

**WYROK**  
z dnia 27 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 grudnia 2017r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2017r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sputnik Software spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Grójecka 30 oraz SYSTHERM INFO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Złotowska 27** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Miasto Zielona Góra - Urząd Miasta Zielona Góra w Zielonej Górze, ul. Podgórna 22**

przy udziale **wykonawcy Sygnity Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Franciszka Klimczaka 1** zgłaszający swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2630/17 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie,**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Sputnik Software spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Grójecka 30 oraz SYSTHERM INFO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Złotowska 27** i
  - 2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Sputnik Software spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Grójecka 30 oraz SYSTHERM INFO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Złotowska 27** tytułem wpisu

od odwołania

- 2.2. Zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Sputnik Software spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Poznaniu, ul. Grójecka 30 oraz **SYSTHERM INFO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Poznaniu, ul. Złotowska 27 **na rzecz Zamawiającego: Miasto Zielona Góra - Urząd Miasta Zielona Góra w Zielonej Górze, ul. Podgórna 22** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu poniesionych kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

**Przewodniczący: .....**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wdrożenie innowacyjnych e-usług o wysokim poziomie dojrzałości w Urzędzie Miasta Zielona Góra zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 września 2017r. nr 2017/S 171-350502.

W dniu 29 listopada 2017r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy Sygnity Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

W dniu 11 grudnia 2017r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Sputnik Software spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Grójecka 30 oraz SYSTHERM INFO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Złotowska 27 – dalej odwołujący wnieśli odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 8 grudnia 2017r. udzielonego przez reprezentantów obu konsorcjantów. (tzn. Sputnik Software Sp. z o.o. – 2 członków zarządu – ujawnionych w załączonym wydruku KRSu i umocowanych do łącznej reprezentacji – oraz Systherm Info Sp. z o.o. – prokurenta samoistnego ujawnionego w złączonym KRS-ie i umocowanego do samodzielnej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana w dniu 11 grudnia 2017r.

Odwołujący uznał, że zamawiający naruszył ustawę w błędnym uznaniu, że SYGNITY S.A. z siedzibą w Warszawie /adres: ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa/ (dalej zwana „Sygnity”) wykazała w sposób zgodny z przepisami ustawy, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu; w zaniechaniu wykluczenia z postępowania Sygnity, w sytuacji gdy Sygnity nie wykazała w sposób zgodny z przepisami ustawy i specyfikacją istotnych warunków zamówienia w ramach postępowania („siwz”) warunków udziału w postępowaniu, w zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu przez odwołującego.

Zarzucił przy tym zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art 22 ust 1 pkt 2 ustawy - przez zaniechanie zastosowania wskazanych przepisów i zaniechanie wykluczenia Sygnity z postępowania, w sytuacji w której Sygnity nie wykazała, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w pkt 5.i.1.2 siwz, to jest warunek zdolności technicznej (w zakresie doświadczenia), w sytuacji, gdy z dokumentacji postępowania wynika, iż Sygnity nie dysponuje doświadczeniem wymaganym przez siwz i tym samym nie spełnia warunku zdolności technicznej w zakresie doświadczenia;
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy w zw. z art. 22 ust 1 pkt 1 ustawy - przez zaniechanie zastosowania wskazanych przepisów i zaniechanie wykluczenia Sygnity z postępowania, w sytuacji w której Sygnity podjęło zamierzone działania celem wprowadzenia zamawiającego w

błąd przy przedstawieniu informacji świadczącej o spełnianiu przez Sygnity warunków udziału w postępowaniu;

3. art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy w zw. z art. 22 ust 1 pkt 1 ustawy - przez zaniechanie zastosowania wskazanych przepisów i zaniechanie wykluczenia Sygnity z postępowania, w sytuacji w której Sygnity w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia

4. art. 24 ust. 4 ustawy - przez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity, mimo że oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania;

5. art. 91 ust. 1 ustawy - przez jego niewłaściwe zastosowanie i zaniechanie zastosowania, przejawiające się tym, iż zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną w postępowaniu przez Sygnity, które nie wykazało, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu (warunek zdolności technicznej w zakresie doświadczenia - pkt 5.1.1.2 siwz) i zaniechaniu wyboru oferty odwołującego, która jest najkorzystniejsza spośród złożonych w postępowaniu w przypadku wykluczenia Sygnity z postępowania, powodującego w konsekwencji odrzucenie złożonej przez Sygnity oferty.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu, aby:

1. unieważnił czynność wyboru oferty złożonej w postępowaniu przez Sygnity jako najkorzystniejszej;
2. dokonał ponownej oceny i badania oferty złożonej w postępowaniu przez Sygnity, w wyniku której wykluczy on Sygnity z postępowania, a w konsekwencji odrzuci ofertę Sygnity;
3. wybrał ofertę złożoną w postępowaniu przez odwołującego jako najkorzystniejszą;
4. przeprowadził dowody z dokumentacji postępowania oraz dokumenty powołane w uzasadnieniu niniejszego odwołania na okoliczności tam wskazane.

Wniósł jednocześnie o zasądzenie kosztów postępowania na rzecz odwołującego wedle spisu kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że punkt 5 siwz określa jakiego rodzaju wykonawcy mogą w postępowaniu ubiegać się o udzielenie zamówienia. Punkt 5.1.1. siwz precyzuje jeden z konkretnych wymogów w tym zakresie, jakim jest warunek zdolności technicznej (w zakresie doświadczenia) wykonawcy, to jest warunek aby w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej po jednym zamówieniu spośród wymienionych w podpunktach 1)-6) tego punktu. W kontekście niniejszego odwołania, znaczenie ma podpunkt 2) wskazanego postanowienia siwz, który konkretyzuje dla spełnienia opisanego warunku zdolności technicznej (w zakresie doświadczenia) wymóg wykonania przynajmniej jednego zamówienia polegającego na usłudze wdrożenia lub świadczenia opieki autorskiej systemu o wartości co najmniej 20.000.00 zł brutto posiadające funkcjonalności/moduły dotyczące prowadzenia:

obowiązujących miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego oraz studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego wraz z możliwością zarządzania danymi.

Zamawiający przy tym dookreślił, iż warunek zdolności technicznej (w zakresie doświadczenia) zostanie uznany za spełniony także w przypadku gdy: (I) wykonawca posiada doświadczenie w realizacji co najmniej jednego zadania, które łącznie spełnia wymagania, o których mowa w pkt 5.1.1. siwz - zamawiający wymaga, aby w wykazie usług (wg załącznika nr III. 1 do siwz) wyodrębnione zostały wartość i zakres wykonanych usług spełniających wymagania pkt 5.1.1 siwz, które Wykonawca wykonał w ramach tego zadania; (II) doświadczenie Wykonawcy w zakresach i wartościach, o których mowa w pkt 5.1.1. siwz zostało zdobyte w mniejszej ilości zadań niż określona w pkt 5.1.1. siwz, pod warunkiem, że ich przedmiot odpowiada wszystkim wymaganiom (zakres i wartość), o których mowa w pkt 5.1.1. siwz - zamawiający wymaga, aby w wykazie usług (wg załącznika nr III. 1 do siwz) wyodrębnione zostały wartość i zakres wykonanych usług spełniających wymagania pkt 5.1.1. siwz, które Wykonawca wykonał w ramach innych wielozakresowych zadań; (iii) doświadczenie wykazane przez Wykonawcę obejmuje szerszy zakres i wartość usług wymaganych w pkt 5.1.1. siwz - zamawiający wymaga, aby w wykazie usług (wg załącznika nr III.1 do siwz) wyodrębnione zostały wartość i zakres wykonanych usług spełniających wymagania pkt 5.1.1. siwz, które Wykonawca wykonał w ramach innych wielozakresowych zadań.

Zamawiający wskazał w punkcie 5.1.1. in fine. iż spełnienie warunku zdolności technicznej (w zakresie doświadczenia) musi zostać potwierdzone dowodami określającymi czy usługi te /wymienione w podpunktach 1)-6)/ zostały wykonane należycie.

Zdaniem odwołującego z oferty oraz pozostałych dokumentów dotyczących oferty przedstawionej przez Sygnity nie wynika natomiast, aby Sygnity spełniała wymogi udziału w przedmiotowym postępowaniu - nie spełnia ona bowiem warunku zdolności technicznej (w zakresie doświadczenia) opisanego powyżej w pkt 4-6 niniejszego uzasadnienia. Stwierdził, iż Sygnity nie wylegitymowała się dowodem należytego wykonania przynajmniej jednego zamówienia polegającego na usłudze wdrożenia lub świadczenia opieki autorskiej systemu o wartości co najmniej 20.000,00 zł brutto posiadające funkcjonalności/moduły dotyczące prowadzenia: obowiązujących miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego oraz studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego wraz z możliwością zarządzania danymi.

W dokumentacji przedstawionej w postępowaniu przez Sygnity spełnienie powyższego wymogu jest uzasadniane realizacją zamówienia polegającego na usłudze świadczenia opieki autorskiej systemu o wartości co najmniej 20.000,00 złotych brutto posiadające funkcjonalności/moduły dotyczące prowadzenia: obowiązujących miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego oraz studium uwarunkowań i kierunków

zagospodarowania przestrzennego wraz z możliwością zarządzania danymi „Usługa serwisowa i opieka autorska eksploatowanego w Urzędzie Miasta Koszalin systemu informatycznego (oprogramowania), obejmującego sieciowy, wielodostępny system do prowadzenia spraw z zakresu ewidencji gruntów i budynków, planowania i zagospodarowania przestrzennego” o wartości 203.097,60 zł brutto udzielonego przez Urząd Miejski w Koszalinie. Przy czym z załącznika nr III. 1 do oferty Sygnity złożonej w postępowaniu wynika, iż usługa ta realizowana jest od dnia 25 marca 2016 roku do „obecnie” (a więc w dniu składania oferty wciąż nie została wykonana w rozumieniu siwz).

Jako dowód odwołujący powołał strony 31-33 oferty złożonej w postępowaniu przez Sygnity - na okoliczność treści oferty Sygnity, w szczególności niewykazania w ofercie i załącznikach do niej spełniania przez Sygnity warunków dopuszczenia do postępowania.

Powyższa okoliczność nie umknęła uwadze zamawiającego, który w toku postępowania, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, wezwał Sygnity do uzupełnienia formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia („JEDZ”), wskazując na uchybienie opisane w pkt. 8 powyżej i wskazując, iż Sygnity nie wykazała potwierdzenia wstępnego warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 5.1.1.2) siwz, gdyż w formularzu tym, należy wskazać na usługi wykonane, odpowiadające opisowi warunku udziału w postępowaniu wyznaczonemu przez zamawiającego. W odpowiedzi na powyższe wezwanie do uzupełnienia Sygnity złożyła pisemne wyjaśnienia wskazując, iż opisane w pkt 8 zamówienie udzielone przez Urząd Miasta Koszalin wykonane zostało w całości na podstawie zawartej na okres 12 miesięcy umowy z dnia 25 marca 2016 roku, a informacja wskazana w pierwotnej ofercie była skutkiem pomyłki wynikającej z faktu, iż ta sama usługa jest nadal realizowana na podstawie odrębnej umowy z dnia 18 kwietnia 2017 roku.

Jako dowód odwołujący powołał pismo Urzędu Miasta Zielonej Góry z dnia 6 listopada 2017 roku - na okoliczność wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia formularza oferty Sygnity; pismo Sygnity z dnia 8 listopada 2017 roku - na okoliczność uzupełnienia oferty w zakresie art. 26 ust 3 ustawy przez Sygnity.

W dalszym toku postępowania, zamawiający wezwał Sygnity, stosownie do art. 26 ust. 1 ustawy do dostarczenia aktualnych dokumentów i oświadczeń, o których mowa w pkt 7.3 siwz to jest w szczególności między innymi - dowodów (dokumentów) określających czy usługi opisane w pozycjach I)-6) punktu 5.1.1. siwz, a wskazane w ramach złożonego uzupełnienia wykazu usług stanowiącego załącznik nr 1 do JEDZa zostały wykonane należycie, wskazując przy tym na zastrzeżenie poczynione w punkcie 7.7 siwz, który stanowi, iż z treści dokumentów i oświadczeń, o których mowa w punktach 7.1-7.6 (między innymi tych odnoszących się do realizacji warunków opisanych w punkcie 5.1.1. siwz), musi wynikać jednoznacznie, iż postawione przez zamawiającego warunki i wymagania zostały spełnione. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Sygnity w załączeniu do pisma z dnia 15 listopada 2017 roku,

przedstawiła dokumenty określające czy usługi opisane w pozycjach 1, 2, 3 oraz 6 załączonego w ramach uzupełnienia wykazu usług stanowiącego załącznik nr 1 do JEDZ-a zostały wykonane należycie.

Jako dowody odwołujący powołał pismo Urzędu Miasta Zielonej Góry z dnia 13 listopada 2017 roku - na okoliczność wezwania Sygnity do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków dopuszczenia do postępowania; pismo Sygnity z dnia 15 listopada 2017 roku wraz z referencjami Urzędu Miasta w Koszalinie - na okoliczność przedstawienia konkretnych referencji jako dowodów spełnienia warunków dopuszczenia do postępowania; Według odwołującego szczególnie istotny z punktu widzenia niniejszego odwołania jest dokument przedstawiony przez Sygnity jako załącznik do wskazanego pisma - list referencyjny z dnia 21 września 2017 roku, wystawiony przez Urząd Miejski w Koszalinie, z którego wynika co następuje:

- a. Sygnity prowadzi współpracę z Urzędem Miejskim w Koszalinie w zakresie serwisowania i opieki autorskiej nad systemem informatycznym obejmującym sieciowy, wielodostępny system do prowadzenia spraw z zakresu ewidencji gruntów i budynków, planowania i zagospodarowania przestrzennego od dnia 25 marca 2016 roku w sposób ciągły;
- b. System obejmuje moduły: (i) Kataster; (ii) Sonet Edycja; (iii) Geo-Zasób; (iv) SonetWeb; (v) Sonet ustawy - o funkcjonalnościach wskazanych w treści listu, o znaczeniu drugorzędnym dla niniejszej sprawy;
- c. Usługi realizowane są obecnie na podstawie umowy z dnia 18 kwietnia 2017 roku;
- d. Usługi realizowane są z należytą starannością;
- e. Wartość umowy zawartej 18 kwietnia 2017 roku wynosi 203.097,60 złotych.

Jako dowód odwołujący powołał treść listu referencyjnego wystawionego przez Urząd Miasta Koszalina z dnia 21 września 2017 roku - na okoliczność braku wykazania przez Sygnity spełnienia warunków do dopuszczenia do postępowania.

Z listu referencyjnego przedstawionego przez Sygnity w żaden sposób w ocenie odwołującego nie wynika żadna z informacji istotnych dla stwierdzenia należytego wykonania przynajmniej jednego zamówienia polegającego na usłudze wdrożenia lub świadczenia opieki autorskiej systemu o wartości co najmniej 20.000,00 zł brutto posiadające funkcjonalności/moduły dotyczące prowadzenia: obowiązujących miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego oraz studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego wraz z możliwością zarządzania danymi, zgodnie z punktem 5.1.1.2) siwz. Przede wszystkim wskazał, iż z listu referencyjnego nie wynika żadna użyteczna z punktu widzenia zamawiającego i oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu informacja dotycząca umowy z dnia 25 marca 2016 roku rzekomo zawartej i wykonanej przez Sygnity z Urzędem Miejskim w Koszalinie - która to umowa została wskazana przez Sygnity w punkcie 2 uzupełnionego wykazu usług stanowiącego załącznik nr 1 do JEDZa - poza okolicznością, że

umowa taka być może istniała (nie jest to wprost wyrażone w liście, a jedynie możliwe do wyinterpretowania z podanej daty początkowej, od której Urząd Miejski w Koszalinie „prowadzi współpracę” z Sygnity. Z listu referencyjnego nie wynika bowiem w szczególności:

a. wartość umowy z dnia 25 marca 2016 roku (wskazana jest jedynie wartość umowy z dnia 18 kwietnia 2017 roku) - nie wiadomo zatem, czy wartość wskazana w przedstawionym przez Sygnity uzupełnionym wykazie usług (zbieżna z tą wykazaną dla umowy z dnia 18 kwietnia 2017 roku przez Urząd Miasta w Koszalinie, to jest 203.097,60 złotych) jest prawdziwa - list referencyjny w ogóle milczy w tej kwestii, nie wiadomo zatem nawet czy umowa ta przekroczyła wymagany próg 20.000 złotych brutto określony w punkcie 5.1.1.2) siwz;

b. fakt, czy umowa z dnia 25 marca 2016 roku została w ogóle wykonana, nie mówiąc o tym, iż nie wynika z niego, czy została wykonana należycie; Urząd Miasta Koszalina wskazuje w liście referencyjnym, iż usługi realizowane są „z należytą starannością” co po pierwsze zgodnie z zasadami logiki oraz umiejscowienia tego zdania w tekście listu referencyjnego należy łączyć z realizacją usług na podstawie umowy z dnia 18 kwietnia 2017 roku, a po drugie nie oznacza należytego wykonania w rozumieniu siwz, z którą nie można utożsamiać samej „staranności” o takie należyte wykonanie - w żadnym wypadku w każdym razie nie można przyjąć, iż stwierdzenie tego rodzaju spełnia wymóg „jednoznaczności” wymaganej od dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z punktem 7.7 siwz. Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem odwołującego w żadnym wypadku nie można było, na podstawie zgromadzonych w postępowaniu dokumentów ocenić, iżby Sygnity spełniała ustalony przez zamawiającego warunek zdolności technicznej (w zakresie doświadczenia) określony w punkcie 5.1.1.2 siwz. Z informacji tych wynika bowiem, iż Sygnity w zakresie wskazanego warunku zdolności technicznej może wykazać zawarcie dwóch umów z Urzędem Miejskim w Koszalinie - w dniach 25 marca 2016 roku oraz 18 kwietnia 2017 roku, przy czym o pierwszej z nich nie wiadomo ani jaka była jej wartość, ani czy została wykonana należycie (albo nawet czy w ogóle została wykonana), a o drugiej z nich wiadomo na pewno, że nie została jeszcze wykonana (więc tym bardziej nie mogła być wykonana należycie), gdyż wciąż jest w trakcie wykonywania.

Z uwagi na opisane wyżej okoliczności i dowody, odwołujący stwierdził, że zamawiający - dopuszczając się zaniechania wykluczenia Sygnity z postępowania, pomimo tego, iż Sygnity nie wykazała w sposób właściwy i zgodny z postanowieniami siwz. iż spełnia warunki ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia - naruszył przepisy ustawy. w szczególności art. 24 ust. 1 pkt 121 ustawy w zw. z art 22 ust 1 pkt 2 ustawy. zgodnie z którymi zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący jednocześnie wskazał, iż zgodnie z jego wiedzą, zakres informacji przekazanych w referencji wystawionej przez Urząd Miejski w Koszalinie nie jest przypadkowy. Z informacji



posiadanych przez odwołującego wynika bowiem, iż umowa z dnia 25 marca 2016 roku była nienależycie wykonywana przez Sygnity. Odwołujący powziął informacje w tym zakresie z dwóch źródeł, po pierwsze sam wykonuje usługi dla Urzędu Miejskiego w Koszalinie na podstawie odrębnego zamówienia i ze względu na stałe utrzymywane kontakty handlowe, posiada wiedzę dotyczącą współpracy tego podmiotu z innymi wykonawcami, a po drugie występując do Urzędu Miasta w Koszalinie z wnioskiem o udzielenie informacji publicznej w zakresie istnienia oraz stopnia i jakości realizacji powyższej umowy. Zgodnie z informacją udzieloną przez pracowników Urzędu Miasta w Koszalinie w odpowiedzi na postawione pytania - Sygnity wykonywało wskazaną umowę w sposób niewłaściwy, co zmusiło Urząd Miasta w Koszalinie do wielokrotnego nałożenia na Sygnity kar umownych przewidzianych tą umową

W chwili obecnej odwołujący oczekuje na oryginał pisma z Urzędu Miasta Koszalina, które zostanie przedłożone Izbie niezwłocznie po jego otrzymaniu przez odwołującego, nie później niż na rozprawie. Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z posiadanymi przez odwołującego informacjami kary umowne z tytułu niewłaściwego wykonywania umowy z dnia 25 marca 2016 roku były nakładane na Sygnity wielokrotnie i cyklicznie. Naruszenia powyższej umowy przez Sygnity nie miały bowiem charakteru incydentalnego, ale ciągły - powtarzający się. Odwołujący w tym miejscu zaznaczył, iż w dotychczasowej praktyce orzeczniczej tut. Izby słusznie zauważa się, iż takie okoliczności jak obciążanie wykonawcy karami umownymi wskutek niewłaściwej realizacji przez niego zamówienia publicznego muszą logicznie prowadzić do wniosku, że dana umowa została wykonana nienależycie w rozumieniu przepisów ustawy i aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie np. stanowisko tut. Izby wyrażone w wyroku z dnia z dnia 15 maja 2012 roku, sygn. akt KIO 858/12, KIO 861/12.

Sygnity jako profesjonalny uczestnik obrotu, uczestniczący już w przeszłości w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, powinien zdawać sobie sprawę z wymogów stawianych przez siwz, w szczególności w zakresie udokumentowania i wykazania spełnienia przez podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia warunków dopuszczenia do postępowania. Nie może być także w ocenie odwołującego wątpliwości, iż Sygnity miało pełną świadomość tego, iż zamawiający, zgodnie z punktem 5.1.1. in fine siwz wymagał potwierdzenia, iż usługi takie zostały wykonane należycie.

W kontekście powyższego, ocena zachowania Sygnity polegającego na wskazaniu w punkcie 2 uzupełnionego załącznika nr III.1 do złożonej oferty jako dowodu spełnienia warunku określonego w punkcie 5.1.1.2 siwz umowy, która została wykonana nienależycie, musi zostać oceniona jednoznacznie negatywnie. Nie sposób bowiem zdaniem odwołującego przyjąć, iż Sygnity nie miała świadomości, że umowa ta była wykonywana nienależycie - skoro z tytułu nieprawidłowości w jej wykonywaniu została przez Urząd Miasta w Koszalinie obciążona karami umownymi. Powyższe wskazuje na fakt, iż Sygnity działała z pełną świadomością i

zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd co do spełnienia przez nią warunków udziału w postępowaniu i niepodlegania tym samym wykluczeniu z udziału w postępowaniu - co z kolei stanowi bezpośrednio i oczywiste naruszenie przepisów prawa, które powinno spotkać się z reakcją zamawiającego w postaci wykluczenia Sygnity z postępowania.

Jednocześnie odwołujący podniósł, iż nawet jeśli informacja o zawarciu i wykonaniu umowy z dnia 25 marca 2016 roku została przez Sygnity podana w dobrej wierze w toku postępowania (co jest zupełnie nieprawdopodobne w świetle powołanych okoliczności i dowodów), to nie sposób wytłumaczyć dlaczego Sygnity zataiła przed zamawiającym informacje o swoich naruszeniach tejże umowy. Fakt, iż Sygnity przedstawiła w postępowaniu list referencyjny wystawiony przez Urząd Miasta w Koszalinie, który w swej istocie (jak wywiedziono wyżej) dotyczy umowy z dnia 18 kwietnia 2017 roku, a nie przedmiotowej umowy z dnia 25 marca 2016 roku, zgłoszonej przez Sygnity w postępowaniu jako dowód spełnienia warunku zdolności technicznej (w zakresie doświadczenia), dodatkowo potwierdza fakt zamierzonego i przemyślanego działania po stronie Sygnity w tym zakresie. W ocenie odwołującego nie ma żadnych podstaw przy przyjęciu, że działanie to nie miało charakteru zamierzonego - nakierowanego na bezprawne (sprzeczne z ustawą i siwz) uzyskanie zamówienia publicznego w toku postępowania, co stanowi bezpośrednio wskazaną w przepisach ustawy przesłankę wykluczenia Sygnity z tegoż.

Zamawiający dokonując zaniechania wykluczenia Sygnity z postępowania w przypadku zaistnienia wskazanych okoliczności polegających na zamierzonym działaniu tejże celem wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawieniu nieprawdziwych informacji, że nie podlega wykluczeniu, czy też że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub przy zatajeniu stosownych informacji mogących świadczyć o konieczności jej wykluczenia, naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy w zw. z art. 22 ust 1 pkt 1 ustawy.

Odwołujący wyjaśnił w tym miejscu, iż niniejszy zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy w zw. z art. 22 ust 1 pkt 1 ustawy zostaje powołany ewentualnie, na wypadek, gdyby w toku niniejszego postępowania wykazano, iż Sygnity, przedstawiając nieprawdziwe informacje zamawiającemu oraz zatajając okoliczności nienależytego wykonania umowy z dnia 25 marca 2016 roku zawartej z Urzędem Miasta w Koszalinie podczas ubiegania się o przydzielenie zamówienia w toku postępowania, działała w sposób niezamierzony i nie nacechowany rażącym niedbalstwem. Odwołujący wskazał, iż wszelkie uwagi dotyczące stanu faktycznego opisane wyżej pozostają aktualne na tle przedmiotowego zarzutu. Odwołujący jednocześnie wskazał, iż działanie Sygnity, nawet jeśli nie było zamierzone i nacechowane rażącym niedbalstwem, a wynikało jedynie z lekkomyślności lub niedbalstwa (stosownie do brzmienia art. 24 ust. 1 pkt) 17 ustawy), w co na marginesie trudno w świetle okoliczności sprawy uwierzyć, i tak powinno skutkować wykluczeniem Sygnity z postępowania.

Zarówno informacje przedstawione jak i zatajone przez Sygnity w toku postępowania miały bowiem zasadnicze znaczenie dla ustalenia tego, czy posiada ona wymagane przez zamawiającego doświadczenie określone w pkt 5.1.1.2 siwz (to jest warunek zdolności technicznej (w zakresie doświadczenia)) - a więc bez wątplenia miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w rozumieniu przepisów ustawy. Udzielenie nieprawdziwych informacji w powyższym zakresie winno więc skutkować wykluczeniem Sygnity z postępowania i w konsekwencji odrzuceniem złożonej przez nią oferty.

Zamawiający dokonując zaniechania wykluczenia Sygnity z postępowania w przypadku zaistnienia wskazanych okoliczności polegających na wynikającym z lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, a mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, naruszył art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy w zw. z art. 22 ust 1 pkt 1 ustawy. W świetle powyższych okoliczności, odwołujący stwierdził, iż Sygnity winne było zostać wykluczone z postępowania ze względu na brak skutecznego wykazania, iż spełnia warunki starania się o zamówienie zgodnie z ustalonymi przez zamawiającego kryteriami opisanymi w siwz - w szczególności warunek zdolności technicznej (w zakresie doświadczenia) wynikający z pkt 5.1.1.2) siwz. W związku z powyższym, oferta Sygnity wybrana w postępowaniu przez zamawiającego jako najkorzystniejsza winna być, stosownie do art. 24 ust. 4 ustawy uznana za odrzuconą. Przepis powyższy jest jasny i nie pozostawiają w przedmiotowej sytuacji żadnej swobody decyzyjnej zamawiającemu, który był zobligowany do uznania za odrzuconą oferty Sygnity (ocenionej jako najkorzystniejsza w postępowaniu).

Wybór oferty Sygnity jako najkorzystniejszej w świetle powyżej opisanych faktów i dowodów stanowi oczywiste naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy. Zamawiający dokonał bowiem wyboru oferty, złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, W sytuacji, gdyby zamawiający dokonał prawidłowej oceny oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej (w zakresie doświadczenia) opisanych w punkcie 5.1.1.2 siwz, wówczas zamawiający zobligowany byłby na podstawie art. 24 ust. 4 uznać ofertę Sygnity za odrzuconą stosownie do wcześniejszych uwag poczynionych w dziale V niniejszego uzasadnienia. W tych okolicznościach natomiast winna zostać wybrana przez zamawiającego druga w kolejności ocen najkorzystniejsza oferta złożona w postępowaniu, to jest oferta odwołującego. Dokonując wszystkich opisanych wyżej naruszeń zamawiający naruszył jednocześnie art. 7 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W wyniku czynności i zaniechań zamawiającego opisanych w niniejszym odwołaniu, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia zostaje naruszony. W konsekwencji powyższego

odwołujący jest narażony na poniesienie szkody wynikającej z utraty zysku, jaki osiągnąłby w przypadku uzyskania zamówienia, którego dotyczyło postępowanie. odwołujący złożył ofertę, która została oceniona przez zamawiającego na podstawie określonych przez niego kryteriów, jako druga w kolejności najkorzystniejsza oferta. Zważywszy na okoliczność, iż wykonawca, którego oferta została wybrana przez zamawiającego (Sygnity) nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej (w zakresie doświadczenia), to w przypadku dokonania przez zamawiającego prawidłowej i zgodnej z ustawy oceny, tenże wykonawca (Sygnity) powinien być zostać wykluczony z postępowania a jego oferta uznana za odrzuconą, wskutek czego oferta odwołującego musiałaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

W dniu 12 grudnia 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i przekazał im jego kopię.

W dniu 15 grudnia 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił się wykonawca Sygnity Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Franciszka Klimczaka 1. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, gdyż zarzuty są nieuzasadnione i bezpodstawne, a ich uwzględnienie powodowałoby szkodę u przystępującego z uwagi na utracone korzyści wynikające z niemożliwości podpisania umowy i realizacji przedmiotowego zamówienia. Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy, a zgłoszone zarzuty i żądania mogą zmierzać do wydłużenia postępowania i przesunięcia terminu podpisania umowy, co nie leży w interesie przystępującego. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 października 2017r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w odpisie z KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 14 grudnia 2017r.

W dniu 15 grudnia 2017r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. Przytoczył treść warunku potencjału zawodowego – doświadczenia z pkt. 5.1.1.2 siwz. Wskazał, że w toku badania oferty Sygnity stwierdził nieprawidłowości w JEDZ. W pkt. 2 załącznika 1 do JEDZ Sygnity opisało usługę świadczenia opieki autorskiej systemu o wartości co najmniej 20 000 000zł. brutto (łączna wartość zamówienia 203 097,60zł. brutto), a odbiorcą usługi był Urząd Miejski w Koszalinie. Z treści załączonego dokumentu nie wynikało, że opisane zadanie zostało zrealizowane w rozumieniu siwz. Zamawiający pismem z dnia 6 listopada 2017r. wezwał Sygnity w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentu, gdyż Sygnity nie potwierdziło wstępnego warunku udziału. W dniu 10 listopada 2017r. Sygnity złożyła wymagany dokument, który potwierdził, że wskazana usługa została zakończona w dniu 24 marca 2017r. W związku z tym zamawiający w dniu 13 listopada 2017r.

wezwał Sygnity w trybie art. 26 ust. 1 ustawy do złożenia m. in. dowodów (dokumentów) określających czy usługi opisane w poz. 1 (ad 5.1.1.), 2, (ad 5.1.2), 3 (ad. 5.1.3) i 6 (ad 5.1.6) załączonego w ramach uzupełnienia JEDZa zostały wykonane należycie. W dniu 17 listopada 2017r. Sygnity złożyła m. in. list referencyjny dotyczący zadania opisanego w pkt. 2 (odbiorca usług Urząd Miejski w Koszalinie). Z treści załączonego dokumentu nie wynikało, że wskazane powyżej zadanie zostało zrealizowane w terminie podanym przez wykonawcę. Zawarto w nim tylko informację, że usługa jest realizowana od 25 marca 2016r. w sposób ciągły oraz usługi są realizowane z należytą starannością na podstawie obecnej umowy z dnia 18 kwietnia 2017r. na kwotę 203 097,60zł.

Zamawiający pismem z dnia 21 listopada 2017r. wezwał Sygnity w trybie art. 26 ust. 3 do uzupełnienia właściwego dokumentu potwierdzającego zakończenie usługi i jej należyte wykonanie. W dniu 27 listopada 2017r. Sygnity dostarczyła wymagany dokument w postaci listu referencyjnego Urzędu Miejskiego w Koszalinie, z którego wynikało, że Sygnity zrealizowała powyższą usługę (data zakończenia 24 marzec 2017r.) o wartości 203 097,60zł. oraz ją należycie wykonała. Ponadto uzupełniony dokument nie budził wątpliwości zamawiającego i zamawiający uznał go za wiarygodny i zgodny z przedstawioną treścią. Zamawiający wskazał także, że referencja ma jedynie potwierdzać należyte wykonanie – tak wyrok sygn. akt KIO/UZP 376/09, wyrok sygn. akt KIO 1348/13. Po dokonaniu tych czynności zamawiający przystąpił do oceny oferty Sygnity i ocenił ją jako najkorzystniejszą i dokonał jej wyboru, gdyż uzyskała ona 100 pkt. Zamawiający wskazał, że omyłkowo nie udostępnił odwołującemu dokumentacji postępowania tj. wezwania do złożenia prawidłowego dokumentu referencji i wykonanego uzupełnienia, co spowodowało, że odwołujący nie mógł prawidłowo ocenić przebiegu całego postępowania pod kątem badania oferty najkorzystniejszej. Do odpowiedzi załączono komplet korespondencji pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą Sygnity.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny i prawny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Sygnity, wezwania kierowane do Sygnity i udzielane przez Sygnity odpowiedzi.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, że:

Zgodnie z pkt. 5 siwz zamawiający określił następujące podstawy wykluczenia i warunki udziału w postępowaniu - o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy:

5.1. Spełniający warunki zawarte w art. 22 ust. 1b ustawy oraz spełniający minimalne warunki udziału w postępowaniu umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie, dotyczące:

5.1.1. zdolności technicznej (w zakresie doświadczenia) tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali co najmniej:

1) jedno zamówienie polegającego na wdrożeniu eUsług zintegrowanych z GIS o wartości, co najmniej 500.000 zł. brutto z dostarczeniem sprzętu komputerowego (w tym między innymi: serwer bazy danych, serwer aplikacyjny), oraz pozyskiwaniem danych (w tym co najmniej migracja danych ), gdzie wdrożony system zawierał między innymi: serwis mapowy dla mieszkańców, oraz

2) jedno zamówienie polegające na usłudze wdrożenia lub świadczenia opieki autorskiej systemu o wartości co najmniej 20 000,00 zł brutto posiadające funkcjonalności/moduły dotyczące prowadzenia: obowiązujących miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego oraz studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego wraz z możliwością zarządzania danymi, oraz

3) jedno zamówienie polegające na usłudze wdrożenia lub świadczenia opieki autorskiej systemu o wartości co najmniej 80 000,00 zł brutto posiadające funkcjonalności/moduły dotyczące prowadzenia: uzgodnień dokumentacji projektowej, portal dla geodetów, ewidencji gruntów i budynków, RCWiN, geodezyjnej mapy zasadniczej i ewidencyjnej, prowadzenia osnowy geodezyjnej, zarządzania zasobem geodezyjnym (rejestr zasobu materiałów geodezyjnych, rozliczanie wykorzystania zasobu geodezyjnego, ewidencję robót geodezyjnych), oraz

4) jedno zamówienie polegającego na usłudze wdrożenia rozwiązania bazodanowego umożliwiającego prowadzenie zasobów geodezyjnych dla administracji publicznej, oraz

5) jedno wdrożenie e-usług opartych o system za kwotę co najmniej 1.000 000 zł brutto.

W zakresie wdrożenia musiało być dostarczenie infrastruktury sprzętowej (składającej się z serwerów, macierzy dyskowych, serwerowych systemów operacyjnych), bazy danych, internetowego geoportalu, aplikacji mobilnej z możliwością przeglądania danych mapowych, opracowaniu dokumentacji szkoleniowej, technicznej, oraz

6) jedno zamówienie polegającego na wdrożeniu systemu informatycznego wraz z przeprowadzeniem instruktażu z zakresu użytkowania tego systemu informatycznego, dla min. 50 użytkowników systemu

- potwierdzonych dowodem/dowodami określającym czy te usługi zostały wykonane należycie.

Uwaga:

Zamawiający uzna za spełnione warunki pkt 5.1.1. SIWZ również w przypadku, gdy:

1) Wykonawca posiada doświadczenie w realizacji co najmniej jednego zadania, które łącznie spełnia wymagania, o których mowa 5.1.1. SIWZ- Zamawiający wymaga, aby w wykazie usług (wg załącznika nr III.1 do SIWZ) wyodrębnione zostały wartość i zakres wykonanych usług spełniających wymagania pkt 5.1.1 SIWZ, które Wykonawca wykonał w ramach tego zadania;

2) doświadczenie Wykonawcy w zakresach i wartościach, o których mowa w pkt 5.1.1. SIWZ zostało zdobyte w mniejszej ilości zadań niż określona w pkt 5.1.1. SIWZ, pod warunkiem, że ich przedmiot odpowiada wszystkim wymaganiom (zakres i wartość), o których mowa w pkt 5.1.1. SIWZ - Zamawiający wymaga, aby w wykazie usług (wg załącznika nr III.1 do SIWZ) wyodrębnione zostały wartość i zakres wykonanych usług spełniających wymagania pkt 5.1.1. SIWZ, które Wykonawca wykonał w ramach innych wielozakresowych zadań;

3) doświadczenie wykazane przez Wykonawcę obejmuje szerszy zakres i wartość usług wymaganych w pkt 5.1.1. SIWZ - Zamawiający wymaga, aby w wykazie usług (wg załącznika nr III.1 do SIWZ) wyodrębnione zostały wartość i zakres wykonanych usług spełniających wymagania pkt 5.1.1. SIWZ, które Wykonawca wykonał w ramach innych wielozakresowych zadań.

W ofercie Sygnity na str. 31 w załączniku nr III.1 w pkt. 2 Sygnity podało następującą usługę : Zamówienie polegające na świadczeniu opieki autorskiej systemu o wartości co najmniej 20 000zł. brutto posiadające funkcjonalności/moduły dotyczące prowadzenia obowiązujących miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego oraz studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego wraz z możliwością zarządzania danymi. Usługa serwisowa i opieka autorska eksploatowanego w Urzędzie Miasta Koszalin systemu informatycznego (oprogramowania) obejmującego sieciowy, wielodostępny system do prowadzenia spraw z zakresu ewidencji gruntów i budynków, planowania i zagospodarowania przestrzennego. Wartość całego zamówienia 203 097,60zł. brutto, okres wykonania 25.03.2016r. do obecnie na rzecz Urzędu Miejskiego w Koszalinie.

W dniu 6 listopada 2017r. zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał Sygnity do uzupełnienia wykazu usług załącznika 1 do JEDZa w pkt. 2 dotyczącym zadania na potwierdzenie spełniania warunku z pkt. 5.1.1.2 siwz, gdyż zamawiający wymagał usługi wykonanej (zrealizowanej), a z JEDZa wynika, że zamówienie rozpoczęło w dniu 25 marca 2016r. i jest ono nadal realizowane.

W dniu 8 listopada 2017r. Sygnity wyjaśniło, że usługa z pkt 2 załącznika nr 1 do JEDZa była wykonywana na podstawie zawartej w dniu 25 marca 2016r. umowy na okres 12 miesięcy, co oznacza, że w dniu składania ofert była zakończona i spełnia warunki udziału w postępowaniu, a informacja o jej dalszej realizacji jest błędna, gdyż usługa jest obecnie realizowana na podstawie kolejnej umowy zawartej w dniu 18 kwietnia 2017r. Sygnity załączyło także uzupełniony załącznik nr 1 do JEDZa, gdzie w pkt. 2 jako okres wykonania wskazano 25 marca 2017r. – 24 marca 2017r.

W dniu 13 listopada 2017r. zamawiający ocenił ofertę Sygnity jako najkorzystniejszą – wniosek na podstawie art. 20 ust. 3 ustawy.

W dniu 13 listopada 2017r. zamawiający w trybie art. 26 ust. 1 ustawy wezwał Sygnity do złożenia oświadczeń i dokumentów, w tym dowodów określających czy usługi opisane w poz.

1 (ad 5.1.1 siwz), 2 (ad. 5.1.2 siwz), 3 (ad 5.1.3 siwz), 6 (ad. 5.1.6 siwz) załączonego do JEDZa wykazu usług w załączniku nr 1 do JEDZa zostały wykonane należycie, z zastrzeżeniem w pkt 7.7. siwz – na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt. 5.1.1 siwz.

W dniu 17 listopada 2017r. Sygnity złożyła wzywane dokumenty w tym: list referencyjny z dnia 21 września 2017r. wystawiony przez Urząd Miejski w Koszalinie, z którego wynika, że od 25 marca 2016r. Sygnity prowadzi w sposób ciągły usługę serwisowania i opieki autorskiej eksploatowanego w Urzędzie systemu informatycznego (oprogramowania) obejmującego sieciowy, wielodostępny system do prowadzenia spraw z zakresu ewidencji gruntów i budynków, planowania i zagospodarowania przestrzennego. Usługi realizowane są z należytą starannością. Wartość obecnej umowy zawartej w dniu 18 kwietnia 2017r. wynosi 203 097,60zł. brutto.

W dniu 21 listopada 2017r. zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał Sygnity do uzupełnienia dokumentu (dowodu) potwierdzającego należyte wykonanie zadania opisanego w poz. 2 uzupełnionego wykazu usług zgodnie z pkt. 7.3.1. siwz. Dokument złożony przez Sygnity zawiera informację odnośnie rozpoczęcia usługi w dniu 25 marca 2016r., jej zakresu lecz nie określono czy usługa została zrealizowana i należycie wykonana. Natomiast wskazano kolejną realizowaną umowę zawartą w dniu 18 kwietnia 2017r. Tym samym Sygnity nie wykazało potwierdzenia warunku.

W dniu 27 listopada 2017r. Sygnity odpowiedziało na wezwanie i wskazało, że to co oświadczył w uzupełnionym JEDZ jest prawdą. Umowa zawarta była w dniu 26 marca 2016r. i rzeczywiście zrealizowana do dnia 24 marca 2017r., a wskazana w liście referencyjnym data 18 kwietnia 2017r. wynika z faktu, że również obecnie taka umowa (o takim samym charakterze, takim samym zakresie i wartości) jest realizowana przez Sygnity na rzecz Urzędu Miejskiego w Koszalinie. Sygnity dołączyło list referencyjny z dnia 21 listopada 2017r., w którym Urząd Miejski w Koszalinie zaświadczył, że w okresie od 25 marca 2016r. do 24 marca 2017r. Sygnity prowadziła w sposób ciągły usługę serwisowania i opieki autorskiej eksploatowanego w Urzędzie systemu informatycznego (oprogramowania) obejmującego sieciowy, wielodostępny system do prowadzenia spraw z zakresu ewidencji gruntów i budynków, planowania i zagospodarowania przestrzennego. Usługi realizowane są z należytą starannością. Wartość wykonanych usług wynosiła 203 097,60zł. brutto.

Zamawiający w dniu 27 listopada 2017r. dokonał wyboru oferty Sygnity jako najkorzystniejszej. W dniu 14 grudnia 2017r. Prezydent Miasta Koszalin wskazał, że w sprawie umowy pomiędzy Urzędem Miejskim w Koszalinie, a Sygnity SA z dnia 25 marca 2016r. wszystkie zgłoszenia złożone przez użytkownika zostały zrealizowane, na wykonawcę nałożono kary umowne, umowa została zawarta na okres 12 miesięcy, wartość umowy to 203 097,60zł. brutto.

We wniosku z 15 grudnia 2017r. o udostępnienie informacji publicznej odwołujący wniósł o udzielenie mu informacji ile kar i w jakim okresie trwania umowy z dnia 25 marca 2016r. zostało



nałożonych na Sygnity i jednoznaczną odpowiedź na pytanie czy usługa była realizowana prawidłowo.

W dniu 19 grudnia 2017r. Prezydent Miasta Koszalina poinformował, że na Sygnity nałożono dwie kary umowne w listopadzie 2016 i w lutym 2017r. na pytanie czy usługa była realizowana prawidłowo udzielający informacji ponownie wyjaśnił, że wszystkie zgłoszenia były realizowane zgodnie z umową. Wzajemne zobowiązania stron wynikały z zapisów zawartej umowy, w której uregulowane zostały również terminy wykonania zgłoszeń. Część tych zgłoszeń została zrealizowana z uchybieniem terminów umownych, w związku z czym na wykonawcę zostały nałożone stosowne kary.

W dniu 21 grudnia 2017r. Prezydent Miasta Koszalina poinformował, że na pytania 1, 2, 3 i 4 odwołujący otrzymał odpowiedź w piśmie z dnia 19 grudnia 2017r., a na pytanie 5 Jakiego okresu/okresów dotyczyły kary umowne nałożone na wykonawcę na podstawie umowy, wyjaśnił, że nałożone kary umowne dotyczyły okresu trwania umowy.

Co do pierwszego wniosku z dnia 8 grudnia 2017r. jak i drugiego wniosku o uzupełnienie z dnia 18 grudnia 2017r. treść tych wniosków nie została załączona na rozprawie.

Izba ustaliła następujący stan prawny:

Art. 22 [Udział w postępowaniu]

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- 1) nie podlegają wykluczeniu;
- 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

Art. 24 [Przyczyny wykluczenia wykonawcy]

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;

16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

4. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Art. 91 [Kryteria oceny ofert]

1. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba oceniając zgromadzony materiał dowodowy ustaliła, że Prezydent Miasta Koszalina uważa, że usługi realizowane w ramach umowy zawartej 25 marca 2016r. do 24 marca 2017r. są z należytą starannością, jednocześnie Prezydent ma świadomość naliczenia kar umownych w listopadzie 2016 i lutym 2017r. związanych z nieterminowym wykonaniem zgłoszeń, ale wszystkie zgłoszenia zgłoszone przez użytkownika zostały zrealizowane. Z tego stanu faktycznego nie wynika jednak, ani o ile dni, tygodni, miesięcy dane zgłoszenie było niezrealizowane w stosunku do terminu wynikającego z umowy, ile było takich zgłoszeń w miesiącu listopadzie 2016r. i w miesiącu lutym 2017r., jaka była podstawa naliczania kar umownych, za każde nieterminowe wykonanie zgłoszenia, za co najmniej kilka zgłoszeń, czy wystarczające było opóźnienie, czy konieczna była zwłoka wykonawcy, czy ucierpiał na tym interes zamawiającego – czy możliwe było choćby potencjalnie wyrządzenie szkody zamawiającemu, jaka była wysokość naliczonych kar umownych i jak się ta wartość miała do wartości całego kontraktu. Zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na zweryfikowanie tych okoliczności, których co najmniej część mogłaby być ustalona na podstawie umowy zawartej pomiędzy Urzędem Miejskim w Koszalinie, a Sygnity, do której odwołujący mógł uzyskać dostęp w trybie dostępu do informacji publicznej. Zatem zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na ustalenie tezy podniesionej przez odwołującego, że przystępujący Sygnity wykonał umowę z pkt. 2 załącznika III.1 do JEDZa w sposób nienależyty. Przeciwnie ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że mimo tego, iż Prezydent Miasta Koszalin ma świadomość naliczenia kar za nieterminowe realizowanie zgłoszeń, to ocenia, że usługi zostały zrealizowane należyście, co w ocenie Izby jest równoznaczne z oświadczeniem, że umowa została wykonana z należytą starannością. Rację ma przystępujący, że zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na przyjęcie, że Prezydent Miasta Koszalina wprowadza zamawiającego w błąd, gdyż w rzeczywistości umowa została wykonana należyście. Odwołujący nie przedstawił dostatecznych dowodów dla zaprzeczenia prawdziwości dokumentowi urzędowemu – referencji wystawionej przez Urząd Miejski w Koszalinie, a na nim ciążył w tym zakresie obowiązek dowodowy. Naliczenie kary umownej w ocenie Izby nie zawsze musi być wynikiem nienależytego wykonania umowy. Bardzo często zdarzają się bowiem w umowach o zamówienie publiczne kary umowne naliczane za opóźnienie bez jednoczesnego rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika na okoliczności, za które z mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi (art. 473 kc, art. 476 kc). Tym samym, sam fakt naliczenia kary umownej przy braku znajomości postanowień umownych nie przesądza o tym, czy rzeczywiście podstawą kary umownej było takie wykonanie, które w świetle tak przepisów kodeksu cywilnego jak i postanowień umownych należałoby ocenić jako wykonanie nienależyte. Brak też wiedzy o częstotliwości uchybienia, czy wysokości naliczonej kary

również nie pozwala na ustalenie, czy w tym konkretnym przypadku doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd, co do jakości wykonania umowy.

W oparciu o zgromadzony materiał dowodowy Izba ustaliła, że nie da się ustalonego stanu faktycznego podciągnąć pod normy art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy. W konsekwencji nie możliwe jest także zastosowanie normy art. 24 ust. 4 ustawy.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że niezaistniała żadna z przesłanek, która skutkowałaby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wskazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody, czym wypełnił przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art 22 ust 1 pkt 2 ustawy - przez zaniechanie zastosowania wskazanych przepisów i zaniechanie wykluczenia Sygnity z postępowania, w sytuacji w której Sygnity nie wykazała, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w pkt 5.i.1.2 siwz, to jest warunek zdolności technicznej (w zakresie doświadczenia), w sytuacji, gdy z dokumentacji postępowania wynika, iż Sygnity nie dysponuje doświadczeniem wymaganym przez siwz i tym samym nie spełnia warunku zdolności technicznej w zakresie doświadczenia;

Zarzut nie potwierdził się. Odwołujący nie wykazał w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, że referencja Urzędu Miejskiego w Koszalinie przedstawiona do pisma Sygnity z dnia 27 listopada 2017r. zawiera oświadczenie niezgodne z prawdą. Z dokumentu tego jak i późniejszej korespondencji z Prezydentem Miasta Koszalina wynika, że usługi realizowane były w sposób należyty, mimo naliczenia wykonawcy dwukrotnie kar umownych z tytułu nieterminowego realizowania zgłoszeń. Tym samym w ocenie Izby dokumenty te nie przeczą należytemu wykonaniu usługi. Należy zatem przyjąć, że usługa była wykonana należyście, co było elementem koniecznym dla wykazania spełnienia warunku doświadczenia zawodowego. W konsekwencji zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy w zw. z art. 22 ust 1 pkt 1 ustawy - przez zaniechanie zastosowania wskazanych przepisów i zaniechanie wykluczenia Sygnity z postępowania, w sytuacji w której Sygnity podjęło zamierzone działania celem

wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji świadczącej o spełnianiu przez Sygnity warunków udziału w postępowaniu;

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że Sygnity miało wiedzę, że sporną umowę wykonało nienależycie i składając oświadczenie o należyтым wykonaniu umowy wprowadziło zamawiającego celowo w błąd. Tym samym ustalony stan faktyczny nie nadał się do subsumpcji pod normę prawną art. 24 ust. 1 pkt. 16 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy w zw. z art. 22 ust 1 pkt 1 ustawy - przez zaniechanie zastosowania wskazanych przepisów i zaniechanie wykluczenia Sygnity z postępowania, w sytuacji w której Sygnity w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia

Zarzut nie potwierdził się. Odwołujący nie wykazał, że doszło do nienależytego wykonania spornej umowy. Sam fakt naliczenia kar umownych zleceniodawca usługi ocenił jako nie mający wpływu na to, że wszystkie zgłoszenia zostały zrealizowane, a usługi były realizowane w sposób należyty. Oznacza to, że zgromadzony materiał dowodowy nie daje podstaw do subsumpcji pod normę art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 4 ustawy - przez zaniechanie odrzucenia oferty Sygnity, mimo że oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania

Zarzut nie potwierdził się. Wobec faktu, że żaden z zarzutów z art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy nie potwierdził się, to zamawiający prawidłowo nie dokonał wykluczenia przystępującego Sygnity z postępowania. W konsekwencji brak było możliwości zastosowania art. 24 ust. 4 ustawy i odrzucenia oferty przystępującego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy - przez jego niewłaściwe zastosowanie i zaniechanie zastosowania, przejawiające się tym, iż zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną w postępowaniu przez Sygnity, które nie wykazało, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu (warunek zdolności technicznej w zakresie doświadczenia - pkt 5.1.1.2 siwz) i zaniechaniu wyboru oferty odwołującego, która jest najkorzystniejsza spośród złożonych w postępowaniu w przypadku wykluczenia Sygnity z postępowania, powodującego w konsekwencji odrzucenie złożonej przez Sygnity oferty.

Zarzut nie potwierdził się. Skoro nie zostało wykazane, że przystępujący Sygnity podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu, to również nie można było ustalić, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił niezgodnie z kryteriami przyjętymi przez zamawiającego w siwz. To z kolei nie dawało podstaw do przyjęcia, że zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. z 2017r. poz. 47) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz nakazując odwołującemu zwrot zamawiającemu poniesionych przez niego kosztów zastępstwa prawnego w wysokości dopuszczonej przez rozporządzenie tj. 3 600zł. zgodnie z przedstawionym rachunkiem.

**Przewodniczący:** .....