

Sygn. akt: KIO 2380/21

WYROK
z dnia 21 września 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 16 września 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2021 roku przez wykonawcę Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu wykreślenie w załączniku do SWZ: Załącznik OF.0. - *OFERTA dla Głównego Inspektoratu Transportu Drogowego* punktu 6 oraz nakazuje wykreślenie ze Specyfikacji Warunków Zamówienia, Część III - Opisu przedmiotu zamówienia punktu 4.7.3 oraz punktu 4.7.5..

Nakazuje Zamawiającemu wprowadzenie do Specyfikacji Warunków Zamówienia, Część III - Opisu przedmiotu zamówienia „opisu kryteriów równoważności” - kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego w Warszawie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego w Warszawie na rzecz wykonawcy Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Świadczenie usług wsparcia i utrzymania systemu służącego do kompleksowej obsługi gospodarki mandatowej oraz działań windykacyjnych prowadzonych GITD.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 sierpnia 2021 roku pod numerem 2021/ BZP 134310.

9 sierpnia 2021 roku (poniedziałek) Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.; dalej: „ustawa”) czynności Zamawiającego dotyczącej opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ogólny, naruszający zasady PZP, utrudniający uczciwą konkurencją przez wprowadzenie wymogów, które wymagają od Wykonawcy pozyskania licencji do realizacji przedmiotu umowy. Odwołujący wskazał, że SWZ ewidentnie promuje dotychczasowego producenta tj. firmę TBD Systemy Informatyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością co do systemu którego Zamawiający nie posiada autorskich praw majątkowych. Skutkuje to — wykluczeniem innych Wykonawców, faktycznie dopuszczając do realizacji zamówienia wyłącznie jednego wykonawcę. Odwołanie wniósł również od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego dotyczącej pozornego opisu równoważności przedmiotu zamówienia oraz braku określenia przez Zamawiającego wyczerpujących i jednoznacznych kryteriów równoważności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1, 2 ustawy w związku z art. 99 ust. 1, 4 ustawy przez dokonanie Opisu Przedmiotu Zamówienia w sposób uzależniający innych Wykonawców od dotychczasowego producenta poprzez wprowadzenie do SWZ wymagania:
 - 4.7.4. GITD użytkuje oprogramowanie TBD-MK „Mandaty Karne” ww. spółki TBD Systemy Informatyczne na zasadzie licencji użytkowania oprogramowania.
 - 4.7.5. Z uwagi na powyższe realizacja przedmiotowego zamówienia będzie wymagała uzyskania przez Wykonawcę stosownych kodów, uprawnień, licencji i/lub zgody producenta, tj. TBD Systemy Informatyczne sp. z o.o. na ingerencje w oprogramowanie Systemu w celu i w zakresie niezbędnym do wykonania

przedmiotu zamówienia.

co jednoznacznie ogranicza konkurencję i uniemożliwia złożenie oferty Wykonawcom innym niż producent posiadane przez Zamawiającego oprogramowania tj. firma TBD Systemy Informatyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością;

- 2) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy w związku z art. 99 ust. 5 i 6 ustawy przez wprowadzenie do SWZ pozornej równoważności (brak zdefiniowania czym ma być rozwiązanie równoważne oraz brak określenia przez Zamawiającego wyczerpujących i jednoznacznych kryteriów równoważności) w sytuacji gdy przedmiot zamówienia uniemożliwia dostarczenie rozwiązania równoważnego. .

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SWZ zgodnie z wnioskami wskazanymi w uzasadnieniu. W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Odwołujący żąda od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania. Interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący podał, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust 1 ustawy oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów Ustawy. Wskazane w odwołaniu niezgodne z prawem zapisy SWZ powodują, że Odwołujący nie ma możliwości złożenia oferty i tym samym utraci szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może zatem ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy wskazanych w odwołaniu. Gdyby nie wprowadzone do SWZ postanowienia dające możliwość złożenia oferty przez tylko jednego Wykonawcę Odwołujący mógłby złożyć ofertę, uzyskać zamówienie, a następnie należycie realizować zamówienie. Ustalenie przez Zamawiającego przedmiotowej treści SWZ uniemożliwia Odwołującemu udział w postępowaniu.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

STAN FAKTYCZNY

W dniu 2 sierpnia 2021 roku Zamawiający opublikował SWZ w postępowaniu na Świadczenie usług wsparcia i utrzymania systemu służącego do kompleksowej obsługi gospodarki mandatowej oraz działań windykacyjnych prowadzonych w GITD.

Odwołujący tj. Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie, po dokonaniu analizy dokumentacji postępowania stwierdził, że zawiera dokumentacja postanowienia, które uniemożliwiają złożenie oferty. Odwołujący sformułował dwa główne zarzuty.

ASPEKTY PRAWNE

Przy sporządzaniu OPZ, Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji (art. 16 pkt 1 ustawy), zgodnie z którą, Zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, co oznacza, że jest on zobowiązany do stworzenia warunków do uczciwego konkurowania przez wykonawców o uzyskanie zamówienia, jak też do eliminowania zachowań sprzecznych z prawem lub etyką. W szczególności warto zwrócić uwagę na regulacje odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia i warunków stawianych wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Na etapie ich określania przez Zamawiającego doszło do próby ograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji.

Przy sporządzaniu OPZ Zamawiający naruszył zasadę przejrzystości (art. 16 pkt 2 ustawy), zgodnie z którą warunki i zasady postępowania o udzielenie zamówienia powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który po pierwsze pozwoli wszystkim oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie umożliwi Zamawiającemu faktyczne sprawdzenie, czy oferty odpowiadają wymaganiom określonym w postępowaniu. Niniejsza dokumentacja jest bardzo ogólna, mało precyzyjna i pozostawia szereg „luk interpretacyjnych” dla wykonawców, co uniemożliwia złożenie Odwołującemu konkurencyjnej oferty.

WADLIWY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

Odwołujący podał konkretne fragmenty SWZ, w szczególności OPZ oraz Formularza Oferty, które w jego ocenie mają charakter ogólny, ograniczający konkurencję, naruszający postanowienia ustawy.

Nałożenie na Wykonawcę wymogu posiadania uprawnienia do dokonywania modyfikacji i zmian w systemie TBD-MK „Mandaty karne”, którego producentem jest firma TBD Systemy Informatyczna spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

W Formularzu Oferty w pkt 6 Zamawiający wymaga złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o treści: *„Będąc w pełni świadomym/i, iż Zamawiający nie posiada majątkowych praw autorskich do systemu TBD- MK „Mandaty Karne” oświadczam, że Wykonawca jest uprawniony do dokonywania modyfikacji i zmian w ww. systemie, którego producentem jest firma TBD Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, przy ulicy: Zgoda 57, w zakresie niezbędnym do należytego i terminowego wykonania przedmiotowego zamówienia. W związku z powyższym, czynności podejmowane przez Wykonawcę w ramach zawartej umowy nie naruszają praw autorskich producenta i zasad licencjonowania systemu TBD-MK „Mandaty Karne”;*

Zamawiający wskazał, że kody źródłowe, jak i wszelkie prawa, w tym autorskie prawa majątkowe do kodów źródłowych do systemu TBD-MK „Mandaty Karne” należą do firmy TBD Systemy Informatyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: TBD) i ze względu na powyższe do realizacji przedmiotowego konieczne jest uzyskanie przez wykonawcę prawa do dostępu i modyfikacji kodu źródłowego od firmy TBD. Ponadto, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 roku w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy (Dz.U.2020.2415) Zamawiający może żądać w określonej formie wskazanych w Rozporządzeniu podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń. Tymczasem, żądanie zawarte w pkt 6 Formularza Ofert jest żądaniem wykraczającym poza ramy określone w powołanych przepisach prawa. Oświadczenie żądane przez Zamawiającego ma de facto na celu wykazanie, że Wykonawca przed upływem terminu składania ofert zawarł stosunek zobowiązaniowy z podmiotem trzecim, dotyczący umożliwienia mu dokonywania modyfikacji i zmian w systemie, którego producentem jest firma TBD. Zatem żądane przez Zamawiającego oświadczenie musi zostać uznane za sprzeczne z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 roku w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek samodzielnego uzyskania wszelkich informacji, danych i zezwoleń niezbędnych do ingerencji w autorski system TBD, któremu przysługują prawa autorskie do oprogramowania, z którego korzysta Zamawiający. W ocenie Odwołującego, to Zamawiający powinien - w ramach przygotowania postępowania - uzyskać wszelkiego rodzaju dane oraz zgody i zezwolenia niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia i nie obarczać ryzykiem ich nieuzyskania wykonawców. Wykonawcy są w rezultacie zdani na dobrą wolę dotychczasowego dostawcy systemu TBD-MK, który jako konkurent może podyktować zróżnicowane warunki udzielenia zgody wymaganej przez Zamawiającego w zależności od danego wykonawcy, a co bardziej prawdopodobne TBD jako jeden z potencjalnych oferentów zainteresowanych pozyskaniem zamówienia może w ogóle nie udostępnić tych danych i wymaganych zezwoleń pozostałym oferentom. Działania takie - abstrahując od faktu, że z pewnością nie przyniosłyby pożądanego efektu - nie byłyby zgodne z zasadą równego traktowania wszystkich wykonawców. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania, i to na nim ciąży obowiązek umożliwienia wykonawcom złożenie porównywalnych ofert. To Zamawiający powinien zapewnić wszystkim potencjalnym wykonawcom te same warunki realizacji zamówienia. Zamawiający nie może oczekiwać, że uprzywilejowany wykonawca TBD stanowiący bezpośrednią konkurencję dla Odwołującego przekaże wszelkie niezbędne informacje i zezwolenia swojej konkurencji,

aby mogła złożyć ofertę w Postępowaniu. Jeżeli natomiast chciałby zrobić to odpłatnie, to oczekiwanie Zamawiającego, by wykonawcy na własny koszt kupowali niezbędne dane i zezwolenia, jest wprost niezgodne z nakazem, by opis przedmiotu zamówienia nie utrudniał uczciwej konkurencji. Dodatkowo, oczekiwanie by każdy inny wykonawca niż uprzywilejowany TBD ponosił dodatkowe koszty w rażąco sposób narusza ustawę. Odwołujący wniosk o: usunięcie postanowienia w SWZ oraz konieczności złożenia oświadczenia, że Wykonawca jest uprawniony do dokonywania modyfikacji i zmian w systemie i nałożenie na Zamawiającego obowiązku uzyskania licencji lub praw autorskich lub autoryzacji właściciela majątkowych praw autorskich w zakresie wymaganym postępowaniem do oprogramowania TBD-MK „Mandaty karne”, uprawniającej potencjalnego Wykonawcę do wsparcia i utrzymywania Systemu zgodnie z OPZ

W części III SWZ Opis Przedmiotu Zamówienia pkt 4.7 ppkt 4.7.2., 4.7.3., 4.7.4, 4.7.5. Zamawiający wymaga uzyskania przez Wykonawcę stosownych kodów, uprawnień, licencji i/lub zgody producenta, tj. TBD na ingerencje w oprogramowanie Systemu w celu i w zakresie niezbędnym do wykonania przedmiotu zamówienia.

„4.7.2.Zamawiający korzysta obecnie z systemu TBD-MK „Mandaty Karne” (dalej również jako „System”), którego producentem jest firma TBD Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, przy ulicy Zgoda 57, KRS: 0000269685, REGON: 260132154, NIP: 6572726698, jednakże nie posiada do niego majątkowych praw autorskich.

4.7.3.Wykonawca składający ofertę w ramach przedmiotu zamówienia musi być uprawniony do dokonywania modyfikacji i zmian w ww., systemie, tak by czynności wykonywane w ramach zamówienia nie naruszały praw autorskich i zasad licencjonowania systemu TBD-MK „Mandaty Karne”.

4.7.4. GITD użytkuje oprogramowanie TBD-MK „Mandaty Karne” ww. spółki TBD Systemy Informatyczne na zasadzie licencji użytkowania oprogramowania.

4.7.5.Z uwagi na powyższe realizacja przedmiotowego zamówienia będzie wymagała uzyskania przez Wykonawcę stosownych kodów, uprawnień, licencji i/lub zgody producenta, tj. TBD Systemy Informatyczne sp. z o.o. na ingerencje w oprogramowanie Systemu w celu i w zakresie niezbędnym do wykonania przedmiotu zamówienia. ”

Z dostępnej dokumentacji niniejszego postępowania jednoznacznie wynika, iż dostawcą dotychczasowego systemu jest firma TBD. Zamawiający w ramach dokumentacji postępowania nie udostępnił niezbędnych informacji, umożliwiających wycenę realizacji przedmiotu zamówienia przez wykonawców innych niż producent posiadanego oprogramowani. Stwierdzić należy, że obecnie jedynie firma TBD oraz ewentualny podwykonawca firmy TBD, który jest twórcą dostarczonego programu TBD-MK, są w stanie złożyć ofertę. Zamawiający, nie podjął działań mających na celu zapewnienie sobie

dokumentacji technicznej, jak i odpowiednich zapisów o prawach wyłącznych w pierwotnej umowie z TBD co umożliwiłoby opisanie przedmiotu zamówienia z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Dane potrzebne do realizacji zamówienia powinien zapewnić sam Zamawiający, a nie Wykonawca w porozumieniu z producentem posiadanego przez Zamawiającego systemu, który nie ma żadnych zobowiązań względem innego wykonawcy, a jedynym podmiotem mającym na niego wpływ w ramach posiadanych zobowiązań umownych jest właśnie Zamawiający. Producent oprogramowania nie ma żadnych obowiązków względem konkurenta, w tym udostępniania mu danych odnośnie własnych systemów. Przenoszenie odpowiedzialności na wykonawcę za uzgodnienie z innym producentem warunków udostępnienia danych niezbędnych do realizacji zamówienia jest niedopuszczalne. Zamawiający przewidując konieczność zapewnienia prawidłowej eksploatacji i utrzymania systemu informatycznego, w tym również możliwość jego modyfikacji, powinien zapewnić sobie taki zakres uprawnień i wiedzy o systemie, który umożliwiłby mu dokonywanie ww. czynności bez zgody twórcy systemu. Zamawiający powinien zagwarantować sobie prawa do systemu w takim zakresie, aby zamówienia na jego utrzymanie mógł powierzyć również innemu wykonawcy, wybranemu w procedurze konkurencyjnej. Mając powyższe na uwadze Zamawiający nie może powoływać się na to, że prawa zależne do systemu nie zostały przez niego skutecznie zabezpieczone.

Odwołujący wskazał, iż możliwość świadczenia usług wsparcia i utrzymania systemu służącego do kompleksowej obsługi gospodarki mandatowej oraz działań windykacyjnych wymaga udostępnienia przez Zamawiającego na obecnym etapie kodów źródłowych tego oprogramowania pozyskania przez Zamawiającego licencji uprawniającej potencjalnego Wykonawcę do świadczenia usług utrzymania systemu. Zamawiający wymaga od wykonawcy ingerencji bezpośrednio w kod źródłowy istniejącego rozwiązania TBM-MK przez świadczenie usług wsparcia i utrzymania, nie jest to rozwiązanie "gotowe" a dedykowane, wykonane na zlecenie Zamawiającego przez firmę TBD oraz ewentualne podmioty powiązane, w ramach innego zamówienia publicznego, obecnie jedynie TBD i Zamawiający posiadają informacje wymagane do realizacji zamówienia. Bez udostępnienia kodów źródłowych pozostałym oferentom zainteresowanym zamówieniem wyłącznie TBD będzie miało możliwość świadczenia usług wsparcia i utrzymania oprogramowania. Zamawiający formułując powyższe wymagania faworyzuje udział w postępowaniu podmiotu posiadającego autorskie prawa majątkowe do systemu. Brak jakichkolwiek gwarancji ze strony Zamawiającego, że zapewni wykonawcy współpracę ze wskazanym podmiotem . trzecim powoduje, że wykonawca jeszcze przed wyborem najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, zobowiązany będzie ponieść koszty zawarcia stosunku obligacyjnego z podmiotem trzecim, w zakresie zapewnienia wykonawcy możliwości świadczenia usług

wsparcia do którego autorskie prawa majątkowe posiada podmiot trzeci. Przy tym jednak, wykonawca nie dysponuje żadnymi prawnie skutecznymi środkami pozwalającymi na zobowiązanie podmiotu trzeciego do umożliwienia wykonawcy świadczenia usług utrzymaniowych. Zawarcie zatem stosunku obligacyjnego pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim całkowicie zależne jest od woli stron. Mało prawdopodobne jest przy tym, aby podmiot trzeci skłonny był udzielać wsparcia innym wykonawcom w wymaganym przez Zamawiającego zakresie, gdyż są to podmioty prowadzące działalność konkurencyjną w stosunku do niego. **Zamawiający nie udostępnił kodów źródłowych, warunków licencji oraz dokumentacji systemu niezbędnej wykonawcom, która umożliwi wykonanie w sposób należyty usług wsparcia i utrzymania systemu.** Brak przekazania przez Zamawiającego tzw. protokołów komunikacji oraz kodów źródłowych pozwalających na modyfikację systemu informatycznego, niezbędną do bieżącej asysty technicznej, uniemożliwia w istocie sporządzenie oferty, a tym bardziej realizację zamówienia. Zamawiający powinien zapewnić wszystkim potencjalnym wykonawcom takie same warunki realizacji zamówienia, otworzyć postępowanie dla innych Wykonawców i zapewnić realną konkurencyjność. Zabezpieczy to Zamawiającego przed wpłynięciem tylko jednej oferty firmy TBD, bowiem dotychczasowy dostawca rozwiązania, przy obecnym kształcie SWZ, mając świadomość, że inni wykonawcy nie są w stanie konkurować przy utrzymaniu jego systemu, nie będzie odczuwał jakiegokolwiek presji konkurencyjnej i nie będzie miał motywacji do zaproponowania Zamawiającemu korzystnej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Wskazał Odwołujący wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lipca 2019, sygn. akt KIO 1129/19.

Odwołujący podał, że nie kwestionuje, że określenie przedmiotu zamówienia jest decyzją Zamawiającego, jednakże Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w zgodzie z zapisami ustawy, w sposób, który będzie zapewniał konkurencyjność postępowania i możliwość złożenia zainteresowanemu wykonawcy oferty niepodlegającej odrzuceniu oraz takiej, która realnie będzie mogła konkurować z ofertami innych wykonawców, przy jednoczesnym respektowaniu uzasadnionych w sposób obiektywny potrzeb Zamawiającego. Odwołujący podał, że przy obecnej treści SWZ nie jest to możliwe.

Odwołujący wniósł o: usunięcie wymagania uzyskania przez Wykonawcę stosownych kodów, uprawnień, licencji i/lub zgody producenta, tj. TBD Systemy Informatyczne sp. z o.o. na ingerencje w oprogramowanie Systemu w celu i w zakresie niezbędnym do wykonania przedmiotu zamówienia. Nałożenie na Zamawiającego obowiązku uzyskania licencji lub praw autorskich lub autoryzacji właściciela majątkowych praw autorskich w zakresie wymaganym postępowaniem do oprogramowania TBD-MK „Mandaty karne”, uprawniającej potencjalnego Wykonawcę do świadczenia usług wsparcia i utrzymywania Systemu zgodnie z OPZ.

POZORNA RÓWNOWAŻNOŚĆ

W części III SWZ Opis Przedmiotu Zamówienia pkt 4.7 ppkt 4.7.6.1., 4.7.6.5., 4.7.6.6., brak zdefiniowania czym tak naprawdę ma być rozwiązanie równoważne oraz brak określenia przez Zamawiającego wyczerpujących i jednoznacznych kryteriów równoważności:

„4.7.6.1. Każde rozwiązanie równoważne (dotyczące zarówno nazewnictwa wskazanego w Opisie przedmiotu zamówienia, jak i informacji wskazanych w treści SWZ) musi zapewniać całkowitą zgodność z rozwiązaniami wykorzystanymi w posiadanym przez Zamawiającego Systemie (wskazanymi w OPZ), nie może powodować konieczności zmiany środowiska pracy oraz poszczególnych funkcjonalności Systemu (wskazanych w OPZ), nie może powodować powstawania błędów w Systemie, nie może negatywnie wpływać na działanie Systemu, w tym na jego szybkość i wydajność. Z uwagi na powyższe, wszelkie odniesienia do nazewnictwa i funkcjonalności (w tym nazwy handlowe) są zgodne z przepisami ustawy Pzp, a ich użycie jest uzasadnione specyfiką prowadzonego zamówienia.

4.7.6.4. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązanie równoważne opisywane przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego rozwiązanie spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w niniejszym SWZ. 4.7.6.5. W przypadku, gdy zaoferowane przez Wykonawcę rozwiązanie równoważne nie będzie właściwie współdziałać ze sprzętem i oprogramowaniem funkcjonującymi w infrastrukturze Zamawiającego, Wykonawca pokryje wszystkie koszty związane z przywróceniem i sprawnym działaniem infrastruktury sprzętowo-programowej Zamawiającego.

4.7.6.6. W przypadku zaoferowania rozwiązania równoważnego Wykonawca jest zobowiązany uwzględnić w ofercie wszelkie koszty jego wdrożenia i integracji z infrastrukturą sprzętowo-programową Zamawiającego, w tym koszty ewentualnych instruktaży oraz migracji danych oraz pokryje również wszelkie udokumentowane koszty po stronie Zamawiającego, związane z wdrożeniem rozwiązania równoważnego.”

Opis przedmiotu zamówienia powinien być jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, nie utrudniając przy tym uczciwej konkurencji. Utrwalone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej potwierdza, iż obok użycia słów "lub równoważny" Zamawiający ma obowiązek określić granice oczekiwanej równoważności, aby w konsekwencji móc ocenić ofertę oraz aby wykonawcy mieli pełną jasność co do oczekiwań Zamawiającego w zakresie właściwości i istotnych cech przedmiotu zamówienia. Zatem to na Zamawiającym ciąży obowiązek określenia istotnych cech, parametrów lub funkcjonalności, których spełnienie pozwoli na uznanie oferowanego produktu za równoważny do produktu określonego w SWZ. Wprowadzenie pozornej równoważności, przy jednoczesnym preferowaniu produktu jednego producenta, narusza w opinii odwołującego ustawę. Wszystkie parametry decydujące o równoważności, a tym samym mające bezpośredni wpływ na sporządzenie oferty,

wykonawca powinien poznać na podstawie treści SWZ. Parametry równoważności powinny zostać skonkretyzowane przez wskazanie konkretnych wymaganych wartości poszczególnych parametrów, funkcjonalności, które są istotne z punktu widzenia Zamawiającego. Przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie usług wsparcia i utrzymania systemu konkretnego producenta, zatem żaden Wykonawca w praktyce nie jest w stanie zapewnić rozwiązania równoważnego. Brak jednoznacznego uszczegółowienia, co Zamawiający rozumie przez użyte w OPZ pojęcie "równoważność" powoduje, że możliwość złożenia oferty równoważnej nie ma charakteru rzeczywistego, lecz tylko pozorny.

Przedmiotem postępowania są usługi to spełnienie przez Wykonawców warunków równoważności oznaczałoby w praktyce konieczność zaoferowania przez Oferentów (innych niż TBD) nie tylko usług ale także dostarczenie nowego systemu oraz m.in. przeprowadzenie procesu migracji danych z obecnego systemu co zdecydowanie zmieniłoby zakres przedmiotu zamówienia, w konsekwencji powodując istotnie wyższe ceny ofertowe i oczywistą niekonkurencyjność w porównaniu do uprzywilejowanego oferenta jakim jest TBD oraz odbierając realne możliwości pozyskania zamówienia przez pozostałych oferentów. Z powyższego wynika, iż Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na złożenie oferty. Nie wiadomo jakie są koszty integracji związane z zapewnieniem współpracy ze strony firmy TBD oraz jakie zgody należy uzyskać. Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji i nie może być on ogólny oraz niedookreślony. Zamawiający nie może przenosić na wykonawców składających oferty ciężaru jego dookreślenia, poprzez nałożenie obowiązku bezpośredniego kontaktu z firmami trzecimi, w celu ustalania kosztów i wymagań związanych z integracją z ich systemami. W sytuacji, gdy Zamawiający nie opisuje przedmiotu zamówienia w sposób wystarczająco dokładny i jednoznaczny stwarza przewagę konkurencyjną dla dotychczasowego dostawcy. Prowadzenie postępowania w trybie podstawowym i pozorne dopuszczenie do świadczenia usług wsparcia i utrzymania systemu TBD -MK innych podmiotów ma charakter wyłącznie fasadowy.

Odwołujący wniosk o: Wykreślenie pozornych postanowień dotyczących rozwiązania równoważnego ewentualnie precyzyjne zdefiniowanie przez Zamawiającego czym ma być rozwiązanie równoważne oraz zmodyfikowanie parametrów równoważności w taki sposób, aby odzwierciedlały one wymagania Zamawiającego wyłącznie co do przedmiotu zamówienia (usług wsparcia i utrzymania systemu służącego do kompleksowej obsługi gospodarki mandatowej oraz działań windykacyjnych), umożliwiały zachowanie konkurencyjności postępowania i nie wymuszały po stronie potencjalnych oferentów konieczności dostarczenia dodatkowych elementów nie stanowiących przedmiotu obecnego

postępowania np. systemu oraz usług dodatkowych (np. migracji danych z obecnego systemu).

Uprawdopodobnienie oraz ciężar dowodu – Odwołujący podał, że bezwzględnie uprawdopodobnił, że SWZ w niniejszym postępowaniu utrudnia uczciwą konkurencję. Zgodnie ze stanowiskiem Izby: „Po stronie wykonawcy wystarczy jedynie uprawdopodobnić, że opis przedmiotu zamówienia mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.” (Wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2009 r., KIO/UZP 466/09 oraz z dnia 26 sierpnia 2011 r., KIO 1734/11). W takiej sytuacji, ciężar dowodu zostaje przeniesiony na Zamawiającego, który powinien wykazać, że więcej niż jeden podmiot spełnia także wymogi SIWZ. „Wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, Tym samym Zamawiający powinien skutecznie udowodnić, że więcej niż jeden podmiot spełnia parametry wyznaczone w specyfikacji.” (Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2009 r., KIO/UZP 1502/08)

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. dalej: „ustawa” lub „Pzp”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 sierpnia 2021 roku (poniedziałek) od czynności Zamawiającego z dnia 2 sierpnia 2021 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji,

o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 15 września 2021 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie”. Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego w sprawie dokumenty załączone do ww. pisma oraz zawnioskowane przez Zamawiającego.

Izba ustaliła stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) Część III – Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający określił następujące wymagania:

4.7. Przedmiot zamówienia.

4.7.1. Przedmiotem zamówienia jest wsparcie i utrzymanie systemu wykorzystywanego aktualnie w Głównym Inspektoracie Transportu Drogowego do kompleksowej obsługi gospodarki mandatowej oraz windykacji należności pieniężnych.

4.7.2. Zamawiający korzysta obecnie z systemu TBD-MK „Mandaty Karne” (dalej również jako „System”), którego producentem jest firma TBD Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, przy ulicy Zgoda 57, KRS: 0000269685, REGON: 260132154, NIP: 6572726698, jednakże nie posiada do niego majątkowych praw autorskich.

4.7.3. Wykonawca składający ofertę w ramach przedmiotu zamówienia musi być uprawniony do dokonywania modyfikacji i zmian w ww. systemie, tak by czynności wykonywane w ramach zamówienia nie naruszały praw autorskich i zasad licencjonowania systemu TBD-MK „Mandaty Karne”.

4.7.4. GITD użytkuje oprogramowanie TBD-MK „Mandaty Karne” ww. spółki TBD Systemy Informatyczne na zasadzie licencji użytkowania oprogramowania.

4.7.5. Z uwagi na powyższe realizacja przedmiotowego zamówienia będzie wymagała uzyskania przez Wykonawcę stosownych kodów, uprawnień, licencji i/lub zgody producenta, tj. TBD Systemy Informatyczne sp. z o.o. na ingerencje w oprogramowanie Systemu w celu i w zakresie niezbędnym do wykonania przedmiotu zamówienia.

4.7.6. Ze względu na sposób wykonania Systemu Zamawiający posługuje się nazwami handlowymi poszczególnych elementów składających się na pełne środowisko pracy Systemu, gdzie z przyczyn technologicznych nie ma możliwości zastosowania rozwiązania innego, niż zostało to pierwotnie ustalone. Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne, gwarantujące należyłą realizację przedmiotu zamówienia, w sposób wymagany przez Zamawiającego.

4.7.6.1. Każde rozwiązanie równoważne (dotyczące zarówno nazewnictwa wskazanego w Opisie przedmiotu zamówienia, jak i informacji wskazanych w treści SWZ) musi zapewniać całkowitą zgodność z rozwiązaniami wykorzystanymi w posiadanym przez Zamawiającego Systemie (wskazanymi w OPZ), nie może powodować konieczności zmiany środowiska pracy oraz poszczególnych funkcjonalności Systemu (wskazanych w OPZ), nie może powodować powstawania błędów w Systemie, nie może negatywnie wpływać na działanie Systemu, w tym na jego szybkość i wydajność. Z uwagi na powyższe, wszelkie odniesienia do nazewnictwa i funkcjonalności (w tym nazwy handlowe) są zgodne z przepisami ustawy Pzp, a ich użycie jest uzasadnione specyfiką prowadzonego zamówienia.

4.7.6.2. Wykonawca dostarczający rozwiązanie równoważne zobowiązany jest do dokonania wszelkich czynności niezbędnych w celu umożliwienia mu należytej i terminowej realizacji przedmiotowego zamówienia, ze szczególną dbałością o zabezpieczenie danych zawartych w Systemie, w szczególności w przypadku konieczności dokonania migracji danych, jak również do zapewnienia odpowiedniego przeszkolenia pracowników Zamawiającego.

4.7.6.3. Dostarczone rozwiązanie równoważne musi spełniać wymagania określone w § 20 i 21 KRI oraz wynikające z art. 32 RODO i art. 36, 37, 39, 40 i 41 Ustawy z dnia 14 grudnia 2018 r. o ochronie danych osobowych przetwarzanych w związku z zapobieganiem i zwalczaniem przestępczości w odniesieniu do zabezpieczenia przetwarzanych danych osobowych. Szczegółowy sposób spełniania przez rozwiązanie równoważne wymagań określonych w zdaniu poprzednim, w tym w odniesieniu do zapewnienia realizacji praw osób, których dane dotyczą zgodnie z RODO i Ustawą o ochronie danych osobowych przetwarzanych w związku z zapobieganiem i zwalczaniem przestępczości. Wykonawca przedstawi rozwiązania w dokumentacji przekazywanej Zamawiającemu. W przypadku gdy rozwiązanie równoważne będzie oprogramowaniem dedykowanym, wytwarzanym wyłącznie na potrzeby niniejszego zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić wymagania Zamawiającego stawiane nowemu oprogramowaniu, określone w Polityce Bezpieczeństwa Teleinformatycznego GITD, której wyciąg

zostanie udostępniony Wykonawcy. Dokumentacja rozwiązania równoważnego musi obejmować ocenę skutków dla ochrony danych, o której mowa w RODO i ww. ustawie, wykonaną zgodnie z zasadami obowiązującymi u Zamawiającego. Zamawiający dopuszcza wykonanie oceny skutków dla ochrony danych wg innej metodyki, o ile obejmuje ona wszystkie obligatoryjne elementy określone w przepisach o ochronie danych osobowych.

4.7.6.4. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązanie równoważne opisywane przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego rozwiązanie spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w niniejszym SWZ.

4.7.6.5. W przypadku, gdy zaoferowane przez Wykonawcę rozwiązanie równoważne nie będzie właściwie współdziałać ze sprzętem i oprogramowaniem funkcjonującymi w infrastrukturze Zamawiającego, Wykonawca pokryje wszystkie koszty związane z przywróceniem i sprawnym działaniem infrastruktury sprzętowo-programowej Zamawiającego.

4.7.6.6. W przypadku zaoferowania rozwiązania równoważnego Wykonawca jest zobowiązany uwzględnić w ofercie wszelkie koszty jego wdrożenia i integracji z infrastrukturą sprzętowo-programową Zamawiającego, w tym koszty ewentualnych instruktaży oraz migracji danych oraz pokryje również wszelkie udokumentowane koszty po stronie Zamawiającego, związane z wdrożeniem rozwiązania równoważnego.

W załączniku do SWZ: Załącznik OF.0. - OFERTA dla Głównego Inspektoratu Transportu Drogowego Zamawiający podał:

- 6. Będąc w pełni świadomym/i, iż Zamawiający nie posiada majątkowych praw autorskich do systemu TBD-MK „Mandaty Karne” oświadczam, że Wykonawca jest uprawniony do dokonywania modyfikacji i zmian w ww. systemie, którego producentem jest firma TBD Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, przy ulicy: Zgoda 57, w zakresie niezbędnym do należytego i terminowego wykonania przedmiotowego zamówienia. W związku z powyższym, czynności podejmowane przez Wykonawcę w ramach zawartej umowy nie naruszają praw autorskich producenta i zasad licencjonowania systemu TBD-MK „Mandaty Karne”;*

Zamawiający, za pismem z dnia 27 sierpnia 2021 roku działając na podstawie art. 286 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2021 r. poz.

1129 ze zm., dalej również „ustawa Pzp”), Zamawiający - Skarb Państwa - Główny Inspektorat Transportu Drogowego dokonuje zmiany treści SWZ w poniższym zakresie.

(...)

Cześć III SWZ – OPZ, ust 4. pkt. 4.7 – Przedmiot zamówienia, ppkt. 4.7.3

Zamiast:

Wykonawca składający ofertę w ramach przedmiotu zamówienia musi być uprawniony do dokonywania modyfikacji i zmian w ww. systemie, tak by czynności wykonywane w ramach zamówienia nie naruszały praw autorskich i zasad licencjonowania systemu TBD-MK „Mandaty Karne”.

Powinno być:

Wykonawca składający ofertę w ramach przedmiotu zamówienia musi być uprawniony do dokonywania modyfikacji i zmian w ww. systemie, tak by czynności wykonywane w ramach zamówienia nie naruszały praw autorskich i zasad licencjonowania systemu TBD-MK „Mandaty Karne”.

Powyższe nie dotyczy wykonawcy dostarczającego rozwiązanie równoważne, przy czym działania wykonawcy nie mogą naruszać praw autorskich i zasad licencjonowania systemu TBD-MK „Mandaty Karne”.

Cześć III SWZ – OPZ, ust 4. pkt. 4.7 – Przedmiot zamówienia, ppkt. 4.7.5

Zamiast:

Z uwagi na powyższe realizacja przedmiotowego zamówienia będzie wymagała uzyskania przez Wykonawcę stosownych kodów, uprawnień, licencji i/lub zgody producenta, tj. TBD Systemy Informatyczne sp. z o.o. na ingerencje w oprogramowanie Systemu w celu i w zakresie niezbędnym do wykonania przedmiotu zamówienia.

Powinno być:

Z uwagi na powyższe realizacja przedmiotowego zamówienia będzie wymagała uzyskania przez Wykonawcę stosownych kodów, uprawnień, licencji i/lub zgody producenta, tj. TBD Systemy Informatyczne sp. z o.o. na ingerencje w oprogramowanie Systemu w celu i w zakresie niezbędnym do wykonania przedmiotu zamówienia. Powyższe nie dotyczy wykonawcy dostarczającego rozwiązanie równoważne, przy czym działania wykonawcy nie mogą naruszać praw autorskich i zasad licencjonowania systemu TBD-MK „Mandaty Karne”.

Cześć I SWZ – Warunki Ogólne (WO), Formularz OF.0. – Oferta, pkt. 6

Zamiast:

Będąc w pełni świadomym/i, iż Zamawiający nie posiada majątkowych praw autorskich do systemu TBD-MK „Mandaty Karne” oświadczam, że Wykonawca jest uprawniony do dokonywania modyfikacji i zmian w ww. systemie, którego producentem jest firma TBD

Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, przy ulicy: Zgoda 57, w zakresie niezbędnym do należytego i terminowego wykonania przedmiotowego zamówienia. W związku z powyższym, czynności podejmowane przez Wykonawcę w ramach zawartej umowy nie naruszają praw autorskich producenta i zasad licencjonowania systemu TBD-MK „Mandaty Karne”;

Powinno być:

Będąc w pełni świadomym/i, iż Zamawiający nie posiada majątkowych praw autorskich do systemu TBD-MK „Mandaty Karne”, którego producentem jest firma TBD Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, przy ulicy: Zgoda 57, oświadczam, że:

*Wykonawca jest uprawniony do dokonywania modyfikacji i zmian w ww. systemie w zakresie niezbędnym do należytego i terminowego wykonania przedmiotowego zamówienia. W związku z powyższym, czynności podejmowane przez Wykonawcę w ramach zawartej umowy nie naruszają praw autorskich producenta i zasad licencjonowania systemu TBD-MK „Mandaty Karne” **

----- albo -----

*Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć rozwiązanie równoważne, zaś czynności podejmowane przez Wykonawcę w ramach zawartej umowy nie naruszają praw autorskich producenta i zasad licencjonowania systemu TBD-MK „Mandaty Karne” **

Izba zważyła:

Izba ustaliła, że Odwołujący wykazał wypełnienie łącznie przesłanek z art. 505 ust 1 nowej ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.*

W zakresie zarzutu (1) naruszenia art. 16 pkt 1, 2 ustawy w związku z art. 99 ust. 1, 4 ustawy przez dokonanie Opisu Przedmiotu Zamówienia w sposób uzależniający innych Wykonawców od dotychczasowego producenta przez wprowadzenie do SWZ wymagania:

4.7.4. GITD użytkuje oprogramowanie TBD-MK „Mandaty Karne” ww. spółki TBD Systemy Informatyczne na zasadzie licencji użytkowania oprogramowania.

4.7.5. Z uwagi na powyższe realizacja przedmiotowego zamówienia będzie wymagała uzyskania przez Wykonawcę stosownych kodów, uprawnień, licencji i/lub zgody

producenta, tj. TBD Systemy Informatyczne sp. z o.o. na ingerencje w oprogramowanie Systemu w celu i w zakresie niezbędnym do wykonania przedmiotu zamówienia co jednoznacznie ogranicza konkurencję i uniemożliwia złożenie oferty Wykonawcom innym niż producent posiadane przez Zamawiającego oprogramowania tj. firma TBD Systemy Informatyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - Izba zarzut uznała za zasadny.

W ramach tego zarzutu Odwołujący wniósł o:

- usunięcie postanowienia w SWZ oraz konieczności złożenia oświadczenia, że Wykonawca jest uprawniony do dokonywania modyfikacji i zmian w systemie. Nałożenie na Zamawiającego obowiązku uzyskania licencji lub praw autorskich lub autoryzacji właściciela majątkowych praw autorskich w zakresie wymaganym postępowaniem do oprogramowania TBD-MK „Mandaty karne”, uprawniającej potencjalnego Wykonawcę do wsparcia i utrzymywania Systemu zgodnie z OPZ,
- usunięcie wymagania uzyskania przez Wykonawcę stosownych kodów, uprawnień, licencji i/lub zgody producenta, tj. TBD Systemy Informatyczne sp. z o.o. na ingerencje w oprogramowanie Systemu w celu i w zakresie niezbędnym do wykonania przedmiotu zamówienia. Nałożenie na Zamawiającego obowiązku uzyskania licencji lub praw autorskich lub autoryzacji właściciela majątkowych praw autorskich w zakresie wymaganym postępowaniem do oprogramowania TBD-MK „Mandaty karne”, uprawniającej potencjalnego Wykonawcę do świadczenia usług wsparcia i utrzymywania Systemu zgodnie z OPZ.

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy praw:

Zgodnie z regulacją art. 266 ustawy do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88–90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132–188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej.

Art. 16 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

Art. 99 ust. 1 ustawy - Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Art. 99 ust. 4 ustawy - Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Izba podkreśla, że zarówno w stanie prawnym obowiązującym do dnia 31 grudnia 2020 roku na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, jak i w obecnie na podstawie regulacji ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych Zamawiający jest zobowiązany opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ustawodawca w ust. 4 art. 99 ustawy podkreślił również, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Ugruntowanym w orzecznictwie jak również w doktrynie przedmiotu oraz pozostającym niezmienny i aktualnym jest stanowisko, że dokonanie opisu przedmiotu zamówienia jest uprawnieniem ale i obowiązkiem Zamawiającego.

Opis jednoznaczny to opis precyzyjnie określony, niebudzący wątpliwości. Opis wyczerpujący to opis przedstawiający przedmiot zamówienia w sposób wszechstronny i szczegółowy. Oznacza to, że ustawodawca nie pozostawia w ramach obowiązku dokonania opisu przedmiotu zamówienia żadnej luki pozwalającej Zamawiającemu na dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez przenoszenie na wykonawców takich czynności, które wymagają od wykonawcy samodzielnego uszczegóławiania przedmiotu zamówienia czy też pozyskiwania informacji lub innych niezbędnych dla wykonania zamówienia elementów, które pochodzą od innego podmiotu gospodarczego. Prowadzenie postępowania publicznego, otwartego stanowi możliwość udziału w tym postępowaniu każdemu

wykonawcy posiadającemu odpowiednie umiejętności oraz doświadczenie w obrębie tego przedmiotu zamówienia. Jednakże opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który sprowadza się do tego, że to na wykonawcę chcącego brać udział w postępowaniu przenosi się obowiązki pozyskania „stosownych kodów, uprawnień, licencji i/lub zgody producenta, tj. TBD Systemy Informatyczne sp. z o.o. na ingerencje w oprogramowanie Systemu w celu i w zakresie niezbędnym do wykonania przedmiotu zamówienia” bezzasadnie ogranicza możliwość złożenia oferty wykonawcom mającym wszelkie kwalifikacje i umiejętności niezbędne do jego wykonania. Należy bowiem podkreślić, że ograniczenia te przejawiają się właśnie w braku informacji, braku wyczerpującego, wszechstronnego i szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, które to informacje, materiały – w tym przypadku stosowne kody, uprawnienia, licencje, zgody itp. - są niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia. Podkreśla się w doktrynie, że używane w opisie określenia winny uwzględniać (wszystkie) wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Oznacza to, że nie ma możliwości przeniesienia na wykonawców obowiązków Zamawiającego. To Zamawiający obowiązany jest do sporządzenia takiego opisu zamówienia, który będzie stanowił o możliwości złożenia oferty przez wykonawcę. Izba zaznacza, że wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składa ofertę Zamawiającemu i odpowiada na publiczne zaproszenie do jej złożenia – oznacza to, że Zamawiający nie jest w żadne sposób uprawniony do wprowadzania takich postanowień, które będą uzależniały złożenie oferty od działań innego podmiotu gospodarczego. Taka konstrukcja opisu przedmiotu zamówienia narusza zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Zgodzić należy się z Odwołującym, że brak udostępnienia kodów źródłowych, warunków licencji oraz dokumentacji systemu niezbędnej wykonawcom, brak przekazania tzw. protokołów komunikacji oraz kodów źródłowych pozwalających na modyfikację systemu informatycznego – uniemożliwia sporządzenie oferty, a w konsekwencji realizację zamówienia. potwierdza zarazem jakie brak ma opis przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba podkreśla, że przedmiotem tego zamówienia jest wsparcie i utrzymanie systemu wykorzystywanego aktualnie w Głównym Inspektoracie Transportu Drogowego do kompleksowej obsługi gospodarki mandatowej oraz windykacji należności pieniężnych – tj. systemu TBD-MK „Mandaty Karne” (dalej również jako „System”), którego producentem jest firma TBD Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, przy czym Zamawiający nie posiada do tego systemu majątkowych praw autorskich (pkt 4.7.1 i 4.7.2 opisu przedmiotu zamówienia).

Wskazane przez Zamawianego postanowienia w pkt 6 Formularza oferty oraz w Części III punkcie 4.7 opisu przedmiotu zamówienia wymagające od wykonawcy tego aby był „uprawniony do dokonywania modyfikacji i zmian w ww. systemie, tak by czynności

wykonywane w ramach zamówienia nie naruszały praw autorskich i zasad licencjonowania systemu TBD-MK „Mandaty Karne” oraz „uzyskania przez Wykonawcę stosownych kodów, uprawnień, licencji i/lub zgody producenta, tj. TBD Systemy Informatyczne sp. z o.o. na ingerencje w oprogramowanie Systemu w celu i w zakresie niezbędnym do wykonania przedmiotu zamówienia” narusza zasadę konkurencyjności ale również dyrektywy opisu przedmiotu zamówienia.

Izba wskazuje, że bez elementów opisu przedmiotu zamówienia, a jakich Zamawiający nie opisuje tylko odsyła do innego podmiotu gospodarczego, nie da się złożyć oferty w postępowaniu i zrealizować zamówienia. to jednoznacznie potwierdza, że Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób należyty. Przeniesienie na wykonawców pozyskania określonych uprawnień do modyfikacji i zmian systemu oraz uzyskanie kodów, uprawnień, licencji i/lub zgody producenta potwierdza to, że Zamawiający wie, że bez tych elementów nie jest możliwa realizacja zamówienia co oznacza w ocenie Izby, że dokładnie identyfikuje jakie elementy w opisie powinny być zawarte. Po drugie potwierdza również, że w przedstawionym w dokumentach postępowania nie ma tego opisu przedmiotu zamówienia umożliwiającego złożenie oferty.

Izba uznała, że zarzut ten był zasadny i nakazała wykreślenie z Formularza oferty pkt 6 oraz nakazała wykreślenie z Opisu przedmiotu zamówienia (Część III SWZ) pkt 4.7.3 oraz pkt 4.7.5.

Izba nie nakazała Zamawiającemu - o co wnosił Odwołujący - uzyskania licencji lub praw autorskich lub autoryzacji właściciela majątkowych praw autorskich w zakresie wymaganym postępowaniem do oprogramowania TBD-MK „Mandaty karne”, uprawniającej potencjalnego Wykonawcę do wsparcia i utrzymywania Systemu zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz uzyskania licencji lub praw autorskich lub autoryzacji właściciela majątkowych praw autorskich w zakresie wymaganym postępowaniem do oprogramowania TBD-MK „Mandaty karne”, uprawniającej potencjalnego Wykonawcę do świadczenia usług wsparcia i utrzymywania Systemu zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, bowiem są to decyzje finansowe, które podlegają rozważeniu przez Zamawiającego w kontekście potrzeb. Niemniej opis przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu dla jego poprawności i wyczerpującego i jednoznacznego charakteru wymaga zawarcia przez Zamawiającego wszystkich wyżej wymienionych informacji.

W zakresie zarzutu 2 naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy w związku z art. 99 ust. 5 i 6 ustawy przez wprowadzenie do SWZ pozornej równoważności (brak zdefiniowania czym ma być rozwiązanie równoważne oraz brak określenia przez Zamawiającego wyczerpujących

i jednoznacznych kryteriów równoważności) w sytuacji gdy przedmiot zamówienia uniemożliwia dostarczenie rozwiązania równoważnego – Izba uznała zarzut za zasadny.

Odwołujący wniósł o wykreślenie pozornych postanowień dotyczących rozwiązania równoważnego ewentualnie precyzyjne zdefiniowanie przez Zamawiającego czym ma być rozwiązanie równoważne oraz zmodyfikowanie parametrów równoważności w taki sposób, aby odzwierciedlały one wymagania Zamawiającego wyłącznie co do przedmiotu zamówienia (usług wsparcia i utrzymania systemu służącego do kompleksowej obsługi gospodarki mandatowej oraz działań windykacyjnych), umożliwiały zachowanie konkurencyjności postępowania i nie wymuszały po stronie potencjalnych oferentów konieczności dostarczenia dodatkowych elementów nie stanowiących przedmiotu obecnego postępowania np. systemu oraz usług dodatkowych np. migracji danych z obecnego systemu.

Zgodnie z regulacją art. 266 ustawy do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88–90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132–188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej.

Art. 16 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;

Art. 99 ust. 6 ustawy - Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub po-chodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Art. 99 ust. 6 ustawy - Jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

Izba ponownie podkreśla w tym miejscu, że przedmiotem tego zamówienia jest wsparcie i utrzymanie systemu wykorzystywanego aktualnie w Głównym Inspektoracie Transportu Drogowego do kompleksowej obsługi gospodarki mandatowej oraz windykacji należności pieniężnych – tj. systemu TBD-MK „Mandaty Karne” (dalej również jako „System”), którego producentem jest firma TBD Systemy Informatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, przy czym Zamawiający nie posiada do tego systemu majątkowych praw autorskich (pkt 4.7.1 i 4.7.2 opisu przedmiotu zamówienia).

W ocenie Izby Zamawiający nie dokonał „opisu kryteriów równoważności” - kryteria stosowane w celu oceny równoważności. Wskazane przez Zamawiającego piśmie procesowym oraz prezentowane na rozprawie stanowisko potwierdza brak wskazania takiego opisu kryteriów równorzędności. Wynika to chociażby z faktu, że Zamawiający zdaje się uznać za rozwiązanie równoważne posiadające opisane przez Zamawiającego funkcjonalności także zaoferowanie rozwiązania „które zastąpi System obecnie funkcjonujący u Zamawiającego” (pismo procesowe strona 3). W trakcie rozprawy złożono bowiem oświadczenie, że z *dokumentacji, (...) wynika, że złożenie oferty równoważnej, tj. zaoferowanie nowego systemu uzasadniająco tym – „bo jakby można rozumieć inaczej złożenie oferty równoważnej”*. Tak prezentowane stanowisko Zamawiającego potwierdza, że brak jest jakiegokolwiek sprecyzowania opisu kryteriów równoważności w SWZ (przepis art. 99 ust. 6 - kryteria stosowane w celu oceny równoważności). Zamawiający w żadnym miejscu dokumentacji nie odnosi się do takiego wskazania. Zamawiający nie odwołał się w powyższym zakresie do żadnego z punktów w Opisie przedmiotu zamówienia, w tym do punktu 4.7.6. Z regulacji zwartych punkcie 4.7.6.1 wynika, że „każde rozwiązanie równoważne (...) musi zapewnić całkowitą zgodność z rozwiązaniami wykorzystywanymi w posiadanym przez Zamawiającego Systemie”. Zamawiający nie jest jednoznaczny co do samego wskazania na czym ma polegać owa równoważność oferowanej usługi, bowiem wskazuje na to posługiwanie się sformułowaniem „System”, przez które to określenie Zamawiający rozumie „system TBD-MK „Mandaty Karne” (dalej również jako „System”)”. W ocenie Izby również stanowisko prezentowane w udzielonych wyjaśnieniach do SWZ z dnia 27 sierpnia 2021 roku, które zostało ogłoszone przez Zamawiającego już po wniesieniu przedmiotowego odwołania i jako takie nie podlega ocenie Izby w tym postępowaniu odwoławczy, jednakże zostało przez Izbę stwierdzone w toku ustalania stanu faktycznego sprawy – potwierdza ponownie niespójność twierdzeń Zamawiającego, bowiem wprowadzona do pkt 6 Formularza oferty treść traktująca o rozwiązaniu równoważnym ponownie odnosi się do praw autorskich producenta i zasad licencjonowania systemu.

W ocenie Izby nie można za „opisu kryteriów równoważności” uznać wskazania Zamawiającego zawartego w pkt 4.7.6.4 opisu przedmiotu zamówienia *Wykonawca, który powołuje się na rozwiązanie równoważne opisywane przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego rozwiązanie spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w niniejszym SWZ*. Takie wskazanie opisu kryteriów równoważności co najwyżej można uznać za wskazanie pozorne, bowiem odniesienie się do bliżej niezidentyfikowanych „rozwiązań” zwartych w SWZ nie stanowi kryteriów poddających się weryfikacji. Jednocześnie stwarza takie niebezpieczeństwo, że „produkt” równoważny będzie postrzegany jako „produkt” identyczny.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu wprowadzenie do SWZ „opisu kryteriów równoważności” - kryteria stosowane w celu oceny równoważności, które będą w sposób precyzyjny odnosiły się do wymagań Zamawiającego w tym zakresie.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawaniu sprawy odwołanie okazało się zasadne z przyczyn wskazanych przez Izbę w uzasadnieniu wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 lit. a, b oraz § 7 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: