji i dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań w § 6, rozdziale I, pkt 1, ppkt. 1) SIWZ. Przystępujący stwierdził, że udostępnianie doświadczenia ma charakter przekazania wiedzy i doświadczenia zdobytego w realizacji usług. Ponieważ wiąże się to z osobistym zaangażowaniem pracowników Plan S.A. w realizację powierzonych zadań na okres realizacji zamówienia, z tego też względu spółka ta oddała do dyspozycji Przystępującego osoby posiadające stosowne doświadczenie i kwalifikacje. Ponadto Przystępujący podniósł, że Plan S.A. po podpisaniu umowy będzie realizowała część zamówienia w charakterze podwykonawcy.

Przystępujący podsumował w jaki sposób wykazał, że Plan S.A. realnie przekazała mu swoją wiedzę i doświadczenie: po pierwsze – przez złożenie zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów w zakresie doświadczenia i wiedzy, po drugie – przez oddelegowanie 10 kluczowych osób do realizacji przedmiotowego zamówienia, które posiadają kwalifikację, wiedzę i doświadczenie niezbędne do realizacji przedmiotowego zamówienia, po trzecie – przez oddanie do dyspozycji Przystępującego potencjału technicznego niezbędnego do realizacji zamówienia, po czwarte – przez złożenie oświadczenia, że zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, jakim jest Plan S.A.

II. Wykazanie doświadczenia zdobytego podczas realizacji zamówienia w charakterze uczestnika konsorcjum.

Przystępujący powołał się na – jak to określił – przyjętą od wielu lat jednolitą linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którą każdy ze współkonsorcjantów może wykazywać doświadczenie zdobyte podczas wspólnie realizowanego zamówienia, ponieważ

Sygn. akt KIO 179/13

solidarnie odpowiadał za należyte zrealizowanie umowy. Ponadto podniósł, że w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z 21 listopada 2012 r. – wyjaśnił w piśmie z 22 listopada 2012 r., że w przypadku usługi na rzecz ARiMR – wymienionej w poz. 1. wykazu – wartość prac odpowiadających swoim zakresem warunkowi z § 6.1.1.1) SIWZ wynosiła 2.505.190,62 zł brutto. Przystępujący stwierdził, że przy wartości całego kontraktu opiewającego na kwotę 17.455.592,60 zł, jest to część odpowiadająca wartościowemu udziałowi w realizacji prac przez spółkę Plan S.A.

Przystępujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach (sygn. akt XIX Ga 162/10), który podtrzymał wyrok Izby, w którym Izba wskazała, iż w jej ocenie, wykonawca będący stroną umowy, którą wykonywał w ramach konsorcjum i za której wykonanie był solidarnie odpowiedzialny, może następnie legitymować się i wykazywać jej pełne wykonanie, nawet jeżeli w związku z podziałem obowiązków w ramach konsorcjum w rzeczywistości wykonywał jedynie część usług. Sąd stanął na stanowisku, że nie sposób zakwestionować stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, że każdy wykonawca działający w ramach Konsorcjum przy wykonywaniu konkretnego zamówienia, może wykazywać się doświadczeniem w postaci wykonania konkretnych robót, nawet, jeśli podział pracy pomiędzy konsorcjantami był taki, iż to drugie przedsiębiorstwo wykonywało konkretne roboty. Działanie wspólne przedsiębiorców w ramach zawartego konsorcjum właśnie polega na łącznym działaniu obu (lub więcej) firm, przy czym bez znaczenia dla możliwości wykonania określonych robót, jest ustalanie, która firma które konkretnie prace wykonuje. Byłoby to sprzeczne z ideą wykonywania świadczeń w ramach wspólnych przedsięwzięć. Poza zresztą zakwestionowaniem tego stanowiska przez skarżącego, nie podaje on żadnych konkretnych argumentów przemawiających za przyjęciem odmiennej koncepcji.

Odnosząc się do cytowanej przez Odwołującego opinii Prezesa UZP z 2009 r.,

Przystępujący podniósł, że opinie te nie stanowią źródła prawa.

III. Przedmiot umowy usługi zrealizowanej na rzecz ARiMR, wykazanej na potwierdzenie spełniania warunku określonego w § pkt I.1.1) SIWZ.

Na dowód tego, że usługa obejmowała wykonanie baz danych z danych źródłowych, Przystępujący załączył do pisma jej krótki opis oraz *Warunki Techniczne* (które załączył do pisma), stanowiące załącznik do SIWZ, a następnie do umowy nr 86/DBR/2009/2610 z 21 sierpnia 2009 r. na *Weryfikatora Jakości Danych (WJD2) – wykonanie kontroli jakości i produkcyjne wdrożenie danych: cyfrowej ortofotomapy oraz wektorowych warstw systemu LPIS/GiS*. Przystępujący podał, że usługa polegała na wsparciu ARiMR w procesie kontroli danych geoprzestrzennych (ortofotomapa i mapy wektorowe) wytwarzanych na zamówienie

10

Sygn. akt KIO 179/13

ARiMR przez podmioty trzecie. Poza odpowiedzialnością za aspekty organizacyjne prowadzonych odbiorów danych, kluczowym zadaniem wykonawcy była lokalizacja i kategoryzacja błędów w danych (np. *Kontrola wizualna ortofotomapy wraz z lokalizacją i kategoryzacją błędów*(...) str. 13 pkt 7.1, *Kontrola wizualna pól zagospodarowania wraz z lokalizacją i kategoryzacją błędów* str. 14 pkt 9.4), czyli – jak stwierdził Przystępujący – innymi słowy stworzenie geoprzestrzennej bazy danych zawierającej położenie przestrzenne i klasyfikację błędów występujących na kontrolowanych materiałach. W wyniku tej kontroli zarejestrowano ponad 380 tysięcy błędów (rekordów bazy danych geoprzestrzennych). Przystępujący opisał, że proces ten odbywał się poprzez wizualne porównanie przez operatorów kontrolowanych danych z innymi materiałami źródłowymi (ortofotomapą, mapami topograficznymi i katastralnymi) oraz danymi pochodzącymi z innych rejestrów (np. Ewidencji Gruntów i Budynków), a wykryte błędy były kategoryzowane i wraz z ich lokalizacją przestrzenną zapisywane w stworzonej przez wykonawcę bazie danych.

Przystępujący podniósł, że zapis lokalizacji błędów do bazy danych nie był tylko sposobem w jaki wykonawca zdecydował się wykonać powierzone zadanie, ale wynikał z zapisów warunków technicznych, na mocy których był zobligowany (...) *opracować i wdrożyć w swojej organizacji zestaw narzędzi do kontroli danych graficznych i wektorowych LPIS oraz raportowania* (...) – str. 12 pkt 4 WT. Przy czym przywołany zestaw narzędzi musiał posiadać funkcje takie jak: *Autoryzacja dostępu do danych i funkcji systemu* – str. 12 pkt 1.1 WT, *Rejestracja wyników kontroli*(...) – str. 12 p. 1.3, *Generowanie raportów z kontroli* (zarówno szczegółowych – wszystkie wykryte błędy – jak i zagregowanych – sumaryczna ilość poszczególnych błędów – str. 12 pkt 1.4), *Stały dostęp do wyników kontroli poprzez WWW* – str. 12 pkt 1.9. Zdaniem Przystępującego powyższe zapisy wprost wskazują na konieczność opracowania przez wykonawcę geoprzestrzennej bazy danych, która będzie umożliwiała realizowanie obligatoryjnych wymogów zawartych w warunkach technicznych, gdyż nie ma innej możliwości budowy narzędzi do rejestracji danych, na ich podstawie generowania raportów, a następnie udostępniania poprzez Internet.

Przystępujący wskazał, że ARiMR – podkreślając wagę jaką przykład do jakości stosowanych narzędzi – wymagała od wykonawców przedstawienia osobnego oświadczenia w postaci formularza, na którym wykonawca musiał potwierdzić, że wykorzystywane przez niego narzędzie spełnia każde z wymagań z osobna (w postaci tabeli) – w tym tych, które potwierdzają konieczność stworzenia geoprzestrzennej bazy danych (przywołanych powyżej). Zamawiający wymagał ponadto w SIWZ (str. 10 pkt XVIII.6) przeprowadzenia demonstracji potwierdzającej spełnianie przez proponowane przez Oferenta narzędzia

11

Sygn. akt KIO 179/13

wymagań, w tym tych, które potwierdzają konieczność stworzenia geoprzestrzennej bazy danych.

Przystępujący podsumował, że usługa potwierdza spełnienie warunku określonego w § 6 pkt 1.1.1) SIWZ, gdyż: po pierwsze – polegała na wytworzeniu bazy danych obejmującej ponad 380 tysięcy rekordów zawierających wykazane błędy w bazie danych, co wynikało z konieczności stworzenia wymaganych narzędzi informatycznych, po drugie –

baza danych miała charakter geoprzestrzenny – każdy błąd posiadał swoją lokalizację w przestrzeni, po trzecie – baza danych powstała przy użyciu różnych danych źródłowych – źródłem pozyskiwania danych (lokalizacji błędów) było porównanie kontrolowanych danych z ortofotomapami, mapami topograficznymi i danymi pochodzącymi z innych rejestrów publicznych, po czwarte – wartość części zamówienia obejmującej powyższy zakres przekraczała 1.500.000,00 zł.

Przystępujący wywiódł, że ponieważ zamawiający ARiMR w warunkach technicznych wprost narzucił wykonawcom konieczność stworzenia narzędzi, które umożliwią autoryzację dostępu do danych, rejestrację wyników kontroli, generowanie raportów z kontroli (szczegółowych i zagregowanych) oraz stały dostęp do wyników kontroli poprzez WWW, to odebranie przedmiotu zamówienia – wyniku kontroli w postaci wygenerowanych z bazy raportów – potwierdza, że baza *de facto* została wykonana i odebrana. Do pisma załączono również wydruk z geoprzestrzennej bazy danych (pierwszych 200 rekordów) wykonanej w ramach umowy nr 86/DBR/2009/2610 z dnia 21.08.2009 r.

W ocenie Przystępującego kolejnym dowodem na wykonanie geoprzestrzennej bazy danych w ramach tego zamówienia jest fakt, że ARiMR żądając od oferentów legitymowania się posiadaniem doświadczenia w wykonaniu zamówienia o podobnym charakterze (SIWZ str. 3 pkt. VI.1.4) następująco je zdefiniowała:

4) Zamawiający pod pojęciem „zamówienia o charakterze podobnym do zakresu prac niniejszego zamówienia” (...) rozumie zamówienie obejmujące swoim zakresem wykonanie i wdrożenie aplikacji obsługującej/cych dane GIS (bazy **danych graficznych, rastrowych i wektorowych**) oraz zamówienie/a pokrywające swym zakresem wszystkie poniższe prace i/lub kontrolę jakości produktów wykonanych w ramach realizacji poniższych prac, a więc:

- a) opracowanie cyfrowej ortofotomapy na podstawie zdjęć lotniczych /lub satelitarnych,
- b) wykonania aerotriangulacji,
- c) opracowanie numerycznego modelu rzeźby terenu metodami fotogrametrycznymi,
- d) przetworzenie danych zawartych w ewidencji gruntów i budynków, w tym opracowanie wektorowej mapy granic działek ewidencyjnych, wektorowej mapy pól zagospodarowania

12

Sygn. akt KIO 179/13

oraz integracja baz danych ewidencji gruntów i budynków. (SIWZ str. 5 pkt 2.4)

W ocenie Przystępującego tym samym zamawiający potwierdził, że przedmiot zamówienia będzie traktował jako tożsamy z wytworzeniem geoprzestrzennych baz danych (wektorowa mapa granic działek ewidencyjnych, wektorowa mapa pól zagospodarowania).

IV.

Zdaniem Przystępującego naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 lub 4 pzp w tym konkretnym przypadku musiałoby polegać na zaniechaniu przez Zamawiającego w dochodzeniu do prawdy lub też niepoprawnym zweryfikowaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tymczasem – w ocenie Przystępującego – Zamawiający w sposób zgodny z przepisami zbadał ofertę Przystępującego i poprawnie ją ocenił, uprzednio weryfikując złożone oświadczenia i dokumenty. Zamawiający zwracał się do Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 pzp w celu złożenia wyjaśnień. Następnie 21 listopada 2012 r. pisemnie zwrócił się do ARiMR celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Według Przystępującego ARiMR 23 listopada 2012 r. w piśmie znak DBR-0430-15/WIBR/BO/09/12 potwierdziła zarówno zakres zrealizowanych prac, ich wartość, termin wykonania, jak i to, że prace zostały wykonane terminowo oraz z należytą starannością. Zamawiający bazując na dokumentach i oświadczeniach złożonych wraz z ofertą oraz na dodatkowym pisemnym potwierdzeniu ze strony ARiMR, dokonał pozytywnej oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego w zakresie warunku określonego w § 6 pkt I.1.1). Zdaniem Przystępującego z załączonego do odwołania pisma ARiMR z 24 stycznia 2013 r. (znak DBR-0430-15/WIBR-RP/09/13) – wystawionego po dokonaniu badania i oceny ofert i wyborze najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego – wynika jedynie, że wykonanie bazy danych geoprzestrzennej przy wykorzystaniu różnych danych źródłowych nie było przedmiotem odbiorów dokonanych przez ARiMR. W ocenie Przystępującego zamawiający ten nie poddał w wątpliwość, że taka baza została wykonana w ramach przedmiotowego zamówienia oraz nie zanegował faktu, że wykonawca musiał wykonać bazę w celu spełnienia wymogów ARiMR określonych w warunkach technicznych, bez czego nie

doszłoby do odbioru przedmiotu umowy. Ponadto Przystępujący podniósł, że odpowiedź ARiMR nierozzerwalnie powiązana jest z zadaniem przez spółkę Tabelaofert.pl pytaniem, które nie zostało ujawnione Zamawiającemu, a to właśnie pytanie mogło zasugerować ARiMR odpowiedź, która może zostać zinterpretowana inaczej, niż było to intencją autora pisma.

V.

Przystępujący – jak to stwierdził – z ostrożności procesowej podniósł, że wykluczenie

13

Sygn. akt KIO 179/13

wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, może nastąpić jedynie w przypadku wykazania działania z winy umyślnej. Zdaniem Przystępującego wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 25 stycznia 2013 r. (sygn. akt II Ca 1285/12), obok wyroku Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie z 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12) oraz wyroku Sądu Okręgowego w Toruniu z 6 grudnia 2012 r. (sygn. akt VI Ga 134/12) – przyczynia się do kształtowania spójnej linii orzeczniczej w zakresie interpretacji przesłanki wykluczenia wykonawców z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, w świetle której jedynie działanie wykonawcy z winy umyślnej, prowadzące do złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, może skutkować wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp.

Zamawiający 11 lutego 2013 r., bezpośrednio przed otwarciem posiedzenia, wniósł do Izby odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty odwołania Konsorcjum Geomar z 28 stycznia 2013 r. Niezależnie od tego Zamawiający dołączył pismo z 4 lutego 2013 r. jakie skierował do ARiMR oraz uzyskane w odpowiedzi pismo Agencji z 8 lutego 2013 r.

Na posiedzeniu Przystępujący – Konsorcjum Geomar wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska, natomiast Zamawiający wskazywał na znaczenie pisma uzyskanego po wniesieniu odwołania od ARiMR.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia i dalszym piśmie, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może

14

Sygn. akt KIO 179/13

ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę z drugą w kolejności ceną, która stanowi jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący w chwili wnoszenia odwołania miał zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec podniesienia zarzutów dotyczących zaniechaniu wykluczenia z postępowania Przystępującego. Jednocześnie zaniechanie tej czynności przez Zamawiającego naraża Odwołującego na szkodę z powodu niezyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania

o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczona za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. w ostatecznej wersji (tzw. SIWZ po modyfikacji 3), oferty Przystępującego, pism kierownych w toku badania i oceny ofert przez Zamawiającego, WGS84 i ARiMR.

Izba wzięła również pod uwagę pisma i dokumenty złożone w toku postępowania odwoławczego przez uczestników postępowania odwoławczego, dokonując oceny ich mocy dowodowej i znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. kierowanych w toku badania ofert.

Izba oddaliła na podstawie art. 190 ust. 6 pzp wnioszek Przystępującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka na okoliczność opracowania geoprzestrzennej bazy danych w ramach umowy z ARiMR, uznając, że powyższa okoliczność w zakresie niezbędnym dla rozstrzygnięcia wynika z innych dowodów.

Izba ustaliła, co następuje:

Wbrew mylnemu wyobrażeniu Odwołującego i Przystępującego – w rzeczywistości obowiązująca w postępowaniu specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawiera żadnych postanowień nawiązujących do art. 26 ust. 2b pzp.

Odwołujący adekwatnie zacytował w odwołaniu treść warunku udziału w postępowaniu wynikającego z pkt 1 pkt 1 pkt I § 6 s.i.w.z. Izba uznała za konieczne uzupełnienie i skorygowanie pozostałych okoliczności faktycznych przywołanych w odwołaniu, w poniżej opisanym zakresie.

Do oferty WGS84 załączono między innymi opisane powyżej za odwołaniem trzy dokumenty, pierwotnie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a następnie – wobec uwzględnienia poprzednio wniesionego przez Konsorcjum Geomar odwołania wyrokiem Izby z 20 listopada 2012 r. (sygn. akt KIO 2411/12) – zostały udostępnione do wglądu przez

Sygn. akt KIO 179/13

Zamawiającego.

W dokumencie pn. *Zobowiązanie innych podmiotów* z 3 października 2012 r. Plan S.A. z siedzibą w Warszawie – w związku z ubieganiem się przez Wykonawcę o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – zobowiązała się udostępnić WGS84 Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie *swoje zasoby w postaci doświadczenia i wiedzy w realizacji zamówienia na cały okres realizacji zamówienia* – jak to dalej określiła – *a co za tym idzie, udostępnia Wykonawcy niezbędnych dokumentów na potwierdzenie tych warunków tj.: referencji i dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań opisanych w paragrafie 6 rozdziale I pkt. 1. ppkt. 1) SIWZ celem ich przedłożenia Zamawiającemu w ofercie przetargowej*. Do oferty załączono tylko jeden taki udostępniony dokument – w postaci *Listu referencyjnego*, wystawionego 4 lipca 2012 r. przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa dla konsorcjum firm: Intergraph Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Plan S.A. z siedzibą w Warszawie. Dokument ten służył potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia wyszczególnionego w poz. 1. – również załączonego do oferty – *Wykazu usług zrealizowanych przez wykonawcę w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert*. Rodzaj i zakres tego zamówienia opisano w wykazie jako: *Utworzenie bazy danych geoprzestrzennych powstałej przy wykorzystaniu różnych danych źródłowych, w tym ortofotomapy, mapy topograficzne oraz danych pochodzących z rejestrów publicznych. Wykonana baza dotyczyła danych geoprzestrzennych odnoszących się do kontroli jakości cyfrowej ortofotomapy oraz wektorowych warstw systemu LPIS/GIS. Projekt spełnia wymogi opisane w §6 rozdziału I pkt. 1.1) SIWZ. Wartość brutto w PLN sprecyzowano w następujący sposób: Wartość projektu 17.423.186,00, w tym wartość prac określonych w SIWZ ponad 1.500.000,00 zł.*

Powyżej opisane dokumenty w toku badania i oceny ofert były przedmiotem tylko jednej czynności Zamawiającego, który 21 listopada 2012 r. zwrócił się do WGS84 w trybie art. 26 ust. 4 pzp o podanie konkretnej wartości brutto w PLN wykonanych prac odpowiadających zakresem § 6.1.1.1) SIWZ. W piśmie z 23 listopada 2013 r. Wykonawca wyjaśnił, że w *Wykazie usług zrealizowanych przez wykonawcę w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, wartość prac odpowiadających swoim zakresem § 6.1.1.1) SIWZ usługi wykazanej w poz. 1, tj. usługi na rzecz ARiMR, wynosi 2 505 190,62 zł brutto.*

Niezależnie od tego w *Formularzu oferty / Formularzu cenowym WGS84* w następujący sposób określił zakres prac, który zamierza powierzyć podwykonawcom:
Wybrane prace z zakresu określonego w § 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

16

Sygn. akt KIO 179/13

Oświadczenie to stało się z kolei 18 października 2012 r. przedmiotem wezwania w trybie art. 87 ust. 1 pzp przez Zamawiającego, który – z uwagi na fakt, że treść § 3 SIWZ obejmuje swoim zakresem cały przedmiot zamówienia – prosił o określenie, co należy rozumieć przez *wybrane prace z zakresu określonego w § 3 SIWZ*, tzn. jakie prace wykonywane w trakcie przedmiotu zamówienia będą wykonywane przy udziale podwykonawcy. W piśmie z 22 października 2013 r. Wykonawca WGS84 wyjaśnił, że zamierza powierzyć podwykonawcom prace obejmujące swoim zakresem cały przedmiot zamówienia.

Powyższe wyjaśnienie stało się również przedmiotem poprzedniego odwołania Konsorcjum Geomar, które zarzuciło, że doszło w ten sposób do niezgodności oferty WGS84 z treścią s.i.w.z. (naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp), a także do bezprawnej zmiany treści tej oferty (naruszenie art. 87 ust. 1 pkt 2 pzp). Oba te zarzuty zostały uznane przez Izbę w przywołanym powyżej wyroku z 20 listopada 2012 r. za niezasadne. Izba nie uczyniła żadnych ustaleń wykraczających faktycznych ponad powyższe ustalenia wynikające z treści oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym Przystępującego oraz jego pisemnych wyjaśnień.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów objętych odwołaniem i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż jeden z zarzutów odwołania znalazł potwierdzenie w takim zakresie, który nie pozwala na utrzymanie w mocy dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

I.

Izba stwierdziła niezasadność zarzutów odwołania dotyczących zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 pzp z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia czy też złożenia nieprawdziwych informacji, które miały wpływ na wynik postępowania prowadzonego

Po pierwsze – poza ogólnikowym zakwestionowaniem możliwości powoływania się przez Plan S.A. jako jednego z dwóch konsorcjantów na wiedzę i doświadczenie zdobyte przez konsorcjum przy realizacji zamówienia na rzecz ARiMR, Odwołujący nie sprecyzował żadnego konkretnego zarzutu, nie wspominając już o jego udowodnieniu. Odwołujący jedynie domniemywa, bazując wyłącznie na fakcie wykonywania tego zamówienia wspólnie

17

Sygn. akt KIO 179/13

przez dwóch wykonawców, że być może faktyczny zakres prac wykonanych przez spółkę Plan nie odpowiadał warunkowi wynikającemu z ppkt 1 pkt 1 § 6 s.i.w.z. Jeżeli Odwołujący zarzuca Zamawiającemu dokonanie w tym zakresie nieprawidłowej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego, powinien podać konkretne okoliczności faktyczne wskazujące na brak zdobycia przez Plan S.A. odpowiedniego doświadczenia. Same przypuszczenia Odwołującego oraz popieranie przytoczonej w odwołaniu opinii na temat zagrożeń i nadużyć, które mogą wynikać z powoływania się na wiedzę i doświadczenie uzyskane przy wykonywaniu zamówienia przez konsorcjum, nie tworzą zarzutu nadającego się do pozytywnego rozpatrzenia. Izba zważyła, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które pozwoliłyby podważać adekwatność podanej w wykazie informacji o zakresie prac wykonanych przez Plan S.A. w ramach zamówienia zrealizowanego w ramach konsorcjum na rzecz ARiMR.

Po drugie – Izba uznała również za niezasadny zawarty w odwołaniu zarzut, że z uwagi na zakres rzeczowy zamówienia zrealizowanego na rzecz ARiMR, nie może ono

służyć wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w ppkt 1 pkt 1 pkt I § 6 s.i.w.z. Izba zważyła, że treścią tego warunku – ja to sam cytował Odwołujący – jest posiadanie doświadczenia w zakresie wykonania baz danych z danych źródłowych, przejawiające się w należyтым wykonaniu co najmniej jednej bazy danych geoprzestrzennych powstałej przy wykorzystaniu różnych danych źródłowych (w tym co najmniej ortofotomapy, mapy topograficznej oraz danych pochodzących z rejestrów publicznych lub prywatnych). Przystępujący nie zaprzeczał, że wykonana w toku realizacji zamówienia na rzecz ARiMR baza danych, nie była sama w sobie celem, lecz środkiem (choć według Przystępującego koniecznym) do osiągnięcia rezultatu zamówienia w postaci zweryfikowanej jakości danych geoprzestrzennych pozyskiwanych przez podmioty trzecie na potrzeby systemu LPIS/GIS. Z tego względu uzyskana przez Odwołującego na jego pytanie, czy *przedmiotem prac wykonywanych przez Plan S.A. na rzecz ARiMR było wykonywanie baz danych geoprzestrzennych z danych źródłowych o wartości nie mniejszej niż 1 500 000,00 zł brutto* – odpowiedź Agencji, że wykonanie takich baz danych nie było przedmiotem dokonywanych przez nią odbiorów, nie podważa tego, że *de facto* taka baza mogła zostać wykonana, choćby przy okazji realizacji tego zamówienia. Agencja jedynie potwierdziła w ten sposób, że przedmiotem zamawianych na mocy zawartej z konsorcjum umowy usług nie było bezpośrednio *wykonywanie baz danych geoprzestrzennych z danych źródłowych*. Natomiast Odwołujący w żaden konkretny sposób nie był w stanie krytycznie odnieść się do powyżej przytoczonych szczegółowych wywodów Przystępującego, a także

18

Sygn. akt KIO 179/13

złożonych wraz z pismem dowodów z dokumentacji postępowania prowadzonego przez ARiMR, zmierzających do wykazania, że wykonanie takiej bazy danych było wręcz konieczne z uwagi na szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (tzn. warunki techniczne). Z kolei za podsumowaniem stanowiska Agencji, która nigdy wprost nie podważyła, że w toku realizacji zamówienia mogła zostać wykonana baza danych, jest pismo uzyskane przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania. Zamawiający zapytał: po pierwsze – *czy w ramach realizacji przedmiotowej umowy ww. konsorcjum opracowało i wdrożyło zestaw narzędzi do kontroli danych geograficznych i wektorowych LPIS oraz raportowania błędów w postaci bazy danych geoprzestrzennych wykorzystując ortofotomapy, mapy topograficzne oraz dane pochodzące z rejestrów publicznych*; po drugie – *czy opracowana i wdrożona baza danych geoprzestrzennych w postaci zestawu narzędzi do kontroli danych geograficznych i wektorowych LPIS oraz raportowania błędów (jeśli ją opracowano i wdrożono) była zgodna z wymogami określonymi w rozdziale XVIII.6 SIWZ znak DPZP-2610-51/2008 (oznaczenie postępowania prowadzonego przez Agencję)*. Agencja nie potwierdziła wprost faktu wykonania bazy, wskazała jednak, że konsorcjum w ramach umowy *opracowało i wdrożyło zestaw narzędzi do kontroli danych geograficznych i wektorowych LPIS oraz raportowania błędów spełniający wszystkie wymagania Zamawiającego zawarte w Warunkach Technicznych, stanowiących Załącznik nr 1 do przedmiotowej umowy oraz Warunkach technicznych realizacji zamówienia dla Wykonawców LPIS, a w szczególności* – po czym obszernie zacytowano te wymagania. Jednocześnie Agencja potwierdziła, że opracowany i wdrożony zestaw narzędzi do kontroli danych graficznych i wektorowych LPIS oraz raportowania danych był zgodny z wymaganiami rozdziału, o który pytał Zamawiający. Izba zważyła, że Zamawiający w ten sposób formułując pytania samodzielnie dokonał oceny zgodnej ze stanowiskiem Przystępującego, że dla spełnienia tych wymagań konieczne było wykonanie bazy danych. Natomiast Odwołujący nie był w stanie w toku postępowania odwoławczego podważyć zasadności tej oceny. Odwołujący nie podważał również okoliczności, że zamówienie na rzecz Agencji zostało wykonane należycie. Tym samym nie zostało wykazany brak możliwości zdobycia w toku realizacji tego zamówienia wiedzy i doświadczenia wynikających z wykonania bazy danych geoprzestrzennych z różnych danych źródłowych.

Również zarzut złożenia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji, które miały wpływ na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, nie mógł zostać uwzględniony, gdyż opierał się niemal wyłącznie na tych samych okolicznościach, co powyższe dwa zarzuty, które okazały się niezasadne. Co do jedynej nowej okoliczności,

Sygn. akt KIO 179/13

Odwołujący nie wykazał, że podana w wyjaśnieniach na wezwanie Zamawiającego informacja – precyzująca na kwotę 2.505.190,62 zł wartość prac odpowiadających warunkowi określönemu w ppkt 1 pkt 1 pkt I § 6 s.i.w.z. – jest nieprawdziwa. Z kolei wymienione na wstępie odwołania naruszenie art. 7 ust. 1 pzp nie zostało poparte żadnymi odrębnymi okolicznościami faktycznymi, a zatem trudno w tym przypadku uznać, że został sprecyzowany w tym zakresie odrębny zarzut.

II.

Choć Izba stwierdziła niezasadność zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania Przystępującego, to znalazł potwierdzenie zarzut dokonania przez Zamawiającego nieprawidłowej oceny, że WGS84 Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia sprecyzowany w ppkt 1 pkt 1 pkt I § 6 s.i.w.z., gdyż Wykonawca ten nie udowodnił, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia udostępnianymi przez inny podmiot – Plan S.A. z siedzibą w Warszawie. Przystępujący sam podkreślał podczas rozprawy, że Zamawiający mógł oceniać spełnianie warunków udziału w postępowaniu wyłącznie na podstawie informacji, które mu przedstawili wykonawcy. Izba zważyła, że Przystępujący nie przedstawił Zamawiającemu dokumentów dowodzących, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia udostępnianymi przez inny podmiot w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganej na mocy przywołanego warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Choć Zamawiający nawet nie przywołał w s.i.w.z. powyższej regulacji, nie było sporne pomiędzy uczestnikami postępowania odwoławczego, że nie oznacza to braku możliwości powoływania się przez wykonawców dla wykazania spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu na potencjał innych podmiotów. Izba zważyła, że art. 26 ust. 2b pzp wskazując na taką możliwość, nie podaje jednocześnie w sposób wyczerpujący sposobu w jaki wykonawca ma postąpić dla osiągnięcia tego celu. Z przepisu wynika konieczność udowodnienia zamawiającemu przez wykonawcę, że będzie dysponował takimi zewnętrznymi zasobami, na które się powołuje. Art. 26 ust. 2b pzp wskazuje również,

Sygn. akt KIO 179/13

że może to być w szczególności wskazany wprost w tym przepisie środek dowodowy w postaci pisemnego zobowiązania innego podmiotu, który ma takie zasoby, jakich potrzebuje wykonawca, i zgadza się na ich udostępnienie temu wykonawcy. Z uwagi na różny charakter stosunków, które mogą łączyć wykonawcę z podmiotem trzecim, a także zróżnicowany charakter zasobów podlegających udostępnieniu, przepis art. 26 ust. 2b nie może precyzyjnie określać uniwersalnej treści takiego zobowiązania, która niezależnie od okoliczności gwarantowałaby skuteczne wykazanie przez wykonawcę możliwości polegania na zasobach innego podmiotu niezbędnych do wykonania zamówienia. Izba podziela stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Gdańsku, który w uzasadnieniu wyroku z 25 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 315/11) zwrócił uwagę na to, że przekazanie potencjału musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia. Wobec tego złożenie ogólnego oświadczenia, bez wykazania, w jaki sposób udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi, jest z całą pewnością niewystarczające do stwierdzenia, że wykonawca wykazał spełnienie warunków zamówienia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego na ma jednak podstaw prawnych aby skuteczność wykazania rzeczywistego charakteru przekazania potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia uzależniać od tego, czy podmiot trzeci będzie brał udział w wykonywaniu

zamówienia jako podwykonawca czy też w innym charakterze.

Izba zważyła, że z treści załączonego do oferty dokumentu *Zobowiązanie innych podmiotów* z 3 października 2012 r. wynika zgoda spółki Plan na przekazanie dokumentów dotyczących wykonanego należycie zamówienia w celu umożliwienia WSG84 potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w § 6 pkt I.1.1) s.i.w.z. Wbrew twierdzeniom Przystępującego w treści przedstawionego zobowiązania nie sprecyzowano żadnych innych konkretów odnośnie deklarowanego przez Plan S.A. udostępnienia swojej wiedzy i doświadczenia przez cały okres realizacji zamówienia przez WSG84. W szczególności pozostałe zobowiązania spółki Plan dotyczą udostępnienia przez nią innych jej zasobów: po pierwsze – potencjału osobowego w postaci 10 wskazanych z imienia i nazwiska pracowników posiadających doświadczenie i kwalifikacje wymagane na mocy warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, oraz po drugie – bliżej niesprecyzowanego (w treści tego dokumentu) potencjału technicznego odpowiadającego treści warunku udziału określonego w tym zakresie w s.i.w.z. Należy zauważyć, że wykazanie polegania na tych zasobach przez WSG84 nie było przedmiotem zarzutów odwołania. Przystępujący nie może również opierać wykazania udostępnienia niezbędnej wiedzy i doświadczenia na fakcie wskazania w ofercie, że zamierza przy

21

Sygn. akt KIO 179/13

wykonywaniu zamówienia określone prace zamierza powierzyć podwykonawcom. Oferta w tym zakresie była przedmiotem wezwania ze strony Zamawiającego, a Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach doprecyzował, że *de facto* całość prac będzie powierzona podwykonawcom. Wbrew temu sugeruje Przystępujący z oferty, ani z wyjaśnień nie wynikało że tym podwykonawcą będzie właśnie spółka Plan, wręcz konsekwentnie wskazywano na podwykonawców, bez ich bliższego sprecyzowania. Ponadto w ocenie Izby skoro nic nie wiadomo o tym, aby spółki WSG84 i Plan były ze sobą w jakiś sposób powiązane, o tym, czy i w jakim charakterze zamierza uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w sposób wiążący mógłby wypowiedzieć się tylko podmiot trzeci, a nie Przystępujący.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 3 pzp, które miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia. Z tego względu Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy pzp, a także na podstawie § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Przystępującego zgłaszającego przeciw kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się uiszczony przez Odwołującego wpis oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości wynikającej ze złożonego do zamknięcia rozprawy rachunku, zgodnie z § 3 pkt 2 lit b rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

.....

22