

Sygn. akt: KIO 15/14

WYROK

z dnia 22 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2014 r. przez wykonawcę **Comarch Polska S.A., al. Jana Pawła II 41g, 31-864 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Główny Urząd Geodezji i Kartografii, ul. Wspólna 2, 00-926 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **SmallGIS sp. z o.o., ul. Wadowicka 8a, 30-415 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Comarch Polska S.A., al. Jana Pawła II 41g, 31-864 Kraków** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Comarch Polska S.A., al. Jana Pawła II 41g, 31-864 Kraków** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) 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:

Uzasadnienie

I. Główny Urząd Geodezji i Kartografii w Warszawie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa systemów i aplikacji”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia z dnia 12 listopada 2013 r. nr 2013/S 219-381346 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 3 stycznia 2013 r. Comarch Polska SA w Krakowie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia SmallGIS z przedmiotowego postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Odwołujący uzasadniając ten zarzut, wskazywał, iż na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w ofercie SmallGIS w wykazie usług zostały przedstawione trzy usługi:
 - „Budowa Warmińsko Mazurskiej Platformy GIS dla przedsiębiorstw” dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Warmińsko Mazurskiego w Olsztynie,
 - „Dostawa systemu GIS dla Gorczańskiego Parku Narodowego” dla Gorczańskiego Parku Narodowego,
 - „Budowa oraz wdrożenie w Kampinoskim Parku Narodowym zintegrowanego systemu informatycznego typu GIS” dla Kampinoskiego Parku Narodowego.

Odwołujący podnosił, iż w opisie przedmiotu każdej z tych usług znajdują się oświadczenia, że

usługa spełnia wymagania SIWZ określone dla powyższego warunku. Złożone tym samym zostały w ocenie Odwołującego nieprawdziwe informacje i Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust, 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia SmallGIS z przedmiotowego postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

- „Budowa Warmińsko Mazurskiej Platformy GIS dla przedsiębiorstw” dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Warmińsko Mazurskiego w Olsztynie.

Wbrew temu co wprost jest oświadczone w wykazie usług, przedmiotowa usługa nie polegała na wdrożeniu aplikacji klienta usług danych przestrzennych, która **„ma możliwość dodawania i nakładania na siebie jednocześnie wielu rozproszonych zbiorów danych przestrzennych w standardzie OGC WFS.**** Usługa OGC WFS nie była objęta przedmiotem zamówienia.

- „Dostawa systemu GIS dla Gorczańskiego Parku Narodowego” dla Gorczańskiego Parku Narodowego,

Przedstawiona usługa to zamówienie publiczne dotyczące realizacji projektu na „Opracowanie Systemu GIS dla Gorczańskiego P. N.”

Wbrew temu co wprost jest oświadczone w wykazie usług, przedmiotowa usługa nie polegała na wdrożeniu aplikacji klienta usług danych przestrzennych, która **„ma możliwość dodawania i nakładania na siebie jednocześnie wielu rozproszonych zbiorów danych przestrzennych w standardzie OGC WFS.”** Wymagany zakres funkcjonalności dla usługi WFS nie był objęty przedmiotem zamówienia.

- „Budowa oraz wdrożenie w Kampinoskim Parku Narodowym zintegrowanego systemu informatycznego typu GIS” dla Kampinoskiego Parku Narodowego.

Wbrew temu co wprost jest oświadczone w wykazie usług, przedmiotowa usługa nie polegała na wdrożeniu aplikacji klienta usług danych przestrzennych, która **jest publicznie dostępną aplikacją webową dostępną za pośrednictwem przeglądarki internetowej,”**

Wbrew temu co wprost jest oświadczone w "wykazie usług, przedmiotowa usługa nie polegała na wdrożeniu aplikacji klienta usług danych przestrzennych, która **„ma możliwość dodawania i nakładania na siebie jednocześnie wielu rozproszonych zbiorów danych**

przestrzennych w standardzie OGC WFS,” Wymagany zakres funkcjonalności dla usługi WFS nie był objęty przedmiotem zamówienia.

Wbrew temu co wprost jest oświadczone w wykazie usług, przedmiotowa usługa nie polegała na wdrożeniu aplikacji klienta usług danych przestrzennych, która **„umożliwia bezpośrednią edycję (operacje dodawania, modyfikacji i usuwania) obiektów przestrzennych (geometria i atrybuty) zawartych w bazie danych.”**

3. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez SmallGIS jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy SmallGIS powinien zostać wykluczony, a także zaniechanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego z uwagi, iż Odwołujący nie podlega wykluczeniu, oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu i powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza;
4. z ostrożności - naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania SmallGIS do uzupełnienia oferty o prawidłowy dokument wymagany w pkt VIII.2.2) SIWZ w związku z pkt XI.2.6) tj. odpis aktualny z KRS dotyczący SmallGIS wystawiony w takiej dacie aby możliwe było zweryfikowanie czy pełnomocnictwo zostało podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentowania SmallGIS.

Odwołujący podnosił, że oferta SmallGIS została podpisana przez Pana Tomasza Chucherko działającego na podstawie pełnomocnictwa zamieszczonego na str. 1 oferty. Pełnomocnictwo to ma datę 27 listopada 2013 r. i zostało podpisane przez Pana Antoniego Łabaja - Prezesa Zarządu SmallGIS Sp. z o.o. (zgodnie z pieczętką imienną znajdującą się na pełnomocnictwie). Na str. 6-8 oferty została zamieszczona kopia „informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców” KRS - wydruk z dnia 29 listopada 2013 r. potwierdzający stan na ten sam dzień tj. 29 listopada 2013 r. W oparciu o pkt VIII.2.2) SIWZ w związku z pkt XI.2.6), jasnym było, że w przypadku reprezentowania przez pełnomocnika wykonawcy wpisanego do rejestru przedsiębiorców KRS, do oferty należało przedłożyć odpis aktualny z KRS (informację odpowiadającą zgodnie z właściwymi przepisami temu odpisowi)

wystawiony w takiej dacie aby możliwe było zweryfikowanie czy pełnomocnictwo zostało podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentowania takiego wykonawcy.

Odwołujący twierdził, że SmallGIS powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy - jak szerzej podniesiono w niniejszym odwołaniu. Jedynie z ostrożności Odwołujący zarzuca również Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy, poprzez zaniechanie wezwania SmallGIS do uzupełnienia oferty o prawidłowy dokument wymagany w pkt VIII.2.2) SIWZ w związku z pkt XI.2.6) tj. odpis aktualny z KRS dotyczący SmallGIS wystawiony w takiej dacie aby możliwe było zweryfikowanie czy pełnomocnictwo zostało podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentowania SmallGIS.

Odwołujący w odwołaniu podnosił również inne zarzuty, których jednak nie podtrzymał na rozprawie.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty SmallGIS jako oferty najkorzystniejszej;
3. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia SmallGIS z przedmiotowego postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
4. nakazanie Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
5. z ostrożności - nakazanie Zamawiającemu wezwania SmallGIS do uzupełnienia oferty o prawidłowy dokument wymagany w pkt VIII.2.2) SIWZ w związku z pkt XI.2.6) tj. odpis aktualny z KRS dotyczący SmallGIS wystawiony w takiej dacie aby możliwe było zweryfikowanie czy pełnomocnictwo zostało podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentowania SmallGIS.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i wnosił o jego oddalenie w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca SmallGIS sp. z o.o. w Krakowie, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałaby odrzucona bądź zostałby on wykluczony z postępowania – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Izba ustaliła, co następuje:

Odnosnie zarzutu dotyczącego podania przez Przystępującego w wykazie usług nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, Izba po pierwsze stwierdziła, że podnoszone w tym zakresie zarzuty może rozpatrywać jedynie w granicach określonych odwołaniem (art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych). Zarzut składa się z podstawy prawnej i faktycznej – o ile sama podstawa prawna często wynika z opisu popełnionych nieprawidłowości i brak jej podania czy nieprawidłowe podanie nie uniemożliwia rozpoznania odwołania, to podstawa faktyczna zarzutu musi być precyzyjnie podana w odwołaniu. Jakikolwiek jej rozszerzenia na późniejszym etapie postępowania będą wykraczały poza granice odwołania, a więc nie będą rozpoznawane przez Izbę. W niniejszym postępowaniu odwoławczym w ocenie Izby Odwołujący jednoznacznie w odwołaniu wskazał powody, dla których twierdził, że Przystępujący podał nieprawdziwe informacje (podstawy faktyczne zarzutu opartego o art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych), np. dla usługi „Budowa Warmińsko Mazurskiej Platformy GIS dla przedsiębiorstw” Odwołujący podnosił, że „Usługa OGC WFS nie była objęta przedmiotem zamówienia”. W konsekwencji Izba, badając tak skonstruowany zarzut, będzie jedynie badała, czy rzeczywiście „Usługa OGC WFS nie była objęta przedmiotem zamówienia”. Nie mają przy tym znaczenia żadne inne okoliczności, podnoszone przez Odwołującego w piśmie z dnia 17 stycznia 2014 r., a mianowicie iż „trwa jeszcze faza testowania”, usługa „nie polegała na wdrożeniu aplikacji klienta usług danych przestrzennych”. Analogicznie odnośnie pozostałych kwestionowanych usług – Izba badała ewentualne podanie nieprawdziwych informacji jedynie w granicach odwołania, bez odnoszenia się do pisma Odwołującego z dnia 17 stycznia 2014 r.

Ponadto Izba ustaliła, że w SIWZ w pkt VII.2.3) Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w sposób następujący

„Wykonawca wykaże się doświadczeniem należytego wykonania, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej: (...) jednego zamówienia polegającego na wdrożeniu aplikacji klienta usług danych przestrzennych, które:

- a) jest publicznie dostępną aplikacją webową dostępną za pośrednictwem przeglądarki internetowej,*
- b) ma możliwość dodawania i nakładania na siebie jednocześnie wielu rozproszonych zbiorów danych przestrzennych w standardach OGC WMS i WFS,*
- c) umożliwia bezpośrednią edycję (operacje dodawania, modyfikacji i usuwania) obiektów przestrzennych (geometria i atrybuty) w bazie danych.”*

Na potwierdzenie spełnienia tak opisanego warunku w ofercie Przystępującego w wykazie usług zostały przedstawione trzy usługi:

- „Budowa Warmińsko Mazurskiej Platformy GIS dla przedsiębiorstw” dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Warmińsko Mazurskiego w Olsztynie,
- „Dostawa systemu GIS dla Gorczańskiego Parku Narodowego” dla Gorczańskiego Parku Narodowego,
- „Budowa oraz wdrożenie w Kampinoskim Parku Narodowym zintegrowanego systemu informatycznego typu GIS” dla Kampinoskiego Parku Narodowego.

Jak już wcześniej wskazano, dla usługi „Budowa Warmińsko Mazurskiej Platformy GIS dla przedsiębiorstw”, w związku z treścią zarzutu w odwołaniu, Izba mogła jedynie badać, czy „Usługa OGC WFS nie była objęta przedmiotem zamówienia”. W ocenie Izby okoliczność, że „Usługa OGC WFS była objęta przedmiotem zamówienia” w ramach projektu „Budowa Warmińsko Mazurskiej Platformy GIS dla przedsiębiorstw” wskazanego w wykazie Przystępującego wynika jednoznacznie z dokumentów przedstawionych przez Przystępującego i Odwołującego, mianowicie z pisma Urzędu Marszałkowskiego Województwa Warmińsko Mazurskiego w Olsztynie z dnia 13 stycznia 2014 r., załączonego przez Przystępującego do przystąpienia („Pytanie 2. Czy w ramach projektu wdrożono aplikację klienta usług danych przestrzennych, która ma możliwość dodawania i nakładania na siebie jednocześnie wielu rozproszonych zbiorów danych przestrzennych w standardzie

OGC WMS, WFS? Odpowiedź: Tak”) i z pisma Urzędu Marszałkowskiego Województwa Warmińsko Mazurskiego w Olsztynie z dnia 10 stycznia 2014 r., załączonej przez Odwołującego do pisma z dnia 17 stycznia 2014 r. (Pytanie 5: Prosimy o ile w ramach przedmiotu zamówienia powstała inna aplikacja publicznie dostępna przez przeglądarkę o odpowiedź czy aplikacja ta ma możliwość dodawania i nakładania na siebie zbiorów danych przestrzennych w standardzie OGC WFS? Odpowiedź: Tak). Skoro zatem Inwestor usługi „Budowa Warmińsko Mazurskiej Platformy GIS dla przedsiębiorstw” jednoznacznie stwierdził, że w ramach przedmiotu zamówienia wdrożono „aplikację klienta usług danych przestrzennych, która ma możliwość dodawania i nakładania na siebie jednocześnie wielu rozproszonych zbiorów danych przestrzennych w standardzie OGC WMS, WFS”, nie ma żadnego powodu, aby - w granicach odwołania - stwierdzić podanie nieprawdziwych informacji w tym zakresie. Nie ma przy tym żadnego znaczenia, czy na przedmiot zamówienia składały się jedna czy więcej aplikacji, ponieważ tego aspektu Odwołujący w ogóle nie poruszył w odwołaniu, podstawę faktyczną zarzutu ograniczając do wskazania, że „Usługa OGC WFS nie była objęta przedmiotem zamówienia”.

Na potwierdzenie warunku opisanego przez Zamawiającego wystarczyło wykazać się jedną usługą, więc skoro jedna z trzech usług z wykazu Przystępującego nie została skutecznie zakwestionowana przez Odwołującego, nie było potrzeby badania „prawdziwości” pozostałych dwóch usług (nawet gdyby faktycznie podano w odniesieniu do dwóch pozostałych usług nieprawdziwe informacje, to nie miałyby to wpływu na wynik postępowania). Można jednak zauważyć, że co do usługi „Dostawa systemu GIS dla Gorczańskiego Parku Narodowego” w odwołaniu wskazano, że podanie nieprawdziwych informacji wiąże się z tym, że „wymagany zakres funkcjonalności WFS nie był objęty przedmiotem zamówienia”, jednak w toku rozprawy Odwołujący sam przyznał, że przedmiotowy system ma możliwość dodawania WFS i jest publicznie dostępny (po zapoznaniu się ze stroną internetową, na której system jest dostępny – w ocenie Izby nie ma znaczenia fakt, że wcześniej Odwołującemu był znany inny adres strony, na której system mógł działać w niepełnej funkcjonalności). Kwestia publicznej dostępności systemu GIS dla Gorczańskiego Parku Narodowego nie była zresztą podnoszona w odwołaniu – Odwołujący kwestionował tą okoliczność jedynie w odniesieniu do usługi pn. „Budowa oraz wdrożenie w Kampinoskim Parku Narodowym zintegrowanego systemu informatycznego typu GIS” – inwestor usługi, Kampinoski Park Narodowy, w piśmie z dnia 13 stycznia 2014 r potwierdził, że w ramach zakresu prac wykonanych pn. „Budowa oraz wdrożenie w Kampinoskim Parku Narodowym zintegrowanego systemu informatycznego typu GIS” wdrożono m.in. aplikację klienta usług danych przestrzennych, która jest publicznie dostępną aplikacją webową dostępną za

pośrednictwem przeglądarki internetowej; potwierdzono również w tymże piśmie pozostały zakres prac.

Na marginesie należy zauważyć, że gdyby Odwołujący w odwołaniu zwerbalizował wszystkie zarzuty wobec usług z wykazu Odwołującego, podniesione później w toku postępowania odwoławczego, to korelowałyby one ewentualnie nie z zarzutem podania nieprawdziwych informacji, a z zarzutem niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (a więc implikowałyby wezwanie Przystępującego do uzupełnienia dokumentów, a nie do wykluczenia go z postępowania), tym bardziej wobec wynikłego na rozprawie sporu, jaki był rzeczywisty zakres znaczeniowy opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu (Izba stwierdziła, że dla rozstrzygnięcia odwołania nie jest konieczne rozstrzygnięcie tegoż sporu, ponieważ nie miał on znaczenia w kontekście zarzutów faktycznych odwołania, czyli jednoznacznie określonych granic odwołania).

W konsekwencji nie można było uwzględnić zarzutu podania nieprawdziwych informacji w wykazie usług Przystępującego, a zatem Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Odnośnie zarzutu dotyczącego dat pełnomocnictwa i odpisu z KRS załączonego do oferty przez Przystępującego (Odwołujący twierdził, że skoro data pełnomocnictwa jest wcześniejsza, niż odpis z KRS, Zamawiający powinien wezwać Przystępującego do uzupełnienia odpisu z KRS), Izba uznała go za niezasadny. Odwołujący nie kwestionował ważności ani pełnomocnictwa, ani odpisu z KRS. Oba te dokumenty były bezspornie ważne. Odwołujący nie wykazał, że w dacie wydania pełnomocnictwa osoba, która je podpisała, nie była do tego umocowana. Przystępujący na rozprawie okazał odpis pełny z KRS i podnosił, że Prezesem Zarządu była od zarejestrowania spółki ta sama osoba (która podpisała pełnomocnictwo załączone do odwołania). W tych okolicznościach nie można uznać za konieczne nakazanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego do uzupełnienia odpisu z KRS. Trudno oczekiwać, że odpis z KRS będzie zawsze nosił taką samą datę, jak pełnomocnictwo – a gdyby przyznać rację Odwołującemu, to w każdej sytuacji, kiedy daty pełnomocnictwa i odpisu z KRS są różne, należałoby wzywać do uzupełnienia czy to KRS, czy pełnomocnictwa (jeżeli data wydania odpisu z KRS jest wcześniejsza, niż data pełnomocnictwa – krąg osób uprawnionych do reprezentacji spółki również może się zmienić). W konsekwencji Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....