

Sygn. akt: KIO 2611/10

WYROK
z dnia 16 grudnia 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 2 grudnia 2010 r. wniesionego przez **INTERGRAPH Polska Sp. z o.o., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 52** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Miasto Częstochowa, 42-217 Częstochowa, ul. Śląska 11/13**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Informatyczne COMPASS S.A., Instytut Systemów Przestrzennych i Katastralnych S.A., 2CONN Sp. z o.o., 30-133 Kraków, ul. Juliusza Lea 114** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża INTERGRAPH Polska Sp. z o.o., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 52

i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez **INTERGRAPH Polska Sp. z o.o., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 52**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Częstochowie**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie dotyczy udzielenia zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Stworzenie systemowego środowiska integracji, przetwarzania i udostępniania danych oraz świadczenia elektronicznych usług publicznych w ramach projektu „E-usługi dla mieszkańców Częstochowy” ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 24.09.2010 r. pod numerem 284058-2010.

Prowadzącą postępowanie jest Gmina Miasto Częstochowa ul. Śląska 11/13, 42-217 Częstochowa zwana dalej „Zamawiającym”.

W dniu 2 grudnia 2010 r. odwołanie złożyła, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „ustawą Pzp”, spółka Intergraph Polska Sp. z o.o. ul. Domaniewska 52; 02-672 Warszawa zwana dalej „Odwołującym”.

W dniu 6 grudnia 2010r. do postępowania przystąpiło po stronie Zamawiającego Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Informatyczne COMPASS S.A. ul. Juliusza Lea 114, 30-133 Kraków jako Lider Konsorcjum wykonawców w skład którego weszli:

1. Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Informatyczne COMPASS S.A.
2. Instytut Systemów przestrzennych i Katastralnych D.A.
3. 2CONN Sp. z o.o.

zwane dalej “Przystępującym” lub ”COMPASS”.

Odwołujący w złożonym odwołaniu zażądał:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. dokonania ponownego badania i oceny ofert wniesionych w przedmiotowym postępowaniu,
4. dokonania czynności wykluczenia COMPASS z przedmiotowego postępowania,
5. dokonania czynności odrzucenia oferty COMPASS,
6. dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Żądania Odwołujący oparł na następujących zarzutach.

Zarzut nr 1

1. czynności wykluczenia Odwołującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp bez podania uzasadnienia faktycznego,

2. czynności wykluczenia Odwołującego powołując się na fakt, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie podając uzasadnienia prawnego,
3. zaniechania czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa dla Pana Sebastiana S., czym naruszono art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
4. czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ zdaniem Zamawiającego oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania,

Zarzut nr 2

5. zaniechanie wykluczenia konsorcjum wykonawców COMPASS z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3, albowiem COMPASS złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania,
6. z ostrożności procesowej Odwołujący podnosi zaniechanie przez Zamawiającego wezwania COMPASS do uzupełniania oświadczeń lub ich wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 w zakresie udokumentowania posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, albowiem w „Wykazie wykonanych dostaw i usług” COMPASS wykazał wartość zamówienia dotyczącą całej umowy, której przedmiot w przeważającej części był niezwiązany z przedmiotem zamówienia i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia COMPASS z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, albowiem COMPASS nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
7. zaniechania odrzucenia oferty COMPASS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, albowiem została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu,

Zarzut nr 3

8. zaniechania odrzucenia oferty COMPASS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, albowiem oferta jest niezgodna z ustawą Pzp i jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
9. zaniechania czynności odrzucenia oferty COMPASS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jako, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
10. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców: COMPASS z naruszeniem przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący w szczególności przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

Co do zarzutu nr 1 - wykluczenie Odwołującego z przedmiotowego postępowania

Przywołany w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego przepis art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego". Intergraph Polska Sp. z o.o. jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością posiadającą osobowość prawną, zatem z pewnością dla niej nie znajduje zastosowania przepis art. 24 ust. 1 pkt 4.

W wezwaniu do uzupełnienia oferty z dnia 03.11.2010 r. Zamawiający zażądał m.in. złożenia dokumentów dotyczących Intergraph SG&I Deutschland GmbH, powołując się na wymóg opisany w punkcie 6.5. części I specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), o następującej treści: „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. Jeżeli Wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt. 7 B." Przywołany pkt 7B SIWZ stanowi katalog dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia Wykonawcy zgodnie z zapisami art. 24 ust.1 ustawy Pzp.

Powyższe żądanie Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia prawnego wobec firmy Intergraph SG&I Deutschland GmbH, ponieważ firma ta jest podmiotem, który jedynie użycza zasobów wiedzy i doświadczenia Wykonawcy na czas realizacji zamówienia, ale nie jest wymieniona w KARCIE OFERTOWEJ na liście podmiotów, które będą brały udział w realizacji którejkolwiek części zamówienia. W związku z tym, Zamawiający nie miał prawa żądać dokumentów z katalogu wyszczególnionego w punkcie 7B SIWZ o czym Intergraph Polska Sp. z o.o. informował w piśmie z dnia 12 listopada 2010 r., a komplet dokumentów dostarczył tylko ze względu na daleko posuniętą ostrożność procesową.

Zamawiający w piśmie z dnia 03.11.2010 r. zażądał także podania sposobu przekazania firmie Intergraph Polska Sp. z o.o. wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia przez firmę Intergraph SG&I Deutschland GmbH. Żądanie to nie ma uzasadnienia prawnego, gdyż ustawodawca na podstawie zapisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dał Wykonawcy możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków i uznaje za wystarczające (...)pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, co znajduje potwierdzenie między innymi w orzeczeniu KIO (sygn. akt KIO/UZP 1265/10).

Intergraph Polska Sp. z o.o. wykazał, że będzie polegać na wiedzy i doświadczeniu Intergraph SG&I Deutschland GmbH na podstawie pisemnego zobowiązania tego podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Intergraph Polska Sp. z o.o. nigdy nie wskazał, że Intergraph SG&I Deutschland GmbH będzie brał udział w realizacji jakiegokolwiek części zamówienia. W związku z powyższym do tego podmiotu ma zastosowanie zapis art. 26 ust. 2b, natomiast nie ma zastosowania zapis § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane. Na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, Odwołujący przedłożył zamawiającemu dokumenty określone w § 2 rozporządzenia odnoszące się do Intergraph SG&I Deutschland GmbH tylko z uwagi na ostrożność procesową, nie podziеляjąc stanowiska zamawiającego do jego uprawnienia do żądania takich dokumentów. Żądanie Zamawiającego nie tylko naruszyło ogólnie obowiązujące przepisy prawa w tym w szczególności zapis § 1 ust. 2 rozporządzenia, ale także zapisy SIWZ. Stanowisko takie wyrażone jest w licznych orzeczeniach KIO. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2010-03-29, KIO/UZP 292/10 czytamy, że „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać jedynie tych oświadczeń lub dokumentów, które wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz jedynie tych, które są niezbędne dla przeprowadzenia postępowania. Zakres dokumentów, jakich może żądać zamawiający wyznacza rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Co za tym idzie, ocena spełniania warunku przez wykonawcę powinna się odbywać wyłącznie na podstawie dokumentów złożonych przez wykonawcę, a wcześniej wskazanych w ww. dokumentach opracowanych przez zamawiającego, bowiem zamawiający nie może przekraczać granic wyznaczonych przez ustawodawcę i własne działanie.”

Wobec bezprawności żądania zamawiającego w zakresie przedstawienia dokumentów dotyczących Intergraph SG&I Deutschland GmbH należy stwierdzić, że bez znaczenia jest fakt, czy wykonawca dostarczył wszystkie bezprawnie żądane przez zamawiającego dokumenty, czy też z pozyskanych dokumentów zamawiający czerpie wiedzę, która może potencjalnie rodzić negatywne skutki prawne dla wykonawcy. Zamawiający w badaniu i ocenie ofert może się opierać tylko na dokumentach enumeratywnie wymienionych w rozporządzeniu i w SIWZ. Wszelkie żądania wykraczające poza ten katalog są bezprawne i nie rodzą w przedmiotowym postępowaniu skutków prawnych.

W powyższy sposób motywował swoje stanowisko Odwołujący w zakresie zarzutu nr 1.

Co do zarzutu nr 2 - zaniechanie wykluczenia COMPASS z przedmiotowego postępowania oraz odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w rozdziale 6. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków w punkcie 1.5 ppkt 2 lit a) Zamawiający zażądał, aby

wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu wykazali „W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - wdrożyli w sposób należyty, potwierdzony stosownymi dokumentami, np. referencjami, przynajmniej jeden geoportal dostępny publicznie lub system informacji przestrzennej oparty na hurtowniach danych oraz serwerze danych przestrzennych o wartości stanowiącej minimum 2 000 000 zł brutto;”.

COMPASS w złożonej ofercie załączył „Wykaz wykonanych dostaw i usług”, w którym na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku wykazał się realizacją zamówienia o nazwie: „Wykonanie i wdrożenie miejskiego systemu informacji turystycznej (MSIT) w Częstochowie. Zamówienie obejmowało zaprojektowanie i wdrożenie hurtowni danych oraz opracowanie systemu zasilania hurtowni danymi”. COMPASS wykazał, że przedmiotowe zamówienie miało wartość 3 386 720,00 zł. Przedmiotowe zamówienie, zgodnie SIWZ (Załącznik 1 z dnia 2008.02.19) składało się z trzech części:

Część 1. Dostawa serwera wraz z oprogramowaniem,

Część 2. Dostawa 50 szt. kiosków internetowych (infomatów) wraz z oprogramowaniem oraz montażem,

Część 3. Wykonanie systemu informatycznego (portalu o tematyce turystycznej).

Części 1 i 2 obejmowały zadania w najmniejszym stopniu nie związane z przedmiotem Zamówienia, takie jak dostawa sprzętu komputerowego, materiałów budowlanych (wiaty kiosków) oraz usługi budowlane. COMPASS powinien zatem wykazać wartość zamówienia wyłącznie z części 3, która dotyczyła prac związanych ze spełnianiem warunku udziału w postępowaniu.

Umowa IZ.II.342-149/08 z dnia 5 sierpnia 2008 r. w par. 3 ust. 2 określa, że szczegółowy zakres prac, koszty oraz terminy określa harmonogram rzeczowo-terminowo-finansowy, który to daje podstawę do dokładnego oszacowania kwoty prac potwierdzających spełnianie warunku. Z analizy dokumentu niebicie wynika, że wartość zamówienia, którą COMPASS mógł wykazać w ramach spełnienia warunku udziału w postępowaniu to kwota 746 600,00 zł. Pozostała wartość przedmiotu zamówienia dotyczy robót budowlanych (ok. 400 tys. zł), oraz dostawy i montażu infomatów (ok. 2 mln zł).

Analizując treść przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z treścią przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp należy stwierdzić, że celem ustawodawcy było danie Zamawiającym takiego narzędzia, które umożliwi wybór wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. W opinii UZP pod pojęciem "Związany z przedmiotem zamówienia" - należy rozumieć opis warunków, który powinien być dokonywany przez pryzmat celu jakiego ma on służyć a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy. Nie można dokonywać zatem opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu. Przykładowo, za niedopuszczalne należy uznać badanie wiedzy wykonawcy, która w żaden sposób nie jest przydatna do realizacji przedmiotu zamówienia. Opis oceny spełniania warunków powinien sformułowany w sposób obiektywny podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności. A contrario Wykonawcy biorący udział w postępowaniu wykazując spełnienie warunku doświadczenia i wiedzy są zobowiązani do wykazania wartości rzeczywiście zrealizowanych usług lub dostaw w odniesieniu do zakresu związanego z przedmiotem zamówienia. Wskazywanie przez Wykonawcę wartości całej umowy, w której przeważająca wartość wynikała z realizacji przedmiotu w ogóle nie związanego z przedmiotem zamówienia i warunkami

udziału w postępowaniu, nie może zostać przez Zamawiającego potraktowana jako spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający posiadał wiedzę dotyczącą przedmiotu umowy wykazywanego przez COMPASS w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, albowiem to na rzecz Zamawiającego COMPASS realizował przedmiotowe zamówienie.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia COMPASS z przedmiotowego postępowania, pomimo iż COMPASS złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Gdyby bowiem COMPASS w „Wykazie wykonanych dostaw i usług” wpisał rzeczywistą wartość usług zrealizowanych związanych z warunkiem postawionym przez Zamawiającego (746 600,00 zł) nie spełniłby tego warunku i zostałby wykluczony z przedmiotowego postępowania z uwagi na nie spełnienie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Z ostrożności procesowej Odwołujący podnosi naruszenie przez Zamawiającego zapisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania COMPASS do wyjaśnienia treści złożonych oświadczeń lub uzupełniania złożonych oświadczeń, a w konsekwencji do zaniechania wykluczenia COMPASS z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z powodu braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Kolejnym argumentem na poparcie tezy, iż Zamawiający miał obowiązek wykluczyć COMPASS w trybie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy jest fakt, zamieszczenia w treści formularza ofertowego informacji, że zamówienie wykona przy użyciu podwykonawców, którymi jest Odwołujący oraz Nasi Podwykonawcy. Uczynił to bez konsultacji z Nami. Zaoferował zatem Nasze usługi bez wiedzy, czy podejmiemy się ich realizacji. W punkcie 4 formularza ofertowego, COMPASS oświadczył „Cena naszej oferty uwzględnia wszystkie wymagania odnoszące się do przedmiotu zamówienia oraz ujmuje wszystkie koszty jakie poniesie Wykonawca z tytułu zgodnej z obowiązującymi przepisami i opisem przedmiotu zamówienia, realizacji zamówienia, przyjmując do wiadomości, że podana cena jest ceną ryczałtową, niezmienną w toku realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

Oświadczenie to złożył nie znając wskaźników cenowych. Oznacza to, że COMPASS w ogóle nie dokonywał kalkulacji. Mógł co najwyżej przyjąć założenie, ile będzie zmuszony zapłacić za oferowany przedmiot zamówienia. COMPASS złożył informacje nieprawdziwe. Z uwagi na fakt, iż oferta tego wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą, informacje te wywarły już wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W takim przypadku, COMPASS podlega wykluczeniu w trybie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Co do zarzutu nr 3 - zaniechanie odrzucenia oferty COMPASS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w Części III pt. „Opis przedmiotu zamówienia” w Załączniku nr 2 - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w pkt 2.3 Sposób realizacji Projektu w ppkt 2.3.3 (str. 8 Opisu przedmiotu zamówienia, Część III SIWZ) Zamawiający wskazał, że „Projekt zakłada

wykorzystanie istniejących przetwarzanych zbiorów danych (źródeł danych) w Urzędzie Miasta Częstochowy na potrzeby realizowanych Systemów e_umCZ. W związku z powyższym, w trakcie realizacji Projektu konieczne będzie wykonanie przez Wykonawcę dodatkowych funkcjonalności lub modyfikacji w systemach informatycznych aktualnie eksploatowanych przez Zamawiającego wskazanych w załączniku nr 7." W załączniku nr 7 zostały wykazane stosowne aplikacje wraz z podaniem ich autorów. Zamawiający nie posiada praw autorskich do tych aplikacji, ani uprawnień do ich modyfikacji na potwierdzenie czego Odwołujący załącza potwierdzone za zgodność z oryginałem kserokopie umów zawartych pomiędzy Zamawiającym a producentami aplikacji. Realizacja przedmiotowego zamówienia może zatem zostać dokonana jedynie przez podmioty uprawnione do rozbudowy i modyfikacji powyższych aplikacji. Zamawiający nie chcąc ograniczyć kręgu wykonawców, którzy mogą zrealizować przedmiotowe zamówienie, w punkcie 2.3.4 SIWZ (str. 8 Opisu przedmiotu zamówienia, Część III SIWZ) dopuścił możliwość złożenia oferty równoważnej: „Za rozwiązanie równoważne uważa się takie rozwiązanie, które pod względem technologii, wydajności i funkcjonalności przez to rozwiązanie oferowanych, nie odbiega znacząco od technologii funkcjonalności i wydajności wyszczególnionych w rozwiązaniu wyspecyfikowanym, przy czym nie podlegają porównaniu cechy rozwiązania właściwe wyłącznie dla rozwiązania wyspecyfikowanego, takie jak: zastrzeżone patenty, własnościowe rozwiązania technologiczne, własnościowe protokoły itp., a jedynie te, które stanowią o istocie całości zakładanych rozwiązań technologicznych i posiadają odniesienie w rozwiązaniu równoważnym. W związku z tym,

Wykonawca może zaproponować rozwiązania, które realizują takie same funkcjonalności wyspecyfikowane przez Zamawiającego w inny, niż podany sposób. Za rozwiązanie równoważne nie można uznać rozwiązania identycznego (tożsamego), a jedynie takie, które w porównywanych cechach wykazuje dokładnie tą samą lub bardzo zbliżoną wartość użytkową. Przez bardzo zbliżoną wartość użytkową rozumie się podobne, z dopuszczeniem nieznacznych różnic nie wpływających w żadnym stopniu na całokształt systemu, zachowanie oraz realizowanie podobnych funkcjonalności w danych warunkach, identycznych dla obu rozwiązań, dla których to warunków rozwiązania te są dedykowane.". Jednakże zgodnie z zapisem punktu 2.3.5 „rozwiązanie równoważne musi zawierać dokumentację potwierdzającą, iż spełnia wymagania funkcjonalne Zamawiającego, w tym wyniki porównań, testów, czy możliwości oferowanych przez to rozwiązanie w odniesieniu do rozwiązania wyspecyfikowanego.".

COMPASS w złożonej ofercie w KARCIE OFERTOWEJ w pkt 13 w ppkt 1-4 wyraźnie wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcom alternatywnie „modyfikację w systemach informatycznych lub rozwiązanie równoważne". W ocenie Odwołującego taka treść oświadczenia COMPASS wskazuje na fakt, że COMPASS złożył dwie oferty, co powinno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 82 ust. 1 ustawy Pzp. Zaoferowane sposoby realizacji przedmiotu zamówienia są alternatywne - nie można ich ze sobą połączyć.

Ponadto w ocenie Odwołującego COMPASS nie jest w stanie zrealizować przedmiotowego zamówienia poprzez modyfikację w systemach informatycznych, ponieważ nie posiada praw autorskich do aplikacji

wymienionych w załączniku nr 7, a ponadto prawa te posiada sam Odwołujący oraz jego podwykonawcy, co wynika z załączonych potwierdzonych za zgodność z oryginałem kserokopii umów.

Zamawiający przewidział możliwość dopuszczenia równoważnego rozwiązania, które nie narusza praw autorskich autorów aplikacji, ale wówczas wykonawcy biorący udział w postępowaniu byli zobowiązani do przedstawienia dokumentacji potwierdzającej, iż spełniają wymagania funkcjonalne Zamawiającego, w tym wyniki porównań, testów, czy możliwości oferowanych przez to rozwiązanie w odniesieniu do rozwiązania wyspecyfikowanego. Z uwagi na fakt, iż COMPASS nie przedstawił dokumentacji odnoszącej się do spełnienia wymagań funkcjonalnych w kontekście zaoferowania rozwiązania równoważnego, a braku takiego nie można uzupełnić, możliwość realizacji przedmiotowego zamówienia poprzez zastosowanie rozwiązania równoważnego przez COMPASS jest niemożliwa z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Zgodnie z przepisem art. 3 ust 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem, nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem oraz dobrym obyczajem, jeżeli narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W treści formularza ofertowego COMPASS zawarł informację, że zamówienie wykona przy użyciu podwykonawców, którymi jest Odwołujący oraz Nasi Podwykonawcy. Uczynił to bez konsultacji z Nami. Zaoferował zatem Nasze usługi bez wiedzy, czy podejmiemy się ich realizacji. Także cena oferty została skalkulowana bez sprawdzenia jakie są koszty pozyskania modułów funkcjonalnych od Odwołującego oraz Naszych Podwykonawców.

Zawiadamiamy, że za cenę podaną w druku oferty nie można nabyć i zbyć bez ponoszenia strat, naszych usług i modułów funkcjonalnych oprogramowania. W takim wymiarze, złożona cena stanowi cenę poniżej kosztów nabycia. Zatem wypełniona jest przesłanka art. 15 ust 2 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji a co za tym idzie art. 89 ust 1 pkt 3 ustawy PZP.

W dniu 06.12.2010r. COMPASS przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wskazując na interes wyrażający się w możliwości pozbawienia uzyskania zamówienia pomimo, że decyzją Zamawiającego oferta jego została uznana za najważniejszą.

W dniu 10.12.2010r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na złożone odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym uczestnika spółkę COMPASS po stronie Zamawiającego, stwierdzając zaistnienie okoliczności wskazanych w art.185 ust.2 ustawy Pzp.

Obecne na posiedzeniu strony nie wniosły opozycji w trybie art.185 ust.4 ustawy Pzp przeciwko przystąpieniu COMPASS do postępowania odwoławczego.

Na podstawie akt sprawy Izba nie stwierdziła przesłanek określonych w art. 189 ust.2 ustawy Pzp, których wystąpienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

Również w trakcie posiedzenia z udziałem stron oraz uczestnika postępowania nie zgłoszono wniosku w tym zakresie.

Tym samym odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu na rozprawie.

Odwołujący składając odwołanie powołał się na posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia zgodnie z treścią art. 179 ust.1 ustawy Pzp, co daje mu uprawnienie do złożenia środka ochrony prawnej jakim jest odwołanie.

Odwołujący wskazał, że gdyby Zamawiający zgodnie z prawem dokonał czynności wykluczenia COMPASS z przedmiotowego postępowania oraz odrzucenia oferty COMPASS (Przystępującego), a także zaniechał naruszającego przepisy wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania i odrzucenia jego oferty, Zamawiający powinien wybrać ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą i udzielić zamówienia Odwołującemu.

W ocenie Izby zaistniała sytuacja w przedmiotowym postępowaniu, a wynikająca z czynności Zamawiającego w dniu 23 listopada 2010r. wskazuje na posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia, ponieważ w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone dwie oferty to jest przez Odwołującego i Przystępującego, a jedynym kryterium oceny ofert była cena i Przystępujący złożył ofertę korzystniejszą pod względem ceny (5.782.425,46 zł.) w stosunku do ceny oferty Odwołującego (8.174.000 zł.).

Tym samym uwzględnienie odwołania w zakresie wykluczenia Przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty przy uwzględnieniu odwołania w zakresie podnoszonego nieuzasadnionego wykluczenia Odwołującego z postępowania zapewniłoby Odwołującemu uzyskanie zamówienia, co wypełnia przesłanki wynikające z art.179 ust.1 ustawy Pzp w zakresie posiadania interesu do wniesienia odwołania.

W dniu 23 listopada 2010r. Zamawiający ogłosił wybór najkorzystniejszej oferty, za którą uznał ofertę Konsorcjum wykonawców:

1. Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Informatyczne COMPASS S.A.

ul. Juliusza Lea 114, 30-133 Kraków;

2. ISPIK S.A., ul. Dworcowa 56, 44-100 Gliwice;

3. 2CONN Spółka z o.o., ul. T. Boya-Żeleńskiego 6, 41-216 Sosnowiec;

zwanego dalej "COMPASS" (Przystępujący po stronie Zamawiającego), za cenę oferty: 5.782.425,46 zł.

W uzasadnieniu wyboru Zamawiający podał, że Oferta tego wykonawcy spełnia wszystkie warunki zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz uzyskała największą ilość punktów obliczonych zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, kryterium (cena) i jego waga (100%).

Natomiast co do drugiej złożonej oferty wykonawcy Intergraph Polska Spółka z o.o. z Warszawy (Odwołujący) Zamawiający podał, że została wykluczona z postępowania, a oferta tego wykonawcy została odrzucona z następujących przyczyn.

1. Jako podstawę prawną wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający podał art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp to jest nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie złożył w ofercie, ani nie uzupełnił na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt od 4 do 8 ustawy Pzp dotyczących dwóch członków zarządu firmy Intergraph SG&I Deutschland GmbH, a mianowicie dotyczących osób: Sebastian S. i Horst H. W piśmie złożonym na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący przedstawił dokumenty i wyjaśnienia odnoszące się do niemieckiej spółki Intergraph SG&I Deutschland GmbH. Z wyciągu z rejestru Sądu Rejonowego Monachium - Sąd Rejestrowy wynika, że w zarządzie spółki Intergraph SG&I Deutschland GmbH są trzy osoby: Uwe N., Sebastian S. i Horst H.. Wykonawca przedłożył aktualne poświadczenie niekaralności dla Pana Uwe N., a nie przedłożył takich dokumentów dla Panów Sebastian S. i Horst H. Przedstawienie tych dokumentów było wymagane w punkcie 6.5. w części I Instrukcji dla Wykonawców SIWZ.
2. Ponadto Zamawiający stwierdził, że Odwołujący złożył w ofercie nieprawidłowo podpisane zobowiązanie spółki IntergraphSG&I Deutschland GmbH do oddania w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp do dyspozycji niezbędnej wiedzy i doświadczenia na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu - strona 69 oferty. Z wyciągu z rejestru Sądu Rejonowego Monachium - Sąd Rejestrowy, złożonego na wezwanie Zamawiającego wynikające z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że dokumenty spółki Intergraph SG&I Deutschland GmbH może podpisać: jednoosobowo Uwe N. lub łącznie Sebastian S. i Horst H., lub łącznie Sebastian S. z prokurentem, lub łącznie Horst H. z prokurentem. Zobowiązanie dołączone do oferty przetargowej jest podpisane tylko przez Sebastiana S.. Oferta tego wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

W związku z powyżej przedstawionym uzasadnieniem czynności Zamawiającego z dnia 23 listopada 2010r. Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba na podstawie akt sprawy, rozpatrując zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz argumentację Zamawiającego zawartą w odpowiedzi na odwołanie, a także wyjaśnienia stron i uczestnika postępowania na rozprawie ustaliła i zważyła jak poniżej.

Co do zarzutu Nr 1.

Odwołujący w związku z zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty Odwołującego wystosował w dniu 29 listopada 2010r. pismo do Zamawiającego (załącznik do odwołania), w którym w szczególności odniósł się do wezwania Zamawiającego z dnia 3 listopada 2010r. (w aktach sprawy) oraz udzielonej odpowiedzi na to wezwanie z dnia 12 listopada 2010r (w aktach sprawy), w którym w szczególności podniósł co następuje.

Odwołujący, tak jak i w odwołaniu – pismo z dnia 1 grudnia 2010r. odniósł się do treści pkt 6.5. Części I SIWZ w brzmieniu: „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. Jeżeli Wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt. 7 B.”

Tymi dokumentami są dokumenty wymienione w art. 24 ust.1 ustawy Pzp.

Według stanowiska Odwołującego reprezentowanego również podczas rozprawy Zamawiający nie ma prawa żądania dokumentów wymienionych w art. 24 ust.1 ustawy Pzp wobec spółki niemieckiej Intergraph SG&I Deutschland GmbH, ponieważ spółka ta jest podmiotem, który jedynie użycza zasobów wiedzy i doświadczenia Wykonawcy na czas realizacji zamówienia, ale nie jest wymieniona w Karcie Ofertowej na liście podmiotów, które będą brały udział w realizacji którejkolwiek części zamówienia. W związku z tym, Zamawiający nie miał prawa żądać dokumentów z katalogu wyszczególnionego w punkcie 7B SIWZ. Fakt doręczenia dokumentów przy piśmie z dnia 12.11.2010r. stanowiącym odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 03.11.2010r. wynika tylko ze względu na daleko posuniętą ostrożność procesową.

Zamawiający w piśmie z dnia 03.11.2010 r. zażądał także podania sposobu przekazania spółce Intergraph Polska Sp. z o.o. wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia przez spółkę Intergraph SG&I Deutschland GmbH. Żądanie to, w ocenie Zamawiającego nie ma uzasadnienia prawnego, gdyż ustawodawca na podstawie zapisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dał Wykonawcy możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków i uznaje za wystarczające (..) pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Z kolei Zamawiający w udzielonej odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 grudnia 2010r. oraz na rozprawie podtrzymał swoje stanowisko co do obowiązku po stronie Odwołującego dostarczenia dokumentów, o których mowa w art.24 ust.1 pkt 4-8 ustawy Pzp, a odnoszących się do spółki Intergraph SG&I Deutschland GmbH, ponieważ Odwołujący wymienił spółkę niemiecką Intergraph SG&I Deutschland GmbH, jako udostępniającą wiedzę i doświadczenie, bez względu na to, że w karcie ofertowej Odwołujący nie wymienił jej jako biorącej udział w wykonaniu zamówienia. Zdaniem Zamawiającego nie można udostępnić wiedzy i doświadczenia bez udziału w wykonaniu zamówienia. W związku z tym obowiązkiem Odwołującego było dostarczenie również dla spółki niemieckiej Intergraph SG&I Deutschland GmbH dokumentów określonych w art.24 ust.1 pkt 4-8 ustawy Pzp, a w dokumentach Zamawiającego wymienionych w pkt 7 B ppkt 5 SIWZ .

W związku z tym, że Odwołujący pomimo wezwania Zamawiającego z dnia 3 listopada 2010r. dokumentów tych nie uzupełnił w piśmie z dnia 12 listopada 2010r., stanowiącym odpowiedź na to wezwanie, w stosunku do członków Zarządu spółki niemieckiej Intergraph SG&I Deutschland GmbH, a co pomiędzy stronami pozostaje faktem bezspornym, Zamawiający w dniu 23 listopada 2010r. podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba dokonując oceny powyżej przedstawionego zarzutu i dokonanych ustaleń w tym zakresie, zważyła co następuje.

W ocenie Izby Zamawiający, wobec treści złożonej oferty przez Odwołującego, w której to spółkę niemiecką Intergraph SG&I Deutschland GmbH nie wymienił jako biorącą udziału w wykonaniu zamówienia, nie był uprawniony do wezwania do uzupełnienia dokumentów wymienionych w pkt 7 B ppkt 5 SIWZ (W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy, w okolicznościach o których mowa w art.24 ust.1 ustawy, Wykonawca zobowiązany jest złożyć: 5) Aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art.24 ust.1 pkt 4-8 PZP – wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.).

Bowiem zgodnie z treścią § 1 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. 2010r. Nr 226, poz.1817), jeżeli wykonawca wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust.1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art.26 ust.2 ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2.

W związku z tym, że na podstawie przedłożonej do akt sprawy oferty Odwołującego nie wynika, że udostępniająca wiedzy i doświadczenia niemiecka spółka Intergraph SG&I Deutschland GmbH będzie brała udział w realizacji zamówienia, bezpodstawne jest wykluczenie z postępowania Odwołującego na podstawie art.24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp, w związku z nie dostarczeniem na podstawie wezwania w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp dokumentów z Krajowego Rejestru Karnego dla osób wymienionych w art.24 ust.1 pkt 4-8 ustawy Pzp.

Bezpodstawność takiego żądania Zamawiającego występuje bez względu na to czy wezwanie było oprotestowane, czy nawet było wykonane przez wezwanego wykonawcę i podlega ocenie Izby w związku z czynnością wykluczenia z postępowania wykonawcy wezwanego w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp.

Reasumując stwierdzić należy, że nie w każdym przypadku udostępnienia, wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu, zasobów podmiotu trzeciego, należy przedstawiać dokumenty wymienione w art.24 ust.1 pkt 4-8, ponieważ obowiązek doręczenia tych dokumentów zależy od tego, czy podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia. Rozporządzenie ma charakter rozstrzygający co do obowiązku doręczenia dokumentów jakich powinni dostarczyć wykonawcy biorący udział w postępowaniu, na podstawie delegacji zawartej w art.25 ust.2 ustawy Pzp. Ze sformułowania § 1 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane nie wynika, że podmiot udostępniający zasobów będzie brał udział w każdym przypadku w realizacji zamówienia.

Natomiast sam przepis art.26 ust.2 b ustawy Pzp regulujący zagadnienie udostępnienia wykonawcy zgłaszającemu udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zasobów podmiotu trzeciego, nie rozstrzyga o tym w jakim zakresie oraz w jaki sposób podmiot trzeci ma obowiązek uczestniczyć w realizacji zamówienia, aby zamawiający miał gwarancję, że wybrany wykonawca wykona zamówienie.

Oczywistym wydaje się, że skoro podmiot trzeci udziela doświadczenia i wiedzy to po to, żeby Zamawiający dopuścił do realizacji zamówienia wykonawcę, który gwarantuje uzyskaną wiedzę i doświadczeniem od podmiotu trzeciego, wykonanie zamówienia.

Natomiast ustawodawca pozostawił praktyce obrotu gospodarczego w jaki sposób i w jakim zakresie w poszczególnych przypadkach podmiot trzeci powinien uczestniczyć w realizacji zamówienia, czy to poprzez "branie udziału w realizacji zamówienia" jak to formułuje wyżej cytowane Rozporządzenie P.R.M. czy to w innej formie współpracy, a wręcz wsparcia dla podmiotu, który zgłasza się do postępowania o udzielenie zamówienia, a nie posiada wiedzy i doświadczenia, czyli nie posiada umiejętności wykonania zamówienia.

Niemniej w przedmiotowym przypadku Izba nie stwierdziła obowiązku po stronie Odwołującego dostarczenia dokumentów przewidzianych w art.24 ust.1 pkt 4-8 ustawy Pzp, ponieważ niemieckiej spółki Intergraph SG&I Deutschland GmbH nie wymienił Odwołujący w pkt 13 karty ofertowej o następującej treści tegoż punktu "Następujące części niniejszego zamówienia zamierzam powierzyć podwykonawcom".

Co do niewłaściwej reprezentacji niemieckiej spółki Intergraph SG&I Deutschland GmbH, to Izba ustaliła jak poniżej.

Odwołujący odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 2 listopada 2010r. w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp przedstawił wypis niemieckiej spółki Intergraph SG&I Deutschland GmbH, z której wynika, że podpisujący do oferty oświadczenie przedstawiciel spółki był zobowiązany dla jego skuteczności prawnej podpisać oświadczenie z udziałem drugiego członka zarządu lub prokurenta.

Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 23 listopada 2010r. wykluczając jednocześnie Odwołującego z postępowania uzasadnił swoją decyzję faktem, iż zobowiązanie w trybie 26 ust.2b ustawy Pzp

załączone do oferty zostało złożone nieskutecznie, ponieważ zostało podpisane przez jedną osobę, a nie dwie jak to wynika z zasady reprezentacji spółki w związku z przedstawieniem wypisu z niemieckiego rejestru handlowego spółek.

Po decyzji Zamawiającego z dnia 23 listopada 2010r. Odwołujący w piśmie z dnia 29 listopada 2010r. załączył pełnomocnictwo upoważniające do jednoosobowej reprezentacji spółki, którego data obowiązywania jest zbieżna z datą czynności składania oferty.

Według Zamawiającego, czynność naprawienia wadliwie podpisanego oświadczenia załączonego do oferty w terminie późniejszym, a zwłaszcza po czynności wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia jego oferty, jest bezskuteczna i niemożliwa. Bowiem w ocenie Zamawiającego prawo cywilne nie może mieć zastosowania, a zwłaszcza przywołany przez Odwołującego art.103 ust.1 k.c. w kontekście brzmienia art.14 ustawy Pzp.

Odwołujący w toku postępowania podnosił, że Zamawiający w posiadanie rejestru handlowego spółki niemieckiej wszedł w sposób nieuprawniony, a więc nie może korzystać ze zdobytej w tym zakresie wiedzy. Pomimo to Odwołujący z ostrożności procesowej pismem z dnia 29.11.2010r. przesłał do Zamawiającego pełnomocnictwo Pana Sebastiana S. upoważniające go do jednoosobowego reprezentowania Intergraph SG&I Deutschland GmbH w okresie, kiedy podpisał zobowiązanie w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący wskazywał, że załączone pełnomocnictwo konwaliduje zobowiązanie złożone w imieniu Intergraph SG&I Deutschland GmbH do oferty jednoosobowo przez P. Sebastiana S., zgodnie bowiem z art. 103 § 1 Kodeksu cywilnego, jeżeli zawierający umowę jako pełnomocnik nie ma umocowania albo przekroczy jego zakres, ważność czynności zależy od jej potwierdzenia przez osobę, w której imieniu czynność została zawarta.

Poza tym powołał się na przepis art. 26 ust 3 ustawy, zgodnie z którym Zamawiający ma obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału a także pełnomocnictw i brak ograniczeń w stosowaniu tego przepisu do ewentualnego uzupełnienia pełnomocnictw, których złożenie stałoby się konieczne na skutek sytuacji powstałej w przedmiotowym postępowaniu. Obowiązek potwierdzenia przez Wykonawcę, że spełnia warunki udziału w postępowaniu wydaje się wspierać tą tezę. Ustawodawca bowiem nie ograniczył obowiązku wezwania do uzupełnienia pełnomocnictw wyłącznie do oświadczeń woli wykonawców składających oferty w postępowaniu.

Izba na podstawie powyżej przedstawionych ustaleń zważyła co następuje.

W ocenie Izby, Odwołujący skutecznie potwierdził uprawnienie P. Sebastiana S. do jednoosobowego oświadczenia w zakresie udostępnienia zasobów spółki Intergraph SG&I Deutschland GmbH, przez dołączenie do pisma z dnia 29 listopada 2010r. pełnomocnictwa, potwierdzającego upoważnienie od dnia 1 września 2010 do odwołania uwzględniając, że oferta została złożona w dniu 20 października 2010r., a zobowiązanie P. Sebastiana S. zawarte w ofercie nosi datę 15.10.2010r.

Zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiających i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. – Kodeks cywilny (Dz.U. nr 16, poz.93 z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Zgodnie z art. 103 § 1 Kodeksu cywilnego, jeżeli zawierający umowę jako pełnomocnik nie ma umocowania albo przekroczy jego zakres, ważność czynności zależy od jej potwierdzenia przez osobę, w której imieniu czynność została zawarta. W przedmiotowej sprawie potwierdzenie czynności nastąpiło przez złożenie pełnomocnictwa, w którym osoba upoważniona do jednoosobowej reprezentacji spółki Intergraph SG&I Deutschland GmbH, Pan Uwe Nowak potwierdził upoważnienie do jednoosobowego reprezentowania tejże spółki przez Pana Sebastiana S..

Również przywołując treść art.26 ust.3 ustawy Pzp można wywieść skuteczność czynności Odwołującego, co prawda wykonanej z własnej inicjatywy, a nie na wezwanie Zamawiającego, polegającej na przedłożeniu przy piśmie z dnia 29 listopada 2010r. pełnomocnictwa dla P. Sebastiana S. do jednoosobowej reprezentacji spółki Intergraph SG&I Deutschland GmbH., chociaż przepis odnosi się wprost do wykonawcy, a nie podmiotu udzielającego zasobów.

W ocenie Izby nawet bez przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp istnieje możliwość konwalidacji czynności prawnej wykonanej przez pełnomocnika przez zastosowanie art. 103 k.c. w związku z art.14 ustawy Pzp.

Reasumując należy stwierdzić, że zarzut nr 1 potwierdził się w całości.

Co do zarzutu Nr 2.

Zarzut nr 2 odnosił się do braku wykluczenia Przystępującego COMPASS z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wobec złożenia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz w konsekwencji braku odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Nieprawdziwe informacje miały dotyczyć wskazani a, przez Przystępującego w Wykazie usług, wykonania zamówienia pn. „Wykonanie i wdrożenie miejskiego systemu informacji turystycznej (MSIT) w Częstochowie" i podaniu, iż jego wartość wynosiła 3.386.720,00 zł.

Izba ustaliła, że zgodnie z Wykazem znajdującym się w ofercie Przystępującego podana została nazwa zamówienia: Wykonanie, wdrożenie miejskiego systemu informacji turystycznej (MSIT) w Częstochowie oraz wartość zamówienia: 3.386.720,00 zł.

Zamawiający udzielając odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 10 grudnia 2010r. wskazał, że przez zawarty w Wykazie „wdrożony geoportal" należy rozumieć wdrożony, działający system teleinformatyczny, umożliwiający publiczny dostęp do danych, oparty o hurtownię danych oraz serwer danych przestrzennych.

Tym samym w ocenie Zamawiającego zarzut, że Przystępujący nie wykonał zamówienia na kwotę 3.386.720,00 zł., tylko na około 700.000zł. jest gołosłowny, ponieważ wykonany „Miejski System Informacji Turystycznej" jest po pierwsze geoportalem, po drugie jest dostępny publicznie, a po

trzecie jest oparty o hurtownię danych oraz serwer danych przestrzennych, czyli spełnia wymogi pkt 6 ppkt 6.2. lit.a) SIWZ.

Zamawiający jako podmiot na rzecz, którego zamówienie było realizowane oświadczył w odpowiedzi na odwołanie: " Zamówienie polegało na wykonaniu i wdrożeniu miejskiego systemu informacji turystycznej, na które składała się dostawa serwera wraz z oprogramowaniem, dostawa infokiosków wraz z oprogramowaniem i montażem, wykonanie systemu informatycznego (portalu o tematyce turystycznej). Kioski internetowe w projekcie MSIT (infomaty) stanowią publiczny punkt dostępu do geoportalu, a Zamawiający w opisanym powyżej wymaganiu w SIWZ nie definiował w jaki sposób dostęp publiczny ma się odbywać. Prace budowlane i montażowe stanowiły element wdrożeniowy publicznych punktów dostępu do geoportalu jakimi były infomaty. W ramach dostawy serwera wraz z oprogramowaniem dostarczono niezbędne i podstawowe elementy serwera danych przestrzennych oraz zbudowanej na tej podstawie hurtowni danych. Wskazany podział zamówienia na części nie oznacza, iż dostawę serwera wraz z oprogramowaniem należy traktować stricte jako dostawę sprzętu bez kontekstu jakemu celowi sprzęt ma służyć. Zamawiający dalej stwierdził, że bez niezbędnego sprzętu umożliwiającego publiczny dostęp, cel zamówienia nie zostałby zrealizowany. „Jest zatem nadinterpretacją twierdzenie, iż część I i II ww. zamówienia jest niezwiązana z niniejszym zamówieniem. Skoro bowiem wykonanie systemu informatycznego (portalu o tematyce turystycznej) potwierdza warunek określony w siwz i jako takie jest związane z niniejszym zamówieniem to wszelkie prace, jakie musiały zostać wykonane by miejski system informacji turystycznej funkcjonował i był udostępniany publicznie, również są związane z niniejszym zamówieniem. Oznacza to także, iż nie można rozpatrywać prac wykonanych przy zamówieniu „Wykonanie i wdrożenie miejskiego systemu informacji turystycznej (MSIT) w Częstochowie" oddzielnie. Stąd brak podstaw do dzielenia ww. zamówienia i rozbijania go zgodnie z sugestią Odwołującego”

W ocenie Izby zarzut Odwołującego nie potwierdził się, ponieważ wyjaśnienia Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 grudnia 2010r. oraz przedstawione na rozprawie są jednoznaczne, spójne, wyczerpujące i potwierdzają, że brak podstaw formalnych i prawnych do oddzielenia części wykonanych prac w ramach Systemu Informacji Turystycznej przedstawionych w Wykazie, a odnoszących się do dostawy sprzętu, oprogramowania, montażu czy też robot budowlanych niezbędnych do uruchomienia np.: infokiosków.

Zgodnie z wymogiem SIWZ pkt 6.ppkt.2 lit.a) wykonawcy mieli wykazać, że wdrożyli w sposób należyty, przynajmniej jeden geoportal dostępny publicznie lub system informacji przestrzennej oparty na hurtowniach danych oraz serwerze danych przestrzennych o wartości stanowiącej minimum 2.000.000,00zł.brutto.

Tym samym w ocenie Izby, Przystępujący przedstawiając Wykaz wykonanych prac nie złożył nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a Zamawiający nie naruszył art.24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, przez brak wykluczenia Przystępującego z postępowania.

W związku z powyższym nie potwierdziła się zasadność żądania Odwołującego, że Zamawiający powinien wezwać COMPASS do uzupełnienia Wykazu usług lub złożenia wyjaśnień w zakresie usługi „Wykonanie i wdrożenie miejskiego systemu informacji turystycznej (MSIT) w Częstochowie”. Reasumując Izba stwierdziła brak podstaw do uznania, że ww. usługa nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 6.ppkt.2 lit.a) SIWZ. Tym samym Zamawiający nie dopuścił się zaniechania, a zarzut w stosunku do COMPASS jest bezzasadny.

Kolejny zarzut Odwołującego w stosunku do ofert yCOMPASS dotyczył „zamieszczenia w treści formularza ofertowego informacji, że zamówienie wykona przy użyciu podwykonawców, którymi jest Odwołujący oraz jego Podwykonawcy”, a nadto złożeniu oświadczenia w pkt 4 formularza ofertowego: „Cena

naszej oferty uwzględnia wszystkie wymagania odnoszące się do przedmiotu zamówienia oraz ujmuje wszystkie koszty jakie poniesie Wykonawca z tytułu zgodnej z obowiązującymi przepisami i opisem przedmiotu zamówienia, realizacji zamówienia, przyjmując do wiadomości, że podana cena jest ceną ryczałtową, niezmienną w toku realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Odwołujący twierdził także, że Przystępujący „uczynił to bez konsultacji z Nami. Zaoferował zatem Nasze usługi bez wiedzy, czy podejmiemy się ich realizacji”, „W treści formularza ofertowego COMPASS zawarł informację, że zamówienie wykona przy użyciu podwykonawców, którymi jest Odwołujący oraz Nasi Podwykonawcy. Uczynił to bez konsultacji z Nami. Zaoferował zatem Nasze usługi bez wiedzy, czy podejmiemy się ich realizacji. Także cena oferty została skalkulowana bez sprawdzenia jakie są koszty pozyskania modułów funkcjonalnych od Odwołującego i Naszych Podwykonawców.”

Izba ustaliła co następuje.

W formularzu ofertowym firmy COMPASS w pkt 13 (wskazanie części zamówienia jakie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom) zapisano:

1. Modyfikacja w systemach informatycznych lub rozwiązania równoważne - dotyczy aplikacji „Ośrodek” firmy Intergraph w zakresie dostępu do danych oraz obsługi formularzy elektronicznych.
2. Modyfikacja w systemach informatycznych lub rozwiązania równoważne - dotyczy aplikacji firmy MICOMP w zakresie Gospodarki Nieruchomościami (GM), Podsystemu Innych Należności (PIN), Księgowości Innych Należności (KSP) oraz w zakresie wymiany informacji z Aplikacją Ewidencji i Zarządzania Mieniem Gminy i Skarbu Państwa GRN_ZMK.
3. Modyfikacja w systemach informatycznych lub rozwiązania równoważne - dotyczy aplikacji Office Objects DocMan firmy Rodan Systems w zakresie dostępu do danych oraz wymiany formularzy elektronicznych. (...)

Zamawiający na rozprawie wyjaśniał, że w Urzędzie Miasta Częstochowy funkcjonują aplikacje wykonane przez różne firmy, np. aplikacja o nazwie „Ośrodek” wykonana przez firmę Intergraph, aplikacja o nazwie „Office Objects DocMan” wykonana przez firmę Rodan Systems i różne aplikacje wykonane przez firmę MICOMP.

Powyższe zapisy zawarte w ofercie firmy COMPASS jednoznacznie wskazują jakie części zamówienia ten Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, tj. zamierza powierzyć podwykonawcy wykonanie aplikacji, której autorem była odpowiednio firma: Intergraph, MICOMP czy Rodan Systems.

Na rozprawie Odwołujący potwierdził, że nie było na ten temat rozmów pomiędzy Odwołującym a Przystępującym.

W ocenie Izby z pkt 13 Karty Ofertowej COMPASS nie wynika, że Przystępujący jako jedyne rozwiązanie zamierza powierzyć modyfikację Odwołującemu, ponieważ wskazuje zarówno na modyfikację w systemach informatycznych lub rozwiązania równoważne.

Poza tym w trakcie rozprawy Odwołujący jedynie stwierdził, że Przystępujący nie zwrócił się do niego w sprawie podwykonawstwa.

W związku z powyższym, że Przystępujący zaoferował alternatywne rozwiązania w zakresie spornych systemów informatycznych, Izba uznała, że Przystępujący nie podał nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Tym samym w ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Co do zarzutu Nr 3.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty COMPASS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp

Przy czym wskazał na:

konieczność odrzucenia oferty COMPASS z uwagi na fakt, że jest niezgodna z ustawą Pzp i jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W opinii Odwołującego, COMPASS złożył dwie oferty poprzez wskazanie w punkcie 13 formularza ofertowego, iż podwykonawcom zamierza powierzyć alternatywnie modyfikację istniejących w Urzędzie Miasta systemów informatycznych lub wykonanie nowych systemów, a więc wykonanie rozwiązań równoważnych.

Z kolei w ocenie Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, z uwagi na złożoność zamówienia i wielowarstwowość projektu wymaganiem nadmiernie wygórowanym, o ile wręcz niemożliwym do spełnienia, byłoby żądanie od wykonawców wskazania sposobu realizacji zamówienia już na etapie składania ofert. Takie działanie Zamawiającego narażałoby wykonawców przystępujących do postępowania na znaczne, nieuzasadnione (zważywszy na niepewność, co do pozyskania zamówienia)

koszty przygotowania oferty. Poza tym, taki wymóg ograniczyłby nadto konkurencję, a wręcz wskazywał, że jedynym wykonawcą byłby Odwołujący. Wykaz dokumentów, jakie powinna zawierać oferta określa pkt 13 I cz. SIWZ (instrukcja dla wykonawców). Punkt ten, jak również pozostałe zapisy SIWZ, nie wskazują aby zamawiający żądał wskazania w ofertach czy wykonawcy będą modyfikować istniejące systemy, czy też wykonają nowe systemy. Odwołujący w punkcie 13 Karty Ofertowej, w którym zamawiający żądał jedynie wskazania części przedmiotu zamówienia, które wykonawcy zamierzają powierzyć podwykonawcom, wskazał że wymienieni podwykonawcy będą modyfikować wykonane przez nich systemy. Jest to informacja, której zamawiający nie żądał w SIWZ.

Dodatkowo, na sposób realizacji projektu wpływ mają także wykorzystywane w Urzędzie aplikacje - informacje w nich zawarte (z uwagi między innymi na ochronę danych osobowych) nie mogą zostać powierzone i udostępnione bez podpisania stosownych zobowiązań zapewniających zachowanie poufności. Tym samym niemożliwe jest żądanie na etapie składania ofert wskazania przez wykonawców szczegółowego sposobu realizacji zamówienia. Stąd zapisy w opisie przedmiotu zamówienia: Projekt zakłada wykorzystanie istniejących przetwarzanych zbiorów danych (źródeł danych) w Urzędzie Miasta Częstochowy na potrzeby realizowanych Systemów e_umCZ. W związku z powyższym, w trakcie realizacji Projektu konieczne będzie wykonanie przez Wykonawcę dodatkowych funkcjonalności lub modyfikacji w systemach informatycznych aktualnie eksploatowanych przez Zamawiającego wskazanych w załączniku nr 7. Zakres powyższych prac został opisany w pkt. 4.3. Aby zachować regułę konkurencyjności dla Wykonawców. Zamawiający zdecydował się na dopuszczenie rozwiązań równoważnych opisanych w pkt. 2.3.4. Nie ma w tym punkcie mowy o „ofertach równoważnych”, jak wskazuje w Odwołaniu Odwołujący, a o „rozwiązaniach równoważnych”. Potwierdza to także zapis zawarty w punkcie 4.7 części I SIWZ w brzmieniu:

„Zamawiający dopuszcza zastosowanie rozwiązań równoważnych, których parametry zostały podane w Części III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”. Tak więc zamawiający nie żądał w treści SIWZ, a nawet nie mógł żądać już na etapie składania oferty, od wykonawców jednoznacznego opisanie architektury systemów e_umCZ wraz z opisem rozwiązań równoważnych. Jest to element realizacji przedmiotu zamówienia, a nie oferty. Zgodnie z § 9 ust. 1 wzoru umowy „W ciągu 30 dni kalendarzowych od daty podpisania niniejszej umowy Wykonawca przedstawi Zamawiającemu do akceptacji dokument „Plan Projektu” zgodnie z opisem zawartym w załączniku nr 3 III cz. SIWZ”. Dopiero w „Planie projektu”, mają być zamieszczone szczegółowe rozwiązania dotyczące sposobu realizacji przedmiotu zamówienia (umowy).

Reasumując, Izba oceniając wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na odwołanie oraz złożone na rozprawie, uwzględniając zapisy SIWZ nie stwierdziła, że z faktu podania w pkt 13 karty ofertowej

Przystępującego możliwości modyfikacji systemu lub rozwiązania alternatywnego wynika, że Przystępujący złożył dwie oferty. Tym samym zarzut Izba oceniła jako bezzasadny.

Co do wystąpienia przesłanek wskazujących na konieczność odrzucenia oferty firmy COMPASS z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający wskazał, że w punkcie 13 formularza ofertowego spółki COMPASS nie wskazano Odwołującego i Jego Podwykonawców jako podwykonawców COMPASS, a jedynie jako części zamówienia, które COMPASS powierzy podwykonawcom. W pkt 13 karty ofertowej wskazano na okoliczność ewentualnego podwykonawstwa, co nie oznacza, że podwykonawcą będzie Odwołujący. Z tych względów w ocenie Izby zarzut jest również bezzasadny

Zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez COMPASS

również Izba uznała za niezasadny, ponieważ jedynym kryterium była cena, a oferta Przystępującego była korzystniejsza cenowo od oferty Odwołującego.

Reasumując Zamawiający nie naruszył powyżej wskazanego przepisu. Naruszenie powyższego przepisu nastąpiłoby gdyby potwierdziły się wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu.

Odwołanie nie zostało uwzględnione, pomimo uwzględnienia zarzutu bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania, ponieważ naruszenie to nie ma wpływu na wynik postępowania to jest na dokonany wybór oferty Przystępującego COMPASS, którego oferta jest korzystniejsza cenowo od oferty Odwołującego, przy jedynym kryterium oceny ofert – cenie.

Bowiem zgodnie z art. 192 ust.2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W przedmiotowej sprawie uwzględnienie zarzutu bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania nie ma wpływu na wynik postępowania, ponieważ Izba nie uwzględniła zarzutów odnoszących się do braku wykluczenia i odrzucenia oferty Przystępującego, którego oferta została uznana jako najkorzystniejsza.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, zgodnie z art. 192 ust.10 ustawy Pzp, zasądając od Odwołującego koszty wpisu od odwołania.

Przewodniczący składu orzekającego

Renata Tubisz

