

Sygn. akt: KIO 1860/20

**WYROK**  
**z dnia 24 sierpnia 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek**

**Protokolant: Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2020r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2020 r. przez **American Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu**

przy udziale **EX LIBRIS GmbH z siedzibą w Hamburgu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża American Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **American Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2. zasądza od **American Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** na rzecz **Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu** kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 **Toruniu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu - prowadzi w trybie przetargu nieorganicznego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostarczenie i implementacja przez wykonawcę gotowego Systemu Zarządzania Zasobami Bibliotecznymi, zwanego dalej Systemem wraz z usługą dostępu do Systemu w chmurze obliczeniowej, w modelu SaaS (Software as a Service), wraz z licencjami, o ile są niezbędne do prawidłowego korzystania z Systemu przez Zamawiającego oraz świadczenie usługi zapewnienia ciągłości działania Systemu. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26.03.2020r. pod poz. 2020/S 061-145813. Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

W dniu 5.08.2020r. Odwołujący - American Systems sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na badaniu i ocenie oferty Odwołującego oraz wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący podniósł następujące naruszenia:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 zwz. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez bezzasadne uznanie, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, co skutkowało wykluczeniem Odwołującego z postępowania, podczas gdy w niniejszej sprawie nie zaistniały przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp;
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez bezzasadne uznanie, że oferta AS podlega odrzuceniu jako rzekomo niezgodna z ustawą z uwagi na złożenie przez AS w ofercie informacji o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa;
3. art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp poprzez bezzasadne uznanie, że oferta AS podlega odrzuceniu jako rzekomo niespełniająca wymagań określonych w SIWZ;
4. art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez brak wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w kontekście oferty AS i przeprowadzonej demonstracji wersji demo systemu ofertowanego przez Odwołującego;
5. art. 7 ust. 1 i ust 3 Pzp w związku z art. 25 ust 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego, unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Ewentualnie wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie następujących dowodów:

- a. dowód z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na wskazane tam okoliczności;
- b. dowód z przesłuchania świadków:
  - mgr G. S. (na adres Zamawiającego);
  - dr W. S. (na adres Zamawiającego); osoby te wchodziły w skład Komisji Przetargowej, na okoliczności, które nie mogą zostać wykazane dokumentami i innymi dowodami, tj.:
  - zakres badania próbki Odwołującego samodzielnie przez Zamawiającego, przed demonstracją próbki przez Odwołującego;
  - ocena badania próbki przez Zamawiającego przed demonstracją próbki przez Odwołującego;
  - przebieg rozmów Zamawiającego z przedstawicielami Polskiej Akademii Nauk Biblioteka Kórnicka odnośnie do referencji wystawionych Odwołującemu oraz przedmiotu dostawy Odwołującego na rzecz Polskiej Akademii Nauk Biblioteka Kórnicka;
- c. dowód z dokumentu wewnętrznego Zamawiającego: (i) dokument dotyczący powołania oraz składu komisji przetargowej; (ii) dokument obrazujący obieg dokumentów przetargowych złożonych przez Odwołującego, w szczególności jakie osoby miały dostęp do linku z próbką demo systemu Odwołującego i wezwanie Zamawiającego do złożenia takich dokumentów;
- d. dowód z nagrania audio-wideo z przeprowadzenia demonstracji próbki demo systemu Odwołującego i wezwanie Zamawiającego do złożenia takiego nagrania w postępowaniu. gdyż nie zostało ono udostępnione Odwołującemu;
- e. dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu informatyki na okoliczność, że próbka demo systemu Odwołującego spełnia wymogi wskazane w Rozdziale VI ust. 3 pkt 3 SIWZ i w tym zakresie wnoszę o udostępnienie biegłemu nagraniu audio-wideo z demonstracji próbki demo systemu, o której mowa w lit. b i c powyżej.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów Odwołujący podniósł, że wszystkie czynności Zamawiającego od początku trwania postępowania świadczą o tym, że Zamawiający sprzyja jednemu wykonawcy i zamierza dokonać wyboru systemu oferowanego przez Ex Libris.

Wskazał, że po złożeniu ofert treść próbki demo systemu Odwołującego (dostępnego wyłącznie pod linkiem wskazanym Zamawiającemu) była przedmiotem odwiedzin

z następujących obszarów (ustalonych po IP urządzeń, z których wchodziło na link podany w ofercie): Do odwiedzin tych doszło zaraz po złożeniu oferty przez Odwołującego, co oznacza, że nie mogły być to przypadkowe wejścia na stronę. Po pierwsze, wcześniej link ten był nieaktywny. Po drugie, indeksowanie nowych stron (linków) przez roboty internetowe (crawlers) następuje nie wcześniej niż po 48h od umieszczenia publicznie dostępnej strony internetowej. Wejścia te musiały być związane z udostępnieniem linku do strony.

Demonstracja próbki demo systemu przez American Systems Sp. z o.o. miała miejsce w dniach 01.06.2020 - 09.06.2020 (7 dni roboczych). Przebieg tej demonstracji świadczy dobitnie o nastawieniu Zamawiającego do zorganizowanego przez siebie przetargu i oferty Odwołującego. W trakcie demonstracji dochodziło do ciągłych prób wykazania, że demo systemu nie spełnia wymogów SIWZ. Przedstawiciele komisji nie ukrywali zresztą swojego nastawienia i wielokrotnie, już w pierwszych dniach, w trakcie demonstracji wskazywali, że sprawa i tak „skończy się w KIO”. Przedstawiciele komisji nie powstrzymywali się też od żartów z prezentowanego demo systemu, czego najlepszym przykładem niech będzie wypowiedź mgr G. S. w odniesieniu do jednego z prezentowanych elementów, że „jego 15-letnia córka zrobiłaby to lepiej”.

Po zakończeniu demonstracji próbki - Odwołujący dwukrotnie wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie mu nagrań audio-wideo z przebiegu demonstracji próbki, spodziewając się że zgodnie z zapowiedziami członków komisji - oferta Odwołującego nie zostanie wybrana. Odwołujący chciał się przygotować do złożenia odwołania od decyzji Zamawiającego. Zamawiający dwukrotnie odmówił przekazania tych materiałów, aby ostatecznie przestać Odwołującemu 180- stronicowy raport wskazujący, dlaczego rzekomo Odwołujący nie spełnia wymogów SIWZ (raport omawia przebieg demonstracji próbki), gdy Odwołujący wciąż nie otrzymał nagrania z demonstracji próbki (co uniemożliwia realne odniesienie się do zarzutów zgromadzonych na 180 stronach raportu).

Odnośnie wykluczenia z udziału w postępowaniu, Odwołujący wskazał, że zrealizowany na rzecz BK PAN system spełnia wymagania Zamawiającego, określone w SIWZ. Podał, iż w wystawionych referencjach zamawiający Polska Akademia Nauk oceniła, że wykonany w ramach wskazanego postępowania system to zintegrowany system biblioteczny. Zamawiający, stawiając zarzut wobec wykazu usług złożonych przez Odwołującego, w istocie stawia zarzut Polskiej Akademii Nauk, że ta wystawiając referencję wprowadza w błąd potencjalnych adresatów referencji. Zamawiający nie sprecyzował w SIWZ co rozumie przez zintegrowany system zarządzania zasobami bibliotecznymi. W piśmie zawierającym wykluczenie - Zamawiający podał 6 definicji takiego systemu. Każda z tych definicji jest inna. Nawet na etapie wykluczania Odwołującego z postępowania Zamawiający nie podaje precyzyjnie czym według niego jest zintegrowany system zarządzania zasobami

bibliotecznymi, którą definicję uznaje za wiążącą, jakie elementy za minimalne dla stwierdzenia, że mamy do czynienia z takim systemem. Zamawiający zbadał dokładnie jakie funkcjonalności ma system, który Odwołujący dostarczył do Polskiej Akademii Nauk; Zamawiający znalazł definicje systemów bibliotecznych, które wskazują na inne funkcjonalności w systemach bibliotecznych, nie funkcjonalności w systemie dostarczonym przez Odwołującego do PAN. Zamawiający uznał, że system dostarczony przez Odwołującego nie jest rzekomo systemem bibliotecznym. Zamówienia publiczne, SIWZ tworzone na potrzeby zamówień, nie mogą pozostawiać jednak tak dużego pola do interpretacji, w szczególności nie mogą pozostawiać takiej swobody Zamawiającemu, żeby ten brał definicję jakiegoś wyrażenia z Wikipedii (lub innego źródła, które akurat będzie pasowało Zamawiającemu) i swobodnie zonglował tymi definicjami (i ich elementami), żeby wybrać tego oferenta, który najbardziej odpowiada Zamawiającemu.

Odwołujący wyjaśnił, że dostarczył do BK PAN system, który posiada funkcjonalności wymienione w odwołaniu na str. 10, dostarczony system wymagał integracji z innymi systemami: Tytus, system archiwizacji, usługą Platon itp.

Nieuzasadniony jest zarzut Zamawiającego, jakoby Odwołujący dostarczył do Polskiej Akademii Nauk system, który nie jest zrealizowany w modelu SaaS. Z treści samych referencji wynika, że dostawa była realizowana w modelu SaaS. Na etapie realizacji zamówienia Polska Akademia Nauk wskazała, że Odwołujący ma skorzystać z hostingu (serwerów) PCSS (Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe. w niniejszym postępowaniu - system ma być dostarczony w postaci dostępu na chmurze obliczeniowej podmiotu trzeciego i dostępny być dla Zamawiającego po zalogowaniu. Identycznie jest to rozwiązane w przypadku dostawy zrealizowanej przez Odwołującego dla Polskiej Akademii Nauk.

Odwołujący podtrzymał celowość i zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wykazu usług i załączonych referencji. Odwołujący nie chciał, aby jego konkurent - największy na świecie dostawca systemów bibliotecznych - wiedział na jakie usługi i na jakie referencje powołuje się Odwołujący. Odtajnienie tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego przez Zamawiającego jest realną szkodą dla Odwołującego i realnie utrudni walkę konkurencyjną z Ex Libris. Przed tą czynnością Zamawiającego, Ex Libris nie wiedział na jakie usługi i na ile zrealizowanych usług powołuje się w tego typu zamówieniach Odwołujący.

W zakresie braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na rzekome niespełnienie wymogów SIWZ, unieważnienie postępowania, Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia nagrań audio-wideo z demonstracji próbki, a następnie przedstawienie ich biegłemu sądowemu z zakresu informatyki w celu potwierdzenia, że demonstracja wersji demo systemu pokazała spełnienie wymogów

wskazanych w Rozdziale VI ust 3 pkt 3 SIWZ. Zwrócił uwagę na to, że Zamawiający nie traktował próbki jako elementu oferty (na co sam wskazał w pismach kierowanych do Odwołującego), a dokument potwierdzający, że oferowany produkt spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. W takiej sytuacji dokument ten (próbka) podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, jeżeli w ocenie Zamawiającego jego demonstracja zawierała niejasności lub braki.

W dalszej części Odwołujący podniósł, że zapisy SIWZ dotyczące (i) zdolności zawodowej - Rozdział V ust. 1 pkt 2 SIWZ oraz (ii) próbki oraz przebiegu jej demonstracji - Rozdział VI ust. 3 pkt 3 SIWZ: są w ocenie Odwołującego obarczone nieusuwalną wadą wpływająca na negatywną ocenę całego postępowania. Otóż, zapisy dotyczące próbki są sprzeczne z przepisami Pzp w sposób uniemożliwiający przeprowadzenie legalnego, transparentnego, opartego na równych szansach postępowania i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Przebieg z demonstracji próbki potwierdza zarzuty dotyczące zapisów SIWZ. Zakres badania próbki (demonstracja próbki) jest bardzo szeroki i uciążliwy dla Odwołującego; zakres badania próbki jest bardzo nieprecyzyjny. Na wielu stronach SIWZ zapisano oczekiwania Zamawiającego w stosunku do próbki w sposób ogólnikowy, posługując się nieprecyzyjnymi wyrażeniami brak dokładnego scenariusza badania próbki.(jej demonstracji); brak zasad odbioru próbki (jej demonstracji), czyli jasnych kryteriów, kiedy dany wymóg jest spełniony, a kiedy nie.

Te wadliwe zapisy SIWZ doprowadziły w rzeczywistości 'do tego, że: demonstracja próbki trwała 7 dni roboczych (w tym 6 dni po 8h); przebieg demonstracji próbki wskazuje, że oczekiwania Zamawiającego co do próbki i jej demonstracji były diametralnie różne od tego co zostało zapisane w SIWZ. Zamawiający w istocie oczekiwał, że w ramach demonstracji próbki dokona testów odbiorowych oprogramowania - tyle, że bez scenariuszy odbiorowych i bez poinformowania o tym fakcie Odwołującego. Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu trzymanie się zapisów Rozdziału VI ust. 3 pkt 3 SIWZ, tj. uniemożliwił zaprezentowanie spełnienia poszczególnych, kolejnych punktów; brak jasnego scenariusza dla demonstracji próbki i zasad odbioru próbki doprowadził to powstania dokumentu nazwanego przez Zamawiającego „Raport z badania próbki”. Dokument ten nie ma nic wspólnego z raportem z badania próbki. To 180 stron wykazywania rzekomych błędów, niedociągnięć, braków po stronie Odwołującego.

Rzetelny raport zawierałby zapisy z Rozdziału VI ust. 3 pkt 3 SIWZ, wskazywał, w której minucie demonstracji dany punkt był prezentowany i zawierał ocenę czy punkt został należycie zademonstrowany czy nie.

Tymczasem dokument wyprodukowany przez Zamawiającego zawiera niespójny,

wielowątkowy atak na Odwołującego. Odwołujący przywołał fragmenty raportu z weryfikacji próbki na str. 17, 18, 21, 24

Zamawiający i przystępujący po jego stronie wykonawca Ex Libris wnieśli o oddalenie odwołania.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

**Odwołanie podlega oddaleniu.**

Odwołanie nie zawierało braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Interes Odwołującego w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej sprowadza się do tego, że ewentualne uwzględnienie zarzutów odwołania dotyczących oferty daje Odwołującemu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba dopuściła jako dowody w sprawie:

- dowód z dokumentacji prowadzonego postępowania przekazany na pendrive przez Zamawiającego,
- dowody z dokumentów wskazanych w odwołaniu: odwołanie Sygnity z dnia 6 kwietnia 2020r,
- korespondencja Zamawiającego prowadzona z Biblioteką Kórnicką PAN,
- SIWZ, OPZ oraz umowa z postępowania nr 130/2017 na „Zaprojektowanie, wykonanie wdrożenie oraz utrzymanie platformy internetowej – serwisu integrującego zbiory Polskiej Akademii Nauk -Biblioteki Kórnickiej
- fragmenty z nagrania audio- wideo z przeprowadzenia demonstracji próbki systemu Odwołującego.



Izba ustaliła, że zgodnie z treścią zmodyfikowanego dnia 22.04.2020r. rozdziału VI ust. 1 pkt 2 SIWZ, Zamawiający wymagał, aby oferenci legitymowali się doświadczeniem w postaci wykonania:

- a. usługi polegającej na dostarczeniu i implementacji zintegrowanego systemu zarządzania zasobami bibliotecznymi w bibliotekach posiadających nie mniej niż 3 min następujących typów rekordów: bibliograficznych, wzorcowych, egzemplarza, zasobu czasopism, zamówień, czytelników, wraz z utrzymaniem ciągłości jego działania przez okres co najmniej jednego roku. Wartość usługi, o której mowa powyżej; wykonanej w ramach maksymalnie trzech odrębnych umów, nie może być niższa niż 500 000 zł brutto,
- b. usługi polegającej na świadczeniu dostępu do zaimplementowanego systemu zarządzania zasobami bibliotecznymi w modelu SaaS (Software as a Service

Celem potwierdzenia powyższego Odwołujący wskazał w Wykazie Usług Załącznik 4 do SIWZ. „Dostarczenie i implementacja informatycznego systemu do obsługi i zarządzania Biblioteki Kórnickiej Polskiej Akademii Nauk w' Kórniku, Biblioteka AS. Dostawa jest realizowana w modelu usługi SaaS”. Załączono referencje z dnia 5.05.2020r. wystawione przez BK PAN, w których potwierdza się, że firma „zrealizowała usługę dostarczenia informatycznego systemu do obsługi i zarządzania Biblioteki Kórnickiej Polskiej Akademii Nauk w Kórniku. W ramach usługi dostawca zapewnił również ciągłość działania zintegrowanego systemu bibliotecznego. W zintegrowanym systemie obecnie jest przechowywanych ponad 3 000 000 rekordów (..) Dostawa jest realizowana w modelu usługi SaaS.

W korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a BK PAN wyjaśniono, że referencje dotyczą realizacji zamówienia publicznego o nazwie „Zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie oraz utrzymanie platformy internetowej – serwisu integrującego zbiory Polskiej Akademii Nauk - Biblioteki Kórnickiej” (pismo z dnia 27.06.2020r.)

Na wniosek Zamawiającego o udzielenie dalszych informacji, BK PAN w piśmie z dnia 24.06.2020r. W pkt 2 tego pisma poinformowano, że m.in., że „platforma jest udostępniana w formie usługi z jednoczesnym przechowywaniem w chmurze obliczeniowej. PAN Biblioteka Kórnicka nie wymagała, aby chmura obliczeniowa była udostępniona w Bibliotece. Wynagrodzenie nie ma charakteru abonamentowego (...).

Z kolei z pkt 2 pisma z dnia 23.07.2020r. BK Pan potwierdził m.in., że „platforma jest posadowiona na serwerze PCSS, który to serwer pracuje w środowisku OpenStack (...). W pkt. 3 tego pisma wskazano” „Powstała na zlecenie BK PAN Platforma nie jest uruchomiona na fizycznej maszynie, dostęp do niej jest możliwy przez przeglądarkę

internetową, bez konieczności instalowania i uruchamiania dodatkowych programów. Wszelkie czynności związane z utrzymaniem i zapewnieniem poprawnego funkcjonowania Platformy, odbywają się bez udziału pracowników BK PAN, więc nosi ona znamiona usługi SaaS". W pkt 4 podano m.in. „Na dzień odbioru oprogramowanie nie umożliwiała kompleksowej obsługi procesów gromadzenia, zarządzania subskrybowanymi bazami książek i czasopism elektronicznych. W związku z brakiem modułu gromadzenia na dzień odbioru oprogramowania nie mogło wykorzystywać danych dedykowanych dla tego modułu na dalszych etapach przepływu bibliotecznego. (..).

Mając na uwadze ustalony wyżej stan faktyczny, Izba uznała, że Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z uwagi na przedstawienie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, mogących mieć wpływ na podejmowane przez niego decyzje.

Art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp znajduje zastosowanie, w sytuacji, gdy wypełnione zostaną kumulatywnie następujące przesłanki: (1) przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością, (2) informacja ma mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, (3) informacja te wprowadzają w błąd Zamawiającego, a (4) przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Przez informację niezgodną z rzeczywistością rozumie się informację nieprawdziwą zawartą w złożonym przez wykonawcę lub podmiot trzeci oświadczeniu wiedzy, którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy.

Zdaniem Izby podana przez Odwołującego w wykazie usług informacja, że dostawa i implementacja informatycznego systemu do obsługi i zarządzania Biblioteki Kórnickiej Polskiej Akademii Nauk w Kórniku spełnia cechy „zintegrowanego systemu zarządzania biblioteką” jest informacją niezgodną z rzeczywistym stanem, który winien być znany Odwołującemu jako profesjonalnemu wykonawcy, świadczącemu tego rodzaju usługi. Istotnie Zamawiający w SIWZ nie zawarł definicji „zintegrowanego systemu bibliotecznego”, oraz definicji „modułu SaaS”, ale odwołując się choćby do najprostszych definicji z WIKIPEDIA należy podać, że:

„Zintegrowany system biblioteczny” to program komputerowy lub zespół modułów umożliwiający całościowy proces zarządzania biblioteką. Wśród modułów zintegrowanego systemu bibliotecznego wyróżnia się: gromadzenie - zarządzanie fizycznymi zbiorami; opracowanie formalne i rzeczowe - opisywanie i katalogowanie księgozbioru; udostępnianie -

wypożyczanie i obsługa czytelników; raportowanie i statystyki; elektroniczny, publiczny katalog biblioteczny (OPAC) - umieszczany zazwyczaj na witrynie biblioteki.

Z definicji tej wynika, że cechą zintegrowanego systemu bibliotecznego jest to, że umożliwia on całościowy proces zarządzania biblioteką, zawiera istotne moduły tego systemu: gromadzenie, udostępnianie, raportowanie i statystyki oraz publiczny katalog biblioteczny. Zauważyć należy, że już w samym wykazie usług Odwołujący, podając referencyjną realizację, która ma spełniać cechy „zintegrowanego systemu” pomija tę cechę i wskazuje jedynie „dostarczenie i implementacja informatycznego systemu do obsługi i zarządzania Biblioteki Kórnickiej Polskiej Akademii Nauk w Kórniku”. Również z treści referencji z dnia 5.05.2020r. wystawionych przez PAN Biblioteka Kórnicka nie wynika, że wykonawca dostarczył i zaimplementował usługę „zintegrowanego systemu zarządzania zasobami bibliotecznymi”. W referencjach tych wskazano jedynie, że „w ramach usługi dostawca zapewnił również ciągłość działania zintegrowanego systemu bibliotecznego”, co jednak nie oznacza, że dostarczony do BK PAN system był zintegrowanym systemem zarządzania bibliotecznego”. Jak wynika z treści korespondencji, jaką prowadził Zamawiający z PAN Biblioteka Kórnicka, złożonej jako dowód w sprawie, przedmiotem zamówienia pn. „Zaprojektowanie, wykonanie i wdrożenie oraz utrzymanie platformy internetowej - serwisu integrującego zbiory Polskiej Akademii Nauk - Biblioteki Kórnickiej” było dostarczenie platformy internetowej integrującej zbiory cyfrowe Biblioteki Kórnickiej a nie dostarczenie całego zintegrowanego systemu zarządzania zasobami bibliotecznymi. Sam Odwołujący przyznał w toku rozprawy, że dostarczony do PAN Biblioteka Kórnicka system informatyczny obejmował integrację z innym systemem Tytus należącym do Biblioteki Kórnickiej. Ponadto, jak wynika z wyjaśnień Odwołującego oraz pisma Biblioteki Kórnickiej PAN z dnia 23.07.2020r. na dzień odbioru oprogramowanie nie umożliwiała kompleksowej obsługi procesów: gromadzenia, zarządzania subskrybowanymi bazami książek i czasopism elektronicznych. Moduł gromadzenia danych jest aktualnie wdrażany w ramach świadczenia usług rozwojowych systemu. W przywołanym piśmie podano, że na dzień odbioru system nie zapewniał wiązania danych bibliograficznych i finansowych ze względu na brak modułu gromadzenia. Oznacza to, że wykonawca nie dostarczył w ramach wskazanej realizacji zintegrowanego systemu zarządzania zasobami bibliotecznymi, obejmującego wszystkie istotne moduły takiego systemu.

Za nieprawdziwą Izba uznała także informację dotyczącą świadczenia usługi dostępu do zaimplementowanego systemu zarządzania zasobami bibliotecznymi w tzw. „modelu SaaS”. W tym przypadku również należy odwołać się do definicji Wikipedia, gdzie pod pojęciem model SaaS (Software as a service z ang. oprogramowanie jako usługa) rozumie się jeden z

modeli chmury obliczeniowej, w którym aplikacja jest przechowywana i wykonywana na komputerach dostawcy usługi i jest udostępniana użytkownikom przez Internet. Eliminuje to potrzebę instalacji i uruchamiania programu na komputerze klienta. Model SaaS przerzuca obowiązki instalacji, zarządzania, aktualizacji, pomocy technicznej z klienta na dostawcę usługi. W efekcie użytkownik oddaje kontrolę nad oprogramowaniem dostawcy i obowiązek zapewnienia ciągłości jego działania.

Jak wynika z powszechnie dostępnej i znanej profesjonalnemu wykonawcy definicji modelu SaaS jego istotną cechą jest to, że jest on umieszczony w chmurze obliczeniowej, a aplikacja jest przechowywana i wykonywana na komputerach dostawcy usługi, co zwalnia świadczeniobiorcę z obowiązków związanych z utrzymaniem, zarządzaniem serwerami. Z wyjaśnień Biblioteki Kórnickiej PAN z dnia 23.07.2020r. wynika tymczasem, że platforma posadowiona jest na serwerze Poznańskiego Centrum Superkomputerowo - Sieciowego (PCSS), z którym PAN Biblioteka Kórnicka zawarł umowę dzierżawy. Mimo, iż jak wskazał PAN Biblioteka Kórnicka „wszelkie czynności związane z utrzymaniem i zapewnieniem poprawnego funkcjonowania Platformy, odbywają się bez udziału pracowników BK PAN” to jednak Biblioteka jako dzierżawca ponosi odpowiedzialność i związane z tym koszty za utrzymanie niezbędnej infrastruktury. Znamienne jest, że w wyniku zadawanych przez Zamawiającego pytań Biblioteka Kórnicka PAN w piśmie z dnia 23.07.2020r. podała, że dostarczona platforma „nosi znamiona usługi SaaS” a nie jak pierwotnie w referencjach z dnia 5.05.2020r., że dostarczona platforma „jest realizowana w modelu usługi SaaS”.

Podane w wykazie usług przez Odwołującego informacje z uwagi na to, że dotyczyły warunków udziału w postępowaniu miały niewątpliwie istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w toku postępowania. Informacje to mogły także wprowadzić Zamawiającego w błąd co do weryfikacji doświadczenia, jakiego wymagał do wykonawców.

Ponadto, w ocenie Izby zasadnym jest twierdzenie, że Odwołującemu można przypisać co najmniej niedbalstwo przy przedstawieniu wskazanych wyżej informacji. Wskazana przesłanka uzależnia wykluczenie wykonawcy od tego, czy można mu przypisać winę we wprowadzeniu w błąd zamawiającego. Winę na gruncie prawa cywilnego dzieli się na umyślną, czyli polegającą na działaniu lub zaniechaniu, bądź winę nieumyślną, cechującą się niedołożeniem należytej staranności - niedbalstwem albo lekkomyślnością. Przypisanie danej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (tak wyrok Sąd Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 §

2 ustawy Kodeks cywilny precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. W tym wypadku Odwołujący powinien dokonać szczególnej weryfikacji prezentowanych przez siebie danych, mając świadomość, jako profesjonalista, konsekwencji ich nierzetelnej prezentacji.

Z tych względów, Izba uznała, że działanie Zamawiającego polegające na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp było prawidłowe.

Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 Pzp, wskazując przede wszystkim, że w treści odwołania brak jest podania okoliczności faktycznych stanowiących podstawę stawianego zarzutu. Wskazać trzeba, że wykonawca, składając odwołanie zobowiązany jest do przedstawienia w odwołaniu zarzutów odwołania. W ramach środków ochrony prawnej następuje kontrola poprawności działania i zaniechania Zamawiającego pod względem zgodności z przepisami ustawy, a zakres rozstrzygnięcia Izby wyznacza treść odwołania i zawarte w nim zarzuty (art. 192 ust. 7 Pzp). Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zwięźle przedstawienie zarzutów, żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim faktycznej argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego w analizowanym postępowaniu o zamówienie publiczne był art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 1 Pzp z uwagi na brak spełnienia przez oferowany system biblioteczny wymagań Zamawiającego, co Zamawiający stwierdził na podstawie przeprowadzonej przez wykonawcę demonstracji próbki. Z uwagi na obszerność

Zamawiający w osobnym 180 stronicowym dokumencie, będącym załącznikiem do pisma z dnia 27.07.2020r., przedstawił szczegółowo, których wymagań nie spełnia prezentowana przez wykonawcę próbka.

Z treści odwołania wynika, że Odwołujący, stawiając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie odniósł do żadnego z konkretnie podanych przez Zamawiającego wymagań ze scenariusza badania próbki, których wykonawca, w jego ocenie, nie potwierdził bądź nie spełnił. W odwołaniu brak jest jakiegokolwiek polemiki z treścią pisma pn. „Raport z badania próbki”, gdzie zawarto szereg uwag i braków co do prezentowego systemu, które były podstawą decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że brak przekazania przez Zamawiającego nagrania audio - wideo z demonstracji próbki, uniemożliwił czy choćby utrudnił Odwołującemu wykazanie, że próbka demo jego systemu spełnia wymogi SIWZ. Okoliczność braku przekazania nagrania, który mógł być jedynie dowodem w sprawie, nie uzasadnia w żaden sposób braku prawidłowego sformułowania zarzutów i odniesienia się do niezgodności prezentowanej próbki w wymaganiach scenariusza. Odwołujący otrzymał raport z badania próbki wraz z informacją o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty. W raporcie tym zamieszczono zrzuty ekranu z przeprowadzonej prezentacji i już choćby na tej podstawie Odwołujący mógł skutecznie podjąć polemikę z decyzją o odrzuceniu jego oferty. Odwołujący jednak tego nie uczynił, ograniczając się w treści odwołania do kwestionowania postanowień SIWZ i podnosząc brak jasnego scenariusza próbki oraz to, że oczekiwania Zamawiającego co do próbki i jej demonstracji były diametralnie różne od tego co zostało zapisane w SIWZ w odwołaniu.

Stwierdzenie wyżej wskazanych okoliczności zmusza Izbę do oddalenia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2 Pzp.

Izba wskazuje, że podnoszone przez Odwołującego w treści odwołania kwestie dotyczące niejasności scenariusza próbki, zakresu badania próbki są na tym etapie postępowania, po otwarciu ofert, spóźnione i nie mogą być przedmiotem rozpoznawania przez Izbę w tym postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający w sposób niezwykle drobiazgowy opisał w zmodyfikowanym dnia 22.04.2020r. rozdziale VI ust. 3 pkt 3 scenariusz badania próbki oraz elementy, które próbka winna spełniać oraz to, jakie funkcjonalności będzie sprawdzał podczas badania próbki. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że z uwagi na to, że przedstawiana była próbka demo systemu nie musiała ona spełniać wszystkich, szczegółowo opisanych przez Zamawiającego wymagań.

Niezależnie od braku poprawnego sformułowania zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zba w toku rozprawy przeprowadziła dowód z fragmentów nagrania audio - wideo demonstracji próbki i stwierdziła, że Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił, że zademonstrowana próbka nie spełnia wymagań opisanych w scenariuszu próbki w zakresie:

- lit. A Gromadzenie pkt 10 Scenariusza badania próbki – Zamawiający wymagał wprost, aby wygenerowane księgi inwentarzowe i księgi ubytków zawierały dane wymienione w rozporządzeniu Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 29.10.2008r. w sprawie ewidencji materiałów bibliotecznych oraz wymagał, aby generowane pliki były w strukturze XML, JSON, CSV. Jak wynika z prezentacji próbki systemu Odwołującego wymagania te nie zostały spełnione, bowiem generowane tabele nie zawierały pól „z przeniesienia do przeniesienia”, które są umieszczone w Załącznikach do wskazanego rozporządzenia. Odwołujący w toku rozprawy potwierdził także, że nie przedstawił plików w wymaganej strukturze.

- lit. B Katalogowanie pkt 1 tiret 16 Scenariusza badania -Zamawiający wymagał, aby system umożliwiał powiązanie opisów bibliograficznych zeszytów monograficznych z opisem bibliograficznym czasopisma i opisu czasopisma z opisami zeszytów monograficznych wraz z odpowiednią informacją w katalogu. Jak wynika z prezentacji próbki systemu Odwołującego funkcja ta nie działała poprawnie, nie pokazano powiązania opisów zeszytów monograficznych z opisem bibliograficznym czasopisma, nie wyświetlono rekordu zeszytu monograficznego, pokazywał się tylko rekord czasopisma a nie rekord zeszytów monograficznych.

- lit. D Udostępnianie B pkt 4 tiret 1 Scenariusza badania. Zamawiający wymagał, aby system umożliwiał naliczanie opłat za przetrzymane i zagubione materiały biblioteczne. Z prezentacji próbki wynika, że system Odwołującego błędnie naliczał opłaty, nie był to system automatyczny tylko ręczny.

- lit B Katalogowanie pkt 1 tiret 15 Scenariusza badania. Zamawiający wymagał, aby system umożliwiał powiązanie publikacji współprawnych (klocków intrologatorskich) z zachowaniem rekordów egzemplarza dla każdego opisu bibliograficznego wraz z odpowiednią informacją prezentowaną w katalogu, możliwością zamawiania przez czytelników oraz informacją o dostępności. Z prezentacji próbki wynika, że w przypadku wypożyczenia jednej z pozycji „klocka intrologatorskiego” jedna z książek była wypożyczona a druga była nadal dostępna.

Żądana przez Zamawiającego próbka systemu miała potwierdzać, że oferowany system spełnia wymagania określone w SIWZ. Tym samym, Zamawiający traktował próbkę jako dokument, o którym mowa w § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od

wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przedstawiany celem potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Z uwagi na powyższe ustalenia wszelkie braki i błędny w przedstawionej próbce systemu mogłyby być przedmiotem uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Jednak, w tym stanie faktycznym, z uwagi na wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wezwanie do uzupełnienia próbki jest zbędne.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu informatyki na okoliczność, że próbka demo systemu Odwołującego spełnia wymogi wskazane w rozdz. VI ust. 3 pkt 3 SIWZ wskazując, że rozstrzygnięcia sporu nie wymaga przeprowadzenia takiego dowodu z uwagi na zaistnienie przesłanek do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz brak sformułowania w sposób prawidłowy zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 Ppz. Z tych względów Izba uznała, że przeprowadzenie wnioskowanego dowodu jest zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy i prowadziłyby jedynie do przewlekłości postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

**Przewodniczący:** .....