

Sygn. akt: KIO 2478/12; KIO 2481/12; KIO 2488/12

WYROK

z dnia 23 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 9 listopada 2012 r. przez wykonawcę **BMT Argoss sp. z o.o. w Gdańsku** (sygn. akt KIO 2478/12),
- B. dniu 9 listopada 2012 r. przez wykonawcę **Intergraph Polska sp. z o.o. w Warszawie** (sygn. akt KIO 2481/12),
- C. dniu 9 listopada 2012 r. przez wykonawcę **GIS Partner sp. z o.o. we Wrocławiu** (sygn. akt KIO 2488/12)

w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gdańsku**

- A. przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Sprint S.A. w Gdańsku i SHH sp. z o.o. we Wrocławiu**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2478/12, KIO 2481/12, KIO 2488/12 po stronie zamawiającego,
- B. przy udziale wykonawcy **BMT Argoss sp. z o.o. w Gdańsku**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2488/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2478/12 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego - wykonawcy **BMT Argoss sp. z o.o. w Gdańsku** oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego,
2. oddała odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2481/12,
3. uwzględni odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2488/12 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego - wykonawcy GIS Partner sp. z o.o. we Wrocławiu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego,

4. kosztami postępowania w sprawach o sygn. akt KIO 2478/12 i KIO 2488/12 obciąża **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gdańsku**, zaś kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2481/12 obciąża wykonawcę **Intergraph Polska sp. z o.o. w Warszawie** i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45.000 zł 00 gr** (słownie: czterdziestu pięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **BMT Argoss sp. z o.o. w Gdańsku**, wykonawcę **Intergraph Polska sp. z o.o. w Warszawie** oraz wykonawcę **GIS Partner sp. z o.o. we Wrocławiu** tytułem wpisów od odwołań,
 - 4.2. zasądza od **Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Gdańsku** na rzecz wykonawcy **BMT Argoss sp. z o.o. w Gdańsku** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 4.3. zasądza od wykonawcy **Intergraph Polska sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz **Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Gdańsku** kwotę **3.595 zł 29 gr** (słownie: trzech tysięcy pięciuset dziewięćdziesięciu pięciu złotych dwudziestu dziewięciu groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 4.4. zasądza od **Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Gdańsku** na rzecz wykonawcy **GIS Partner sp. z o.o. we Wrocławiu** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gdańsku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „budowa geoportalu o nazwie GeoSMoRP na potrzeby zadania SMoRP”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 lipca 2012 r., nr 2012/S 141-236149.

W dniu 31 października 2012 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sprint S.A. w Gdańsku i SHH sp. z o.o. we Wrocławiu. W tym samym dniu zamawiający zawiadomił również o wykluczeniu z udziału w postępowaniu wykonawcy Intergraph Polska sp. z o.o. w Warszawie, a także o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę BMT Argoss sp. z o.o. w Gdańsku i oferty złożonej przez wykonawcę GIS Partner sp. z o.o. we Wrocławiu.

W dniu 9 listopada 2012 r. odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli wykonawcy: BMT Argoss sp. z o.o. w Gdańsku, Intergraph Polska sp. z o.o. w Warszawie, GIS Partner sp. z o.o. we Wrocławiu. Postępowania odwoławcze toczące się na skutek wniesionych odwołań oznaczono odpowiednio: sygn. akt KIO 2478/12, sygn. akt KIO 2481/12, sygn. akt KIO 2488/12.

Odwołujący BMT Argoss sp. z o.o. w Gdańsku wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu złożonej przez siebie oferty. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że treść złożonej przez niego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący BMT Argoss sp. z o.o. w Gdańsku wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia swojej oferty,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

a także o zasądzenie od zamawiającego na swoją rzecz kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący BMT Argoss sp. z o.o. w Gdańsku argumentował, że w koncepcji rozwiązania informatycznego, którą złożył wraz z ofertą, „proponuje systemów

zabezpieczeń i ochrony danych" zostały zamieszczone na str. 40 dokumentu. Projekt zakładał dostarczenie oprogramowania komputerowego wraz z odpowiednimi skryptami, który dokonywałby cyklicznej archiwizacji danych, oraz dostarczenie i instalację oprogramowania antywirusowego i firewall dla serwera i stacji desktop, a także konfigurację ochronnej zapory systemu Windows. Wywodził także, że przedstawił zamawiającemu opis funkcjonowania systemu zabezpieczeń i ochrony danych w rozdziale 8 koncepcji systemu informatycznego. Ponadto, uzupełniający opis działania systemu zabezpieczeń i ochrony danych został zawarty w rozdziale 3 (wykaz sprzętu i oprogramowania) oraz rozdziale 4 koncepcji (charakterystyka). Wobec powyższego argumentował, że zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia złożonej oferty z powodu braku w ofercie odwołującego „propozycji systemów zabezpieczeń i ochrony danych”.

Odwołujący BMT Argoss podniósł ponadto, że treść SIWZ przygotowana przez zamawiającego nie nakładała na wykonawcę obowiązku wydzielenia strefy DMZ (Demilitarized zone) i wykorzystania dodatkowych usług IDS/IPS, a więc odrzucenie oferty odwołującego z tego powodu jest niezasadne.

Wywodził również, że wbrew uzasadnieniu rozstrzygnięcia o odrzuceniu oferty jednak zamieścił wykaz sprzętu i oprogramowania niezbędnego do wdrożenia i funkcjonowania systemu w rozdziale 3 koncepcji systemu GeoSMoRP. Poinformował w koncepcji, iż cele systemu mogą zostać osiągnięte przy użyciu sprzętu informatycznego znajdującego się w dyspozycji zamawiającego, a posiadane przez zamawiającego oprogramowanie typu GIS jest niepotrzebne do realizacji zamówienia. Natomiast opis i charakterystyka koncepcji rozwiązania informatycznego, w tym także graficzny schemat obrazujący relacje między sprzętem, oprogramowaniem i użytkownikami systemu, zostały przez odwołującego zawarte w rozdziałach 3, 4 i 8 koncepcji systemu informatycznego.

W związku z powyższym wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Odwołujący Intergraph Polska sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu, a także wobec czynności wyboru – jako najkorzystniejszej – oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sprint S.A. O/Gdańsk i SHH sp. z o.o. we Wrocławiu. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, a także art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w oparciu o kryteria oceny ofert określone w SIWZ.

Odwołujący Intergraph Polska wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a

także dokonania czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego Intergraph Polska.

Odwołujący argumentował, iż złożył wraz z ofertą gwarancję bankową, która w pełni zabezpieczała roszczenie zamawiającego na wypadek wystąpienia okoliczności określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Wywodził, że nie stoi w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp, aby żądanie do uiszczenia wadium zostało dokonane w określonej formie w szczególności poprzez potwierdzenie podpisów przez bank prowadzący rachunek zamawiającego. Co więcej, stawianie przez zamawiającego wymogu, aby takiego zapisu nie zawierać w gwarancji stanowi naruszenie przepisu art. 45 ustawy Pzp, albowiem jest to wymóg na który ustawodawca nie dał zamawiającym przyzwolenia. Rozszerzająca wykładnia przepisu art. 45 ustawy Pzp byłaby niebezpieczna dla wykonawców, ponieważ umożliwiałyby zamawiającym takie kształtowanie warunków wnoszenia wadiów, które uniemożliwiłyby skorzystanie z innych niż pieniężna form wnoszenia wadium, określonych w art. 45 ust. 6 ustawy Pzp. Podniósł, że złożona przez niego gwarancja bankowa opatrzona została klauzulą wskazującą, że gwarant zobowiązuje się zapłacić określoną sumę pieniędzy "nieodwołalnie" i "bezwarunkowo", zawierała prawidłowy termin obowiązywania, wskazywała odwołującego Intergraph Polska i zamawiającego, prawidłowe postępowanie przetargowe, prawidłową wartość, a ponadto warunki wypłaty określone w art. 46 ust. 4b i 5 ustawy Pzp. Zapis odnoszący się do formy złożenia żądania (za pośrednictwem banku) w żaden sposób nie powoduje nieważności gwarancji, forma jest ogólnie przyjęta w obrocie bankowym, a Narodowy Bank Polski świadczy usługi potwierdzania zgodności podpisów ze wzorami kart podpisów. Natomiast klauzula dotycząca potwierdzenia, czy podpisy widniejące na żądaniu zapłaty kwoty gwarancji to podpisy zgodne z kartą wzorów podpisów do standardowa klauzula stosowana przez banki, służąca uwierzytelnieniu osób uprawnionych do reprezentowania w zakresie żądania.

W związku odwołujący Intergraph Polska z powyższym wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Odwołujący GIS Partner sp. z o.o. we Wrocławiu wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności odrzucenia przez zamawiającego złożonej przez siebie oferty,
- 2) czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Sprint S.A. O/Gdańsk i SHH sp. z o.o. we Wrocławiu,
- 3) zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy BMT Argoss sp. z o. o. w Gdańsku.

Odwołujący GIS Partner zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie wyrażające się w uznaniu przez zamawiającego, iż oferta złożona przez odwołującego GIS Partner nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp polegające na udzieleniu zamówienia wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia Sprint S.A. O/Gdańsk i SHH sp. z o.o. we Wrocławiu,
- 3) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy BMT Argoss sp. z o.o., mimo że wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu,
- 4) ewentualnie, w razie nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w punkcie 3 - naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy BMT Argoss sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, mimo że złożone wraz z ofertą dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący GIS Partner wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego; nakazanie powtórzenia czynności oceny, w tym oferty odwołującego, z uwzględnieniem oceny koncepcji rozwiązania informatycznego przedstawionej przez odwołującego; nakazanie wykluczenia z postępowania wykonawcy BMT Argoss sp. z o.o.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący GIS Partner argumentował, że złożona przez niego koncepcja rozwiązania informatycznego zawierała wszystkie elementy wymagane zgodnie z zapisami SIWZ, w tym propozycję systemów zabezpieczeń i ochrony danych.

Wskazał, że w rozdziale 5, na stronach 121-123 złożonej przez siebie koncepcji rozwiązania informatycznego znajdował się szczegółowy opis proponowanych przez systemów zabezpieczeń i ochrony danych. Wymienił jakie aspekty zabezpieczeń zostały w tym rozdziale opisane. Ponadto zwrócił uwagę, że problematyka bezpieczeństwa systemu została ujęta także w ramach opisu usług aplikacyjnych, czyli wyodrębnionych części systemu, realizujących pewne funkcje (punkt 2.1.2.4, s. 13-14 koncepcji rozwiązania). Poszczególne usługi aplikacyjne zostały powiązane z produktami (w szczególności z oprogramowaniem) oferowanymi przez odwołującego. Opis tych powiązań został umieszczony w punkcie 2.1.3 koncepcji, w szczególności w punktach 2.1.3.3 i 2.1.3.4 (s. 22-23 koncepcji rozwiązania). W oparciu o powyższe wywodził, że opis systemu zabezpieczeń i ochrony danych, uwzględniający także odniesienie do poszczególnych produktów

oferowanych przez odwołującego, został ujęty w treści koncepcji rozwiązania informatycznego. Nie było zatem podstaw do uznania, że takiego opisu brakuje.

Odwołujący GIS Partner wywodził, iż zamawiający rozdzielił wymagania dotyczące samego systemu od wymagań dotyczących treści koncepcji rozwiązania. Wymagania dotyczące systemu zostały ujęte w załączniku nr 3 do SIWZ, w rozdziałach od 1 do 8. Z kolei wymagania dotyczące koncepcji zostały sformułowane w załączniku nr 3 do SIWZ, w rozdziale 9 (powtarzającym brzmienie Działu XV pkt 3 głównego dokumentu SIWZ). Lektura wymagań dotyczących koncepcji prowadzi do wniosku, że odsyłają one do wymagań odnośnie systemu tylko w jednym miejscu: Zamawiający oczekuje, że w koncepcji zostanie ujęta propozycja oprogramowania i niezbędnego do wdrożenia i funkcjonowania systemu, sprzętu, które będą spełniać założenia elementów wymienionych w Części III SIWZ - Opisie przedmiotu zamówienia, Rozdział 3. Rozdział ten zatytułowany jest Podstawowe elementy i zadania systemu i obejmuje szereg wymagań funkcjonalnych, ujętych na s. 6-12 opisu przedmiotu zamówienia, przy czym żadne z tych wymagań nie odnosi się do kwestii bezpieczeństwa. Tymczasem w treści uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający powołuje się na wymagania zawarte w Części III SIWZ, rozdziale 2 (Zadania Wykonawcy i założenia zamówienia), które odnoszą się do czynności wdrożenia systemu GeoSMoRP, a tym samym wykonawca powinien spełnić je na etapie realizacji zamówienia. Nie odnosi się jednak do treści koncepcji rozwiązania. Przedmiotowe wymaganie nie może być podstawą zarzutu kierowanego przeciwko koncepcji rozwiązania.

Odnosząc się do zarzutu braku informacji na temat wydzielonej strefy DMZ albo usług IDS/IPS, odwołujący GIS Partner wywiódł, że SIWZ w żadnym miejscu nie określała, iż system zabezpieczeń i ochrony danych powinien uwzględniać wydzielenie strefy DMZ oraz, że wykonawca musi wykorzystać dodatkowe usługi IDS/IPS. Brak też wymagania, aby informacje na temat strefy DMZ lub usług IDS/IPS zostały ujęte w koncepcji rozwiązania. Formułując wymagania co do zawartości koncepcji w odniesieniu do bezpieczeństwa, zamawiający wskazał jedynie (w trzech miejscach SIWZ), że powinna znaleźć się w niej propozycja systemów zabezpieczeń i ochrony danych. Nie sformułowano żadnych wymogów co do obligatoryjnych elementów koncepcji w tym zakresie bezpieczeństwa. Co więcej, bliższych wymogów nie określono także dla samego systemu GeoSMoRP. Zamawiający ograniczył się do ogólnego zwrotu w załączniku nr 3 do SIWZ, rozdział II, wedle którego zabezpieczenia mają być wykonane w miarę dostępnych technologii.

Nawet jeśli, w ramach dokonywanej przez zamawiającego subiektywnej oceny koncepcji rozwiązania, uznał on, że wykonawca w zakresie opisu systemu zabezpieczeń i ochrony danych winien opisać także wydzielenie strefy DMZ (Demilitarized zone) oraz wykorzystanie dodatkowych usług IDS/IPS, ocena ta może mieć wyłącznie wpływ na liczbę przyznanych punktów - w podkryterium systemów zabezpieczeń i ochrony danych od 1 do

10 punktów - nie stanowi zaś podstawy do odrzucenia oferty, gdyż taka czynność możliwa jest jedynie w razie braku informacji o elemencie podlegającym ocenie, którą to informację przedłożona koncepcja rozwiązania informatycznego niewątpliwie zawiera.

W konsekwencji odwołujący GIS Partner zarzucił także, że wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sprint S.A. i SHH sp. z o.o., nastąpił niezgodnie z przepisami ustawy, tj. przy nieuprawnionym odrzuceniu oferty odwołującego.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy BMT Argoss, odwołujący GIS Partner podniósł, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, opisanego przez zamawiającego w dziale VIII pkt 1 ppkt 1 tir. pierwsze SIWZ. Wywodził, że, iż złożonego przez wykonawcę protokołu zdawczo-odbiorczego z dnia 22 czerwca 2012 r. nie wynika, aby realizacja wykazywanej usługi – projektu Mapa Akustyczna Miasta Bydgoszczy, zakończyła się. Nie wynika też, aby zleceniodawca miał odebrać przedmiot umowy. Punkt 7 tego dokumentu przewiduje, że zamawiający będzie miał czas na weryfikację przekazanych materiałów. W treści tego dokumentu brak jakiegokolwiek potwierdzenia, że opisana w nim usługa została wykonana należycie. Wspomina się w nim o korektach, które mogłyby być wprowadzane przez wykonawcę do dnia 25 lipca 2012 r. Z protokołu załączonego do oferty ponadto wynikało, że zakończyła się jedynie realizacja I etapu. Wykonanie II etapu prac ma trwać zaś do 15 grudnia 2012 r.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Sprint S.A. O/Gdańsk i SHH sp. z o.o. we Wrocławiu przystąpili do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2478/12, KIO 2481/12 i KIO 2488/12 po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującym. Wnieśli o oddalenie odwołań.

Wykonawca BMT Argoss sp. z o.o. w Gdańsku przystąpił do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2488/12 po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia go z udziału w postępowaniu.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołań.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, oferty złożone przez odwołujących, odwołania, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, zeznania świadka, jak również biorąc pod uwagę

oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczone od nich wpisy. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołań określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez każdego z odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Wykonawcy ci zostali wykluczeni, względnie złożone przez nich oferty zostały odrzucone. Natomiast oferta wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza była - na podstawie kryteriów oceny ofert – ofertą mniej korzystną od każdej z ofert złożonych przez odwołujących. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp wykluczył odwołującego, względnie odrzucił złożoną przez jednego z odwołujących ofertę, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia tej czynności, czego efektem może być wybór oferty jednego z odwołujących jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

- 1. Zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią części I SIWZ - Rozdziału XV ust. 3 lit. f pkt 4 oraz części III SIWZ – rozdziału 2, założenia podstawowe, tiret dziesiąte i dwunaste (postępowania odwoławcze oznaczone sygn. akt KIO 2478/12 i sygn. akt KIO 2488/12)**

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Stosownie do postanowienia Rozdziału XV Części I SIWZ „Opis sposobu przygotowania ofert”, ppkt 3 „zawartość oferty”, lit. f, wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą koncepcję rozwiązania informatycznego. Koncepcja ta miała obejmować m.in. „propozycję systemów zabezpieczeń i ochrony danych”. Analogiczne postanowienia co do zawartości koncepcji rozwiązania informatycznego powtórzono w pkt 9 Części III SIWZ.

Ponadto, stosownie do postanowienia Rozdziału XX „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert”, jednym z kryteriów oceny ofert była „koncepcja rozwiązania informatycznego”. W ramach tego kryterium istniało podkryterium „Funkcjonalność przedstawionego w koncepcji systemu”, w którym jedną z ocenianych cech był „system zabezpieczeń i ochrony danych”.

Zamawiający przewidział także, że „brak informacji dot. któregośkolwiek z podlegającym ocenie elementu powoduje uzyskanie za ten element „0” pkt co skutkować będzie odrzuceniem oferty.”

Ustalono także, że w części III SIWZ (opis przedmiotu zamówienia), w rozdziale 2, zatytułowanym „zadania wykonawcy i założenia zamówienia”, w części „założenia podstawowe”, w tiret dziesiątym zamawiający zastrzegł, iż „wykonawca zabezpieczy system GeoSMoRP przed skutkami zagrożeń z internetu w miarę dostępnych technologii, oraz zapewni narzędzia do zabezpieczenia i ochrony danych”. Z kolei w tiret dwunastym zastrzeżono, że „wykonawca zaproponuje i wdroży całościowe rozwiązanie informatyczne/techniczne (sprzęt, oprogramowanie), które będzie spełniało założenia elementów wymienionych w punkcie 3, Wykonawca może wykorzystać posiadane przez Zamawiającego licencje na oprogramowanie typu GIS.

Odwołujący BMT Argoss i odwołujący GIS Partner złożyli wraz z ofertą koncepcje rozwiązania informatycznego. Odwołujący BMT Argoss „propozycje systemów zabezpieczeń i ochrony danych” zamieścił na str. 40 swego opracowania. Propozycja ta zakładała dostarczenie oprogramowania komputerowego wraz z odpowiednimi skryptami, który dokonywałby cyklicznej archiwizacji danych, oraz dostarczenie i instalację oprogramowania antywirusowego i firewall dla serwera i stacji desktop, a także konfigurację ochronnej zapory systemu Windows. Uzupełniający opis działania systemu zabezpieczeń i ochrony danych został zawarty w rozdziale 3 koncepcji (wykaz sprzętu i oprogramowania) oraz rozdziale 4 koncepcji (charakterystyka). Odwołujący nie wskazał w swojej koncepcji na wydzielenie strefy DMZ (Demilitarized zone) oraz wykorzystanie dodatkowych usług IDS/IPS.

Z kolei odwołujący GIS Partner w rozdziale 5, złożonej przez siebie koncepcji rozwiązania informatycznego zawarł opis proponowanych systemów zabezpieczeń i ochrony danych. Uwzględniał on takie aspekty, jak model uprawnień i ról dostępu do funkcjonalności aplikacji, poprawność operacji edycyjnych, dostęp do danych na poziomie aplikacji w kontekście widocznych warstw mapowych oraz widoczności danych osobowych oraz na poziomie bazy danych, a także dostęp do serwisów mapowych. Problematyka bezpieczeństwa systemu została ujęta także w ramach opisu usług aplikacyjnych, czyli wyodrębnionych części systemu, realizujących pewne funkcje (punkt 2.1.2.4, s. 13-14

koncepcji rozwiązania). Ponadto poszczególne usługi aplikacyjne zostały powiązane z produktami (w szczególności z oprogramowaniem) oferowanymi przez odwołującego. Opis tych powiązań został umieszczony w punkcie 2.1.3 koncepcji, w punktach 2.1.3.3 i 2.1.3.4 (s. 22-23 koncepcji rozwiązania). Odwołujący GIS Partner nie wskazał w swojej koncepcji na wydzielenie strefy DMZ (Demilitarized zone) oraz wykorzystanie dodatkowych usług IDS/IPS.

Zamawiający odrzucił oferty obu odwołujących, uznając, że ich treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Niezgodność ta miała dotyczyć przywołanej wyżej części I SIWZ - Rozdziału XV ust. 3 lit. f pkt 4 oraz części III SIWZ – rozdziału 2, założenia podstawowe, tiret dziesiąte i dwunaste (uzasadnienia czynności odrzucenia ofert obu odwołujących, w pismach zamawiającego z 31 października 2012 r.). Uznał, że przedstawione przez obu wykonawców koncepcje rozwiązania informatycznego nie zawierają „propozycji systemów zabezpieczeń i ochrony danych”. Zdaniem zamawiającego, ponieważ projektowany system będzie udostępniał dane w sieci Internet, zaś zewnątrzni użytkownicy będą mogli łączyć się z systemem z zewnętrznej sieci Internet, wykonawcy obowiązani byli wydzielić strefę DMZ (demilitarized zone) oraz wykorzystać dodatkowe usługi IDS/IPS.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzuty obu odwołujących potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Izba stwierdziła, że złożone przez obu wykonawców koncepcje rozwiązania informatycznego zawierały minimalne wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ, w obszarze systemu zabezpieczeń i ochrony danych.

Minimalne wymagania dotyczące zawartości koncepcji rozwiązania informatycznego wynikały z pkt 9 części III SIWZ i pkt XV Części I SIWZ. Jednym z tych wymogów było przedstawienie „propozycji systemu zabezpieczeń i ochrony danych”. Jakość tej propozycji miała być oceniana w kryterium koncepcji rozwiązania informatycznego, podkryterium „funkcjonalność” w skali od 1- do 10. W świetle rozdziału XX SIWZ jedynie brak informacji dotyczącej podlegającemu ocenie elementu skutkować miał odrzuceniem oferty.

W pierwszej kolejności podkreślania wymaga duża lakoniczność SIWZ co do zawartości owej „propozycji systemu zabezpieczeń i ochrony danych”. Koncepcja miała obejmować 5 elementów (charakterystyka, wykaz sprzętu i oprogramowania, wprowadzanie danych do systemu przez stronę www, propozycja systemu zabezpieczeń i ochrony danych, kosztorys utrzymania systemu GeoSMoRP). Na uwagę zasługiwało to, że w przeciwieństwie do innych elementów koncepcji zamawiający nie sformułował żadnych wymagań odnośnie elementu „propozycja systemów zabezpieczeń i ochrony danych”. Natomiast wymagania

dotyczące zawartości pozostałych elementów składających się na koncepcję zostały wyraźnie wyartykułowane. W ocenie Izby to owa lakoniczność SIWZ co do zawartości propozycji systemów zabezpieczeń i ochrony danych była pierwotnym źródłem sporu pomiędzy zamawiającym a wykonawcami. Dopiero w trakcie rozprawy zamawiający ujawnił co rozumie poprzez propozycję systemu zabezpieczeń i ochrony danych. Wyjaśnił, że rozumie przez to całościowe rozwiązanie opisujące zabezpieczenia systemu GeoSMoRP przed skutkami zagrożeń z internetu na które składają się następujące elementy: system operacyjny, zaporę, system antywirusowy, system back-up, system logowania, system weryfikacji i identyfikacji. W konsekwencji zamawiający uważał również, że obaj wykonawcy mieli obowiązek wydzielić strefy DMZ (demilitarized zone) oraz wykorzystać dodatkowe usługi IDS/IPS, które to elementy powinny zabezpieczać sieć wewnętrzną zamawiającego przed zagrożeniami z internetu. Jednakże za taką interpretacją nie przemawiały postanowienia SIWZ. W szczególności do przyjęcia takiej szerokiej wykładni pojęcia „propozycji” niewystarczająca była jedynie ogólna definicja systemu GeoSMoRP znajdująca się na stronie 1 części III SIWZ.

Według Izby sporne postanowienia SIWZ można było zrozumieć tak jak obaj odwołujący, a mianowicie, że przedmiotem propozycji systemów zabezpieczeń i ochrony danych miał być wyłącznie opis systemu zabezpieczeń w warstwie danych, a nie również opis zabezpieczeń w warstwie sieciowej. Odwołujący GIS Partner słusznie zwrócił uwagę, że zamawiający formułował w SIWZ odrębnie wymagania dotyczące koncepcji rozwiązania informatycznego, a odrębnie wymagania w zakresie samego systemu, które mogą być spełnione na etapie jego wdrożenia. Wymagania dotyczące elementów koncepcji i ich minimalnej zawartości wynikały wyłącznie z Rozdziału XV SIWZ i pkt 9 części III SIWZ. Brak było w nich całościowego odesłania do części III SIWZ, w szczególności do rozdziału 2 części III SIWZ (Zadania Wykonawcy i założenia zamówienia) opisującego system.

Jednakże, nawet gdyby wziąć pod uwagę przy ocenie zawartości koncepcji postanowienia rozdziału 2 części III SIWZ, to nie wynikało z nich w sposób jednoznaczny, że propozycja miała obejmować również opis zabezpieczeń przed zagrożeniami z internetu. Na uwagę zasługiwało bowiem to, że zamawiający rozróżniał w części III rozdział 2 tiret dziesiąte SIWZ pojęcia „zabezpieczenia systemu GeoSMoRP przed zagrożeniem z Internetu” oraz „narzędzie do zabezpieczenia i ochrony danych”. Skoro koncepcja miała obejmować jedynie „propozycje systemu zabezpieczeń i ochrony danych”, to uzasadnionym było przypuszczenie wykonawców, że zamawiający oczekuje opisu jedynie owych narzędzi, systemów służących ochronie danych, a nie dodatkowo opisu zabezpieczeń systemu przez zagrożeniem z internetu. W konsekwencji też obaj wykonawcy nie przedstawili w koncepcji informacji na temat wydzielonej strefy DMZ oraz wykorzystania dodatkowych usług IDS/IPS, które to elementy służą zabezpieczeniu sieci wewnętrznej przed zagrożeniami z Internetu.

Izba oceniając sporne postanowienia SIWZ podzieliła tym samym wyrażane wielokrotnie w orzecznictwie stanowisko, że niejednoznaczne wymogi interpretuje się na korzyść wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, nie można było zgodzić się z zamawiającym, że koncepcje przedstawione przez odwołujących BMT Argoss i GIS Partner nie zawierały w ogóle propozycji systemów zabezpieczeń i ochrony danych. Odwołujący GIS Partner zawarł w swej koncepcji w rozdziale 5, opis systemów zabezpieczeń i ochrony danych. Propozycja ta określała model uprawnień i ról dostępu do funkcjonalności aplikacji, poprawność operacji edycyjnych, dostęp do danych na poziomie aplikacji w kontekście widocznych warstw mapowych oraz widoczności danych osobowych oraz na poziomie bazy danych, a także dostęp do serwisów mapowych. Problematyka bezpieczeństwa systemu została ujęta także w ramach opisu usług aplikacyjnych, czyli wyodrębnionych części systemu, realizujących pewne funkcje (punkt 2.1.2.4, s. 13-14 koncepcji rozwiązania). Poszczególne usługi aplikacyjne zostały powiązane z produktami (w szczególności z oprogramowaniem) oferowanymi przez odwołującego. Opis tych powiązań został umieszczony w punkcie 2.1.3 koncepcji, w szczególności w punktach 2.1.3.3 i 2.1.3.4 (s. 22-23 koncepcji rozwiązania).

Z kolei propozycja wykonawcy BMT Argoss dotycząca „opisu systemów zabezpieczeń i ochrony danych” została zamieszczona na str. 40 złożonej przez niego koncepcji. Zakładała dostarczenie oprogramowania komputerowego wraz z odpowiednimi skryptami, który dokonywałby cyklicznej archiwizacji danych, oraz dostarczenie i instalację oprogramowania antywirusowego i firewall dla serwera i stacji desktop, a także konfigurację ochronnej zapory systemu Windows.

Nie można więc zgodzić się z zamawiającym, że propozycji systemu zabezpieczeń i ochrony danych w obu koncepcjach w ogóle zabrakło, a tylko takie ustalenie uprawniało do odrzucenia ofert, jako niezgodnych z treścią SIWZ. W konsekwencji Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i nakazała unieważnienie czynności odrzucenia ofert złożonych przez obu odwołujących.

2. Zarzut naruszenia 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż odwołujący Intergraph Polska nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert (postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 2481/12)

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Stosownie do postanowienia Rozdziału XIII SIWZ (wymagania dotyczące wadium) zamawiający wymagał wniesienia przez wykonawców wadium w wysokości: 30.000,00 złotych.

W przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji zamawiający zastrzegł, iż *nie może zawierać w swej treści wymogu przedstawienia żądania zapłaty kwoty gwarancji za pośrednictwem / po potwierdzeniu banku prowadzącego rachunek Zamawiającego (stwierdzającym, że figurujące na nim podpisy zostały złożone przez osoby uprawnione do reprezentowania Zamawiającego)* (Rozdział XIII, pkt 4 ppkt 7 SIWZ).

Rachunki bankowe zamawiającego prowadzi Narodowy Bank Polski Oddział w Gdańsku. Zgodnie z §11 uchwały nr 34/2004 Zarządu Narodowego Banku Polskiego z 9 lipca 2004 r. w sprawie prowadzenia „regulaminu otwierania i prowadzenia przez NBP rachunków bankowych w złotych z wykorzystaniem bankowości elektronicznej oraz wzoru umowy rachunku bankowego”, „Oddział NBP nie poświadcza kart wzorów podpisów oraz innych dokumentów w związku z otwarciem przez posiadacza rachunku, rachunku w innym banku lub dokonywaniem przez niego innych czynności prawnych poza NBP”.

Odwołujący Intergraph Polska złożył wraz z ofertą gwarancję bankową nr FGW-PLN-ZOKK1-12-000536 z 22 sierpnia 2012 r., wystawioną przez Nordea Bank Polska S.A. w Gdyni. W treści tej gwarancji znalazło się zastrzeżenie, iż *„w celu identyfikacji, Państwa pisemne żądanie zapłaty wraz z oświadczeniem musi zostać nam przekazane kluczowaną depeszą SWIFT (kod: NDEAPLP2) lub listem poleconym/pocztą kurierską (...), za pośrednictwem banku prowadzącego Państwa rachunek, wraz z potwierdzeniem dokonany przez ten bank, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty i oświadczeniu należą do osób upoważnionych do reprezentowania Państwa spółki.”*

W dniu 31 października 2012 r. zamawiający wykluczył odwołującego Intergaph Polska z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Przywołał ww. okoliczności faktyczne i wskazał dodatkowo, że wadium nie spełnia wymogów zamawiającego odnośnie wniesienia wadium, nie jest właściwie i skutecznie wniesione, a zamawiający nie ma możliwości dysponowania wadium w okolicznościach i sposób opisany w SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Zamawiający, w Rozdziale XIII ust. 4 pkt 7 SIWZ wyłączył możliwość zamieszczenia w gwarancji wadialnej klauzuli, zgodnie z którą żądanie zapłaty mogło być skierowane do banku - gwaranta wyłącznie za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek zamawiającego, który musiałby potwierdzić iż podpisy złożone na żądaniu zostały złożone

przez osoby uprawnione do reprezentowania zamawiającego. Natomiast złożona przez odwołującego Intergraph Polska gwarancja bankowa nr FGW-PLN-ZOKK1-12-000536 z 22 sierpnia 2012 r., zawierała klauzulę, której zastosowanie zamawiający wyłączył w SIWZ. Okoliczność ta stanowiła podstawę wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

W tej sytuacji koniecznym stało się ustalenie, czy zastrzeżenie zamawiającego z Rozdziału XIII ust. 4 pkt 7 SIWZ miało charakter wiążący wykonawców. Stosownie do treści art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek zamieszczenia w SIWZ swych wymagań dotyczących wadium. Z przepisu tego wynika prawo zamawiającego do określenia podstawowych kwestii wiążących się z obowiązkiem wniesienia / wpłacenia wadium. Obejmuje ono w szczególności uprawnienie do wskazania kwoty wadium, rachunku bankowego na jaki wadium w formie pieniężnej ma zostać wpłacone, wskazanie sposobu / miejsca złożenia wadium wnoszonego w formie niepieniężnej, czy też wymogów dotyczących wadium w formie niepieniężnej. Z drugiej strony przepis ten nie może ograniczać prawa wykonawców do wniesienia wadium w formach dopuszczonych przez art. 45 ust. 6 ustawy Pzp. Nie stanowi też podstawy do formułowania takich wymagań dodatkowych, które czyniłyby możliwość wniesienia wadium w poszczególnych formach iluzoryczną.

Dostrzeżenia wymagało, że powodem dla którego zamawiający zamieścił w SIWZ sporne zastrzeżenie było to, iż wszystkie rachunki bankowe zamawiającego prowadził Narodowy Bank Polski Oddział w Gdańsku. Natomiast w myśl § 11 uchwały Nr 34/2004 Zarządu Narodowego Banku Polskiego z dnia 9.07.2004 roku w sprawie wprowadzenia „Regulaminu otwierania i prowadzenia przez NBP rachunków bankowych w złotych z wykorzystaniem Bankowości Elektronicznej oraz wzoru umowy rachunku bankowego”, *Oddział NBP nie poświadcza kart wzorów podpisów oraz innych dokumentów w związku z otwarciem przez posiadacza rachunku, rachunku w innym banku lub dokonywaniem przez niego czynności prawnych poza NBP*. W ocenie Izby, w sytuacji gdy bank, który prowadzi rachunek zamawiającego standardowo nie poświadcza kart podpisu, obowiązek wystąpienia z żądaniem zapłaty do banku – gwaranta jedynie za pośrednictwem banku zamawiającego, który poświadczy ten podpis mogło znacznie utrudnić, lub wręcz uniemożliwić zamawiającemu zaspokojenie się ze złożonej gwarancji bankowej.

Po drugie, wyłączenie klauzuli identyfikacyjnej w żaden sposób nie ograniczyło możliwości wniesienia przez wykonawcę wadium w formie gwarancji bankowej. Klauzula identyfikacyjna nie jest w ogóle elementem obowiązkowym gwarancji. Ponadto, jak słusznie wskazał zamawiający, a co potwierdzają gwarancje bankowe złożone przez innych wykonawców w postępowaniu istnieją inne sposoby poświadczenia podpisów, jak choćby poświadczenie podpisów zamawiającego przez notariusza. Zatem sporne zastrzeżenie w

SIWZ było zgodne z prawem, nie wykraczało poza dyspozycję art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Nie można było go więc uznać za nieważne na podstawie art. 58 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp jak podnosił odwołujący w trakcie rozprawy.

Zamawiający miał więc prawo – w okolicznościach danej sprawy - wyłączyć klauzulę identyfikacyjną, która by jego uprawnienie do zaspokojenia się z gwarancji istotnie ograniczała lub uniemożliwiała. Wadium wnoszone w innych formach niż pieniężna ma być bowiem substytutem wadium wpłacanego w formie pieniężnej.

Dostrzeżenia wymagało również, że odwołujący w terminach wynikających z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie kwestionował postanowień SIWZ. Nie zastosował się do wiążącego go zastrzeżenia. Co więcej, niezastosowanie się do wymogu zamawiającego miało charakter świadomy. Jak zeznała świadek, A..... S..... - pracownik Nordea Bank Polska w Gdyni, która podpisała przedmiotową gwarancję na zlecenie odwołującego Intergraph Polska, miała ona świadomość zastrzeżenia poczynionego przez zamawiającego w SIWZ, a mimo tego nie zastosowała się do niego. Takie działanie w ocenie Izby nie zasługiwało na ochronę.

W tej sytuacji Izba stwierdziła, że zamawiający wykluczając wykonawcę Intergraph Polska nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Tym samym podzielono stanowisko Izby wyrażone w wyroku z 6 lipca 2012 r. (sygn. akt KIO 1311/12, 1320/12). Izba w przywoływanym wyroku, na tle identycznego stanu faktycznego, opowiedziała się za skutecznością poczynionego w SIWZ zastrzeżenia i nakazała wykluczenie z postępowania wykonawcy.

3. Zarzut naruszenia 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy BMT Argoss z powodu nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, opisanego przez zamawiającego w dziale VIII pkt 1 ppkt 1 tir. pierwsze SIWZ (postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 2488/12)

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający, stosownie do art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dokonał w SIWZ opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Stosownie do postanowienia Rozdziału VIII SIWZ *O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej co najmniej jeden projekt polegający na wdrożeniu portalu o charakterze promocyjno – informacyjnym zawierającym co najmniej następujące*

elementy: moduł zarządzania treścią (CMS), dostępną publicznie witrynę zawierającą informacje (artykuły) promujące dysponenta.

W SIWZ wskazano, że za wykonane usługi zamawiający uzna tylko te, których realizacja zakończyła się przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu.

Wykonawcy w celu wykazania tak opisanego warunku udziału w postępowaniu obowiązani byli złożyć *wykaz wykonanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane należycie* (Rozdział IX SIWZ, pkt 2).

Wykonawca BMT Argoss złożył wraz z ofertą wykaz usług. W wykazie tym wskazał na wykonanie usługi, której przedmiotem była mapa akustyczna Miasta Bydgoszczy. Usługa ta miała zostać wykonana na rzecz Miasta Bydgoszczy do czerwca 2012 r. Wykonawca wskazał w wykazie, że przedmiotem usługi było m.in. wykonanie pomiarów akustycznych, opracowanie warstw tematycznych, modelowanie hałasu, budowa bazy danych GIS oraz zasilenie jej pozyskanymi danymi, budowa systemu monitoringu, budowa geoportalu oraz portalu o charakterze promocyjno-informacyjnym dotyczącym wdrażanej mapy akustycznej. Portal zawierał m.in. moduł zarządzania treścią (CMS), dostępną publicznie witrynę zawierającą informacje promujące dysponenta oraz podjęte przez niego działania związane z ochroną przed hałasem.

Do wykazu załączył protokół zdawczo – odbiorczy z 22 czerwca 2012 r. dotyczący wykonania I etapu umowy WGK/277/2011 z 30 grudnia 2011 r. Protokołem tym został odebrany m.in. zainstalowany i skonfigurowany portal mapy akustycznej i monitoringu hałasu na serwerze zamawiającego (pkt 4.2.1 protokołu). Stosownie do treści protokołu, weryfikacja przekazanego materiału miała nastąpić w terminie do 13 lipca 2012 r., zaś wykonawca ewentualne korekty miał wnieść do 25 lipca 2012 r. (pkt 7 protokołu). Mapy prognostyczne miały zostać wykonane i przekazane do 15 grudnia 2012 r. (pkt 8 protokołu). Za wykonanie zdanych i odebranych prac wykonawca miał otrzymać 581.102,00 zł brutto (pkt 9 i 10 protokołu). Protokół ten stanowił podstawę wystawienia faktury (pkt 11 protokołu). Również stosownie do postanowienia § 6 ust. 3 i ust. 4 wzoru umowy (na podstawie którego zawarto późniejszą umowę WGK/277/2011 z 30 grudnia 2011 r.), wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy miało być płatne w 2 ratach, w terminie 30 dni licząc od daty otrzymania faktury z realizacją każdego z etapów. Podstawę wystawienia faktury miał stanowić protokół zdawczo-odbiorczy podpisany przez strony.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Z treści opisanego przez zamawiającego w Rozdziale VIII warunku udziału w postępowaniu wynikało, że należało się wykazać doświadczeniem polegającym na wykonaniu usługi polegającej na wdrożeniu portalu o charakterze promocyjno – informacyjnym. Zaś za wykonane usługi należało uważać te, których realizacja zakończyła się przed upływem terminu składania ofert. Zaś termin składania ofert upływał 20 września 2012 r. (rozdział XVI, ust. 1 SIWZ). Gramatyczna wykładania warunku prowadziła do wniosku, że aby ubiegać się o udzielenie zamówienia należało przed 20 września 2012 r. prawidłowo wdrożyć portal o charakterze informacyjno – promocyjnym.

W ocenie Izby przedstawiony przez wykonawcę BMT Argoss wykaz usług i protokół zdawczo – odbiorczy potwierdzały fakt wdrożenia w sposób należyty portalu przed dniem składania ofert. Nie ulegało wątpliwości, że protokół zdawczo – odbiorczy z 22 czerwca 2012 r. nie dotyczył odbioru całości umowy WGK/277/2011 z 30 grudnia 2011 r., zawartej przez Miasto Bydgoszcz z wykonawcą BMT Argoss, a jej I etapu. Odbiór zaś II etapu planowany jest dopiero na dzień 15 grudnia 2012 r. Nie było jednak sporne, że wykonanie i wdrożenie portalu było przedmiotem prac w ramach I a nie II etapu, a więc nastąpiło 22 czerwca 2012 r. Powyższe wynikało jednoznacznie z pkt 4.2.1. przedstawionego protokołu. Co istotne, zgodnie z ukształtowanym sposobem wynagrodzenia, podpisany przez strony protokół zdawczo – odbiorczy I etapu stanowił podstawę do wystawienia faktury (pkt 11 protokołu, § 6 ust. 3 i 4 wzoru umowy).

Skoro Miasto Bydgoszcz podpisało protokół zdawczo – odbiorczy, który w świetle umowy stanowił podstawę wystawienia faktury, tym samym dokonał odbioru dzieła i potwierdził jego wykonanie w sposób należyty. Wymagalność wynagrodzenia została uniezależniona od wykonania przez wykonawcę prac z II etapu umowy. Natomiast etap II nie dotyczył prac informatycznych lecz wiązał się z wykonaniem „programu ochrony środowiska w Bydgoszczy”. Okoliczność, iż nie został ukończony II etap nie miała, w okolicznościach danej sprawy, żadnego znaczenia. Wykonawca z momentem odebrania I etapu umowy, który zgodnie z treścią umowy obejmował portal i podlegał odrębnemu fakturowaniu, mógł powoływać się na nabyte przez siebie doświadczenie w związku z wykonaniem portalu, co było treścią warunku udziału w postępowaniu.

Chybiona była również argumentacja odwołującego GIS Partner, jakoby postanowienia pkt 7 i 8 protokołu świadczyć miały o niepotwierdzeniu przez Miasto Bydgoszcz faktu należytego wykonania portalu. Odwołujący pominął fakt, że z tego samego protokołu wynikało, iż zleceniodawca odebrał portal, czym wyraził akceptację dla jego jakości, zaś pozostawił sobie jedynie czas na weryfikację przekazanych materiałów. Podkreślenia wymagało jednak, że weryfikacja ta, w świetle pkt 11 protokołu, nie stanowiła

przeszkody do wystawienia faktury, co świadczyło o akceptacji przez zleceniodawcę należytego wykonania portalu.

W tej sytuacji Izba stwierdziła, że zamawiający nie wykluczając wykonawcy BMT Argoss z powodu nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, opisanego w dziale VIII pkt 1 ppkt 1 tir. pierwsze SIWZ nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Nie ma również podstaw aby tego wykonawcę wzywać do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w sprawach oznaczonych sygn. akt KIO 2478/12 i KIO 2488/12. Naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie ofert wykonawców BMT Argoss i GIS Partner z powodu niezgodności treści ofert z treścią części I SIWZ - Rozdziału XV ust. 3 lit. f pkt 4 oraz części III SIWZ – rozdziału 2, założenia podstawowe, tiret dziesiąte i dwunaste może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wykonawcy ci złożyli oferty, z których każda, w świetle kryteriów oceny ofert, może być jeszcze uznana za najkorzystniejszą, albowiem jest bardziej korzystna od oferty wybranej. Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 1 i 3 sentencji.

Nie potwierdził się natomiast podniesiony przez odwołującego Intergraph Polska zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż zamawiający prawidłowo wykluczył tego wykonawcę z postępowania z powodu nie wniesienia wadium do upływu terminu składania ofert. Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

W sprawach o sygn. akt KIO 2478/12 i KIO 2488/12 Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocników odwołujących, każde w wysokości 3600,00 zł, na podstawie

rachunków złożonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

W sprawie o sygn. akt KIO 2481/12 uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.595,29 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: