

**Sygn. akt: KIO 2628/19**

**WYROK**  
**z dnia 16 stycznia 2020 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 13 stycznia 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2019 roku przez wykonawcę Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku

przy udziale wykonawcy Lehmann+Partner Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koninie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2628/19 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Białymstoku.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający - Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Elektroniczne usługi publiczne Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku”.

Przedmiotem zamówienia jest *Wdrożenie platformy wraz z pozyskaniem danych do świadczenia e-usług oraz dostawa niezbędnego sprzętu komputerowego i szkoleniami użytkowników w ramach projektu: „Elektroniczne usługi publiczne Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku” dofinansowany z Unii Europejskiej w ramach środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podlaskiego na lata 2014-2020,, Oś VIII: infrastruktura dla usług użyteczności publicznej 8.1 Rozwój usług publicznych świadczonych drogą elektroniczną.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 listopada 2019 roku pod numerem 2019/S 227-557441.

23 grudnia 2019 roku działając na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- zaniechania wykonania przez Zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu, pomimo uwzględnienia zarzutów odwołania w całości,
- czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu zmiany Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”) w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie :

- art. 186 ust. 2 ustawy w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy przez zaniechanie wykonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu, pomimo uwzględnienia zarzutów odwołania w całości, polegającej na usunięciu z opisu przedmiotu zamówienia postanowień, które mogą utrudniać uczciwą konkurencję i prowadzą do -

nieuzasadnionego obiektywnymi potrzebami Zamawiającego - uprzywilejowania produktu oferowanego przez jednego wykonawcę, oraz prowadzą do wyeliminowania innych wykonawców,

- art. 29 ust. 1 ustawy przez wprowadzenie zmian do SIWZ powodujących, że przedmiot zamówienia jest opisany w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, użyte określenia są niedokładne i niezrozumiałe, a ponadto zmieniony opis przedmiot zamówienia nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania i o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
- przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie dokumentów powołanych w treści odwołania i na okoliczności tam wskazane.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż jako podmiot prowadzący działalność w zakresie związanym z przedmiotem zamówienia jest jego potencjalnym wykonawcą. Jednak na skutek czynności Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę, ponieważ brak wykonania czynności zgodnej z żądaniem odwołania polegającej na eliminacji postanowień utrudniających uczciwą konkurencję oraz dokonana modyfikacja SIWZ powodują, że treść SIWZ pozostaje niezgodna z ustawą. Okoliczność powyższa uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty. Gdyby Zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy, Odwołujący mógłby złożyć korzystną ofertę i uzyskać przedmiotowe zamówienie.

#### Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Elektroniczne usługi publiczne Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku”, o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, sporządził SIWZ w sposób naruszający przepisy ustawy.

Wobec powyższego Comarch w dniu 05.12.2019 r. wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym sformułował następujące zarzuty:

- 1) zarzut dotyczący określenia warunku udziału w postępowaniu w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp oraz
- 2) zarzut dotyczący wymagania dostawy systemu działającego jednocześnie z poziomu

przeglądarki internetowej oraz z poziomu aplikacji desktop.

W związku z wniesieniem odwołania zostało zainicjowane postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 2472/19, w ramach którego na dzień 17.12.2019 r. wyznaczono przeprowadzenie rozprawy. Do rozprawy jednak ostatecznie nie doszło, gdyż w dniu 13.12.2019 r. Zamawiający przesłał do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie zawierającą oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego. Zamawiający w powyższym piśmie procesowym poinformował również, iż w konsekwencji uznania odwołania dokonał zarówno modyfikacji kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu, jak i modyfikacji kwestionowanej treści dokumentu Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej jako „OPZ”) i przedstawił zmienione brzmienie powyższych części SIWZ. Pierwszy z zarzutów, dotyczący warunku udziału postępowania, został w pełni uwzględniony przez Zamawiającego. Odmiennie natomiast przedstawia się sytuacja w odniesieniu do drugiego z zarzutów dotyczącego OPZ. Pomimo deklaracji o uwzględnieniu również i tego zarzutu, Zamawiający nie wykonał czynności określonej w żądaniu odwołania i nie dokonał zmian w SIWZ polegających na wprowadzeniu „postanowień dopuszczających możliwość dostarczenia systemu funkcjonującego wyłącznie z poziomu przeglądarki internetowej jako równoważnego w stosunku do systemu funkcjonującego jednocześnie z poziomu przeglądarki internetowej i aplikacji desktop”.

Dokonana modyfikacja OPZ przedstawia się bowiem następująco:

- Definicje i skróty 2. 21): otrzymuje brzmienie:

**Mapa** - aplikacja klienta służąca do wyświetlania i edycji map, działająca w przeglądarce internetowej **oraz aplikacji desktop**

- Architektura systemu / Wymagania ogólne (6.1) podpunkt 3 przyjmuje brzmienie *Modularna budów Systemu musi zapewniać pełne/ integrację wszystkich jego elementów oraz musi być wykonana w taki sposób, by uniknąć redundancji danych Redundancja danych w Systemie jest dopuszczalna tylko na potrzeby tworzenia kopii zapasowych **oraz pracy w rejonach w trybie off-line***

- Architektura systemu / Wymagania ogólne (6. 1) podpunkt 9b przyjmuje brzmienie *musi być dostępna **w aplikacji desktop** lub z poziomu przeglądarki internetowej bez konieczności instalowania dodatkowego oprogramowania po stronie Użytkownika i musi działać, co najmniej w następujących przeglądarkach internetowych: Internet Explorer. Mozilla Firefox. Opera. Chrome. - na aktualnych dostępnych wersjach*

- Architektura systemu / Wymagania ogólne (6.1) podpunkt 1 1a przyjmuje brzmienie *musi stanowić część operacyjną Systemu, umożliwiającą zarządzanie danymi w trybie on-line **oraz w trybie off-line** przez Użytkowników wewnętrznych Systemu.*

- Architektura systemu / Wymagania ogólne (6.1) ostatni akapit zostaje uzupełniony i przyjmuje brzmienie.

*W poszczególnych obszarach zastaną wdrożone systemy dziedzinowe, zapewniające z jednej strony obsługę procesów wewnętrznych zarządcy z drugiej zaś, obsługę obywateli, przedsiębiorców i instytucji z wykorzystaniem e-usług. Korzystanie z poszczególnych systemów dziedzinowych przez poszczególne rejony dróg, dyrekcję i jej jednostki organizacyjne będzie zrealizowane z uwzględnieniem ich kompetencji. Upoważnieni pracownicy dyrekcji, będą posiadać nadzór nad całością procesów obsługiwanych przez jednostki (wydziały) dyrekcji i rejonami. Architektura Systemu będzie zbudowana w modelu prywatnej chmury obliczeniowej zarządcy drogowego, zapewniając jego użytkownikom pracę, w jednym, zintegrowanym systemie, gwarantującym wymianę informacji pomiędzy rejonami i dyrekcją w trybie on-line **oraz w przypadku utraty transmisji danych między dyrekcją a rejonem zapewnić dalszą pracę również w trybie off-line.** Komunikacją pomiędzy rejonami a dyrekcją będzie zrealizowana z wykorzystaniem sieci VPN, w oparciu o odpowiednio skonfigurowane routery, tworząc wewnętrzną sieć Intranetową zarządcy drogowego. Do zapewnienia transmisji danych będą wykorzystane połączenia Internetowe, wykorzystujące standard transmisji danych TCP/IP.*

- Wymagania ogólne systemów dziedzinowych / Interface użytkownika (7.2) podpunkt 2 przyjmuje brzmienie

*System teleinformatyczny do prowadzenia systemów dziedzinowych musi być zbudowany w modelu usługowym (§ S. 1. Krajowych Ram Interoperacyjności), zorientowanym na świadczenie e-usług (Service Oriented Architecture SOA), w którym wszystkie funkcjonalności systemu teleinformatycznego dostępne są z poziomu przeglądarki internetowej, bez konieczności instalowania jakiegokolwiek oprogramowania po stronie użytkownika korzystającego z Systemu, **z wyłączeniem aplikacji desktop realizującej wymagane funkcjonalności w trybie off-line***

- Wymagania funkcjonalne platforma-systemu c-usług / Aplikacja desktop (8.1.8) pierwszy akapit przyjmuje brzmienie.

*Aplikacja musi pracować pod kontrolą systemu Windows 32 i 64 bit, musi posiadać aplikacje dziedzinowe jak dla wersji przeglądarkowej **takie jak** projekty organizacji ruchu, ewidencję dróg, ewidencję obiektów mostowych. **Dopuszcza się realizację funkcjonalności aplikacji desktop za pomocą przeglądarki www przygotowując środowisko informatyczne w rejonach w ten sposób, aby pozwalało na realizację pełnej funkcjonalności aplikacji desktop przy braku połączenia z centralną bazą danych w dyrekcji. Jednocześnie system musi zapewniać mechanizmy replikacji bazy centralnej (dyrekcja) z bazami lokalnymi (rejony) oraz uwzględniać dodatkową kompletną infrastrukturę (sprzęt, oprogramowanie, baza danych serwisy), niezbędną do realizacji funkcjonalności***

### ***aplikacji desktop.***

Odwołujący podał, że Zamawiający modyfikując brzmienie OPZ w powyższy sposób doprowadził do tego, że jego zmieniona treść jest niezgodna z dyrektywami opisu przedmiotu zamówienia wskazanymi w art. 29 ust. 1 ustawy. Dokonane przez Zamawiającego modyfikacje SIWZ powodują, że opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny i niejednoznaczny.

Zamawiający modyfikując definicję aplikacji Mapa oprócz wymagania, żeby działała ona „w przeglądarce” dodał wymaganie, że ma ona działać „oraz w aplikacji desktop”. Wymaganie to jest niespójne z innym wymaganiem, które zostało zmodyfikowane przez Zamawiającego, gdzie w punkcie 6.1 ppkt 9b OPZ dopuścił, aby warstwa prezentacji była realizowana przez aplikację przeglądarkową lub desktopową. Podobnie w punkcie 6.1 ppkt 11a OPZ Zamawiający dopuścił, aby Back office systemu było realizowane przez przeglądarkę lub aplikację desktop.

Skoro zatem warstwa prezentacji może być realizowana przez przeglądarkę lub aplikację desktop, to nie musi być realizowana jednocześnie przez obie te formy realizacji. Jest to sprzeczne z wymaganiem, aby Mapa była dostępna przez przeglądarkę oraz aplikację desktop (czyli jednocześnie w obu tych formach).

Dodatkowo wprowadzono w punkcie 6.1 ppkt 3 OPZ wymaganie, aby redundancja danych była dostępna na potrzeby nie tylko tworzenia kopii zapasowych, ale także dla „pracy w rejonach w trybie offline”. Wymaganie to jest nieprecyzyjne, ponieważ Zamawiający nie określił żadnych kryteriów pozwalających zdefiniować w jaki sposób system miałby rozwiązywać konflikty w zakresie edycji i integracji danych, które mogą pojawiać się w bazie danych w sytuacji, kiedy część pracowników działałaby na aplikacji pracującej w trybie offline. Bez jednoznacznego określenia jak system powinien działać w przypadku utraty łączności, nie ma możliwości implementacji tego wymagania.

Analogicznie wzajemnie wykluczające się wymagania zawarł Zamawiający w punkcie 6.1 ppkt 9b OPZ, gdzie zdefiniował, że warstwa prezentacji musi być dostępna w aplikacji desktop lub z poziomu przeglądarki internetowej bez konieczności instalowania dodatkowego oprogramowania. Skoro zatem zamawiający dopuszcza instalację dodatkowego oprogramowania typu desktop, to niezrozumiałe jest, dlaczego nie dopuszcza instalowania w przeglądarce dodatkowego oprogramowania w formie np. tak zwanych wtyczek? Wymaganie te są ze sobą niespójne. Albo Zamawiający winien dopuścić instalowanie wtyczek w przeglądarce, albo nie dopuszczać możliwości instalowania aplikacji

desktopowej.

Niemożliwe do zrealizowania i niespójne z pozostałymi częściami SIWZ jest także wymaganie zawarte w punkcie 6.1 ppkt 11a OPZ, w którym Zamawiający wymaga, aby back office systemu umożliwiał zarządzanie danymi w trybie online oraz w trybie offline. Nie ma możliwości, aby system oparty o przeglądarkę internetową umożliwiał zarządzanie danymi w trybie offline. Wynika z tego, że Zamawiający wymaga dostarczenia całego systemu jako aplikacji typu desktop, z rozproszoną bazą danych. Jest to jednak sprzeczne z pozostałymi wymaganiami SIWZ np. pkt 6.1 ppkt 4 OPZ), które mówią o pracy w centralnej bazie danych.

Dokonana przez Zamawiającego zmiana w ostatnim akapicie pkt 6.1 OPZ wymagająca, aby „w przypadku utraty transmisji danych między dyrekcją a rejonem zapewnić dalszą pracę również w trybie off-line” jest niemożliwa do realizacji zarówno dla aplikacji typu desktop jak i aplikacji typu przeglądarkowego, bez przyjęcia założenia, że de facto w każdym rejonie i w centrali zostanie wdrożony odrębny system z własną bazą danych. Takie założenie, jest jednak niezgodne z wymaganiami (np. pkt 6.1 ppkt 4), które mówią o pracy w centralnej bazie danych. Przy tak postawionych wymaganiach nie jest możliwe zrealizowanie np. wymagania pkt 7.5 ppkt 4b, które mówi o przeglądaniu dokumentów z poziomu centralnego, czy wymagania pkt 7.6 ppkt 1, które mówi o centralnym „repozytorium danych dotyczących osób fizycznych i instytucji przetwarzanych w ramach obsługiwanych przez Systemy Dziedziczne procesów/spraw”, czy też wymagania pkt 7.7.5 ppkt 2b gdzie jest mowa o centralnym zasobie plików.

Kolejną niespójność w opisie wymagań wprowadził Zamawiający w pkt 8.1.8 OPZ w opisie aplikacji typu desktop, gdzie nie zdefiniował czy aplikacja ta ma działać w trybie offline podobnie jak dopuszczona przez Zamawiającego jako alternatywa aplikacja w przeglądarce WWW.

Niekonsekwentne jest także wymaganie Zamawiającego, aby w przypadku aplikacji typu przeglądarkowego zapewnić całą niezbędną infrastrukturę sprzętową, ale nie dopuszczającą zapewnienia po prostu łącza do Internetu. Wskazuje to wyraźnie, że celem Zamawiającego nie było zapewnienie sobie działającej funkcjonalnie aplikacji, ale wyeliminowanie (pod pozorem dopuszczenia jej) możliwości wdrożenia aplikacji WWW w regionach.

Odwołujący wskazał, że bazując na swojej wiedzy i doświadczeniu, a także na konsultacjach, których dokonywał z operatorami telekomunikacyjnymi stwierdził,



że istnieją możliwości techniczne, aby w każdej z lokalizacji Zamawiającego zapewnić łącza o parametrach wystarczających do pracy z systemem w wersji przeglądarkowej. Odwołujący bazuje tutaj przede wszystkim na posiadanych informacjach o charakterystyce łącz telekomunikacyjnych wykorzystywanych przez zarządy dróg w Bydgoszczy i Wrocławiu, a także na konsultacjach z firmą Orange.

Odwołujący argumentował, że ostatecznie wymagania SIWZ winny definiować poziom dostępności systemu, a za zapewnienie tego poziomu dostępności odpowiedzialnego czynić wykonawcę. Wykonawca w takiej sytuacji może przecież zamówić odpowiednie łącza od operatorów albo nawet (jeżeli uzna, że mu się to opłaci) zestawić stosowne łącza radiowe, czy satelitarne. Rozwiązania technologiczne mają tu znaczenie drugorzędne, ponieważ Zamawiający winien oczekiwać po prostu zapewnienia odpowiedniej dostępności systemu.

Zmiany wprowadzone przez Zamawiającego tylko pozornie dopuszczają realizację przedmiotu Zamówienia z wykorzystaniem aplikacji w przeglądarce WWW. De facto jednak powodują, że zgodnie z częścią wymagań cały system ma być zrealizowany jako aplikacja typu desktop, zgodnie z innymi wymaganiami jako aplikacja WWW, a pozostała część wymagań definiuje oczekiwania niemożliwe do realizacji ani przez jeden ani przez drugi typ aplikacji.

Zdaniem Odwołującego sanacja zmodyfikowanego przez Zamawiającego SIWZ jest możliwa jedynie w ten sposób, że określi on, iż w przypadku aplikacji webowej wykonawca zobowiązany będzie zapewnić po prostu stosowną infrastrukturę telekomunikacyjną w postaci łącz internetowych w tych miejscach, w których jest to konieczne dla zapewnienia optymalnej pracy z systemem. Takie rozwiązanie przez zdefiniowanie wymagań co do dostępności systemu, a nie sposobu jego realizacji, pozwoliłoby zastosować optymalny zestaw technologii i adekwatną architekturę systemu dostosowując sposób jej wdrożenia do potrzeb Zamawiającego. Proponowane przez Odwołującego rozwiązanie wychodzi naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego, związanym z potrzebą zapewnienia właściwych parametrów transmisji danych pomiędzy rejonami a dyrekcją i jednocześnie nie utrudnia uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniosł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji w załączniku nr 1 do SIWZ - OPZ w ten sposób, że (Odwołujący w celu zapewnienia przejrzystości sformułowanego żądania użył narzędzia programu Word „Przekreślenie” w celu oznaczenia wyrażeń, których usunięcia się domaga, oraz narzędzia „Podkreślenie” do oznaczenia wyrażeń, które należy wprowadzić do treści OPZ):

1. Punkt 2 „Definicje i skróty” podpunkt 21) otrzyma następujące brzmienie:

*„21) Mapa - aplikacja klienta służąca do wyświetlania i edycji map, działająca w przeglądarce internetowej lub aplikacji desktop.”*

2. Punkt 6.1 „ARCHITEKTURA PLATFORMY E-USŁUG PUBLICZNYCH/Wymagania ogólne” podpunkt 3 otrzyma następujące brzmienie:

*„3) Modułarna budowa Systemu musi zapewniać pełną integrację wszystkich jego elementów oraz musi być wykonana w taki sposób, by uniknąć redundancji danych. Redundancja danych w Systemie jest dopuszczalna tylko na potrzeby tworzenia kopii zapasowych ~~oraz pracy w rejonach w trybie off-line.~~”*

3. Punkt 6.1 „ARCHITEKTURA PLATFORMY E-USŁUG PUBLICZNYCH/Wymagania ogólne” podpunkt 9b otrzyma następujące brzmienie:

*„b) musi być dostępna w aplikacji desktop lub z poziomu przeglądarki internetowej ~~bez konieczności instalowania dodatkowego oprogramowania po stronie Użytkownika~~ i musi działać, co najmniej w następujących przeglądarkach internetowych: Internet Explorer, Mozilla Firefox, Opera, Chrome. - na aktualnych dostępnych wersjach.”*

4. Punkt 6.1 „ARCHITEKTURA PLATFORMY E-USŁUG PUBLICZNYCH/Wymagania ogólne” podpunkt 11a otrzyma następujące brzmienie:

*„a) musi stanowić część operacyjną Systemu, umożliwiającą zarządzanie danymi w trybie on-line lub w trybie off-line przez Użytkowników wewnętrznych Systemu,”*

5. Punkt 6.1 „ARCHITEKTURA PLATFORMY E-USŁUG PUBLICZNYCH/Wymagania ogólne” ostatni akapit zostanie zmieniony na:

*„W poszczególnych obszarach zostaną wdrożone systemy dziedzinowe, zapewniające z jednej strony obsługę procesów wewnętrznych zarządcy z drugiej zaś, obsługę obywateli, przedsiębiorców i instytucji z wykorzystaniem e-usług. Korzystanie z poszczególnych systemów dziedzinowych przez poszczególne rejony dróg, dyrekcję i jej jednostki organizacyjne będzie zrealizowane z uwzględnieniem ich kompetencji. Upoważnieni pracownicy dyrekcji, będą posiadać nadzór nad całością procesów obsługiwanych przez jednostki (wydziały) dyrekcji i rejonami. Architektura Systemu będzie zbudowana w modelu prywatnej chmury obliczeniowej zarządcy drogowego, zapewniając jego użytkownikom prace, w jednym, zintegrowanym systemie, gwarantującym wymianę informacji pomiędzy rejonami i dyrekcją w trybie on- line ~~oraz w przypadku utraty transmisji danych między dyrekcją a rejonem zapewnić dalszą pracę również w trybie off-line.~~ Komunikacją pomiędzy rejonami a dyrekcją będzie zrealizowana z wykorzystaniem sieci VPN, w oparciu o*

*odpowiednio skonfigurowane routery, tworząc wewnętrzną sieć Intranetową zarządcy drogowego. Do zapewnienia transmisji danych będą wykorzystane połączenia Internetowe, wykorzystujące standard transmisji danych TCP/IP. Wykonawca winien zapewnić w rejonach w zaoferowanym okresie gwarancji łącza internetowe o parametrach zapewniających komfortową pracę w systemie online przez przeglądarkę internetowa.*

6. Punkt 7.2 „WYMAGANIA OGÓLNE SYSTEMÓW DZIEDZINOWYCH/ INTERFEJS UŻYTKOWNIKA” podpunkt 2 zostanie zamieniony na:

*„2) System teleinformatyczny do prowadzenia systemów dziedzinowych musi być zbudowany w modelu usługowym (§ 8. 1. Krajowych Ram Interoperacyjności), zorientowanym na świadczenie e-usług (Service Oriented Architecture - SOA), w którym wszystkie funkcjonalności systemu teleinformatycznego dostępne są z poziomu przeglądarki internetowej, ~~bez konieczności instalowania jakiegokolwiek oprogramowania po stronie użytkownika korzystającego z Systemu, z wyłączeniem aplikacji desktop realizującej wymagane funkcjonalności w trybie off-line~~”*

7. Punkt 8.1.8 „APLIKAGA DESKTOP” zostanie zmieniony na:

*„Aplikacja musi pracować pod kontrolą systemu Windows 32 i 64 bit, musi posiadać aplikacje dziedzinowe jak dla wersji przeglądarkowej takie jak: projekty organizacji ruchu, ewidencję dróg, ewidencję obiektów mostowych. Dopuszcza się realizację funkcjonalności aplikacji desktop za pomocą przeglądarki www przygotowując środowisko informatyczne w rejonach w ten sposób, aby pozwalało na realizację pełnej funkcjonalności aplikacji desktop przy - ~~braku połączenia z centralną bazą danych w dyrekcji. Jednocześnie system musi zapewniać mechanizmy replikacji bazy centralnej (dyrekcja) z bazami lokalnymi (rejon) oraz uwzględniać dodatkową kompletną infrastrukturę (sprzęt, oprogramowanie, baza danych, serwisy), niezbędną do realizacji funkcjonalności aplikacji desktop.~~”*

Mając na uwadze tak sformułowane zarzuty i argumentację na ich poparcie, niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący wskazał na przedstawienie dodatkowej argumentacji oraz wskazania dalszych dowodów w piśmie procesowym lub w trakcie rozprawy.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 grudnia 2019 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izba stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie

udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym cięży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym cięży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.

Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: *Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).*

IV.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu, jak również stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie z dnia 10 stycznia 2020 roku „Odpowiedź Zamawiającego

Izba dopuściła dowód nr 1 (9 kart) zawnioskowany i złożony na rozprawie przez Odwołującego:

- pismo z 9 stycznia 2020 z Bydgoszczy oraz pismo z Dolnośląskiej Służby Dróg i Kolei we Wrocławiu (na okoliczność tego, że analogiczny system przeglądarkowy spełnia wymagania Zamawiających jednostek o podobnym profilu działalności jak Zamawiający),
- wydruk wiadomości email z 9 stycznia 2020 od Eksperta ds. Sprzedaży Rozwiązań zintegrowanych (na okoliczność wykazania tego, że w lokalizacjach, na które się powołuje Zamawiający na str. 2 odpowiedzi na pierwsze odwołanie, tj. w Siemiatyczach i Łomży są dostępne łącza, które zapewnią sprawne działanie systemu przeglądarkowego),
- wydruk ze strony internetowej Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podlaskiego (na okoliczność tego, że zarówno w Łomży jak i Siemiatyczach są punkty dostępne dla sieci szerokopasmowej, zrealizowane w ramach programu Polska Cyfrowa).

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem – treść odwołania z dnia 5 grudnia 2019 roku oraz pismo Zamawiającego z dnia 13 grudnia 2019 roku „Odpowiedź Zamawiającego zawierająca uwzględnienie odwołania”

V.

Izba ustaliła:

Odwołujący, w prowadzonym przez Zamawiającego przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w dniu 5 grudnia 2019 roku wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na sporządzeniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w sposób niezgodny z przepisami ustawy. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 22 ust. 1a i 1b pkt 3 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy oraz § 2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o

udzielenie zamówienia, poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji,

- art. 29 ust 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i prowadzi do - nieuzasadnionego obiektywnymi potrzebami Zamawiającego - uprzywilejowania produktu oferowanego przez jednego wykonawcę, oraz prowadzi do wyeliminowania innych wykonawców.

Żądanie dotyczyło dokonania zmiany SIWZ, która umożliwi wykonawcy dostarczenie systemu:

- a) zrealizowanego całkowicie z poziomu przeglądarki internetowej albo
- b) zrealizowanego z poziomu przeglądarki internetowej i posiadającego aplikacją desktopową,

w zależności jakie rozwiązanie wykonawca posiada.

Odwołujący wniósł o nakazanie dokonania zmian w SIWZ przez wprowadzenie postanowień dopuszczających możliwość dostarczenia systemu funkcjonującego wyłącznie z poziomu przeglądarki Internetowej jako równoważnego w stosunku do systemu funkcjonującego jednocześnie z poziomu przeglądarki Internetowej i aplikacji desktop.

Zamawiający, pismem z dnia 13 grudnia 2019 roku „Odpowiedź Zamawiającego zawierająca uwzględnienie odwołania”, oświadczył że „uznaje zarzuty przedstawione w odwołaniu za zasadne” z dnia 5 grudnia 2019 roku.

W wyniku tego zostało wydane postawienie z dnia 16 grudnia 2019 roku sygn. akt KIO 2472/19 o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Zamawiający dokonał również w dniu 13 grudnia 2019 roku modyfikacji SIWZ, w tym w zakresie również Załącznika nr 1 – Opis przedmiotu zamówienia.

VI.

Izba, nim przejdzie do rozpoznania zarzutów odwołania zaznacza, że Izba umarżając postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania nie dokonuje oceny czynności, które ewentualnie w piśmie zawierającym oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania wskazywałby Zamawiający tj. Izba nie ocenia czynności jakie wykonał, wykonuje bądź jakich

zapowiada wykonanie Zamawiający w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania. Zamawiający również nie ma obowiązku przedstawiania takich informacji w piśmie zawierającym oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości. Przepis ustawy uzależnia możliwość umorzenia postępowania przez Izbę, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania w całości przez Zamawiającego, jedynie od tego, czy w postępowaniu zostało skutecznie wniesione zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Umarzając postępowanie odwoławcze Izba nie rozstrzyga merytorycznie o zarzutach odwołania. Tym samym, stanowisko zawarte w piśmie Zamawiającego z dnia 10 stycznia 2020 roku (str. 4), a odnoszące się do braku wątpliwości składu orzekającego Izby w sprawie sygn. akt 2472/10 co do prawidłowości postępowania Zamawiającego nie dotyczy czynności materialnych podejmowanych przez Zamawiającego w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia, lecz dotyczy czynności formalnych podejmowanych w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania w ww. sprawie. W obliczu obowiązujących regulacji prawnych, jak również ugruntowanego orzecznictwa Izby i stanowisk wyrażanych w doktrynie tematu nie można uznać za prawidłowe stanowiska zmierzającego do wykazania, że dokonana została jakakolwiek kontrola podejmowanych przez Zamawiającego czynności materialnych.

#### W zakresie zarzutów odwołania:

Na wstępie Izba wskazuje na interpretację art. 186 ust. 2 ustawy zawartą w Załączniku nr 1 do Uchwały Nr 3/2013 Zgromadzenia Ogólnego Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lipca 2013 r. "Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2012 r." gdzie wskazano:

„Nie wymaga dodatkowego omówienia notoryjny fakt, iż w wielu wypadkach zamawiający uwzględniają odwołania w sposób nieprzemyślany i błędny - np. w związku z brakiem czasu na weryfikację zarzutów, w obawie poniesienia kosztów postępowania odwoławczego, czy w związku z zaistnieniem szeregu innych, pozamerytorycznych okoliczności tego typu. Po czym uchylają się od wykonania czynności w sposób wskazany w żądaniach uwzględnionego odwołania.

Tymczasem, w związku z dosłownym brzmieniem przepisów wskazującym na obowiązek zamawiającego wykonania określonych czynności w postępowaniu, zarzut naruszenia art.186 ust. 2 lub 3 (in fine) był często formułowany w odwołaniach wnoszonych przez wykonawców, a także stawał się podstawą prawną dla formułowanych w tym zakresie żądań. W przypadku uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, a następnie wykonania przez zamawiającego czynności nowych lub powtórzonych niezgodnie z żądaniem



odwołania, odwołujący żądali nakazania zamawiającemu wykonania żądań odwołania uprzednio uwzględnionego w sposób wskazany w dyspozycji ww. przepisów tylko w oparciu o tę normę, nie powołując w tym zakresie żadnych dodatkowych zarzutów (dotyczących niezgodności czynności zamawiającego z innymi materialnymi normami Pzp odnoszącymi się do postępowania o udzielenie zamówienia). Niejednokrotnie, w przypadku niezasadnego uwzględnienia odwołania przez zamawiającego, uwzględnienie żądań ponownego odwołania na podstawie art. 186 ust. 2 lub 3 ustawy, prowadzioby do nakazywania egzekwowalnymi wyrokami Izby wykonywania czynności niezgodnych z przepisami prawa.

Konieczne stało się więc odejście w orzecznictwie od samonarzucającej się w tym zakresie, literalnej wykładni ww. przepisów oraz taka ich wykładania i zastosowanie, które uwzględnią cele procedury udzielania zamówień publicznych i zasady całego porządku prawnego.

I tak, w uzasadnieniu wyroku z dnia 15 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 217/12), Izba wyraziła pogląd o niedopuszczalności zadośćuczynienia żądaniom uwzględnionego odwołania, gdyby prowadziło to do niezgodności czynności zamawiającego z przepisami ustawy. Również według uzasadnienia wyroku Izby z dnia 31 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2296/12), pomimo stwierdzenia, że fakt niewykonania przez zamawiającego wszystkich żądań odwołania nie budzi żadnych wątpliwości, powyższe nie może stanowić podstawy do uwzględnienia obecnie rozpatrywanego odwołania. Także w wyroku z dnia 9 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2804/12) Izba odmówiła uwzględnienia żądań odwołania, powołującego się na literalne brzmienie art. 186 ust. 2 Pzp, względem czynności zamawiającego, który nie wykonał wszystkich czynności objętych żądaniem uprzednio uwzględnionego odwołania. W ocenie Izby, przy ponownie wykonywanych czynnościach zamawiający był uprawniony do uwzględnienia wszystkich okoliczności, które miały znaczenie dla ich prawidłowości, a czynności będące tego wynikiem mogły nie odpowiadać żądaniom wykonawcy podniesionym w uwzględnionym odwołaniu.

Jak wynika z powołanego orzecznictwa, czynności wykonywane przez zamawiających po uwzględnieniu odwołania w sposób niezgodny z żądaniem zawartymi w uwzględnionym odwołaniu, będą podlegały ponownej kontroli wykonawców w ramach środków ochrony prawnej, a tym samym orzekaniu Izby względem ich zgodności z materialnoprawnymi normami zawartymi w ustawie. Jedynie czynności wykonane zgodnie z żądaniem zawartymi w uwzględnionym odwołaniu, takiej kontroli podlegać nie będą - odwołanie będzie odrzucone na podstawie art. 185 ust. 6 i 189 ust. 2 pkt 5 ustawy.

Samo wskazanie w przepisie art.186 ust.3, iż zamawiający po uwzględnieniu odwołania i umorzeniu postępowania przez Izbę wykonuje czynności zgodnie z żądaniem uwzględnionego odwołania, wywiera jedynie skutek w sferze środków ochrony prawnej. Przepis ten nie stanowi samodzielnej normy materialnoprawnej, której naruszenie stanowić

mogłoby podstawę do nakazania zamawiającemu dokonania jakichkolwiek czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Czynności wykonane przez zamawiającego w sposób inny, niż żądano w uwzględnionym odwołaniu, stanowią po prostu czynności inne i odrębne, od tych, których uwzględnione odwołanie dotyczyło, i jako takich norm art.186 ust. 3 Pzp nie będzie dotyczyć. Jakkolwiek adresatem przepisu jest zamawiający, to jednak dokonywana przez niego czynność uwzględnienia w całości zarzutów jest elementem postępowania odwoławczego prowadzonego przed Izba (i w jego sferze wywołuje skutki prawne), nie zaś elementem postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający, który postanowił uznać w całości zarzuty, może i powinien zgodnie z art. 186 ust. 3 Pzp uczynić zadość wszystkim żądaniom odwołującego, jednakże powtarzając swoje czynności musi mieć przede wszystkim na uwadze cel postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, która nie będzie obciążona żadną wadą. Dlatego też, podejmując każdą czynność w toku postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający winien kierować się obowiązującymi przepisami. Tym samym nie powinien czynić zadość żądaniom odwołującego, których wykonanie stanowiłoby naruszenie przepisów prawa. W takim ujęciu ograniczenie się do literalnej wykładni art. 186 ust. 2 i 3 dokonywanej przez odwołujących łączyłoby się zatem z naruszeniem innych przepisów ustawy.”

Izba wskazuje, że w przypadku dokonania czynności niezgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania, wykonawcom przysługuje prawo korzystania ze środków ochrony prawnej (w przeciwieństwie do sytuacji, gdy czynności zamawiającego są zgodne ze zgłoszonymi żądaniami - wówczas odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy). W takim przypadku kwestia prawidłowości tych czynności może podlegać ocenie Izby, ale pod kątem ich zgodności z przepisami prawa określającymi obowiązki Zamawiającego odnoszące się do danych czynności (z materialnoprawnymi normami zawartymi w ustawie), nie zaś z art. 186 ust. 2 ustawy.

Innymi słowy, wykonawca, który twierdzi, że Zamawiający nie wykonał żądań uwzględnionego odwołania, ma prawo zaskarżyć nowe brzmienie postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), które tych żądań nie realizuje podnosząc zarzuty merytoryczne, oparte o przepisy ustawy odnoszące się do kształtowania treści SIWZ.

W rozpoznawanej sprawie należy odnotować również, że Zamawiający w piśmie z dnia 13 grudnia 2019 roku - które powołał w poczet materiału dowodowego Odwołujący - wskazał, że *„uznając odwołanie za zasadne dopuszcza dostarczenie systemu zrealizowanego całkowicie z poziomu przeglądarki internetowej doprecyzowując, iż Wykonawca przygotowuje środowisko informatyczne w rejonach zarządcy drogowego*

*w ten sposób, aby pozwalało na realizację pełnej funkcjonalności aplikacji desktop przy braku połączenia z centralną bazą danych w dyrekcji. (...)*”

W tym miejscu Izba wskazuje, mając na uwadze treść żądań / wniosków odwołania z dnia 5 grudnia 2019 roku, gdzie Odwołujący wniósł o *nakazanie dokonania zmian w SIWZ przez wprowadzenie postanowień dopuszczających możliwość dostarczenia systemu funkcjonującego wyłącznie z poziomu przeglądarki Internetowej jako równoważnego w stosunku do systemu funkcjonującego jednocześnie z poziomu przeglądarki Internetowej i aplikacji desktop*, że w ocenie Izby Zamawiający nie wykonał żądań uwzględnionego dowołania w taki sposób jakiego oczekiwał Odwołujący, jednocześnie podając w piśmie z 13 grudnia 2019 roku uzasadnienie tej czynności. Tym samym Odwołujący miał prawo zaskarżyć nowe brzmienie postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), które tych żądań nie realizuje podnosząc zarzuty merytoryczne, oparte o przepisy ustawy odnoszące się do kształtowanej treści SIWZ.

Izba wskazuje, że istota instytucji uregulowanej w art. 186 ust. 2 ustawy sprowadza się do tego, że następuje zakończenie postępowania odwoławczego bez rozpoznania przez Izbę zasadności zarzutów odwołania. Izba formalnie umarza postępowanie odwoławcze wobec złożonego przez zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu w całości merytorycznych zarzutów odwołania. Izba nie ma przy tym możliwości badania, czy uwzględnienie zarzutów odwołania w całości jest niezgodne z prawem, zasadami współżycia społecznego, interesem Zamawiającego lub zmierza do obejścia prawa. Uwzględnienie w całości zarzutów przez Zamawiającego wiąże bowiem Izbę niezależnie od treści zarzutów odwołania, których merytoryczna zasadność nie jest przez Izbę w ogóle badana przy umorzeniu postępowania odwoławczego. Stąd w razie wniesienia odwołania wobec wykonanych przez Zamawiającego czynności niezgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy, merytoryczne rozpoznanie nowego odwołania nie może sprowadzać się do stwierdzenia naruszenia tego przepisu. Choć uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego winno być czynnością przemyślaną i racjonalną, nie zawsze tak jest. Stosowanie tego przepisu nie może prowadzić do sankcjonowania żądań obejmujących czynności sprzeczne z prawem i uzasadnionym interesem Zamawiającego. Z tego względu Zamawiający dokonując czynności wbrew żądaniom zawartym w uwzględnionym odwołaniu, naraża się jedynie na zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy, a tym samym na merytoryczne rozpoznanie odwołania wniesionego wobec dokonanych niezgodnie z tym przepisem czynności. Jeżeli okaże się, że czynności powtórzone, choć niezgodnie z żądaniem poprzedniego odwołania, są prawidłowe w świetle materialnych przepisów ustawy, nowe odwołanie zostanie oddalone jako merytorycznie niezasadne. Innymi słowy naruszenie w toku postępowania przez Zamawiającego art. 186

ust. 2 ustawy nie przesądza o automatycznym uwzględnieniu kolejnego odwołania, lecz otwiera drogę do merytorycznego rozpoznania przez Izbę ponownie podniesionych zarzutów. Możliwość dokonania czynności niezgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu wynika z faktu, że Zamawiający każdorazowo winien kierować się zasadą udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy jak również przy uwzględnieniu uzasadnionych, obiektywnych potrzeb Zamawiającego. W wyroku Izby z 23 czerwca 2017 roku sygn. akt KIO 1174/17 wskazano między innymi, że Izba w wyroku 03.11.2015 r., sygn. akt: KIO 2241/15 "Izba uznała w świetle prezentowanego w dalszej części stanowiska, iż naruszenie przepisu proceduralnego nie wpływa na ocenę poprawności czynności oceny wniosków. Rzeczywiście przy obecnym kształcie przepisów, w przypadku uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu, zamawiający zobowiązany jest do dokonania czynności zgodnie z żądaniami wskazanymi w odwołaniu. Nie wypełnienie tego obowiązku ma jedynie ten skutek, iż wykonawca może ponownie wnieść odwołanie od powtórzonej czynności powołując się na te same okoliczności, które legły u podstaw uwzględnionych wcześniej zarzutów." A także w „wyrok KIO z 11.10.2013 r., sygn. akt: KIO 2313/13: "Izba nie ma możliwości badania, czy uwzględnienie zarzutów odwołania w całości jest niezgodne z prawem, zasadami współżycia społecznego lub zmierza do obejścia prawa. Uwzględnienie w całości zarzutów przez zamawiającego wiąże zatem Izbę, niezależnie od treści zarzutów odwołania, których merytoryczna zasadność nie jest przez Izbę w ogóle badana przy umorzeniu postępowania odwoławczego. Z tego względu naruszenie przez zamawiającego art. 186 ust. 2 pzp nie może - co do zasady - stanowić samoistnej podstawy do uwzględnienia ponownego odwołania. Jest to sui generis przepis proceduralny, związany z umorzeniem postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpatrzenia zarzutów przez niezależny organ orzekający, a nie przepis materialny ustawy pzp regulujący stricte czynności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Naruszenie przez zamawiającego w toku prowadzonego postępowania art. 186 ust. 2 pzp nie przesądza zatem o zasadności kolejnego odwołania, lecz o konieczności rozpoznania innych zawartych w nim zarzutów. Dopuszczenie możliwości postąpienia niezgodnie z żądaniem zawarty w uwzględnionym poprzednio odwołaniu wynika z tego, że zamawiający każdorazowo winien kierować się zasadą udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy pzp, co jednoznacznie wynika z art. 7 ust. 3 pzp."

Zamawiający dokonał czynności dnia 13 grudnia 2019 roku, tj. dokonał modyfikacji SIWZ Załącznika nr 1 opis przedmiotu zamówienia w wyniku uwzględnienia zarzutów odwołania w całości. Odwołujący w zarzucie pierwszym wskazuje na naruszenie przez

Zamawiającego art. 186 ust. 2 ustawy w zw. z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy przez zaniechanie wykonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu, pomimo uwzględnienia zarzutów odwołania w całości, polegającej na usunięciu z opisu przedmiotu zamówienia postanowień, które mogą utrudniać uczciwą konkurencję i prowadzą do - nieuzasadnionego obiektywnymi potrzebami Zamawiającego - uprzywilejowania produktu oferowanego przez jednego wykonawcę, oraz prowadzą do wyeliminowania innych wykonawców. Uszczegółowiając w tym miejscu Izba wskazuje, że Odwołujący wniósł o nakazanie dokonania zmian w SIWZ przez wprowadzenie postanowień dopuszczających możliwość dostarczenia systemu funkcjonującego wyłącznie z poziomu przeglądarki Internetowej jako równoważnego w stosunku do systemu funkcjonującego jednocześnie z poziomu przeglądarki Internetowej i aplikacji desktop

W wyniku przeprowadzonej rozprawy Izba ustaliła, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, który dopuszcza w ramach zamówienia realizację systemu funkcjonującego z poziomu przeglądarki internetowej z możliwością realizacji pełnej funkcji aplikacji desktop przy braku połączenia z centralną bazą danych w dyrekcji. Zamawiający w sposób jasny i przejrzysty wyjaśnił w trakcie rozprawy uzasadnione potrzeby jakimi kierował się dokonując takiego opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności Zamawiający wyjaśnił, że z poziomu pracowników Zamawiającego jedynie w przypadku braku połączenia internetowego (utrata połączenia) ma działać funkcja desktop z replikacją danych przy odzyskanym połączeniu internetowym.

Zamawiający uzasadnił taką konieczność opisanie przedmiotu zamówienia, tym że utrata połączenia internetowego w przypadku pracowników Zamawiającego powoduje, że przy braku tej aplikacji desktop nie będą oni mogli pracować w przypadku utraty połączenia internetowego. Zaznaczenia wymaga, że Odwołujący potwierdził również, że system zrealizowany całkowicie z poziomu przeglądarki internetowej, bez aplikacji desktop, w przypadku braku połączenia internetowego uniemożliwi pracownikom Zamawiającego pracę z wykorzystaniem przedmiotowego systemu. Dodatkowo, w przypadku utraty połączenia internetowego przy braku aplikacji desktop nie będzie możliwe zapisanie danych i ich replikacja po odzyskaniu połączenia internetowego. Zamawiający podkreślał również, że celem takiego opisu przedmiotu zamówienia jest to, że Zamawiający chce mieć możliwość korzystania z systemu, gdy utraci połączenie internetowe, a dane prezentowane dla ostatecznych odbiorców (zewnętrznych) będą aktualne po odzyskaniu łączności z Internetem.

Zamawiający wyjaśnił, że wymagania jakie ukształtował wynikają z faktu, że w siedzibach w rejonach Łomża i Siemiatycze wynika z występujących u Zamawiającego problemów technicznych związanych z dostępnością u operatorów właściwych parametrów transmisji danych pomiędzy ww. rejonami a Dyrekcją Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich.

Problem w działaniu łączy internetowych dotyczy szybkości działania oraz stabilności – jak wynika z pisma z dnia 13 grudnia 2019 roku zawnioskowanego jako dowód w postępowaniu przez Odwołującego, w lokalizacji siedziby rejonu w Łomży Zamawiający posiada łącze radiowe, podatne na czynniki atmosferyczne, natomiast w lokalizacji siedziby rejonu w Siemiatyczach posiada łącze o przepustowości gwarantowanej 1 Mbps/256kbps. W związku z tymi okolicznościami ma działać, w przypadku braku połączenia internetowego, funkcja desktop z replikacją danych przy ponownym połączeniu internetowym. Zamawiający wskazał, że nie ma możliwości zapewnienia łączy o wyższych parametrach i wyjaśnił w trakcie rozprawy, że w mieście Siemiatycze jest dostępne połączenie internetowe przy pomocy łączy opartych o światłowód, natomiast siedziba rejonu Zamawiającego położona jest poza miastem i posiada połączenie internetowe (nie na światłowodzie) analogowe, stare, o ograniczonej przepustowości, którego dostawcą jest Orange. Zamawiający złożył również do protokołu oświadczenie zgodnie z którym przeprowadzono badanie i stwierdzono, że odległość od stacji przekaźnikowej Orange do siedziby rejonu Zamawiającego wynosi 4 km, co uniemożliwia podniesienie parametrów przepustowości. W tym przypadku również odwołujący wskazał, że Zamawiający nie przedstawił wymaganych dokumentów („nie złożył dowodów wskazujących na słabe łącza, które posiada, oraz o tym, że nie można podnieść szybkości Internetu”). Jednakże i w tym przypadku Odwołujący nie zakwestionowała złożonych oświadczeń przez Zamawiającego, jak również nie wykazał okoliczności odmiennych, które by uzasadniały jego argumentację. Z przedstawionego przez Odwołującego dowodu - wydruk wiadomości email z 9 stycznia 2020 od Eksperta ds. Sprzedaży Rozwiązań zintegrowanych przedstawionego na okoliczność wykazania tego, że ww. lokalizacjach (na które się powołuje Zamawiający na str. 2 odpowiedzi z dnia 13 grudnia 2019 roku na pierwsze odwołanie z dnia 5 grudnia 2019 roku, tj. w Siemiatyczach i Łomży) są dostępne łącza, które zapewnią sprawne działanie systemu przeglądarkowego - wynika jedynie, że „wstępnie (bez fizycznego sprawdzenia wywiadu) potwierdzam możliwość zestawienia łącza 10/10MB”. Zestawiając ten dowód z oświadczeniem złożonym przez Zamawiającego - a dość szczegółowym bo odnoszącym się do odległość od stacji przekaźnikowej Orange do siedziby rejonu Zamawiającego w Siemiatyczach, która wynosi 4 km - którego prawdziwości nie zakwestionował Odwołujący, Izba uznała, że bardziej szczegółowe oświadczenie, znajomość lokalizacji siedziby Zamawiającego daje podstawę do uwzględnienia argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego. Jednocześnie w obliczu wskazania przez Zamawiającego, że w siedziby rejonu Zamawiającego w Siemiatyczach położonej poza miastem posiadającej połączenie internetowe analogowe, stare, o ograniczonej przepustowości, bez znaczenia pozostaje dowód złożony przez Odwołującego tj. wydruk ze strony internetowej Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podlaskiego na okoliczność

wykazania, że zarówno w Łomży jak i Siemiatyczach są punkty dostępne dla sieci szerokopasmowej, zrealizowane w ramach programu Polska Cyfrowa (kablone sieci światłowodowe). W zasadzie dowody ww. które skład Odwołujący są ze sobą sprzeczne, bowiem z jednej strony Odwołujący twierdzi, że jest sieć szerokopasmowa, a następnie dowodzi, że możliwe jest wstępnie bez fizycznego sprawdzenia wywiadu zestawienie łączy internetowych. Dowód odnoszący się do sieci szerokopasmowej nie potwierdza niczego innego jak tylko fakt, że zrealizowano określoną inwestycję. Chcąc wywodzić na tej podstawie możliwość wykorzystania w siedzibach lokalizacji rejonów Zamawiającego tych sieci odwołujący poza ogólnym stwierdzeniem, że taka inwestycja Polska Cyfrowa została zrealizowana powinien był wskazać na możliwość korzystania z łączy światłowodowych o odpowiednich przepustowościach we wskazanych lokalizacjach.

Zamawiający w prezentacji stanowiska wskazał, że zamówienie to jest dofinansowane ze środków unijnych, a złożony wniosek zawiera wymóg wprowadzania danych w „trybie desktop”. Zamawiający argumentował również, że brak tej architektury (aplikacji desktop) w zamawianym systemie powodowałby niezgodność z wnioskiem o dofinansowanie ze środków unijnych. Należy zaznaczyć w tym miejscu, że Odwołujący podnosił, że Zamawiający nie przedstawił w trakcie rozprawy dokumentów potwierdzających takie wymagania co do aplikacji desktop. Jednakże w ocenie Izby należy dostrzec, że Odwołujący nie zakwestionowała prawdziwości oświadczenia pełnomocnika Zamawiającego złożonego do protokołu rozprawy. Brak faktycznego zakwestionowania oświadczenia Zamawiającego powoduje, że bezprzedmiotowy jest argument odnoszący się do braku przedstawienia przez Zamawiającego stosownych dokumentów. Zgodzić się należy również z tym, że dowód pozostaje po stronie, która chce dowieść określonych okoliczności, tym samym skoro Odwołujący chciałby dowieść, że nie ma Zamawiający żadnych ograniczeń i zobowiązań wynikających z zasad finansowania projektu, mógł co najmniej złożyć oświadczenie o takiej treści, bądź przedstawić dowody na te okoliczności. Podkreślić należy, że dokumenty jednostek publicznych, a takim jest niewątpliwie Zamawiający, dostępne są zainteresowanym stronom. Zamawiający wskazał również, że nie jest możliwe w ramach tego zamówienia, z uwagi na określone umową o dofinansowanie przedmiotowego zamówienia dostarczenie Zamawiającemu nowych łączy internetowych.

Odwołujący opiera swoją argumentację na tym, że może dostarczyć system z bardzo wysoką dostępnością łączy internetowych nawet powyżej 99%, gdyby Zamawiający sprecyzowała takie wymagania w odniesieniu do systemu zrealizowanego całkowicie z poziomu przeglądarki internetowej oraz na tym, że inne podmioty publiczne posiadają takie systemy na okoliczność czego złożył pismo z 9 stycznia 2020 z Bydgoszczy oraz pismo z Dolnośląskiej Służby Dróg i Kolei we Wrocławiu wskazując, że analogiczny system

przeładowany spełnia wymagania Zamawiających jednostek o podobnym profilu działalności jak Zamawiający. Nawet przy pominięciu faktu, że system Dolnośląskiej Służby Dróg i Kolei we Wrocławiu jest obecnie w realizacji, co wskazał Zamawiający, nie dowodzi to w żaden sposób, że każdy Zamawiający o podobnym profilu działalności ma zamawiać identyczny system.

Wymaga zaznaczenia, że określone przez ustawodawcę w ustawie zasady, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, proporcjonalności to „szkielet” każdego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jak również całego systemu zamówień publicznych. Izba podkreśla, że kwestia konkurencji winna być kategorią, którą należy rozpatrywać z uwzględnieniem danego rynku, którego dotyczy konkretne zamówienie jak również uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, czasu w jakim Zamawiający udziela zamówienia.

Niewątpliwie, co również należy podkreślić, Zamawiający mają prawo opisując przedmiot zamówienia do określenia wymagań technicznych i jakościowych uwzględniających niezbędne Zamawiającemu standardy, przy uwzględnieniu realnych potrzeb Zamawiającego. Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyrok z dnia 27 maja 2009 roku sygn. akt: II Ca 158/09 wskazał - *Z przepisu art. 7 ust. 1 pzp wynika, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zatem należy uznać, że fundamentalnymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Stosowanie tych zasad prowadzi do realizacji celu określonego w pzp jakim jest wybranie najkorzystniejszej oferty spełniającej potrzeby zamawiającego. Przepis art. 29 ust. 2 pzp z kolei wprowadza zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jednakże zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nie odpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczenia dostępu do zamówienia (tak Małgorzata Stachowiak w M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX 2007, wyd. II.).(...)*

Obowiązkiem Zamawiającego jest, w oparciu o art. 29 ust. 1 ustawy, opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, zgodnie z ust. 2 przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.



Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi postępowania, w którym Zamawiający ma kupić cokolwiek, co wykonawcy zechcą mu sprzedać. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający jak każdy gospodarz dbający o swoje potrzeby uprawniony jest do kupna określonych rzeczy, a w ramach tych określonych rzeczy nieuprawniona jest taka specyfikacja techniczna, która eliminowałaby w sposób niezasadny określone przedmioty, a przez to ich producentów czy dystrybutorów – to stanowi istotę konkurencyjności w ramach danego zamówienia. Podkreślić należy, że konkurencja nie polega na tym, że Zamawiający ma dopuścić możliwość złożenia oferty na cokolwiek, lecz ma prawo określić swoje potrzeby. Wymagania Zamawiającego wynikają z jego uzasadnionych potrzeb, które choćby wynikają z przyczyn technicznych oraz mają swoje odzwierciedlenie w innych zobowiązaniach – jak w tym przypadku w umowie o dofinansowanie, której brak realizacji z określonymi w niej regułami, z uwzględnieniem opisanych zakresów, obowiązków i przedmiotu będzie powodował konsekwencje finansowe po stronie Zamawiającego.

Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję, co nie oznacza, że zasada konkurencji ma prowadzić do sytuacji, w której o zamówienie muszą móc ubiegać się wszyscy wykonawcy, którzy oferują rzeczy zbliżone, podobne ale oparte na innych rozwiązaniach technicznych do tych wymaganych przez Zamawiającego.

Warto w tym miejscu również wskazać na orzeczenie Sądu Okręgowego w Gdańsku, który w wyroku z dnia 23 stycznia 2009 roku sygn. akt XII Ga 431/09 uzasadniał: Podkreślić trzeba, że zakaz przewidziany przepisem art. 29 ust. 2 ustawy ... nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Tak też w przedmiotowym postępowaniu uczynił Zamawiający.

Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Ponadto nie jest podstawą do uznania, że przedmiot zamówienia został określony w sposób sprzeczny z zasadami ustawowymi to, że wypełnienie wymagań technicznych jest trudne do spełnienia dla danego wykonawcy (por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 07.02.2005 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-175/05). (...) Sąd Okręgowy podziela stanowisko wyrażone przez

Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu wyroku z dnia 09.X.2008r., sygn. akt KIO//UZP 1024/08, zgodnie z którym " (...) *Bezspornie Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby, żądając produktu o cechach odpowiadających jego potrzebom, a w tym o najwyższych dostępnych standardach jakościowych, w oparciu o opinie użytkowników produktów. Konkludując powyższe Izba wskazuje na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2015 roku sygn. akt KIO 1107/15, KIO 1114/15, w którym Izba wskazała, że właściwie każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców i dyskryminując innych. To jednak nie oznacza, że naruszono zasadę z art. 7 ust. 1 ustawy pzp. Również w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 czerwca 2018 roku sygn. akt KIO 1046/18 – wydanym w sprawie tego samego Zamawiającego prowadzącego postępowanie na zakup komputerów – Izba wskazała, że (...) Izbie nie pozostało nic innego, jak kolejny raz wyrażenie stanowiska, że Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do określenia przedmiotu zamówienia w taki sposób, który w pełni zabezpiecza jego potrzeby. Zamawiający, który posiada wiedzę o przeznaczeniu zamawianego sprzętu komputerowego, jest uprawniony do adekwatnego określenia jego parametrów. (...) Zamawiający nigdy nie jest zobowiązany do takiego formułowania wymagań, aby umożliwić wszystkim wykonawcom funkcjonującym na rynku złożenie oferty, a tym bardziej złożenie oferty, która będzie optymalna z punktu widzenia założeń biznesowych danego wykonawcy. Zamawiający nie ma też obowiązku prawnego podążać za aktualnymi trendami na rynku wyznaczanymi przez wiodących producentów w odniesieniu do pecetów biurowych. Okoliczność, że Odwołujący nie posiada w swojej ofercie sprzętu, który pozwoliłby mu na złożenie oferty z korzystną ceną, nie oznacza, że Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji.*

Stosownie do art. 29 ust. 3 ustawy, przedmiotu zamówienia nie można opisywać 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, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny". Odwołujący wskazując w żądaniach odwołania z dnia 5 grudnia 2019 roku przesądził, że system funkcjonujący wyłączenie z poziomu przeglądarki internetowej, w jego ocenie stanowi rozwiązanie równoważne do systemu funkcjonującego jednocześnie z poziomu przeglądarki internetowej i aplikacji desktop. Nie wskazał jednakże na czym owa równoważność rozwiązań miałyby polegać, jak również nie wykazał jakie to szczególne rozwiązanie techniczne jest podstawą wymagania Zamawiającego, które dotyczy

dostarczenia systemu funkcjonującego z poziomu przeglądarki internetowej z możliwością realizacji pełnej funkcji aplikacji desktop przy braku połączenia z centralną bazą danych w dyrekcji.

Uwzględniając całą powyższą argumentację Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył art. 29 ust. 2 i 3 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia przez wymaganie dostarczenia systemu funkcjonującego z poziomu przeglądarki internetowej z możliwością realizacji pełnej funkcji aplikacji desktop przy braku połączenia z centralną bazą danych w dyrekcji.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy przez wprowadzenie zmian do SIWZ powodujących, że przedmiot zamówienia jest opisany w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, użyte określenia są niedokładne i niezrozumiałe, a ponadto zmieniony opis przedmiot zamówienia nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zaznaczenia wymaga, że w ocenie Izby nie doszło do naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 ustawy, tym samym Zamawiający uprawniony był do opisanie przedmiotu w taki sposób, który pozwala na dostarczenie systemu funkcjonującego z poziomu przeglądarki internetowej z możliwością realizacji pełnej funkcji aplikacji desktop przy braku połączenia z centralną bazą danych w dyrekcji. W tym zakresie Izba podziela stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 10 stycznia 2020 roku „Odpowiedź Zamawiającego”.

Opis przedmiotu zamówienia (dalej: OPZ) z dnia 13 grudnia 2019 roku, który został zmodyfikowany w wyniku uwzględnienia odwołania spójny jest w ocenie Izby z wymaganiami przedmiotowymi określonymi przez Zamawiającego.

W odniesieniu do definicji z pkt 2.21 OPZ – „Mapa” słusznie w ocenie Izby w odpowiedzi na dowołanie wskazał Zamawiający, że wprowadzony spójnik „oraz” potwierdza, że zaimplementowania zarówno w części przeglądarkowej jak i w części aplikacji desktop.

W odniesieniu do punktu 6.1. ppkt 3 OPZ Zamawiający wymaganie odnoszące się do zapewnienia redundancji również w „pracy w rejonach w trybie off-line”. Wskazany przez Odwołującego błąd określenia przez Zamawiającego sposobu rozwiązywania konfliktów w zakresie edycji i integracji danych, które mogą pojawić się w bazie danych w sytuacji, kiedy część pracowników pracuje na aplikacji w trybie off-line, jak wskazał Zamawiający został pozostawiony twórcy systemu do zaimplementowania z uwagi na oferowanych przez nich skonkretyzowany produkt. Odwołujący nie wskazał jakiegokolwiek argumentu, który potwierdzałby niemożliwość faktyczną zaimplantowania takiego rozwiązania. Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę doboru rozwiązania, w

zależności od tego jakie rozwiązanie najlepiej zafunkcjonuje w ramach oferowanego systemu.

W odniesieniu do pkt 6.1 ppkt 9b OPZ konsekwentnie wprowadził wymaganie, zgodnie z którym warstwa prezentacji musi być dostępna w aplikacji desktop lub z poziomu przeglądarki internetowej bez konieczności instalowania dodatkowego oprogramowania. W ocenie Izby wymagania Zamawiającego są spójne, jak wskazał Zamawiający, ponieważ wszelkie funkcjonalności opisane w OPZ, z wyłączeniem części dotyczącej aplikacji desktop mają działać bez dodatkowego oprogramowania. Odwołujący nie wykazał, dlaczego Zamawiający miałby dopuścić instalowanie „wtyczek” w przeglądarce. Argument, że powinien to zrobić Zamawiający, albo nie dopuszczać instalowania aplikacji desktop nie uzasadnia twierdzenia o tym, że inne dodatkowe oprogramowania powinien być dopuścić Zamawiający.

Odnosnie pkt 6.1 ppkt 9b OPZ, gdzie Zamawiający wymaga aby back office systemu umożliwiał zarządzanie danymi w trybie on-line i off-line pozwala na realizację owych funkcjonalności z uwagi na to, że dopuszczona została realizacja funkcjonalności aplikacji desktop za pomocą przeglądarki www, przez co chodzi o realizację pełnej funkcjonalności aplikacji desktop przy braku połączenia z centralną bazą danych znajdującą się w dyrekcji. Przy braku połączenia, z punktu widzenia rejonu Zamawiającego, system jest w trybie off-line i korzysta z kopii bazy lokalnej znajdującej się w rejonie, mechanizm replikacji zapewnia po powrocie do trybu on-line na zsynchronizowanie danych pomiędzy bazami. Tym samym, system oparty o przeglądarkę internetową będzie umożliwiał zarządzanie danymi w trybie off-line, ponieważ będzie dysponował połączeniem z lokalną bazą danych, czyli będzie realizował wszystkie funkcjonalności pracując na lokalnej bazie danych.

W odniesieniu do pkt 6.1 OPZ ostatni akapit – w odniesieniu do tego punktu założenie poczynione przez Odwołującego odnoszące się do wdrożenia w centrali i każdym rejonie odrębnej bazy danych jest niezasadne. Praca rejonów i centrali ma bowiem odbywać się na centralnej bazie danych, a jedynie w przypadku utraty łączności między centralą a rejonem (rejonami) aplikacja desktop oraz przeglądarka www mają korzystać z aktualnej lokalnej kopii bazy danych w rejonie. Tym samym, wskazywane przez Odwołującego wymagania określone w OPZ, w przytoczonych punktach, w zakresie swoich funkcjonalności będą realizowane.

W zakresie pkt 8.1.8 OPZ Izba wskazuje, że w dniu 23 grudnia 2019 roku zamawiający dokonał modyfikacji ww. punktu i uzupełnił treść przez dodanie: „Aplikacja desktop musi działać zarówno w trybie połączenia z centralną bazą danych (dyrekcja) jak i bazą lokalną (rejon) przy braku połączenia dyrekcja – rejon”. Tym samym Zamawiający dokonując ww. modyfikacji, na dzień wyrokowania, wprowadził postanowienia do jakich referował Odwołujący. Izba zaznacza, że Odwołujący mógł nie znać tych treści w chwili składania

odwołania, ponieważ daty złożenia odwołania i ww. modyfikacji SIWZ są takie same. Izba wskazuje, że w odwołaniu nie odniesiono się do braku jednoznaczności opisu co do replikacji danych, jednakże w wyniku prowadzonej argumentacji przez Zamawiającego w trakcie rozprawy, wskazał, że w ww. punkcie nie zostało określone przez Zamawiającego „w którą stronę ma działać replikacja danych”.

W odniesieniu do pkt. 7.2 ppkt 2 OPZ wskazanego w modyfikacji SIWZ z dnia 13 grudnia 2019 roku Odwołujący nie przedstawił żadnej dającej się zidentyfikować argumentacji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 2 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.).

**Przewodniczący:**.....

