

Sygn. akt: KIO 1137/14
KIO 1144/14

WYROK
z dnia 23 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 czerwca 2014 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2014 r. przez

- A. wykonawcę **Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno - Kartograficzne „OPEGIEKA” Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu, Al. Tysiąclecia 11, 82-300 Elbląg (sygn. akt KIO 1137/14)**

- B. wykonawcę **GeoTechnologies Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Rynek Ratusz 10, 50-106 Wrocław (sygn. akt KIO 1144/14)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Główny Urząd Geodezji i Kartografii w Warszawie, ul. Wspólna 2, 00-926 Warszawa**

przy udziale:

1. wykonawcy **GeoTechnologies Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Rynek Ratusz 10, 50-106 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1137/14 po stronie zamawiającego

2. wykonawcy **Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1137/14 i KIO 1144/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala oba odwołania

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno - Kartograficzne „OPEGIEKA” Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu, Al. Tysiąclecia 11, 82-300 Elbląg (sygn. akt KIO 1137/14)** i wykonawcę **GeoTechnologies Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Rynek Ratusz 10, 50-106 Wrocław (sygn. akt KIO 1144/14)** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno - Kartograficzne „OPEGIEKA” Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu, Al. Tysiąclecia 11, 82-300 Elbląg (sygn. akt KIO 1137/14)** i wykonawcę **GeoTechnologies Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Rynek Ratusz 10, 50-106 Wrocław (sygn. akt KIO 1144/14)** tytułem wpisów od odwołań

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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:

Sygn. akt: KIO 1137/14

KIO 1144/14

Uzasadnienie

Główny Urząd Geodezji i Kartografii w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Rozbudowę systemu Geoportal w kontekście stworzenia systemu PZGiK .”

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 lutego 2014 r., nr 2014/S 035-057530.

sygn. akt KIO 1137/14

W dniu 26 maja 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne „OPEGIEKA” Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu, zwanego dalej „odwołującym OPEGIEKA”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W uzasadnieniu swojej decyzji podał m.in., iż z wyjaśnień uzyskanych od odwołującego OPEGIEKA wynika, że usługa ATiK nie będzie świadczona przez Wykonawcę dla oprogramowania wskazanego w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia.

Zamawiający pismem tym poinformował także o wyborze oferty wykonawcy Comarch Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej „wykonawcą Comarch”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 5 czerwca 2014 r. (pismem z dnia 4 czerwca 2014 r.) odwołujący OPEGIEKA, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 4 czerwca 2014 r.) wobec odrzucenia jego oferty, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego „OPEGIEKA”, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Comarch oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego OPEGIEKA, pomimo iż oferta odwołującego OPEGIEKA, jest najkorzystniejsza.

Jednocześnie odwołujący OPEGIEKA wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz zasądzenie kosztów zgodnie z wynikiem postępowania w tym także:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego OPEGIEKA

2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert
3. dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty odwołującego OPEGIEKA.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący OPEGIEKA wskazał m.in., iż zamawiający dwukrotnie zwracał się do niego o wyjaśnienie treści oferty odnośnie potwierdzenia zakresu wycenionych prac. Odpowiadając na powyższe oświadczył, że zapewni wymóg świadczenia usług ATiK dla oprogramowania wskazanego w Załączniku nr 8 do SOPZ poprzez świadczenie usług ATiK dla oprogramowania wykorzystywanego w rozwiązaniu równoważnym. Zamawiający odrzucając jego ofertę nie wziął przy tym pod uwagę, że:

- dopuścił nie świadczenie usługi ATiK w stosunku do oprogramowania z załącznika nr 8, od momentu wdrożenia przez Wykonawcę systemu PZGiK, dla oprogramowania (wymienionego w załączniku nr 8), które nie będzie wykorzystywane we wdrożonym systemie PZGiK
- wyjaśnień odwołującego OPEGIEKA, że zapewni wymóg świadczenia usług ATiK dla oprogramowania wskazanego w Załączniku nr 8 do SOPZ poprzez świadczenie usług ATiK dla oprogramowania wykorzystywanego w rozwiązaniu równoważnym, a przez rozwiązanie równoważne rozumie się dostarczenie nowych rozwiązań teleinformatycznych.

Argumentacja zamawiającego, jak dalej wskazał, nie zasługuje na uwzględnienie z także z następujących względów:

- zamawiający w pismach z dnia 14 marca br. (odpowiedź na Pytanie nr 3) i z dnia 1 kwietnia br. (odpowiedź na Pytanie nr 17) dopuścił nie świadczenie usługi ATiK w stosunku do oprogramowania z Załącznika nr 8, od momentu wdrożenia przez Wykonawcę systemu PZGiK, dla oprogramowania (wymienionego w załączniku nr 8), które nie będzie wykorzystywane we wdrożonym systemie PZGiK
- termin rozpoczęcia świadczenia usługi ATiK w stosunku do oprogramowania wymienionego w Załączniku nr 8 lub świadczenia usługi ATiK w stosunku do oprogramowania równoważnego wynosi 1 miesiąc od podpisania Umowy, czyli po zakończeniu Etapu 2 zgodnie z SIWZ, Rozdział 4 pt. „Terminy realizacji prac”, „Tabela realizacji poszczególnych Etapów technicznych w podziale na Etapy zarządcze, które będą podlegały odbiorom”
- zamawiający nawet nie uprawdopodobnił, że odwołujący OPEGIEKA nie byłby w stanie „wprowadzić oprogramowania równoważnego przed rozpoczęciem świadczenia usługi”, przeciwnie odwołujący OPEGIEKA oświadcza iż dysponuje stosownym oprogramowaniem równoważnym, które jest w stanie wprowadzić na warunkach i terminach wynikających z SIWZ
- z ostrożności procesowej podniósł, że nie jest prawdziwe twierdzenie zamawiającego dotyczące „konieczności zapewnienia ciągłości działania istniejącego systemu i

wszystkich jego funkcjonalności" albowiem zgodnie z treścią Załącznika nr 8 do SOPZ (Wykaz oprogramowania - po modyfikacji) zdecydowana większość oprogramowania z Załącznika nr 8 (52 pozycje spośród wymienionych 64) nie ma świadczonej usługi ATiK już od 30.11.2013 roku a nieliczne pozycje od 15.01.2014 roku co nie spowodowało zaprzestania ciągłości działania istniejącego systemu.

W dniu 5 czerwca 2014 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania przez wykonawcę OPEGIEKA, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawca Comarch oraz wykonawca GeoTechnologies Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej „wykonawcą GeoTechnologies”, otrzymali w tej samej dacie).

W dniu 9 czerwca 2014 r. (pismem z dnia 6 czerwca 2014 r.) wykonawca GeoTechnologies przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu OPEGIEKA i zamawiającemu.

W dniu 9 czerwca 2014 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Comarch przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu OPEGIEKA i zamawiającemu.

sygn. akt KIO 1144/14

W dniu 27 maja 2014 r. (pismem z dnia 26 maja 2014 r.) zamawiający poinformował wykonawcę GeoTechnologies Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej „odwołującym GeoTechnologies”, o wyborze oferty wykonawcy Comarch jako najkorzystniejszej.

W dniu 5 czerwca 2014 r. (pismem z dnia 5 czerwca 2014 r.) odwołujący GeoTechnologies, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 5 czerwca 2014 r.) od niezgodnych z prawem czynności zamawiającego oraz zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Comarch, mimo że wykonawca ten złożył w toku postępowania nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp polegające na uznaniu oferty wykonawcy Comarch za najkorzystniejszą, mimo że ta oferta powinna być uznana za

odrzuconą z uwagi na istnienie podstaw do wykluczenia wykonawcy Comarch z postępowania

3. ewentualnie w razie nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w punktach 1 i 2: naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Comarch, mimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Jednocześnie odwołujący GeoTechnologies wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty
2. nakazanie wykluczenia wykonawcy Comarch z postępowania i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą, ewentualnie nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy Comarch
3. nakazanie dokonania powtórnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, z uwzględnieniem zarzutów opisanych w niniejszym odwołaniu i wyników powtórzonych czynności.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący GeoTechnologies wskazał m.in., iż świadczenie usług ATiK w odniesieniu do oprogramowania z załącznika nr 8 do SOPZ nie jest możliwe bez zaangażowania producentów tego oprogramowania. Wykonawca Comarch - zarówno przed złożeniem oferty, jak i przed złożeniem składanych w toku postępowania wyjaśnień nie podjął żadnych działań pozwalających mu stwierdzić, czy i na jakich warunkach będzie możliwe świadczenie przez niego usług ATiK w odniesieniu do oprogramowania następujących producentów: *con terra* - Gesellschaft fuer Angewandte Informationstechnologie mbH (dalej: *con terra*), GISPartner sp. z o.o. (dalej: GISPartner) oraz Asseco Poland S.A. (dalej: Asseco):

1. Oprogramowanie *con terra*

Na terytorium Polski działa jedynie dwóch dystrybutorów *con terra*: Wasko S.A. oraz GISPartner sp. z o.o. Wykonawca Comarch nie zwracał się z zapytaniem o możliwość świadczenia usług ATiK dla oprogramowania produkcji *con terra* wymienionego w załączniku nr 8 do SOPZ ani bezpośrednio do samego producenta, ani do któregośkolwiek z dystrybutorów.

2. Oprogramowanie GISPartner sp. z o.o.

GISPartner jest polskim producentem specjalistycznego oprogramowania informacji przestrzennej. Z informacji posiadanych przez odwołującego GeoTechnologies wynika, że przedstawiciele wykonawcy Comarch przeprowadzili jedynie bardzo wstępne rozmowy z GISPartner, które nie wyszły jednak poza deklarację zainteresowania współpracą w ramach realizacji niniejszego zamówienia. Pokłosiem deklaracji nie były jednak żadne ustalenia co do zakresu usług, czy też warunków zaangażowania tego producenta, które pozwalałyby ocenić koszt świadczenia usług ATiK dla jego oprogramowania.

3. Oprogramowanie Asseco Poland S.A.

Z informacji posiadanych przez odwołującego GeoTechnologies wynika, iż wykonawca Comarch nie prowadził nawet wstępnych rozmów z producentem także w odniesieniu do świadczenia usług ATiK dla oprogramowania Asseco Poland S.A. wymienionego w załączniku nr 8 do SOPZ.

Odnosząc powyższe okoliczności do oświadczenia wykonawcy Comarch zawartego w piśmie z dnia 21 maja 2014 r., odwołujący GeoTechnologies podniósł, iż z treści wezwania do złożenia wyjaśnień jednoznacznie wynika, że intencją zamawiającego było między innymi zweryfikowanie, czy oferta wykonawcy Comarch uwzględnia koszty dysponowania prawem do korzystania z asysty technicznej u producentów oprogramowania. Zamawiający w odpowiedzi na swoje pytanie uzyskał potwierdzenie, co zaowocowało uznaniem przedmiotowej oferty za zgodną z SIWZ i jej wyborem. Tymczasem nie jest możliwe uwzględnienie kosztów w cenie oferty bez uzyskania informacji na ich temat. Tym samym, wykonawca Comarch złożył oświadczenie, które nie miało żadnego oparcia w rzeczywistości, w szczególności w treści rozmów z producentami oprogramowania. Złożenie nieprawdziwego oświadczenia w tym przedmiocie miało oczywisty wpływ na wynik postępowania już z tego powodu, że w oparciu o treść wyjaśnień z dnia 21 maja 2014 r. zamawiający ostatecznie uznał, że oferta wykonawcy Comarch nie podlega odrzuceniu, co doprowadziło do uznania ją za najkorzystniejszą.

Powyższe okoliczności wypełniają hipotezę art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co uzasadnia wykluczenie wykonawcy Comarch z postępowania, a w konsekwencji uznanie jego oferty za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Z ostrożności odwołujący GeoTechnologies podniósł, że gdyby interpretować oświadczenia składane przez wykonawcę Comarch inaczej i uznać, że nie wynika z nich deklaracja uwzględnienia w ofercie prawa do korzystania usług ATiK u producentów oprogramowania w zakresie wymaganym w SIWZ, nie zmieniałoby to skutku w postaci konieczności odrzucenia omawianej oferty. Gdyby bowiem przyjąć takie znaczenie oświadczenia wykonawcy Comarch, byłoby to równoznaczne ze stwierdzeniem, że oferta tego wykonawcy nie obejmuje zapewnienia usług ATiK w pełnym zakresie wymaganym w punktach 9 oraz 11.4 załącznika nr 1 do SIWZ oraz załączniku nr 8 do SOPZ, w tym nie uwzględnia prawa do korzystania z asysty technicznej u producentów całości oprogramowania wymienionego w załączniku nr 8 do SOPZ. Jak wiadomo, oferta nie spełniająca wszystkich wymagań jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W dniu 6 czerwca 2014 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując

jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawca Comarch otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 9 czerwca 2014 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Comarch przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu GeoTechnologies i zamawiającemu.

Zamawiający w dniu 13 czerwca 2014 r. (pismem z tej samej daty), działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp oświadczył, iż uwzględni w całości odwołanie wniesione przez wykonawcę GeoTechnologies Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

W dniu 17 czerwca 2014 r. odwołujący GeoTechnologies zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego OPEGIEKA i odwołującego GeoTechnologies w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania, uznając iż, odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

sygn. akt KIO 1137/14

Zarzut nieuprawnionego odrzucenia oferty odwołującego OPEGIEKA nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia”, punkt 3 „Przedmiot Zamówienia” podał:

„Przedmiotem zamówienia jest:

1. Rozbudowa systemu Geoportal w kontekście stworzenia Systemu PZGiK, w ramach której wykonawca zobowiązany jest do: (...)
2. (...)
3. (...)
4. Świadczenie usług ATiK dla oprogramowania wskazanego w Załączniku nr 8 do SOPZ (Wykaz oprogramowania) wraz z dostarczeniem niezbędnych licencji lub instalacji, zgodnie z zapisami Rozdziału 9 (Świadczenie usług ATiK).”

Nadto w punkcie 9 „Świadczenie usług ATiK” wskazał, iż „wykonawca zobowiązany jest do świadczenia usługi asysty technicznej i konserwacji (ATiK) dla oprogramowania wskazanego w Załączniku nr 8 do SOPZ (Wykaz oprogramowania), w dniach od podpisania umowy minimum do 31.03.2015 r.

W ramach świadczenia usługi ATiK Wykonawca zobowiązany jest do:

1. przeprowadzenia weryfikacji licencji posiadanych przez Zamawiającego wraz z analizą środowiskami na jakich są one zainstalowane
2. aktualizacji oprogramowania, w tym: (...)
3. zapewnienia opieki technicznej polegającej na obsłudze zgłoszeń/zapytań dotyczących oprogramowania.”.

Zamawiający, pismem z dnia 9 maja 2014 r., zwrócił się do odwołującego OPEGIEKA, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, o potwierdzenie, że jego oferta uwzględnia realizację wszystkich prac wymienionych w Załączniku nr 1 do SIWZ „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia”, pkt 3, w tym w prac określonych w podpunkcie 4, punkt 3 Załącznika nr 1 do SIWZ.

Odpowiadając na powyższe odwołujący OPEGIEKA, pismem z dnia 14 maja 2014 r., oświadczył m.in., iż „wymóg świadczenia usług ATiK dla oprogramowania wskazanego w Załączniku nr 8 do SOPZ (Wykaz oprogramowania) wraz z dostarczeniem licencji lub instalacji, zgodnie z zapisami Rozdziału 9 (Świadczenie usług ATiK – Załącznik nr 1 do SIWZ) zostanie zrealizowany poprzez świadczenia usług ATiK dla oprogramowania wykorzystywanego w rozwiązaniu równoważnym zgodnie z warunkami określonymi w przedmiocie zamówienia. (...)”.

Zamawiający, pismem z dnia 19 maja 2014 r., ponownie zwrócił się do odwołującego OPEGIEKA, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, tj. „potwierdzenia, że zgodnie z zapisem Załącznika nr 1 do SIWZ, punkt 11.4 ust. 2, dla całości oprogramowania wymienionego w Załączniku numer 8 do SOPZ (Wykaz oprogramowania) Wykonawca dostarczy Zamawiającemu dokument poświadczający prawo korzystania z asysty technicznej u producenta oprogramowania objętego usługą ATiK”.

Odwołujący OPEGIEKA, odpowiadając na pismo zamawiającego, pismem z dnia 21 maja 2014 r., oświadczył m.in. „Dostarczymy Zamawiającemu dokument poświadczający prawo korzystania z asysty technicznej u producenta oprogramowania objętego usługą ATiK, zgodnie z zapisem Załącznika nr 1 do SIWZ, punkt 11.4 ust. 2 dla całości oprogramowania równoważnego do wymienionego w Załączniku numer 8 do SOPZ (Wykaz Oprogramowania)”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zamawiający wymagał aby wykonawca świadczył usługi asysty technicznej i konserwacji (ATiK) dla oprogramowania wskazanego w Załączniku nr 8 do SOPZ (Wykaz oprogramowania) od dnia podpisania umowy. Tak więc to od tej daty usługa ATiK miała być realizowana. Tymczasem odwołujący OPEGIEKA, wzywany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jednoznacznie oświadczył, że usługa ta zostanie zrealizowana poprzez świadczenie usług ATiK dla oprogramowania wykorzystywanego w rozwiązaniu równoważnym. Tym samym utożsamiając realizowanie usługi ATiK tylko i wyłącznie z dostawą oprogramowania wykorzystywanego w rozwiązaniu równoważnym, a więc nowym, oferowanym przez niego rozwiązaniu teleinformatycznym, pomijając całkowicie konieczność realizowania tej usługi także w okresie przed dostarczeniem rozwiązania równoważnego. A ponadto sam odwołujący OPEGIEKA – w toku rozprawy - składał sprzeczne z sobą oświadczenia dotyczące terminu, od którego usługa ATiK będzie przez niego realizowana. Najpierw twierdził, iż usługa ta będzie realizowana od momentu dostarczenia całości oprogramowania równoważnego, potem zaś, iż realizację tej usługi rozpocznie już w dniu podpisania umowy. Niemniej jednak nie wykazał, że usługa będąca przedmiotem tego zamówienia, na wykonanie której to przewidziano okres „nie później niż do dnia 27 lutego 2015 r.”, stanowiąca rozwiązanie równoważne, zostanie zrealizowana w czasie, który pozwoli mu świadczyć usługę ATiK już od momentu podpisania umowy. To przystępujący GeoTechnologies udowodnił, że w tym konkretnym stanie faktycznym nie jest możliwe wdrożenie rozwiązania równoważnego nie tylko, że w dniu podpisania umowy, ale także w terminie 1 miesiąca, gdyż dla wdrożenia tego typu realizacji konieczny jest dłuższy okres wykonania umowy. Usługa (ATiK) obecnie realizowana miała być bowiem realizowana dla całości już posiadanego przez zamawiającego oprogramowania, a więc w odniesieniu do wszystkich jego obecnych elementów i dopiero po dostarczeniu oferowanego rozwiązania równoważnego możliwym było zaprzestanie jej świadczenia w stosunku do niewykorzystanych elementów systemu. Tak więc do czasu wdrożenia rozwiązania równoważnego usługa ta winna być świadczona w odniesieniu do wszystkich elementów oprogramowania wymienionego w Załączniku nr 8. Nawet jeśli w jakimś zakresie usługa ta nie była dotychczas realizowana nie oznacza to, że wykonawca, który uzyska to zamówienie nie będzie zobowiązany świadczyć tej usługi w zakresie wskazanym

w SIWZ. Zapewnienie usługi ATiK jeszcze przed realizacją tej części zamówienia, która miała obejmować rozbudowę istniejącego już systemu bądź też dostarczenie nowego, w tym przypadku równoważnego rozwiązania – jak podniósł zamawiający – podyktowane jest koniecznością zapewnienia ciągłości działania istniejącego już systemu i wszystkich jego funkcjonalności. Zamawiający, wbrew twierdzeniom odwołującego OPEGIEKA, odpowiadając na pytanie nr 3 (pismem z dnia 14 marca 2014 r.), nie wyłączył świadczenia usługi ATiK w stosunku do oprogramowania wymienionego w Załączniku nr 8 a jedynie wskazał, że od momentu wdrożenia rozwiązania równoważnego usługa ATiK winna być świadczona dla oprogramowania wykorzystywanego do tego systemu, dalej dodając że nie zgadza się na wyłączenie z postępowania zadania wykupienia licencji i świadczenia ATiK. Tak więc pozostawił dokumentację przetargową w tym zakresie bez zmian. Potwierdzeniem takiego stanowiska zamawiającego jest także odpowiedź na pytanie nr 4 (pismem z dnia 10 kwietnia 2014 r.), w której zamawiający jednoznacznie wskazał, że wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia usługi ATiK dla całości oprogramowania wymienionego w załączniku nr 8 wraz z jego aktualizacją. Tym samym wykonawca zobowiązany jest do świadczenia tej usługi od dnia podpisania umowy dla całości posiadanego przez zamawiającego systemu a od momentu wdrożenia oprogramowania równoważnego dopiero dla tego właśnie oprogramowania. Skoro więc odwołujący OPEGIEKA świadczenie tej usługi przewidział dopiero dla wprowadzanego przez niego nowego rozwiązania równoważnego to oznacza to, że jego oferta w tym właśnie zakresie (świadczenia usługi ATiK) jest niezgodna z treścią SIWZ. Zamawiający prawidłowo więc uczynił odrzucając ofertę tego wykonawcy.

sygn. akt KIO 1144/14

Zarzut zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy Comarch z postępowania na skutek złożenia nieprawdziwych informacji nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia”, punkt 3 „Przedmiot Zamówienia” podał:

„Przedmiotem zamówienia jest: (...) świadczenie usług ATiK dla oprogramowania wskazanego w Załączniku nr 8 do SOPZ (Wykaz oprogramowania) wraz z dostarczeniem niezbędnych licencji lub instalacji, zgodnie z zapisami Rozdziału 9 (Świadczenie usług ATiK).”

Nadto w punkcie 11.4 „Odbiór usług ATiK” wskazał, iż „odbiór usługi ATiK w zakresie aktualizacji oprogramowania będzie się odbywał zgodnie z procedurą opisana w Rozdziale 11.2 (Odbiór oprogramowania) (...) Wykonawca dostarczy Zamawiającemu dokument

poświadczający prawo korzystania z asysty technicznej u producenta oprogramowania objętego usługą ATiK”.

Zamawiający, pismem z dnia 9 maja 2014 r., zwrócił się do wykonawcy Comarch, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, o potwierdzenie, że jego oferta uwzględnia realizację wszystkich prac wymienionych w Załączniku nr 1 do SIWZ „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia”.

Odpowiadając na powyższe wykonawca Comarch, pismem z dnia 14 maja 2014 r., oświadczył, iż „oferta uwzględnia wszystkie wymagania wskazane przez Zamawiającego w SIWZ (w tym załącznikach do SIWZ oraz odpowiedziach Zamawiającego na pytanie do SIWZ). Oznacza to, że nasza oferta uwzględnia wszystkie wymagania, które są wymienione w Państwa piśmie z dnia 9 maja 2014 r. i które są częścią SIWZ (w tym załącznikach do SIWZ oraz odpowiedziach Zamawiającego do SIWZ”.

Zamawiający, pismem z dnia 19 maja 2014 r., ponownie zwrócił się do wykonawcy Comarch, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, tj. „potwierdzenia, że oferta uwzględnia koszty dysponowania prawem korzystania z asysty technicznej u producentów oprogramowania wymienionego w Załączniku nr 8 do SOPZ (Wykaz Oprogramowania) oraz potwierdzenia, że zgodnie z zapisem Załącznika nr 1 do SIWZ, punkt 11.4 ust. 2, dla całości oprogramowania wymienionego w Załączniku numer 8 do SOPZ (Wykaz oprogramowania) Wykonawca dostarczy Zamawiającemu dokument poświadczający prawo korzystania z asysty technicznej u producenta oprogramowania objętego usługą ATiK”.

Wykonawca Comarch, odpowiadając na pismo zamawiającego, pismem z dnia 21 maja 2014 r., oświadczył:

„- oferta uwzględnia wszystkie wymagania wskazane przez Zamawiającego w SIWZ (w tym załącznikach do SIWZ oraz odpowiedziach Zamawiającego na pytania do SIWZ), w tym m.in. wszelkie koszty związane ze świadczeniem przez Wykonawcę usługi asysty technicznej i konserwacji (ATiK) dla oprogramowania wskazanego w Załączniku nr 8 do SOPZ (Wykaz oprogramowania)

- wykonawca w ramach realizacji niniejszego projektu dostarczy Zamawiającemu, wszelki dokumenty wskazane przez Zamawiającego w SIWZ (w tym załącznikach do SIWZ oraz odpowiedziach Zamawiającego na pytania do SIWZ, w tym m.in. dokumenty poświadczające prawo korzystania z asysty technicznej u producenta oprogramowania objętego usługą ATiK, zgodnie z zapisem Załącznika nr 1 do SIWZ, punkt 11.4 ust. 2”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdy łącznie wystąpią dwie przesłanki, tj. złożono nieprawdziwe informacje i mają one lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Dowód

zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zaistnienie przesłanek wykluczenia z postępowania na podstawie tego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nie zostaną zachowane.

W tym konkretnym stanie faktycznym wykonawca Comarch, zresztą zgodnie z wymogami zamawiającego podanymi w SIWZ, oświadczył, iż wykona przedmiot zamówienia za określoną cenę, cenę podaną w „Formularzu oferty”, gdyż – zgodnie z rozdziałem XIII SIWZ „Sposób obliczenia ceny” - „Wykonawca oblicza cenę na formularzu ofertowym. (...)”, a „Cena musi zawierać wszystkie elementy składające się na przedmiot zamówienia (...)”. Poza złożeniem tego formularza zamawiający, na tym etapie postępowania, nie wymagał od wykonawców złożenia jakichkolwiek dokumentów wskazujących na sposób kalkulacji ceny, w tym dysponowania ofertami handlowymi producentów oprogramowania posiadanego obecnie przez zamawiającego, dla którego miała być świadczona usługa ATiK. To dopiero na etapie realizacji zamówienia wykonawca zobowiązany został do dostarczenia zamawiającemu dokumentów poświadczających prawo korzystania z asysty technicznej u producenta oprogramowania objętego usługą ATiK. Tak więc stawianie temu wykonawcy (wykonawcy Comarch) zarzutu, iż nie podjął określonych działań, „działań pozwalających mu stwierdzić, czy i na jakich warunkach będzie możliwe świadczenie przez niego usług ATiK (...)” nie może się ostać. Wykonawca Comarch zobowiązał się bowiem do zrealizowania przedmiotu zamówienia (zgodnie z treścią załącznika nr 1 do SIWZ) za określoną cenę (w Formularzu oferty), oświadczając, iż jego oferta uwzględnia – jak wynika ze złożonego przez niego pisma procesowego w sprawie – wszelkie koszty dysponowania prawem do korzystania z asysty technicznej u producentów oprogramowania objętego usługą ATiK zgodnie z SIWZ, jak również dostarczenie zamawiającemu wszelkich dokumentów wskazanych w SIWZ. Zna ceny rynkowe dotyczące ATiK. Koszt tej usługi, usługi którą będzie wykonywała jego podwykonawca, wycenił na 2.275.500,00 zł. Niemniej jednak zamawiający nie wymagał ani podania rzeczywistego kosztu tego elementu oferty, ani też dysponowania na tym etapie postępowania stosownym dokumentem (dokumentem poświadczającym prawo korzystania z asysty technicznej u producenta oprogramowania objętego usługą ATiK). Dokumentem takim nie musiał także dysponować w toku rozprawy. Zobowiązany jest go dostarczyć dopiero na etapie realizacji zamówienia. W tej sytuacji należy się odwołać do tezy wynikającej z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. (sygn. akt II CKN 10095/99), tj.: że oświadczenie mające charakter wyraźnie zobowiązaniowy nie może być traktowane jako informacja o istniejącej rzeczywistości

(oświadczenie wiedzy). W tym przypadku zobowiązaniem jest deklaracja wykonania opisanego w SPOZ świadczenia, którego nie sposób utożsamiać z podaniem informacji i przyrównywać do istniejącej rzeczywistości celem zweryfikowania zgodności z prawdą. Wykonawca Comarch zobowiązał się bowiem do zrealizowania w całości zamówienia za zadeklarowaną w ofercie cenę. Powyższe potwierdził w treści odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie (ujęcia w koszcie oferty kosztu usługi ATiK). Niewywiązanie się z tego zobowiązania skutkować będzie koniecznością zapłaty kar umownych lub innymi sankcjami przewidzianymi w przepisach prawa. Kwestia ta nie może więc podlegać ocenie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia i stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania. To zamawiający, a nie producent bądź dystrybutor pierwotnie dostarczonego oprogramowania, dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej. Gdyby bowiem przyjąć za prawidłowe stanowisko prezentowane przez odwołującego GeoTechnologies, doszłoby w istocie do sytuacji, w której to podmioty trzecie (niewątpliwie zainteresowane w sprawie) decydowały o tym, oferta którego wykonawcy ma zostać wybrana a taka sytuacja nie może mieć miejsca. W tym konkretnym postępowaniu nie było bowiem formalnego obowiązku podejmowania jakichkolwiek działań w stosunku do producentów oprogramowania. Nie można więc obecnie takiego obowiązku nakładać na wykonawców. Tym samym Izba stwierdziła, iż nie można uznać, że oferta wykonawcy Comarch zawiera nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Z tych samych powodów bezpodstawną jest teza, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ. Wykonawca Comarch zobowiązał się do realizacji całości zamówienia. Brak jest podstaw do stwierdzenia, że wykonawca nie wywiąże się ze swojego zobowiązania z zachowaniem wymogów SIWZ. Oferta tego wykonawcy jest jasna i zrozumiała oraz sporządzona w sposób wymagany przez zamawiającego. Niezasadne jest oczekiwanie przedstawienia dokumentów, które mają być dostarczone dopiero na etapie realizacji zamówienia. Dlatego też zarzut zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy także się nie potwierdził.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołujących w treści wniesionych odwołań.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania, a także dokumenty złożone na rozprawie przez strony oraz uczestnika postępowania, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: