

**WYROK**

**z dnia 18 stycznia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Packo  
Małgorzata Rakowska  
Katarzyna Prowadzisz  
Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2012 r. przez wykonawcę

**Bull Polska Sp. z o. o. ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Ministra Finansów, Ministerstwo Finansów ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa  
reprezentowanego przez Dyrektora Izby Celnej w Krakowie**

**Al. Krasińskiego 11B, 31-111 Kraków**

przy udziale wykonawcy **Hewlett – Packard Polska Sp. z o.o. ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu w zakresie:**

**1.1. warunku dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia (rozdział V pkt 6 ppkt 1 i 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia) poprzez wykreślenie wymogu dotyczącego „biegłego władania językiem polskim” oraz „znajomości języka polskiego”,**

- 1.2. wymogu, aby z treści gwarancji (poręczenia) jednoznacznie wynikało, jaki jest sposób reprezentacji gwaranta (rozdział VIII pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia)
2. kosztami postępowania obciąża Ministra Finansów, Ministerstwo Finansów ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa reprezentowanego przez Dyrektora Izby Celnej w Krakowie Al. Krasińskiego 11B, 31-111 Kraków i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Bull Polska Sp. z o. o. ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Ministra Finansów, Ministerstwo Finansów ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa reprezentowanego przez Dyrektora Izby Celnej w Krakowie Al. Krasińskiego 11B, 31-111 Kraków na rzecz Bull Polska Sp. z o. o. ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Warszawie.

Przewodniczący: .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Minister Finansów, Ministerstwo Finansów reprezentowane przez Dyrektora Izby Celnej w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zaprojektowanie, wykonanie, dostawę, instalację, wdrożenie i wsparcie utrzymania oraz rozwój Systemu ZEFIR 2” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 23 grudnia 2011 r. w Dz. Urz. UE. W tej samej dacie specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2 stycznia 2012 r. Odwołujący – Bull Polska Sp. z o. o. wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w następującym zakresie:

1. opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie jest związany z przedmiotem zamówienia ani do niego proporcjonalny oraz ogranicza konkurencję o zamówienie, w tym utrudnia złożenie oferty Odwołującemu,
  2. opis wymagań dotyczących wadium został sporządzony w sposób wykraczający poza ustawowe uprawnienia Zamawiającego w tym zakresie oraz narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji,
  3. opis wymagań dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy został sporządzony w sposób wykraczający poza ustawowe uprawnienia Zamawiającego w tym zakresie oraz narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji,
  4. wyznaczony termin składania ofert nie uwzględnia czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, przez co ogranicza konkurencję,
  5. istotne postanowienia umowy sprzeciwiają się utrwalonej w obrocie gospodarczym naturze zobowiązań związanych z projektowaniem, wykonaniem, dostawą, instalacją, wdrożeniem i wsparciem utrzymania zaawansowanych systemów informatycznych
- wskutek czego naruszone zostały przepisy art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1 i 4, art. 26 ust. 2b, art. 29 ust. 1 – 3, art. 43 ust. 2, art. 45 ust. 3 i 6 i art. 147 – 149 ustawy Prawo zamówień

publicznych oraz § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, a także art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego „i inne przepisy przywołane w uzasadnieniu odwołania”.

Uzasadniając odwołanie Odwołujący stwierdził, że:

1. W zakresie wykazania spełniania warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Zamawiający wymaga od wykonawców, aby dysponowali minimum dwiema osobami biegle władającymi językiem polskim, stanowiącymi personel kierowniczy po stronie wykonawcy o określonych kwalifikacjach, a także, by dysponowali osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, wchodzącymi w skład zespołu projektowego, z których każda powinna wykazywać się znajomością języka polskiego.

Obowiązek biegłej znajomości języka polskiego dotyczący kadry kierowniczej zespołu projektowego oraz warunek znajomości języka polskiego każdego z członków zespołu projektowego narusza zasadę uczciwej konkurencji, a jednocześnie jest niedopuszczalny z punktu widzenia normy zawartej w art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jako warunek nieproporcjonalny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia. Zdolność danej osoby do realizacji zamówienia winna być oceniana nie w kategorii znajomości języka, ale w kategorii wykonywanych przez nią zadań. Interfejs użytkownika poszczególnych elementów wchodzących w skład systemu ZEFIR 2 musi komunikować się z operatorem w języku polskim, co jest oczywiste i Odwołujący zapewni taką funkcjonalność, jednak nie ma merytorycznych podstaw do stawiania wymogu posługiwania się językiem polskim przez wszystkie osoby wykonujące pracę koncepcyjną nad realizowanym systemem, a z punktu widzenia należytego wykonania przedmiotu zamówienia jedynym ważnym postulatem odnośnie umiejętności językowych wszystkich członków zespołu projektowego jest znajomość formalnych języków programistycznych oraz terminologii branżowej stosowanej wśród informatyków. W trakcie spotkań koordynacyjnych możliwe jest korzystanie z tłumacza, którego zapewni wykonawca i którego koszt pokryje. Posługiwanie się językiem polskim przez personel wykonawcy, zwłaszcza w projekcie informatycznym, nie jest warunkiem jego powodzenia i nie sposób odnaleźć bezpośredniej zależności pomiędzy tą cechą, a ostatecznym sukcesem przedsięwzięcia.

Argumentem przemawiającym za niedopuszczalnością kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia jest § 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, gdyż wykaz osób, o którym mowa w tym przepisie zawierać może jedynie informacje na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia

i wykształcenia, a znajomość języka polskiego u osoby uczestniczącej w realizacji usług informatycznych nie jest miernikiem żadnej z tych kategorii.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wykreślenie z opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wymagania biegłego władania językiem polskim przez personel kierowniczy zespołu projektowego po stronie wykonawcy oraz znajomości języka polskiego przez pozostałe osoby wchodzące w skład zespołu projektowego wykonawcy z jednoczesnym (ewentualnie) wprowadzeniem wymagania zapewniającego możliwość komunikowania się wykonawcy z Zamawiającym w języku polskim i sporządzania dokumentów w języku polskim ze wskazaniem (ewentualnym) zasad tej komunikacji.

2. W rozdziale V pkt 9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zastrzegł, że: „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, a także dołączyć wszystkie dokumenty wymagane w SIWZ na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia”.

W sytuacji powoływania się przez wykonawcę na zasoby udostępnione przez podmioty trzecie, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, zachodzi konieczność udowodnienia Zamawiającemu, iż wykonawca ten będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Ustawodawca do wyboru wykonawcy pozostawił sposób, w jaki udowodni on powyższą okoliczność, a pisemne zobowiązanie podmiotów udostępniających swój potencjał jest tylko przykładowym środkiem osiągnięcia tego celu, więc nieuzasadnione jest zawężanie kategorii sposobów, jakimi winien posłużyć się wykonawca w celu udowodnienia Zamawiającemu, że faktycznie dysponuje potencjałem udostępnionym przez podmioty trzecie. Językowa wykładnia omawianego przepisu nie ogranicza sposobu korzystania przez wykonawcę z potencjału udostępnionego przez podmioty trzecie do uczestnictwa tych podmiotów w wykonaniu zamówienia, tymczasem Zamawiający formułując wymóg przedstawienia dokumentów podmiotowych dla wszystkich podmiotów trzecich w celu potwierdzenia braku podstaw do ich wykluczenia z postępowania nie zastrzegł, że dotyczy to jedynie sytuacji, gdy podmioty trzecie będą brały udział w realizacji części zamówienia. W świetle obecnego brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca musi przedstawić komplet dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia dla każdego podmiotu udostępniającego swoje zasoby, nawet jeżeli nie będzie on brał udziału w realizacji części zamówienia.

Wymóg ten jest sprzeczny z § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, który pozwala zamawiającemu żądać od wykonawcy przedstawienia dokumentów wymienionych w § 2 tego rozporządzenia jedynie w odniesieniu do tych podmiotów trzecich, które będą brały udział w realizacji części zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez dostosowanie brzmienia punktu 9. w rozdziale V oraz punktu 13. w rozdziale VI specyfikacji istotnych warunków zamówienia do treści art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

3. W punkcie 3. w rozdziale VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający postanowił, że wadium wnoszone w innej formie niż pieniężna należy składać w formie oryginału w Izbie Celnej w Krakowie, Al. Krasińskiego 11B, Dziennik Podawczy, od poniedziałku do piątku w godzinach od 7:00 do 15:00, przy czym zastrzegł, że nie należy załączać oryginału dokumentu wadialnego do oferty. Natomiast zgodnie z punktem 1. rozdziału XI specyfikacji istotnych warunków zamówienia ofertę należy złożyć w Izbie Celnej w Krakowie, Aleja Krasińskiego 11 b, 31-111 Kraków, sala konferencyjna VI piętro. W tej sytuacji dochodzi do bezpodstawnego rozróżnienia miejsca złożenia wadium i miejsca złożenia oferty, co nie ma uzasadnienia w przepisach, a specyfikacja staje się wewnątrznie sprzeczna. W jej rozdziale X pkt 4. ppkt 8. napisano bowiem, że oferta musi zawierać potwierdzenie wniesienia wadium. Zrozumiałe jest dążenie Zamawiającego, aby tego rodzaju dokument nie był trwale związany z ofertą, by jej nie dekompletować korzystając z gwarancji, jednak przyjęta metoda osiągnięcia tego celu wydaje się chybiona. Piętrzenie wymagań w stosunku do wykonawców zamierzających skorzystać z niepieniężnych form wadium jest przejawem dyskryminacji tej grupy potencjalnych oferentów, której zabrania art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie punktu 3 w rozdziale VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia, punktu 1. w rozdziale XI oraz punktu 4 ppkt 8) w rozdziale X w zakresie ujednoczenia miejsca składania dokumentu wadialnego, miejsca składania ofert i zawartości oferty.

4. W punkcie 5. w rozdziale VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający postanowił, że: „Z treści gwarancji (poręczenia) musi jednoznacznie wynikać, jaki jest sposób reprezentacji Gwaranta. Gwarancja musi być podpisana przez upoważnionego przedstawiciela

Gwaranta. Podpis winien być sporządzony w sposób umożliwiający jego identyfikację np. czytelny lub złożony wraz z imienną pieczętą".

Wymóg wykazania przez wykonawcę sposobu reprezentacji gwaranta w treści dokumentu gwarancji (poręczenia) wykracza poza ustawowe ramy swobody Zamawiającego w kreowaniu warunków wniesienia wadium, jest nadmiernie restrykcyjny i uciążliwy dla wykonawców, którzy zamierzają skorzystać z tej formy zabezpieczenia oferty przetargowej. Wzory gwarancji określają ich wystawcy i nie wszystkie instytucje finansowe są skłonne dokonywać zmian w przyjętej praktyce, a ta rzadko przewiduje opisywanie w treści gwarancji ciągu upoważnień dla osób podpisujących się w imieniu gwaranta, zarazem rutynowo tego rodzaju czynności nie wykonuje bezpośrednio zarząd. Towarzystwa ubezpieczeń oraz banki działają zasadniczo w formie spółek akcyjnych, których reprezentację można odtworzyć z dokumentów zebranych w aktach KRS. Ponadto wymóg, aby treść gwarancji jednoznacznie określała, jaki jest sposób reprezentacji gwaranta, jest nieprecyzyjny – chodzi o ogólne zasady reprezentacji, czy opis umocowań osób, które w imieniu gwaranta złożyły podpis na dokumencie i czy konieczne jest wykazanie całego ewentualnego ciągu upoważnień, czy wystarczy powołanie się na istniejące pełnomocnictwo.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wykreślenie zdania pierwszego w ust. 5 rozdziału VIII.

5. Ustalone przez Zamawiającego warunki wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy bezprawnie ograniczają zakres form, w jakich takie zabezpieczenie może zostać ustanowione, gdyż Zamawiający żąda, aby zabezpieczenie należytego wykonania umowy zostało wniesione przed terminem zawarcia umowy. Doświadczenie Odwołującego pokazuje jednak, że żaden dokument gwarancji czy poręczenia nie może zostać wystawiony bez podania istotnych danych, które ustalić można dopiero po zawarciu umowy (np. termin zawarcia). Zatem Odwołujący będzie zmuszony wnieść zabezpieczenie w pieniądzu, a dopiero po zawarciu umowy będzie mógł wnioskować o zmianę formy zabezpieczenia dysponując danymi niezbędnymi do uzyskania odpowiedniej gwarancji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści punktu 1. rozdziału XV specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez umożliwienie wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w terminie 14 dni od daty jej zawarcia.

6. Termin składania ofert wynosi 41 dni od dnia przekazania ogłoszenia do publikacji, co jest terminem nieadekwatnym do zakresu zamówienia i związanych z tym czynności towarzyszących przygotowaniu oferty. Art. 43 ust. 2 w zw. z art. 43 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, które trzeba interpretować łącznie, nakazuje określać termin składania

ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do ich przygotowania i złożenia. W niniejszym postępowaniu 41 dni jest terminem zbyt krótkim, a ogłoszenie o zamówieniu ukazało się tuż przed przerwą świąteczną – noworoczną. System ZEFIR od blisko 10 lat jest wykonywany i rozwijany przez jednego wykonawcę – SKG S.A., który jako jedyny dysponuje wiedzą pozwalającą na szybkie przygotowanie oferty. W rezultacie obecny termin składania ofert należy również odbierać w kategoriach dyskryminacji i nierównego traktowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści punktu IV.3.4) i punktu IV.3.8) ogłoszenia o zamówieniu oraz treści rozdziału XI specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez zmianę terminu składania ofert polegającą na jego wydłużeniu do dnia 17 lutego 2012 r.

7. Zamawiający wadliwie określił terminy przewidziane dla realizacji poszczególnych faz realizacji zamówienia, w szczególności Fazy 1. – Wdrożenie Pilota. Zamawiający w załączniku nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – „Istotne Postanowienia Umowy” („IPU”) wskazał terminy na wykonanie poszczególnych faz zamówienia, jednak przynajmniej część z nich nie uwzględnia pracochłonności, co szczególnie jest widoczne na przykładzie terminu wskazanego na wykonanie fazy nr 1 tj. Wdrożenie Pilota Systemu, który obejmie swym zakresem wszystkie docelowe funkcjonalności systemu w terminie 12 miesięcy od daty odbioru bez zastrzeżeń Projektu Infrastruktury Technicznej Systemu dla Projektu INFRA, nie później jednak niż do 30 czerwca 2013 r. Zgodnie z najlepszą wiedzą Odwołującego, która wynika z doświadczenia w realizacji podobnych projektów w krajach Europy, najkrótszym terminem, w którym tego typu faza może zostać prawidłowo wykonana, jest termin 18 miesięcy. Fakt wskazania przez Zamawiającego terminu radykalnie krótszego może świadczyć o niewystarczającej analizie tego problemu na etapie ustalania wiążących zapisów IPU lub o nieuzasadnionym faworyzowaniu dotychczasowego wykonawcy systemu ZEFIR. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności treści istotnych postanowień umownych w zakresie terminów przewidzianych na realizację poszczególnych faz zamówienia tak, aby odpowiadały one ogólnie przyjętym w Europie standardom dla realizacji tego typu zamówień.

8. Jednym z pojęć zdefiniowanych w zbiorze definicji zawartym w załączniku „Istotne Postanowienia Umowy” (IPU) jest „oprogramowanie COTS” (Oprogramowanie typu Commercial Off The Shelf – Software), którym jest „powszechnie dostępne oprogramowanie standardowe, wytwarzane seryjnie, dostarczane w formie gotowego zamkniętego produktu, dostępne w systemie sprzedaży hurtowej lub detalicznej”. W rozdziale 8 IPU zostały ustalone reguły przeniesienia praw autorskich, m.in. zgodnie z ust. 2. „w przypadku, kiedy Wykonawca do realizacji Przedmiotu Umowy, w szczególności do budowy Systemu, wykorzysta dostępne



funkcjonujące na rynku Oprogramowanie COTS, Wykonawca, w ramach wynagrodzenia o którym mowa w Rozdziale 7 pkt 1 (IPU), udzieli Zamawiającemu niewyłącznych, bezterminowych licencji na wszystkie komponenty Oprogramowania COTS, umożliwiające Zamawiającemu prawidłowe i zgodne z Umową użytkowanie Systemu ZEFIR 2". Do kategorii oprogramowania COTS należy zatem zaliczyć m.in. oprogramowanie standardowe SAP. Jednocześnie System ZEFIR 2, w skład którego wchodzić będą prawa licencyjne oraz oprogramowanie COTS, podlegać ma m.in. rozwojowi, o którym mowa w Rozdziale 1. pkt 1.10 IPU (m.in. rozszerzenia i modyfikacje), których to czynności ma dokonywać wykonawca. Według postanowień punktu 2.8. wszelkie autorskie prawa majątkowe i pokrewne do Systemu ZEFIR 2 na wszystkich polach eksploatacji, w szczególności zaś prawo do zmian w systemie, mają zostać przeniesione przez wykonawcę na Zamawiającego, zgodnie z wymaganiami zawartymi w rozdziale 8. IPU. Ponadto, zgodnie z punktem 14. w rozdziale 8., wszelkie postanowienia dotyczące przeniesienia praw autorskich zawarte w rozdziale 8. IPU (w tym pkt 5. dotyczący pól eksploatacji) stosuje się odpowiednio do zmian produktów realizowanych przez wykonawcę w ramach usług oraz licencji na oprogramowanie inne niż wytworzone przez wykonawcę. W odniesieniu do modyfikacji i rozszerzeń oprogramowania SAP treść licencji udzielanych przez SAP powoduje, że: a) prawa do modyfikacji zawsze przysługują SAP, a zatem wykonawca nie będzie mógł ich przenieść na Zamawiającego, b) prawa do rozszerzeń będą mogły zostać przeniesione przez wykonawcę na Zamawiającego tylko wówczas, jeżeli przy ich tworzeniu nie brał udział SAP. W konsekwencji, pomimo dopuszczenia możliwości licencjonowania standardowego oprogramowania COTS, ze względu na zakres wymaganej licencji na tego rodzaju oprogramowanie wykonawca praktycznie nie ma możliwości skorzystania z niego. Biorąc pod uwagę, że standardowe oprogramowanie COTS, według definicji umownej to gotowy „zamknięty produkt” Zamawiający powinien mieć świadomość i wiedzę, że podmioty posiadające prawa do takich produktów nie negocjują warunków licencji, które są z góry narzucane. W rezultacie wspomniane postanowienia IPU stoją w sprzeczności z naturą tego rodzaju umów, naruszając zasadę wyrażoną w art. 353 kodeksu cywilnego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności treści „Istotnych Postanowień Umownych” poprzez wykreślenie punktu 14. z rozdziału 8 IPU lub taką jego zmianę, która dostosuje IPU do wymagań lub ograniczeń wynikających z licencji udzielanych przez wytwórców oprogramowania COTS przy zapewnieniu przez wykonawcę osiągnięcia wymagań funkcjonalnych oczekiwanych przez Zamawiającego w procesie wdrożenia systemu.

9. Zamawiający w Rozdziale 7. pkt 1.1.4 „Istotnych Postanowień Umownych” wskazuje, że 75% wartości wynagrodzenia określonego w punkcie 1.1. tego rozdziału będzie zapłacone

wykonawcy dopiero po odbiorze Fazy II (błędnie przez Zamawiającego określonej jako Faza III) co oznacza, że wykonawca ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia będzie musiał kredytować wykonanie zamówienia. Biorąc pod uwagę, że bieżące otrzymywanie płatności za wykonane etapy zamówienia jest normą przyjętą w obrocie gospodarczym i stanowi o podstawie działalności wielu firm branży IT, wymóg prawie samodzielnego sfinansowania przez wykonawcę większej części zamówienia wyklucza większą część wykonawców, w tym także Odwołującego, z rywalizacji o udzielenie tego zamówienia publicznego, narusza także art. 7 ust. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści zapisu rozdziału 7 pkt 1.1.4 w taki sposób, aby płatności za wykonanie poszczególnych części zamówienia były wykonywane na bieżąco i zapewniały podstawy dla funkcjonowania spółki wykonawcy.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości oraz wskazując, że:

1. W rozdziale V specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił minimalne wymogi co do składu zespołu projektowego wykonawcy, przy czym tylko dla dwóch (personelu kierowniczego) postawiono wymóg biegłej znajomości języka polskiego, a dla pozostałych piętnastu tylko wymóg wykazania się znajomością języka polskiego. W ocenie Zamawiającego jest to minimalny skład zespołu wykonawcy, który w aspekcie wielkości przedmiotu zamówienia będzie niewystarczający, wobec czego dobór przez wykonawcę innych ekspertów niezbędnych do wykonania zamówienia jest nieograniczony. Zamawiający nie żąda żadnego potwierdzenia znajomości języka polskiego dokumentem.

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie, wykonanie, dostawa, instalacja, wdrożenie i wsparcie utrzymania oraz rozwój Systemu ZEFIR 2, który został zaplanowany w ramach Programu e-Cło jako główny komponent w obszarze poboru należności i rozrachunków z budżetem i UE. Całość dokumentacji jest bardzo obszerna (około 1400 stron), a została sporządzona w języku polskim, zawiera szereg określeń, których przetłumaczenie z zachowaniem sensu specyfiki zagadnienia będzie bardzo trudne i może ulec przekłamanii. Funkcjonalność systemu ZEFIR 2 opracowywana jest na podstawie aktów prawnych krajowych i wspólnotowych, a które publikowane są w języku polskim, które wykonawca w trakcie projektowania, realizacji oraz utrzymania systemu zobowiązany będzie śledzić, analizować oraz bazować na nich. W ocenie Zamawiającego niewystarczająca jest jedynie biegła znajomość języka programistycznego i terminologii informatycznej stosowanej wśród informatyków, ale konieczne jest również rozumienie specyfiki poszczególnych procesów biznesowych czy terminologii finansowej. Komunikacja pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą to nie tylko spotkania koordynacyjne, podczas których można korzystać z pomocy tłumacza, ale również bieżąca (robocza) współpraca pomiędzy członkami zespołów projektowych. Dokumentacja

zawiera opisy procesów biznesowych, obiektów informacyjnych i wymagań funkcjonalnych na poziomie, który wymaga uszczegółowienia w trakcie dalszych prac z wykonawcą. Brak znajomości języka polskiego znacznie utrudni i opóźni realizację, a zapewnienie obecności tłumacza podniesie koszty realizacji zamówienia, co zostanie skalkulowane w ofercie.

Poza tym zgodnie z art. 7 ustawy z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w obrocie bez udziału konsumentów używa się języka polskiego, jeżeli obrót ten jest wykonywany przez m. in. terenowe organy administracji publicznej.

2. Zamawiający 5 stycznia 2012 r. dokonał modyfikacji zapisu rozdziału V pkt 9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, że otrzymał on brzmienie: „Zgodnie z postanowieniami art. 26 ust. 2b ustawy Pzp Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, a także, gdy podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia dołączyć wszystkie dokumenty wymagane w SIWZ na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia”.

3. Zamawiający 5 stycznia 2012 r. dokonał modyfikacji rozdziału XI pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia nadając mu brzmienie: „Ofertę należy złożyć w Izbie Celnej w Krakowie, Al. Krasińskiego 11b, Dziennik Podawczy, od poniedziałku do piątku w godz. 7:00 – 15:00”. Tym samym ujednotwiono miejsce składania ofert z miejscem składania wadium (w przypadku form niepieniężnych).

4. Zgodnie z rozdziałem VIII pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia z treści gwarancji (poręczenia) musi jednoznacznie wynikać, jaki jest sposób reprezentacji gwaranta. Gwarancja musi być podpisana przez upoważnionego przedstawiciela gwaranta. Podpis winien być sporządzony w sposób umożliwiający jego identyfikację np. czytelny lub złożony wraz z imienną pieczętką. Zamawiający podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyrokach, iż brak jest podstaw do formułowania pod adresem wykonawców, którzy decydują się na złożenie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, żądania załączenia do gwarancji pełnomocnictwa osoby podpisującej gwarancję, dlatego nie wymaga od wykonawców przedłożenia odpisu z KRS, czy też ciągu pełnomocnictw dla osoby zaciągającej zobowiązanie w imieniu gwaranta. Zapis ten oznacza, iż w treści gwarancji powinny być wskazane ogólne zasady reprezentacji gwaranta, np. w komparycji gwarancji winien znaleźć się zapis, iż osoba

podpisująca gwarancję działa bądź to jako członek zarządu, bądź też na mocy udzielonego przez gwaranta pełnomocnictwa.

5. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy stanowi istotny element umowy o zamówienie publiczne i ma na celu wzmocnienie pozycji zamawiającego wobec wykonawcy i ochronę jego interesów na wypadek nienależytego wykonania umowy. Mając zatem na uwadze cel wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy uznać należy, że może być ono wniesione najpóźniej w dniu zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego. A zatem co do zasady zabezpieczenie należy wnieść w pełnej wysokości przed zawarciem umowy. Nie sposób również zgodzić się, iż dokument gwarancji może być wystawiony tylko po zawarciu umowy. Przed zawarciem umowy wykonawca posiada wszystkie informacje niezbędne do uzyskania takiej gwarancji, a Zamawiający stosuje praktykę proponowania wykonawcom konkretnego terminu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zatem jeżeli nie nastąpią okoliczności w postaci np. wniesienia odwołania lub inne przyczyny leżące po stronie wykonawców, umowa zawierana jest w proponowanym przez Zamawiającego terminie. Doświadczenie Zamawiającego wskazuje, że wykonawcy nie mają żadnych trudności z uzyskaniem dokumentu gwarancji bankowej przed terminem zawarcia umowy, a w gwarancji zawarte jest oświadczenie wykonawcy, iż w danym dniu zawrze umowę o zamówienie publiczne.

6. Zgodnie z art. 43 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych termin składania ofert nie może być krótszy niż 40 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu 21 grudnia 2011 r., a termin składania ofert określił na 31 stycznia 2012 r. W ocenie Zamawiającego określony 41-dniowy termin jest wystarczający do przygotowania oferty w niniejszym postępowaniu, a powoływanie się przez Odwołującego na przerwę świąteczną – noworoczną jest nieuprawnione. W okresie od przekazania ogłoszenia do składania ofert są tylko dwa dodatkowe dni ustawowo wolne od pracy, Odwołujący nie może zatem przerzucać na Zamawiającego konsekwencji za sposób organizacji swojej pracy. Nieuzasadnione jest również odwoływanie się do faktu, że obecnie System ZEFIR jest rozwijany przez jednego wykonawcę – SKG S.A. Zamawiający zakłada, że System ZEFIR 2 będzie projektowany w oparciu o zupełnie inną technologię (scentralizowaną i zgodną z architekturą SOA) niż dotychczas użytkowany system (technologia rozproszona). Poza tym Odwołujący się już we wrześniu 2011 r. wiedział, że przedmiotowe postępowanie będzie prowadzone oraz znał ogólny jego zakres, ponieważ została do niego skierowana prośba o wstępne oszacowanie przedmiotu zamówienia i w związku z tym udostępnione zostały m.in. Studium Wykonalności dla Programu e-Cło oraz charakterystyka i zakres Systemu ZEFIR.

7. Projekt ZEFIR 2 jest jednym z elementów Programu e-Cło, którego wdrożenie zaplanowano na lata 2009 – 2013 i w którym uczestniczy 21 projektów. Określony harmonogram w żaden sposób nie ogranicza konkurencji ani nie faworyzuje obecnego wykonawcy Systemu ZEFIR tj. firmy SKG S.A., a Zamawiający nie ogranicza wykonawcy w doborze ilości personelu do realizacji zamówienia.

Podział na obszary programu oraz harmonogram ich realizacji wskazano w Studium Wykonalności dla Programu Elektroniczne Cło (e-Cło), a w decyzji Ministra Finansów Nr 135/262/2009 z dnia 28 sierpnia 2009 r. o zapewnieniu finansowania realizacji przedsięwzięcia określone zostały terminy przekazania środków na finansowanie realizacji projektu „Program e-Cło” w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka (a także w umowie o dofinansowanie). Harmonogram realizacji poszczególnych faz zamówienia określony w „Istotnych Postanowieniach Umowy” został dostosowany do harmonogramu realizacji projektu „Program e-Cło”. Ponadto to Zamawiający, wszczynając postępowanie, określa termin wykonania zamówienia i podaje go do wiadomości potencjalnych wykonawców. Harmonogram tj. terminy jest wymaganiem Zamawiającego, które podlega akceptacji przez potencjalnego wykonawcę lub też nie, a tym samym wykonawca, który nie akceptuje terminu nie przystępuje do zamówienia publicznego. Terminy w realizacjach projektów są jednym z ryzyk, które musi ponieść potencjalny wykonawca. Zdaniem Zamawiającego termin 12 miesięcy jest możliwy przy dysponowaniu przez wykonawcę odpowiednim potencjałem technicznym i osobami. Zamawiający swoje analizy dotyczące realizacji faz projektów oraz ograniczania ryzyk oparł o terminy wynikające z realizacji programu e-Cło oraz wieloletnie doświadczenie w zakresie budowy systemów funkcjonujących w Służbie Celnej oraz z wieloma wykonawcami realizującymi te projekty.

8. Zamawiający nie wymaga od wykonawcy dostarczenia wyłącznie oprogramowania typu COTS, a tym samym nie ogranicza wykonawców do wykorzystania tego typu oprogramowania. Wykonawca również może samodzielnie stworzyć oprogramowanie przenosząc w całości autorskie prawa majątkowe na Zamawiającego. Zgodnie z zapisami Specyfikacji Systemu – System ZEFIR 2 w części komponentu realizującego obszary finansowo – księgowy, System księgowy, jeśli to możliwe, powinien być zrealizowany przez gotową aplikację specjalizowaną do celów księgowych, realizującą wszystkie wymagane potrzeby operacji finansowo – księgowych i gospodarki magazynowej oraz powinien opierać się na standaryzowanym rozwiązaniu zapewniającym jak najmniejszą liczbę zmian wprowadzanych na zamówienie, konfiguracja systemu (wspierana przez producenta oprogramowania) odbywać się będzie tylko i wyłącznie poprzez wbudowane parametry systemu. Oprogramowanie COTS to nie tylko oprogramowanie typu ERP firmy SAP, które wskazuje wykonawca, ale również komponenty

technicznej architektury referencyjnej, np. serwery aplikacji, serwery baz danych, na rynku funkcjonuje wielu producentów oprogramowania typu ERP, nie tylko SAP, zatem nieuzasadnione jest przywoływanie jednego przykładu i uogólnianie go do całości. Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia mają na celu przede wszystkim uniknięcie przez Zamawiającego uzależnienia się od jednego producenta oprogramowania.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo autorskie twórca może udzielić upoważnienia do korzystania z utworu na wymienionych w umowie polach eksploatacji z określeniem zakresu, miejsca i czasu tego korzystania, a zatem z przepisów prawa wynika, iż to strony umowy licencyjnej określają pola eksploatacyjne, których dotyczy licencja, nie jest ona jednostronnym oświadczeniem twórcy.

9. Zamawiający powołał się na swobodę umów oraz to, że jako organizator publicznego postępowania ma prawo ustalić warunki postępowania o udzielenie zamówienia i sposobu realizacji zamówienia dogodne dla siebie z punktu widzenia prawidłowości realizacji przedmiotu zamówienia, w tym również ma prawo do ustalenia dogodnych dla siebie zasad wynagrodzenia umownego. Istotnym jest, aby te warunki i zasady realizacji zamówienia nie naruszały przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Poza tym zgodnie z rozdziałem V pkt 1 lit. d specyfikacji istotnych warunków zamówienia w niniejszym postępowaniu mogą brać udział tylko wykonawcy, którzy posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 15 mln PLN.

Przystąpienie do odwołania po stronie Odwołującego zgłosiła Hewlett – Packard Polska Sp. z o.o.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła też, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Podczas rozprawy Odwołujący, w związku z modyfikacją specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 5 stycznia 2012 r., wycofał zarzut dotyczący nieprawidłowego zastosowania dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wymogu złożenia gwarancji wadialnej w miejscu innym niż miejsce składania ofert (pkt 2. i 3. opisu zarzutów), zatem nie były one rozpatrywane.

W odniesieniu do zarzutu nieproporcjonalności wymogu znajomości i biegłej znajomości języka polskiego Izba ustaliła, że Zamawiający w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (rozdział V ust. 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz pkt III.2.3) ogłoszenia zamówieniu), wymaga:

1) dysponowania minimum 2 osobami biegłe władającymi językiem polskim, stanowiącymi personel kierowniczy zespołu projektowego po stronie wykonawcy o następujących kwalifikacjach: a) Kierownika Projektu, który pełnił funkcję Kierownika lub Zastępcy Kierownika Projektu w realizacji jednego projektu informatycznego, którego przedmiotem było wykonanie systemu informatycznego o wartości minimum 6 mln złotych brutto, w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, posiadającego kwalifikacje wystarczające do uzyskania jednego ze wskazanych certyfikatów: PRINCE2 Foundation, IPMAmin Level C, Project Management Professional (PMP) lub równoważnego, wydanego odpowiednio przez APMG, IPMA, PMI lub instytucje przez nich akredytowane, posiadającego co najmniej 10 lat doświadczenia zawodowego w roli Kierownika Projektu wdrożenia systemu informatycznego oraz posiadającego wykształcenie wyższe, b) Kierownika ds. jakości projektu, który pełnił tę funkcję lub równoważną, w realizacji 1 projektu informatycznego, którego przedmiotem było wykonanie systemu informatycznego o wartości minimum 6 mln złotych brutto, w ciągu ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, posiadającego co najmniej 8 lat doświadczenia zawodowego w roli Kierownika ds. jakości projektu oraz posiadającego wykształcenie wyższe;

2) dysponowania osobami wchodzącymi w skład zespołu projektowego wykonawcy: a) co najmniej 3 osoby posiadające kwalifikacje analityka biznesowego w zakresie systemów informatycznych o zakresie odpowiadającym systemowi będącemu elementem przedmiotu zamówienia, tj. systemów finansowo – księgowych i rozliczeniowych, które w ciągu ostatnich 3 lat pełniły funkcje analityka przez min. 24 miesiące w co najmniej 1 projekcie o wartości minimum 5 mln złotych brutto i legitymujące się doświadczeniem w zakresie specyfikowania wymagań funkcjonalnych i нефункциональных, identyfikowania założeń i ograniczeń systemowych, opracowywaniem modeli danych, modelowaniem procesów biznesowych, co najmniej jedna z nich musi posiadać doświadczenie w kierowaniu zespołem analityków w ciągu ostatnich 3 lat przez minimum 24 miesiące w co najmniej 1 projekcie

informatycznym o wartości minimum 5 mln PLN brutto, wykazujące się znajomością języka polskiego, b) co najmniej 2 osoby posiadające kwalifikacje analityka biznesowego w zakresie systemów informatycznych o zakresie odpowiadającym systemowi będącemu elementem przedmiotu zamówienia, tj. systemów obiegu dokumentów, które w ciągu ostatnich 3 lat pełniły funkcje analityka przez min. 24 miesiące w co najmniej 1 projekcie o wartości minimum 5 mln PLN brutto i legitymują się doświadczeniem w zakresie specyfikowania wymagań funkcjonalnych i нефункциональных, identyfikowania założeń i ograniczeń systemowych, opracowywaniem modeli danych, modelowaniem procesów biznesowych, co najmniej jedna z nich musi posiadać doświadczenie w kierowaniu zespołem analityków w ciągu ostatnich 3 lat przez minimum 24 miesiące w co najmniej 1 projekcie informatycznym o wartości minimum 5 mln PLN brutto, wykazujące się znajomością języka polskiego, c) co najmniej 1 osoba posiadająca kwalifikacje w zakresie prowadzenia i utrzymywania dokumentacji projektowej systemu (dokumentalista), która pełniła wskazaną powyżej funkcję w co najmniej 2 projektach przez minimum 12 miesięcy o wartości minimum 2 mln PLN brutto, wykazująca się znajomością języka polskiego, d) co najmniej 2 osoby posiadające kwalifikacje w zakresie wdrażania systemów informatycznych (ekspert ds. wdrożenia i utrzymania), które w ciągu ostatnich 3 lat odpowiadały za przeprowadzenie zakończonego odbiorem bez zastrzeżeń wdrożenia systemu informatycznego, w którym liczba użytkowników końcowych wynosiła minimum 1.000 osób, posiadające doświadczenie w projektowaniu utrzymania systemów informatycznych, projektowaniu procesów utrzymaniowych, definiowaniu ról i odpowiedzialności, posiadające wyższe wykształcenie oraz minimum 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży IT, wykazujące się znajomością języka polskiego, e) co najmniej 3 osoby posiadające doświadczenie w programowaniu (ekspert ds. wytwarzania oprogramowania) przy użyciu powszechnie stosowanych języków programowania, legitymujące się udziałem w minimum 2 projektach informatycznych, każdy o wartości minimum 2 mln PLN brutto, posiadające minimum 3-letnie doświadczenie w branży IT, wykazujące się znajomością języka polskiego, f) co najmniej 1 osoba (architekt systemowy) posiadająca doświadczenie w zakresie opracowywania architektury systemu, analizy wymagań, modeli przepływu danych, pełniąca tę rolę w ciągu ostatnich 3 lat przez minimum 12 miesięcy w 2 projektach informatycznych o wartości minimum 5 mln PLN brutto każdy, posiadająca wyższe wykształcenie oraz minimum 5-letnie doświadczenie w branży IT, wykazująca się znajomością języka polskiego, g) co najmniej 1 osoba (integrator systemów informatycznych) posiadająca doświadczenie w zakresie integrowania systemów informatycznych, analizy wymagań, implementacji usług i komunikacji z systemami/usługami, pełniąca tę rolę w ciągu ostatnich 3 lat przez minimum 12 miesięcy w 2 projektach informatycznych o wartości minimum 5 mln PLN brutto każdy, posiadająca wyższe wykształcenie oraz minimum 5-letnie doświadczenie w branży IT, wykazująca się



znajomością języka polskiego, h) co najmniej 2 osoby (testerzy), posiadający doświadczenie w testowaniu aplikacji oraz znajomość procedur, metod i narzędzi testowych, którzy w ciągu ostatnich 3 lat przez co najmniej 12 miesięcy nabyli doświadczenie w zakresie testowania systemów informatycznych, wykazujące się znajomością języka polskiego.

Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Zamawiającego dotyczącymi podstaw wprowadzenia wymogu znajomości języka polskiego przez ww. personel oraz kontrargumentami Odwołującego Izba stwierdziła, że wymóg ten w niniejszym przypadku jest nieproporcjonalny i, zdaniem Izby, nie zapewni Zamawiającemu osiągnięcia założonego, wskazanego podczas rozprawy celu.

Z jednej strony co prawda znajomość języka polskiego przez najważniejszy personel zaangażowany w projekt jest ułatwieniem dla Zamawiającego, jasne jest też, że usprawnia zrozumienie przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji. Jednak z drugiej strony wymóg taki, jeśli owa znajomość języka ma być biegła lub realna, *de facto* oznacza konieczność zaangażowania Polaków, co z kolei jest oczywistym utrudnieniem udziału w postępowaniu podmiotów zagranicznych, a więc może zostać poczytane za postanowienie pośrednio utrudniające swobodę przepływu usług pomiędzy państwami UE. Należy bowiem zwrócić uwagę, że przedmiotem zamówienia jest projekt z dziedziny informatyki, która ze swojej natury charakteryzuje się dużą internacjonalnością, między innymi ze względu na pewną uniwersalność języków programowania i umiejętności informatyków. Co prawda nie oznacza to, że nie mogą zdarzyć się sytuacje, w których podobne żądanie zamawiającego zostaną uznane za usprawiedliwione, lecz w niniejszym przypadku już z samych wyjaśnień Zamawiającego wynika niecelowość stawiania takich wymogów. Po pierwsze bowiem, skoro Zamawiający, jak sam twierdzi, nie wymaga konkretnego poziomu owej znajomości języka i nie będzie tego weryfikował np. poprzez żądanie certyfikatów językowych, a tym samym może być to jakikolwiek zasób słów lub reguł gramatycznych, który zostanie przez wykonawcę lub proponowaną na dane stanowisko osobę uznany za „znajomość języka”, to trudno tu wskazać jakieś konkretne zalety takiej „znajomości”, po drugie „znajomość” czy nawet „biegła znajomość” języka przez cudzoziemca nie oznacza jeszcze, że jest to stopień umiejętności pozwalający na weryfikację akurat aktów prawnych (które sprawiają trudności nawet osobom, dla których język polski jest językiem ojczystym), a co do których wymogiem jest, by posiadali wykształcenie lub wiedzę z dziedzin związanych z branżą IT, a nie z prawem. Chyba że chodzi o zwykłe techniczne porównanie aktów prawnych, na zasadzie „słowo do słowa”, lecz to z kolei nie wymaga znajomości, zwłaszcza biegłej języka. Z kolei akty prawa wspólnotowego, na które powołuje się Zamawiający, publikowane są w wielu językach, więc nie stanowi to żadnego argumentu za koniecznością znajomości języka polskiego. Zamawiający nie wytłumaczył również, dlaczego „specyfika poszczególnych

procesów biznesowych”, która będzie opracowywana w ramach projektu, miałyby być uznana za specyfikę, dla której powstania konieczne jest jej powstanie jedynie w języku polskim, ostatecznie zarówno zasady ekonomii, jak i finansów publicznych, w tym poboru cła, znane są w wielu krajach.

To, że z Zamawiającym należy porozumiewać się w języku polskim, sporządzać dokumenty w tym języku i takimi dokumentami się posługiwać, jest odrębną kwestią od koniecznej osobistej znajomości tego języka przez personel danego wykonawcy, a ustawa o języku polskim nie stanowi przeszkody w korzystaniu z usług lub zatrudnianiu cudzoziemców. Brak znajomości języka polskiego przez czołowy personel rzeczywiście może wykonawcy utrudnić realizację zamówienia ze względu na konieczność ich tłumaczenia, choć trudno od razu zakładać, że na pewno ją opóźni i z tego powodu takiego wykonawcę dyskredytować, natomiast koszty tłumaczeń i ich skalkulowanie w cenie oferty są już problemem dotyczącym wykonawcy i konkurencyjności jego oferty.

W odniesieniu do gwarancji wadialnej Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale VIII pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia postawił wymaganie, iż „z treści gwarancji (poręczenia) musi jednoznacznie wynikać, jaki jest sposób reprezentacji Gwaranta. Gwarancja musi być podpisana przez upoważnionego przedstawiciela Gwaranta. Podpis powinien być sporządzany w sposób umożliwiający jego identyfikację, np. czytelny lub złożony wraz z czytelną pieczętą.”

Zdaniem Izby zrozumiałe jest wymaganie, że gwarancja musi być podpisana przez osoby upoważnione, co zresztą nawet bez takowych zastrzeżeń w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika z ogólnych zasad prawa cywilnego, inaczej gwarancja taka nie zabezpiecza ewentualnych roszczeń zamawiającego z tytułu wadium. Nie ma też przeszkód, by zamawiający w uzasadnionych wypadkach tę poprawność reprezentacji sprawdzał, tym bardziej, że nieprawidłowe wniesienie wadium jest ustawową przeszkodą w udziale w postępowaniu i wyborze oferty danego wykonawcy (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). Jednak wymaganie, aby sposób reprezentacji gwaranta wynikał akurat z treści gwarancji jest wymogiem nadmiernym, zwłaszcza że nie jest to standardowa treść gwarancji. Co więcej, to, że w treści gwarancji będą wskazane ogólne zasady reprezentacji gwaranta lub, że osoby podpisujące działają jako członek zarządu, czy pełnomocnik, nie oznacza jeszcze, że wiedza taka będzie Zamawiającemu pomocna, w szczególności bez informacji o zakresie umocowania tych osób czy ciągu pełnomocnictw. W praktyce rzadko się zdarza, by gwarancje bankowe czy ubezpieczeniowe, zwłaszcza w dużych bankach, były podpisywane bezpośrednio przez członków zarządu, a same nazwiska członków zarządu Zamawiający może poznać korzystając chociażby z dostępnej na stronie Ministerstwa Sprawiedliwości internetowej wersji KRS. Tym samym, zdaniem Izby,

ten wymóg Zamawiającego jest niecelowy, nie zabezpiecza praw Zamawiającego, a niepotrzebnie utrudnia lub może utrudniać wykonawcom złożenie gwarancji o wymaganej przez Zamawiającego treści, a tym samym udział w niniejszym postępowaniu.

Z brzmienia art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1, jak i art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraźnie wynika, iż podstawą wniesienia środków ochrony prawnej czy uznania odwołania, jest naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Natomiast w stosunku do pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba takiego naruszenia nie stwierdziła (również w stosunku do innych ustaw niż Prawo zamówień publicznych). Sam fakt, że mogą być one dla wykonawcy trudne do spełnienia, uciążliwe i niekorzystne, nie oznacza jeszcze, że Zamawiający nie był uprawniony do sformułowania ich w taki sposób, w jaki je sformułował.

Co do żądania wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy przed zawarciem tej umowy (rozdział XV pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia) – pomijając fakt, że dyskusyjne jest na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, czy poza przypadkiem określonym w art. 150 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w ogóle możliwe jest wniesienie zabezpieczenia po zawarciu umowy (rozstrzygnięcie tej kwestii nie jest konieczne dla rozstrzygnięcia zarzutu) – to żądanie wniesienia zabezpieczenia przed zawarciem umowy z pewnością nie jest naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i należy je uznać za jak najbardziej upoważnione z punktu widzenia ochrony interesów Zamawiającego. Powód żądania zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jaki podaje Odwołujący, tj. że musi on wskazać wystawcy gwarancji datę zawarcia umowy, nie jest przeszkodą nieusuwalną i wydaje się dość błahym argumentem.

Co do zarzutu dotyczącego terminu składania ofert Izba stwierdziła, że Zamawiający wyznaczył ten termin zgodnie z dyspozycją art. 43 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, co nie jest sporne. Zamieszczenie w przepisie tym konkretnych minimalnych terminów – 40 i 47 dni bez generalnego zastrzeżenia analogicznego do zawartego w ust. 1 tego artykułu oznacza, że ustawodawca uznał je za odpowiednie i uwzględniające czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty (niezależnie od jej obszerności), tym samym można stwierdzić, że ust. 2 zawiera w sobie niejako ustawowe domniemanie owego faktu. Nie oznacza to, że wykonawca nie może dowodzić okoliczności przeciwnych, jednak w tym celu musiałby obalić owo domniemanie i dowieść przy tym, że takie działanie Zamawiającego narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, czego Odwołujący nie uczynił. Stwierdzenie, że okres świąteczno – noworoczny jest zwyczajowo okresem urlopowym, nie jest argumentem zasługującym na rozpatrzenie. Nie ma podstaw także przypuszczać, że wyznaczony termin składania ofert uniemożliwia złożenie ofert, nawet jeśli

obszerność specyfikacji istotnych warunków zamówienia powoduje, że przygotowanie takiej oferty jest zadaniem czaso- i pracochłonnym, ani że ofertę w wyznaczonym terminie będzie mogła złożyć tylko SKG S.A.

Co do argumentów Zamawiającego, warto zwrócić uwagę, że ofertę przygotowuje się w oparciu o konkretne wymogi konkretnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie ogólną wiedzę, że jakiś projekt będzie w przyszłości realizowany, a tym samym „wiedza od 2009 r.” nie ma tu żadnego znaczenia.

Na marginesie można też zauważyć, że pierwotnie wyznaczony termin i tak niewątpliwie ulegnie zmianie. Należy też zwrócić uwagę, że z warunków realizacji zamówienia wynika, że im dłuższy będzie termin składania ofert, tym krótszym czasem będzie dysponował wykonawca na realizację zamówienia – a również ta okoliczność jest przedmiotem zarzutu Odwołującego.

Co do zarzutów dotyczących „Istotnych Postanowień Umownych”, Izba przyznała rację Zamawiającemu, że są to warunki, na których Zamawiający wymaga realizacji zamówienia, dopuszczalne w ramach zasady swobody umów (choć w granicach umowy przynajmniej częściowo adhezyjnej, którą co do zasady jest umowa w zamówieniach publicznych), które wykonawca musi uwzględnić chcąc realizować zamówienie, co najwyżej odpowiednio podnosząc wysokość swojego wynagrodzenia. Przy tym Odwołujący nie dowiódł, że warunki te uniemożliwiają w sposób obiektywny realizację zamówienia.

Przede wszystkim nie ma wątpliwości, że Zamawiający nie jest zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia przed zakończeniem jego realizacji albo w danej wysokości w konkretnej fazie realizacji, tym samym wykonawca nie ma podstaw do żądania zmiany umowy w tym zakresie, może co najwyżej złożyć do Zamawiającego taki wniosek, który ten może uwzględnić.

Również termin wykonania Fazy 1. – Wdrożenia Pilota oznacza, że wykonawca musi przewidzieć i skompletować na tyle liczebny i sprawny zespół, aby był w stanie wykonać system w czasie znacznie krótszym niż, jak twierdzi wykonawca, standardowy w takich projektach. Poza tym, jak wskazał Zamawiający, wyznaczone daty realizacji systemu ZEFIR 2 są powiązane z realizacją innych części programu e-Cło, do czego Odwołujący w ogóle się nie odniósł.

Co zaś do wskazanego przez Odwołującego podczas rozprawy terminu na wykonanie specyfikacji wymagań funkcjonalnych i pozafunkcjonalnych, Izba uznała, że wykracza to poza zarzut opisany w odwołaniu i tym samym, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może orzekać w tym zakresie. Odwołujący co prawda w tytule zarzutu VI użył określenia „wadliwego określenia terminów przewidzianych do realizacji poszczególnych faz realizacji zamówienia *w szczególności* Fazy 1 – Wdrożenie Pilota”, lecz

w opisie tego zarzutu nie odniósł się do innych faz niż Wdrożenie Pilota, a samo stwierdzenie „w szczególności” nie jest wystarczającą podstawą, by taki zarzut podczas rozprawy rozwijać o dowolne nowe okoliczności nie znane wcześniej Izbie, a zwłaszcza Zamawiającemu przy ocenie, czy odwołanie powinien uwzględnić.

Odmienną kwestią pozostaje to, że w miarę dalszego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może okazać się, że okoliczności wymuszą zmianę pierwotnych dat, a Zamawiający już obecnie mógłby rozważyć uaktualnienie niektórych swoich wymagań. Co zaś do postanowień umownych, które mają zapewnić Zamawiającemu odpowiednie przeniesienie praw autorskich tak, aby miał on prawo dokonywać i zlecać dokonanie zmian w zamawianym systemie, tak, aby korzystając z owego systemu, nie był on zależny od wykonawcy tego systemu, wymaganie takie należy uznać za racjonalne i uzasadnione, zarówno z ekonomicznego (możliwość uzyskania konkurencyjnych, czyli potencjalnie tańszych ofert), jak i prawnego punktu widzenia (konieczność stosowania konkurencyjnych trybów w ramach zamówień publicznych).

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

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. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....