

Sygn. akt: KIO 1099/14

WYROK

z dnia 17 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 czerwca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **30 maja 2014 r.** przez wykonawcę **Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej w Olsztynie Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Opracowanie i wdrożenie Systemów Dziedzinowych realizowanych w ramach projektu Rozwój elektronicznej administracji w samorządach województwa mazowieckiego wspomagającej niwelowanie dwudzielności potencjału województwa*

prowadzonym przez zamawiającego Województwo Mazowieckie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego tj. **Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej w Olsztynie Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej w Olsztynie Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasadza od odwołującego Zakładu Elektronicznej Techniki Obliczeniowej w Olsztynie Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 złotych (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosowanie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907, z późn. 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 – Województwo Mazowieckie - (dalej „**Zamawiający**”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) (dalej „**ustawa Pzp**” lub „**Pzp**”) postępowanie pod nazwą: *Opracowanie i wdrożenie Systemów Dziedzinowych realizowanych w ramach projektu Rozwój elektronicznej administracji w samorządach województwa mazowieckiego wspomagającej niwelowanie dwudzielności potencjału województwa*

W dniu 30 maja 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Zakładu Elektronicznej Techniki Obliczeniowej w Olsztynie Sp. z o.o, w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady przeprowadzania przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez zaniechanie wprowadzenia zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „**SIWZ**”) pomimo faktu, że wniosek o wyjaśnienie SIWZ złożony przez Odwołującego, który wpłynął do Zamawiającego w wymaganym terminie, zawierał pytania i wnioski o wyjaśnienia SIWZ, wskazujące na zaistnienie przesłanek uzasadniających wprowadzenie zmian do treści SIWZ;
2. Art. 29 ust. 1, 2 i 3 w związku z art. 38 ust 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który jest niejednoznaczny i nie jest wyczerpujący oraz utrudnia uczciwą konkurencję, a także w sposób wskazujący na to, że części opisu przedmiotu zamówienia w istocie mają dokonywać samodzielnie wykonawcy;
3. Art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zawarcie w treści istotnych postanowień umowy klauzul sprzecznych z obowiązującymi przepisami prawa;
4. Art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania, pomimo że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wynikającą z zaniechania dokonania przez Zamawiającego, zmian w treści SIWZ i załączników, które ma wpływ na wynik postępowania;
5. Naruszenie art 17 ust. 1 pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegające na tym, iż Zamawiający opisał w SIWZ, przedmiot

zamówienia publicznego na opracowanie i wdrożenie systemów dziedzinowych w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, przez wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia wymagań, których łączne zestawienie istotnie ograniczyło wybór wykonawcy i z góry eliminuje podmioty posiadające wystarczające doświadczenie i wiedzę w zakresie systemów dziedzinowych, co narusza przepisy art. 29 ust 2 i art. 7 ust 1 ustawy Pzp;

6. Naruszenie art. 17 ust 1 pkt 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegające na tym iż Zamawiający dokonał sformułowania warunków udziału w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w sposób nadmiernie restrykcyjny, to jest taki, który bez istotnego uzasadnienia eliminuje potencjalnych wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia, co narusza przepisy art. 29 ust. 2 i art 7 ust. 1 ustawy Pzp;
7. Naruszenie art. 17 ust 1 pkt 4 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegające na tym, że opis przedmiotu zamówienia na opracowanie i wdrożenia systemów dziedzinowych nie został dokonany w sposób precyzyjny i wyczerpujący (bez określenia pełnego zakresu i ilości usług], co stanowiło naruszenie przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (i) udzielenie wyczerpujących i precyzyjnych wyjaśnień treści SIWZ i przekazanie tych wyjaśnień wykonawcom, którym przekazał specyfikację; (ii) wprowadzenie zmian do treści SIWZ w zakresie, o którym mowa w uzasadnieniu odwołania lub nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami; (iii) przedłużenie terminu składania ofert tak, aby dotrzymany został termin udzielenia wyjaśnień, nie później niż 6 dni przed upływem terminu składania ofert oraz aby wyznaczony nowy termin składania ofert uwzględniał czas niezbędny do przygotowania i złożenia ofert zgodnie z ustawą Pzp; (iv) ewentualnie unieważnienia przedmiotowego postępowania ze względu na fakt, iż postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wynikającą z zaniechania dokonania przez Zamawiającego zmian w treści SIWZ i załącznikach, wskazując na ww. naruszenia Pzp oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zarzucam naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 15, art. 29 ust. 1, 2 i 3, art. 38 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 1 pkt 1, 3 i 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tekst jednolity: Dz. U. 2013, Nr 168, dalej: „u.n.d.f.p.”, które ma istotny wpływ na wynik postępowania o udzieleniu zamówienia.

W uzasadnieniu swoich zarzutów Odwołujący wskazał, że w dniu 28 kwietnia 2014 r. Odwołujący w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy Pzp złożył wniosek do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. W dniu 21 maja 2014 r. Zamawiający udzielił częściowych wyjaśnień treści SIWZ oraz dokonał zmiany treści SIWZ.

W ocenie Odwołującego wyjaśnienia treści SIWZ oraz zaniechanie przez Zamawiającego dokonania zmian w treści SIWZ, w tym stanowiącego załącznik do SIWZ projektu umowy, naruszają przepisy ustawy Pzp, w sposób opisany poniżej.

Odwołujący wskazał na następujące zapytania do treści SIWZ, które w jego ocenie nie zostały dostatecznie wyjaśnione przez Zamawiającego (numeracja poniższych pytań odpowiada numeracji wskazanej w wyjaśnieniach Zamawiającego, gdyż jest ona rozbieżna z numeracją zawartą w treści pytań Odwołującego).

Pytanie numer 6

Odwołujący zwracał się do Zamawiającego o podanie mu informacji dotyczących wzoru Ogólnych warunków umowy Nr GW-7.ZP.U.273.18.2014.MK pozwalających oszacować koszt i czas realizacji zamówienia. Pytanie dotyczyło wyjaśnienia treści §3 ust. 8 pkt 10 OWU. Odwołujący wnosił o wskazanie z jakich źródeł wykonawca będzie przenosić dane Zamawiającego, w celu zasilenia danymi systemów do obsługi ewidencji nieruchomości, stanowiących własność Skarbu Państwa lub własność jednostek samorządu terytorialnego oraz do przeprowadzenia ewidencji zabytków.

W ocenie Odwołującego odpowiedź Zamawiającego jest zdawkowa. W odpowiedzi na wniosek Odwołującego, o sporządzenie u poszczególnych Partnerów wykazu posiadanych systemów elektronicznych, z których dokonywana będzie migracja danych, Zamawiający, aby uniknąć właściwego, ale pracochłonnego przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, ułatwił sobie zadanie, wskazując, aby przyjąć, że dane są wyłącznie w formie papierowej.

Takie wyjaśnienie narusza wprost wynikający z art. 29 ust. 1 i 3 ustawy Pzp nakaz jednoznacznego i precyzyjnego oraz dokonanego za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, opisu przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia, dokonany przez Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu oszacowanie zarówno kosztów jak i czasu realizacji zamówienia. W ocenie Odwołującego, to Zamawiający ma wiedzę i powinien ją przedstawić Odwołującemu, o tym jaką ilość dokumentów w formie papierowej Odwołujący

będzie musiał przenieść z systemów Partnerów do nowo tworzonego systemu. Jest oczywistym, że ręczne wprowadzanie danych do systemów elektronicznych jest zadaniem pracochłonnym i czasochłonnym, które jest wprost zależne od ilości tych dokumentów. Zamawiający poprzestał tylko na informacji, że należy zakładać, iż dokumenty są w formie papierowej, nie określając ich ilości. Odwołujący wskazał, że takie wyjaśnienia wskazują na niegospodarność i marnotrawienie środków publicznych przez Zamawiającego. Zamawiający zaniechał bowiem prawidłowego przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, poprzez uzyskanie od swych Partnerów informacji na temat systemów elektronicznych, z których korzystają, i w których gromadzone są dane. Odwołujący wskazał, że realizuje identyczny projekt dla innego województwa, w którym wykaz systemów Partnerów - czyli jednostek samorządu terytorialnego, z których dokonywana ma być migracja danych, stanowi jeden z załączników do SIWZ. Zamawiający zaniechał pozyskania tych informacji od Partnerów, w celu precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia. Dla ułatwienia sobie zdania skwitował pytanie wyjaśnieniem, żeby odwołujący zakładał, że będzie przenosił dane do systemu z formy papierowej, nie określając ilości tych danych w formie papierowej.

Pytanie 14

Odwołujący wskazał, że pytanie dotyczyło wniosku Odwołującego o podanie informacji, dotyczących oczekiwanego obciążenia systemów u poszczególnych Partnerów. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie udzielił odpowiedzi bowiem nie sposób uznać za odpowiedź informacji, że do Wykonawcy należy szacowanie obciążenia generowanego przez poszczególne systemy dziedzinowe. Odwołujący wskazał, że choć jest specjalistą w swej dziedzinie, to Zamawiający ma wiedzę, o tym, jakie jest obciążenie istniejących systemów u poszczególnych Partnerów. W ocenie Odwołującego, bez wskazania przez Zamawiającego przewidywanego obciążenia Odwołujący nie może oszacować obciążenia i zapewnić odpowiednich wydajności.

Pytanie 24

Odwołujący wskazał, że w treści wymagania 0.3 Zamawiający precyzuje dostosowanie wyglądu linii graficznej dla systemu Zamawiającego. W odpowiedzi na pytanie Odwołującego, Zamawiający oczekuje poprawy ergonomii pracy w zamawianym systemie. Odwołujący podkreślił, że w świetle złożonych wyjaśnień wynika, iż Zamawiający oczekuje dostarczenia systemu dedykowanego „na zamówienie”, który będzie posiadał zgodny z linią eUrzędu wygląd oraz zachowanie (flow działania aplikacji). Zamówienie dedykowanego systemu, w przypadku istniejących na rynku wyłącznie SD skutecznie działających, stanowi bezzwrotny

koszt inwestycji i jednocześnie nakłada na wykonawców oszacowanie zamówienia w postaci systemu dedykowanego. Tym samym, Zamawiający, w sposób nieuzasadniony swymi potrzebami, podwyższa koszty kalkulacji przedmiotu zamówienia. Takie niepełne wyjaśnienia można zatem uznać, za wskazujące na niegospodarność Zamawiającego.

Pytanie 25

Odwołujący wskazał, iż znowu wnosił o podanie informacji umożliwiających mu oszacowanie przedmiotu zamówienia - wnosił o podanie typografii projektu e-Urząd. W ocenie Odwołującego, odpowiedź Zamawiającego jest niepełna. Przytoczony przez Zamawiającego wzór jest zbyt mało precyzyjny i nie definiuje pełnej wizualizacji działania (np. brak pól formularzy, brak działania na rejestrach, brak komunikatów potwierdzeń, powiadomień, ostrzeżeń), brak w przytoczonym przez Zamawiającego szablonie zachowania (ergonomii), na którym zależy Zamawiającemu. W ocenie Odwołującego taki w istocie brak wyjaśnień ze strony Zamawiającego, uniemożliwia Odwołującemu prawidłowe skalkulowanie oferty, tym samym Zamawiający narusza art. 29 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Pytanie 29

Odwołujący wskazał, iż w tym pytaniu wnosił o wyjaśnienie wprowadzenia mechanizmów konfigurowalnych do weryfikacji danych. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na pytanie. Odwołujący wnosił o wyjaśnienie na jakim etapie projektu będą wprowadzane (analiza, implementacja, wdrożenie, szkolenie, utrzymanie) reguły walidacyjne. Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na te pytania. Nie odpowiedział kto będzie ponosił odpowiedzialność za poprawne działanie systemu. W ocenie Odwołującego, Zamawiający również posłużył się w opisie przedmiotu zamówienia pojęciami nieprecyzyjnymi. Używanie pojęć „tam gdzie jest to możliwe”, albo „walidacji będą podlegały m.in.”. W ocenie Odwołującego, używanie takich sformułowań jest wprost sprzeczne z literalnym brzmieniem przepisu art. 29 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, bowiem uniemożliwia precyzyjne skalkulowanie oferty przez Odwołującego.

Pytanie 33

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zawarł wymóg dotyczący możliwości podpisywania dokumentów „podpisem osobistym”. W złożonych wyjaśnieniach wskazał, że wymóg ten dotyczy podpisywania dokumentu elektronicznego nowym dowodem osobistym w przypadku jego wprowadzenia w wyniku realizacji projektu

PL.ID. W ocenie Odwołującego, po raz kolejny Zamawiający nie udzielił precyzyjnej odpowiedzi na pytanie, a jedynie odwołał się do definicji *ignotum per ignotum*. Żądanie Zamawiającego sprowadza się do tego, by wykonawca realizował wymaganie integracji z ewentualnym przyszłym, nieznanym rozwiązaniem. Zamawiający nie wskazał specyfikacji realizacji tego wymogu, co uniemożliwia prawidłową kalkulację ofert, co narusza przepis art. 29 ust. 1 i 3 Pzp. W ocenie Odwołującego, tak sformułowane postanowienie i jego otwarty charakter uniemożliwia wykonawcy dokonanie właściwej analizy i podjęcia decyzji dotyczącej przystąpienia do przetargu, a także uniemożliwia właściwe skalkulowanie oferty. Podpisywanie elektroniczne podpisem osobistym (projekt PL.ID) w dniu składania oferty nie istnieje, nie posiada specyfikacji, tym samym Zamawiający nie ma możliwości opisanego w sposób precyzyjny. Wymóg zatem powinien zostać wykreślony. Niewyjaśnienie w tym zakresie opisu przedmiotu zamówienia sprawia, że doszło do naruszenia normy wynikającej z art. 29 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Pytanie 36

Odwołujący wskazał, że pytanie dotyczyło opisu przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego, następcze definiowanie przez Zamawiającego „transferu wiedzy” jako obejmującego dwa rodzaje działań: transmisje i absorpcje, prowadzi do jeszcze większego zagmatwania intencji Zamawiającego, ponieważ wprowadza kolejną definicję *ignotum per ignotum*. Odwołujący wskazał, że Zamawiający zamiast, dokonać przejrzystego opisu przedmiotu zamówienia, używając oczywistych i jasnych określeń „szkolenie” lub „instruktaż”, nie udzielił w istocie wyjaśnień SIWZ, ale doprowadził do jeszcze większego zagmatwania opisu. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie udzielił odpowiedzi, jaki będą konsekwencje tego, że użytkownicy jednak nie przyswoją przekazywanej im wiedzy, a jedynie wyjaśnił, że w ich interesie jest by absorpcja wiedzy była skuteczna. Niejasne postanowienia w tym zakresie w przyszłości prowadzić mogą do licznych problemów. Odwołujący wskazał również, że Zamawiający w ogóle nie udzielił odpowiedzi na wskazane w tym punkcie pytania 9) i 10), przez co niemożliwym staje się oszacowanie przedmiotu zamówienia oraz określenie jednoznacznych kryteriów do realizacji wymagania l.p.040.

Pytanie 40

Odwołujący wskazał, iż w tym pytaniu wnosił o wskazanie przyczyny integracji ze skanerami, kserokopiarkami oraz faksami, skoro w wymaganiu wymieniono jedynie wydruk materiałów. W ocenie Odwołującego, Zamawiający w odpowiedzi nie określił zakresów funkcjonalnych, w których przedmiotowe urządzenia miałyby zostać wykorzystane. Stąd brak jest przesłanek do

ponoszenia kosztów integracji ze skanerami, kserokopiarkami oraz faksami. Takie wyjaśnienia opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwiają Odwołującemu prawidłowe skalkulowanie oferty, opis przedmiotu zamówienia jest zatem sprzeczny z art. 29 ust. 1 i 3 Pzp.

Pytanie 41

Odwołujący wskazał, iż w pytaniu nr 41 wnosił o wymienienie przez Zamawiającego formularzy elektronicznych, o których jest mowa w wymaganiu, bowiem nieokreślenie przez Zamawiającego zakresu oczekiwań, uniemożliwia wykonawcy oszacowanie wartości zamówienia. Odpowiedź Zamawiającego jest zaskakująca, gdyż nie zamierza on podać, jakich formularzy oczekuje, chce aby określił to wykonawca. Takie zaniechanie udzielenia odpowiedzi przez Zamawiającego jest rażąco sprzeczne z art. 29 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Pytanie 49

Odwołujący wnosił o wymienienie wszystkich niezbędnych i możliwych czynności przewidzianych w ustawie Pzp, których przeprowadzenie system musi zapewniać. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na to pytanie, odwołał się jedynie do ustawy Pzp. Takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ rażąco narusza art. 29 ust. 1 i 3 Pzp. To obowiązkiem Zamawiającego jest wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, poszukiwanie przez wykonawcę odpowiedzi na pytanie jakie dokumenty ma generować system w ustawach, rażąco narusza wymogi nałożone na Zamawiającego normą zawartą w art. 29 ustawy Pzp.

Pytanie 61

W ocenie Odwołującego Zamawiający w odpowiedzi nie wyjaśnił definicji oprogramowania standardowego. Zamawiający wskazał, że środowisko programistyczne „jako powszechnie dostępne” jest oprogramowaniem standardowym. W przypadku komponentów są uważane za oprogramowanie standardowe „jeśli są powszechnie dostępne”. W ocenie Odwołującego, Zamawiający zastosował zatem kolejny raz definiowanie ignotum per ignotum. Nie wyjaśnił natomiast co rozumie pod pojęciem „powszechnie dostępne”. Wątpliwości rodzi choćby sytuacja, kiedy środowisko programistyczne wymaga zakupu odpowiedniej licencji, aktualnie niemożliwej do kupienia w wersji wykorzystywanej przez Wykonawcę. Odmowa udzielenia odpowiedzi w tym zakresie rodzi bardzo duże wątpliwości, co jest oprogramowaniem standardowym, na które Wykonawca ma udzielić licencji, a co jest oprogramowaniem dziedzinowym, do którego należy przenieść prawa autorskie. W ocenie Odwołującego,

niejasne jest czy środowisko deweloperskie wykonawcy, ponieważ "nie jest ogólnie dostępne" ma być traktowane jako oprogramowanie dziedzinowe/standardowe czy może nie spełnia żadnego z tych wymogów. Odwołujący w związku z odmową udzielenia przez Zamawiającego odpowiedzi w jednej z kluczowych dla tego zamówienia kwestii, nie ma jasności czy spełnia warunki udziału w przetargu. Taki opis przedmiotu zamówienia narusza normy wynikające z art. 29 ust. 1 i 3 Pzp.

Pytanie 65

W ocenie Odwołującego w przypadku tego pytania mamy analogiczną sytuację, jak w przypadku pytania 6, dotyczy bowiem odmowy odpowiedzi Zamawiającego o zakres migrowanych danych.

Pytanie 67

Odwołujący wskazał, że Zamawiający odmówił udzielenia odpowiedzi na pytanie o termin, w jakim Zamawiający ma zatwierdzić przekazany przez wykonawcę projekt. W ocenie Odwołującego, to uniemożliwia Odwołującemu prawidłowe skalkulowanie czasu realizacji oraz daje Zamawiającemu możliwość nieograniczonego w czasie opóźnienia realizacji przedmiotu zamówienia przez wykonawcę, a co za tym idzie żądania kar umownych. Odmowa udzielenia odpowiedzi w tym zakresie jest sprzeczna z podstawowymi zasadami porządku prawnego.

Pytanie 77

Odwołujący wyjaśnił, iż w tym pytaniu wnosił o usunięcie zwrotu „m.in”, albo doprecyzowania wymagania. Zamawiający odmówił dokonania zmian SIWZ w tym zakresie, i pozostawił katalog oczekiwań otwartym. W ocenie Odwołującego taki opis przedmiotu zamówienia jest wprost sprzeczny z art. 29 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, wskazujący na otwarte katalogi.

Pytanie 78

W ocenie Odwołującego Zamawiający odmówił udzielenia odpowiedzi na pytanie Odwołującego o zakres wykonywanych działań gminy, który Zamawiający chce wspierać. W odpowiedzi Zamawiający „zachęcił” wykonawcę do zapoznania się z treścią kilku ustaw min. o odpadach, o utrzymaniu czystości i porządku w gminach o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na to pytanie,

odwołał się jedynie do ustaw. Takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ rażąco narusza art. 29 ust 1 i 3 Pzp. To obowiązkiem Zamawiającego jest wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia! poszukiwanie przez wykonawcę odpowiedzi na pytania, w ustawach rażąco narusza wymogi nałożone na Zamawiającego normą zawartą w art. 29 Pzp.

Pytanie 82

W ocenie Odwołującego Zamawiający odmówił udzielenia Odwołującemu odpowiedzi na wniosek o doprecyzowanie zakresu rejestrów. Zamawiający znowu udzielił odpowiedzi jak w przypadku pytania nr 78, z identyczną argumentacją. Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na to pytanie, odwołał się jedynie do ustaw. W ocenie Odwołującego takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ rażąco narusza art. 29 ust. 1 i 3 Pzp. To obowiązkiem Zamawiającego jest wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, poszukiwanie przez Wykonawcę odpowiedzi na pytania, w ustawach rażąco narusza wymogi nałożone na Zamawiającego normą zawartą w art. 29 Pzp.

Pytanie 90

Odwołujący wskazał, że w przypadku tego pytania Odwołujący wnosił o doprecyzowanie zakresu obsługi aukcji i licytacji elektronicznych, o których mowa w wymaganiu ZP. 31. W ocenie Odwołującego, Zamawiający znowu odmówił udzielenia odpowiedzi, odwołując się jedynie do ustawy, wskazując, że zakres musi być zgodny z ustawą Pzp. Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na to pytanie, odwołał się jedynie do ustaw. Odwołujący wskazał, że takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ rażąco narusza art. 29 ust. 1 i 3 Pzp. To obowiązkiem Zamawiającego jest wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, poszukiwanie przez Wykonawcę odpowiedzi na pytania w ustawach rażąco narusza wymogi nałożone na Zamawiającego normą zawartą w art 29 Pzp.

Pytanie 93

Odwołujący wskazał, iż w zakresie powyższego pytania wniósł o sprecyzowanie wymagania, poprzez wskazanie zamkniętej listy dokumentów, które miałyby podlegać generowaniu w systemie. W odpowiedzi Zamawiający wskazał na otwarty katalog pism posługując się zwrotem „m.in.” Jak już wcześniej wyjaśniano wskazuje to na naruszenie norm z art. 29 ust 1 i 3, nakazujących wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, uniemożliwiający wykonawcy dokonanie prawidłowej kalkulacji oferty.

Pytanie 98

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie udzielił precyzyjnej odpowiedzi, a posługując się zwrotem „w szczególności” odwołał się do otwartego katalogu. Taki opis przedmiotu zamówienia jest, w ocenie Odwołującego, wprost sprzeczny z art. 29 ust 1 i 3 Pzp. Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, wskazujący na otwarte katalogi.

Pytanie 104

W ocenie Odwołującego Zamawiający udzielił niejasnej, niepełnej odpowiedzi. Wskazał, że naprawa gwarancyjna zostanie dokonana przez wykonawcę, jeżeli awaria nie była spowodowana celowym zaniedbaniem Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wyjaśnił drugiej i częstszej sytuacji, kiedy wina leży po stronie Zamawiającego, lecz nie była wywołana celowym zaniedbaniem Zamawiającego. W ocenie Odwołującego taki opis przedmiotu niezasadnie podnosi koszty zamówienia, bowiem Wykonawcy muszą to ryzyko w kalkulować w koszt zamówienia. Niezasadne rozszerzanie oczekiwań Zamawiającego, świadczy o jego niegospodarności w tym zakresie. Takie postanowienie jest niezgodne z art. 29 ust 1 i 3 ustawy Pzp.

Pytanie 114

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie udzielił Odwołującemu odpowiedzi na pytanie dlaczego kary umowne zastrzeżone są w umowie wyłącznie na rzecz jednej ze stron. W odpowiedzi Zamawiający powołał się na § 27 ust. 6 projektu umowy, który rzekomo miał takie kary przewidywać. Przepis ten dotyczy jednak zupełnie innych kwestii. W ocenie Odwołującego, pytanie Odwołującego pozostaje zatem bez odpowiedzi.

Pytanie nr 116

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie udzielił precyzyjnej odpowiedzi, posługując się zwrotem „w tym” odwołał się do otwartego katalogu. W ocenie Odwołującego, taki opis przedmiotu zamówienia jest wprost sprzeczny z art. 29 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, wskazujący na otwarte katalogi.

Pytanie 124

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na pytanie Odwołującego. Uniemożliwia to wycenę przedmiotu zamówienia. Brak podanych standardów jakie muszą wspierać poszczególne urządzenia/grupy urządzeń oraz nie został wskazany zakres (funkcjonalny) w jakim mają być wykorzystywane wymienione w wymaganiu urządzenia. Tym samym naruszone zostały normy wynikające z art. 29 ust. 1 i 3 Pzp.

Pytanie 129

Odwołujący wskazał, że powyższe pytanie dotyczy wymagania EN.5 dot. udostępnienia danych zawartych w systemie poprzez wskazanie formatu danych. Odwołujący wskazał, że Zamawiający udzielił odpowiedzi, że format danych ma zostać zaproponowany i uzgodniony z Zamawiającym na etapie Projektu Techniczno-Implementacyjnego. Tym samym uniemożliwia się wykonawcy dokładne oszacowanie przedmiotu zamówienia (Zamawiający powinien wskazać formaty, na etapie Projektu Techniczno-Implementacyjnego może nie zaakceptować formatów zaproponowanych przez wykonawcę). Tym samym naruszone zostały normy wynikające z art. 29 ust. 1 i 3 Pzp.

Pytanie 132

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie udzielił odpowiedzi. Odwołujący wskazał, że uzasadnienie zarzutów Odwołującego w zakresie pytania nr 132 jest identyczne, jak w przypadku pytania 6.

Pytanie 139

Odwołujący wskazał, że powyższe pytanie dotyczy wymagania 0.109 dot. charakteru otwartego wymagania – wymóg utworzenia wytycznych do polityki. W ocenie Odwołującego Zamawiający udzielił wymijającej odpowiedzi, pozostawiając w wymaganiu charakter otwarty i pozostawiając w treść dokumentów, które będą utworzone do ustalenia z Zamawiającym już po wybraniu oferty. Uniemożliwia to właściwe skalkulowanie oferty na tym etapie przetargu. Tym samym naruszone zostały normy wynikające z art. 29 ust. 1 i 3 Pzp.

Pytanie 169

W ocenie Odwołującego Zamawiający znowu nie udzielił Odwołującemu odpowiedzi na pytanie dotyczące określenia liczby formularzy, które mają zostać opracowane w ramach

Systemu Dziedzinowego. Zamawiający posłużył się ogólnikowym stwierdzeniem, że „oczekuje opracowania formularzy przez Wykonawcę w oparciu o obowiązujące przepisy prawa w obszarach, w których działania Partnerów będą wspierane przez poszczególne Systemy Dziedzinowe. Odwołujący zarzucił, że Zamawiający odmawia wyczerpującego i precyzyjnego określenia opisu przedmiotu zamówienia, wynikającego z art. 29 ust. 1 i 3, czym uniemożliwia Odwołującemu przygotowanie oferty.

Pytanie 172

W ocenie Odwołującego Zamawiający odpowiedział na pytanie w sposób tak ogólny, że w jeżeli chodzi o spełnienie wymagania 0.56 dotyczącego wykonania i uzupełnienia słowników dla systemów dziedzinowych, to nie sprecyzowano tego, jakie słowniki mają być dostarczone przez wykonawcę ani jaki jest ich zakres uzupełnienia. W ocenie Odwołującego jest to kolejne wymaganie, które bez określonych ram jego realizacji może w praktyce uniemożliwić zakończenie wdrożenia. Zamawiający wskazuje, że wykaz takich słowników będzie musiał być określony w projekcie techniczno- implementacyjnym, czyli już na etapie realizacji, a nie na etapie przygotowań do przetargu. Uniemożliwia to oszacowanie kosztów realizacji zamówienia, jak również powoduje dużą dowolność w interpretacji wymagania zarówno po stronie Zamawiającego jak i Wykonawcy. W ocenie Odwołującego, Zamawiający odmawia wyczerpującego i precyzyjnego określenia opisu przedmiotu zamówienia, wynikającego z art 29 ust 1 i 3, czym uniemożliwia Odwołującemu się przygotowanie oferty.

Pytanie 174

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wskazuje w odpowiedzi na pytanie Odwołującego, że systemy dziedzinowe wdrażane w ramach przetargu muszą się integrować ze wszystkimi, bliżej niesprecyzowanymi systemami używanymi przez Partnerów, w tym dodatkowo wykonawca powinien udostępniać pełną dokumentacją umożliwiającą integrację, ponieważ to raczej systemy dotychczas używane przez Partnerów mają się integrować z systemami dziedzinowymi będącymi przedmiotem zamówienia. Zamawiający wyjaśnia „(...) Zamawiający oczekuje dostarczenia takich mechanizmów w Systemach Dziedzinowych (wraz z kompletną dokumentacją), które umożliwią w przyszłości dostawcom innych narzędzi ich integrację”. Wskazuje to wprost, że wykonawca ma zintegrować się z bliżej niesprecyzowaną liczbą systemów w pełnym stopniu, umożliwiając równocześnie wgląd w dokumentację systemu firmom trzecim, niebędącym w żadnym stopniu powiązanych z postępowaniem przetargowym. W żadnym stopniu nie chroni to praw dostępu autorowi oprogramowania (systemów dziedzinowych), pozwala na dowolne pobieranie danych z tych systemów firmom trzecim, co

jest zaprzeczeniem prawa do ochrony praw autorskich oraz dostępu do danych i ich ochrony. Oznacza to pełny dostęp do danych systemów dziedzinowych ze strony konkurencji. W ocenie Odwołującego, Zamawiający odmawia wyczerpującego i precyzyjnego określenia opisu przedmiotu zamówienia, wynikającego z art. 29 ust. 1 i 3, czym uniemożliwia Odwołującemu przygotowanie oferty.

Pytanie 186

Odwołujący wskazał, że Zamawiający odpowiadając na powyższe pytanie potwierdził jedynie, że załączniki wskazane w pytaniu stanowią jedynie wartość informacyjną i nie potwierdził interpretacji wykonawcy odnośnie tego, czy dokumenty te stanowią część innego postępowania przetargowego. Niemniej jednak w dalszej części pytania Wykonawca poprosił o sprecyzowanie wymagania WPR.54 pkt 4 o to, czy Zamawiający dostarczy wzór formatu wymiany danych pomiędzy systemami - Zamawiający nie dostarczy takiego wzoru, więc ponownie istnieje luka pozwalająca z jednej strony na dowolność wyboru formatu, z drugiej na brak pewności, czy dobrany przez wykonawcę format spełni wymagania Zamawiającego. Taki opis przedmiotu zamówienia jest sprzeczny z art. 29 ust. 1 i 3 Pzp.

Pytanie 187

Odwołujący wskazał, że w jego ocenie z odpowiedzi Zamawiającego dotyczącej wymagania WPR.54. wynika, że wykonawca musi zaproponować moduł (kształt modułu) polegający na wyszukiwaniu informacji. To zostało potwierdzone przez Zamawiającego. Oznacza to, że w chwili precyzowania wymagań Zamawiający ich de facto nie sprecyzował, więc zaproponowane przez wykonawcę rozwiązanie może być w każdej chwili odrzucone przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego taki opis przedmiotu zamówienia jest sprzeczny z art. 29 ust. 1 i 3 Pzp. Zasada wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia publicznego jest tym samym, co nakaz uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Użycie przez Zamawiającego w wyjaśnieniach do SIWZ sformułowań „m.in.", „w szczególności" przeczy istocie omawianej zasady. W ocenie Odwołującego należy uznać, że ww. wyjaśnienia naruszają wynikający wprost z art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp obowiązek polegający na opisie przedmiotu zamówienia „w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty".

2) Zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp polegających na niewprowadzeniu zmiany treści SIWZ pomimo faktu, że wniosek o

wyjaśnienie treści SIWZ złożony przez Odwołującego, który wpłynął do Zamawiającego w wymaganym terminie tj. do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert, zawierał pytania i wnioski, wskazujące na zaistnienie przesłanek uzasadniających wprowadzenie zmian do treści SIWZ.

Pytanie 18

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści SIWZ postawił wygórowane warunki udziału w postępowaniu, których nie spełnia nikt, lub najwyżej jeden wykonawca. Odwołujący żądał modyfikacji SIWZ, w taki sposób, aby jego zapisy nie ograniczały konkurencji. Zamawiający nie wykazał, aby tak wygórowane warunki udziału w postępowaniu uzasadnione były jego potrzebami. Kwestionowane przez Odwołującego postanowienia SIWZ znacznie, i co należy podkreślić w sposób nieuzasadniony celem postępowania, ograniczają grupę potencjalnych wykonawców, którzy mogą przystąpić do udziału w postępowaniu. Niezasadnie wykluczają przedsiębiorców, posiadających bogate doświadczenie w realizowaniu takich projektów, jak ten którego dotyczy przetarg. Odwołujący posiada prawdopodobnie największe doświadczenie w Polsce w zakresie realizacji takich projektów, realizował bowiem dwa największe projekty „Wrota Warmii i Mazur” oraz „e-świątkorzyskie”, czyli dysponuje niezbędną wiedzą, doświadczeniem oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a mimo to nie spełnia wygórowanych warunków udziału w niniejszym postępowaniu. W ocenie Odwołującego prowadzi do wniosku, że doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz narusza zasady uczciwej konkurencji, wynikających m.in. z art. 7 ustawy Pzp.

Pytanie 20

W ocenie Odwołującego Zamawiający zaniechał modyfikacji SIWZ, mimo iż jak argumentował Odwołujący, sformułowany przez Zamawiającego warunek nie jest poparty żadnym racjonalnym powodem po stronie Zamawiającego, a jedynie nadmiernie ogranicza konkurencję.

Pytanie 21

W ocenie Odwołującego Zamawiający zaniechał modyfikacji SIWZ w tym zakresie, mimo iż warunek, aby wykonawca dysponował osobą z doświadczeniem w realizacji projektów po stronie Zamawiającego, z 5 letnim doświadczeniem w prowadzeniu postępowań i udzielaniu zamówień publicznych po stronie Zamawiającego, z których co najmniej jedno było o wartości

przekraczającej kwotę wynikającą z art. 11 ust 8 Pzp, zdaje się mieć za cel rekompensowanie braków osób doświadczonych po stronie Zamawiającego. W ocenie Odwołującego taki warunek jest niedopuszczalny. To Zamawiający powinien zadbać o posiadanie odpowiedniej kadry specjalistów do przeprowadzenia postępowania, a nie oczekiwać zatrudnienia takiej osoby przez wykonawcę, w celu wspierania Zamawiającego w określeniu przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego takie sformułowanie warunku godzi w istotę zamówień publicznych, narusza również zasady wynikające z art. 7 Pzp oraz 15 ustawy Pzp.

Pytanie 39

W ocenie Odwołującego zaniechanie przez Zamawiającego dokonania zmian w SIWZ, w zakresie określonym w pytaniu, prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Pytanie 50

Odwołujący wskazywał na konieczność modyfikacji postanowień SIWZ w zakresie oczekiwania przez Zamawiającego, że wykonawca „opracuje propozycje zmian do regulaminów organizacyjnych/ statutów Partnerów, uwzględniając strukturę organizacyjną oraz konieczność zmiany organizacji pracy spowodowanej wdrożeniem systemów dziedzinowych w formie ogólnych wytycznych”. W ocenie Odwołującego, wprowadzenie takiego obowiązku po stronie wykonawcy nie pozostaje w żadnym związku z przedmiotem zamówienia. Tworzenie regulaminów i Statutów JST nie ma żadnego związku z przedmiotem zamówienia, którym jest opracowanie systemów informatycznych. W ocenie Odwołującego taki warunek jest niedopuszczalny. To Zamawiający powinien zadbać o posiadanie odpowiedniej kadry specjalistów, którzy opracują stosowne Statuty i Regulaminy. Trudno oczekiwać zatrudnienia takiej osoby przez Wykonawcę, w celu wspierania Zamawiającego w tym zakresie. Takie sformułowanie warunku godzi w istotę zamówień publicznych, narusza również zasady wynikające z art. 7 Pzp oraz art. 15 Pzp.

Pytanie 69,107

W ocenie Odwołującego Zamawiający zaniechał dokonania zmian w SIWZ w zakresie przenoszenia praw autorskich do oprogramowania standardowego lub dziedzinowego i przenoszenia własności kodów źródłowych. Odmowa zmian w tym zakresie sprawia, że prawdopodobnie nikt nie będzie dysponował oprogramowaniem, do którego będzie musiał przenieść prawa autorskie lub najwyżej jeden wykonawca. W ocenie Odwołującego,

wykonawcy nie mogą przekazać praw autorskich i kodów źródłowych, ponieważ wykorzystywane przez nich zewnętrzne komponenty, które "nie są ogólnodostępne" np. zakupione licencje na podpis elektroniczny, przeróżne komponenty wizualne - uniemożliwiają przeniesienie praw autorskich, bowiem wykonawcy posiadają na nie wyłącznie licencje. Dodatkowo środowisko deweloperskie, z którego korzystają wykonawcy, nie jest ogólnodostępne. Jak wskazywano już wyżej są bardzo duże wątpliwości, co jest oprogramowaniem standardowym (na to trzeba udzielić licencji), a co jest oprogramowaniem dziedzinowym - i w związku z tym czy środowisko deweloperskie, jako że "nie jest ogólnodostępne" ma być traktowane jako oprogramowanie dziedzinowe/standardowe, czy może nie spełnia żadnego z tych wymogów. W ocenie Odwołującego stawianie tak wygórowanych wymogów przez Zamawiającego w sposób niezasadny podnosi koszty realizacji zamówienia i ogranicza konkurencję.

Pytanie 113

Odwołujący wskazał, że zaniechanie przez Zamawiającego dokonania zmiany SIWZ w zakresie określonym w pytaniu, prowadzi do sytuacji, że Zamawiający będzie mógł bez żadnych ograniczeń odrzucać wszystkie zaproponowane przez wykonawcę rozwiązania w zakresie Oprogramowania Standardowego. To do niego bowiem należy decyzja odnośnie akceptacji lub braku akceptacji Oprogramowania Standardowego. Wymogi stawiane oprogramowaniu, powinny być przez Zamawiającego sformułowane w taki sposób, aby wykonawca miał pewność, że wykonanie oprogramowania zgodnie z wymogami będzie zapewniało odbiór przedmiotu zamówienia. Pozostawianie uznaniowej decyzji w tym zakresie Zamawiającemu jest niedopuszczalne i narusza w ocenie Odwołującego obowiązek precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia z art. 29 Pzp.

3) Zaniechanie czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, to znaczy niedokonanie unieważnienia przedmiotowego postępowania, pomimo że przedmiotowe postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, które może mieć wpływ na wynik postępowania

Odwołujący wskazał, że obligatoryjna przesłanka unieważnienia postępowania, określona w art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp, jest związana z przepisem art. 146 ust 1 pkt 1-6 Pzp, mimo że art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp nie wprowadza takiej łączności wprost. Wiąże się to jednak z tym, że w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp wskazano na przesłankę „uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy”, a art. 146 ust. 1 pkt 1-6 Pzp wlicza sześć przyczyn, które powodują

skutek w postaci unieważnienia umowy. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się pogląd, że podstawę do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp stanowi nie tylko treść art. 146 ust. 1 (kwalifikowanie wady postępowania), ale także sytuacja wskazana w art. 146 ust 6 Pzp (wyrok KIO z 2 czerwca 2011 r., KIO 1033/11, LexPolonica nr 2552015,; wyrok KIO z 31 marca 2011 r., KIO 582/11, LexPolonica nr 2524213; wyrok KIO z 2 czerwca 2011 r., KIO 1037/11, LexPolonica nr 2555608).

W ocenie Odwołującego do przesłanek warunkujących unieważnienie postępowania należą takie, które wiążą się z rażącym naruszeniem przepisów ustawy. W orzecznictwie zaliczono do nich m.in. niezastosowanie przepisów związanych z oszacowaniem wartości przedmiotu zamówienia (wyrok KIO UZP z 9 maja 2008 r., KIO/UZP 397/08, LexPolonica nr 2119000) czy też sformułowanie kryteriów oceny ofert w sposób uniemożliwiający dokonanie ich oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty (wyrok ZA UZP z 22 września 2006 r., UZP/ZO/0-2476/06, LexisNexis nr 2123567; wyrok KIO UZP z 8 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 343/10, LexPolonica nr 2252657; wyrok KIO UZP z 26 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 589/10, niepubl.). W ocenie Odwołującego w niniejszej sprawie doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych we wskazanym wyżej zakresie. Zamawiający poprzez przerzucenie na Wykonawcę obowiązku dokonania opisu przedmiotu zamówienia, nie tylko nie zastosował przepisów związanych z oszacowaniem wartości przedmiotu zamówienia art. 29 ust. 13 oraz art. 15 Pzp, ale również sformułował kryteria oceny ofert w sposób, który uniemożliwia dokonanie ich oceny i tym samym wybór najkorzystniejszej oferty. Zamawiający nie udzielił bowiem Odwołującemu odpowiedzi na pytanie jakich dokumentów, formularzy oczekuje od Wykonawcy w ramach opracowania i wdrożenia systemów dziedzinowych. W wyjaśnieniach wskazał jedynie, że to Wykonawca ma dokonać ich wyboru na podstawie wszystkich obowiązujących przepisów prawa. Tak sformułowany warunek powoduje, że wyłania się kolejna wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, którą obarczone jest przedmiotowe postępowanie. Chodzi bowiem o nieprecyzyjne określenie sposobu obliczenia ceny oferty jako istotnego elementu SIWZ i dalsze potwierdzanie tych rozbieżności w wyjaśnieniach dotyczących treści SIWZ i opisu przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie KIO bezspornie taka czynność Zamawiającego jest wadą, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, (por. wyrok KIO UZP z 28 stycznia 2008 r., KIO/UZP 59/07, LexPolonica nr 2058157).

Zarzut naruszenie dyscypliny finansów publicznych

W ocenie Odwołującego, powołane wyżej błędne postanowienia SIWZ, których modyfikacji zaniechał Zamawiający, oraz zaniechanie udzielenia precyzyjnych odpowiedzi na pytania

Odwołującego, stanowią również naruszenie dyscypliny finansów publicznych: W art. 17 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych sprecyzowane zostały przypadki naruszenia dyscypliny finansów publicznych, związane ze stosowaniem przepisów w zakresie zamówień publicznych.

I tak Odwołujący wskazał, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niezgodne z przepisami o zamówieniach publicznych opisanie przedmiotu zamówienia publicznego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 17 ust. 1 pkt 1 u.n.d.f.p.). W ocenie Odwołującego nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez Zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić oferent musi dostarczyć jeden konkretny produkt. Rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, może stanowić naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego w specyfikacji dotyczącej zamówienia publicznego „Opracowanie i wdrożenie systemów dziedzinowych realizowanych w ramach projektu „Rozwój elektronicznej administracji w samorządach województwa mazowieckiego wspomagającej niwelowanie dwudzielności potencjału województwa” opis przedmiotu zamówienia został sformułowany w sposób nadmierny, a działanie takie należy uznać za sprzeczne z ustawą o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i stanowi naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy. W ocenie Odwołującego w niniejszej sprawie naruszenie może stanowić niezachowanie zasady proporcjonalności. W myśl przywołanego wyżej przepisu, opis powinien być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co oznacza, że powinien być adekwatny do osiągnięcia celu postępowania, czyli wyboru wykonawcy, który wykona zamówienia i to z należytą starannością. Stawianie tak rygorystycznych warunków narusza zasadę adekwatności, bowiem wykonawcy niespełniający warunków opisanych w § 5 SIWZ również są w stanie wykonać zamówienie z należytą starannością. Ponadto, pojęcie „proporcjonalnego opisu” nie oznacza, że powinien być on tożsamy wobec przedmiotu zamówienia. Jego funkcją jest bowiem tak określić poziom warunków udziału w postępowaniu, aby ich niespełnienie powodowało powstanie ryzyka niewykonania zamówienia. Obniżenie tych rygorystycznych warunków nie spowoduje, że ryzyko powstanie, co potwierdza tezę o nieproporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego niezgodne z przepisami dotyczącymi zamówień publicznych było również określenie kryteriów oceny ofert i jest to kolejna przesłanka odpowiedzialności z tytułu

naruszenia dyscypliny finansów publicznych (art. 17 ust. 1 pkt 4 u.n.d.f.p.). W przedmiotowej sprawie przy stawianiu bardzo rygorystycznych wymagań, które w zasadzie jest w stanie spełnić tylko jeden podmiot, w istocie możemy mówić o dyskryminacji. Jeżeli więc Zamawiający wprowadził do postępowania kryterium, które spełnia tylko jeden Wykonawca, ponieważ dysponuje wymaganym przez Zamawiającego rozwiązaniem, wówczas należy liczyć się z prawdopodobieństwem skutecznego podniesienia zarzutu naruszenia w sposób pośredni zasady uczciwej konkurencji i pozorności kryterium (wyrok KIO z 22 września 2010 roku, KIO/UZP 1934/10).

Korekty finansowe

Odwołujący wskazał, że obowiązek dokonywania korekt finansowych w przypadku wykrycia nieprawidłowości w wykorzystaniu środków pochodzących z funduszy UE wynika z art. 39 ust. 1 i 3 rozporządzenia Rady (WE) nr 1260/1999 z dnia 21 czerwca 1999 r. ustanawiającego przepisy ogólne w sprawie funduszy strukturalnych (w odniesieniu do perspektywy finansowej 2004-2006) oraz art. 98 i 99 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1260/1999 (w odniesieniu do perspektywy finansowej 2007-2013). Uwzględniając powyższe przepisy oraz zalecenie Trybunału Obrachunkowego Komisja Europejska opracowała Wytyczne do określania korekt finansowych nakładanych na wydatki ponoszone z funduszy strukturalnych lub Funduszu Spójności w przypadku naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych. Dokument ten zawiera skierowane do władz Państw Członkowskich zalecenie stosowania określonych w nich korekt finansowych lub wprowadzenia analogicznych systemów opracowanych na poziomie krajowym. Wytyczne mają również pomóc służbom Komisji zapewnić wspólne podejście przy rozpatrywaniu poszczególnych przypadków nieprawidłowości. Wysokość korekt finansowych wymierzanych za naruszenia prawa zamówień publicznych związanych z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE określa tzw. Taryfikator. Wysokość tych korekt powinna uwzględniać z jednej strony rodzaj lub stopień naruszenia, z drugiej zaś skutki finansowe naruszenia dla wydatków ze środków funduszy UE. W tabeli w pkt 16 została sprecyzowana wysokość korekty finansowej w odniesieniu do określenia dyskryminacyjnych warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów oceny ofert W tej kategorii naruszeń mieści się naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i który nie zapewnia równego traktowania wykonawców oraz naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 91 ust.2 ustawy

Pzp, poprzez określenie kryteriów oceny ofert w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz nie zapewnia równego traktowania wykonawców. Wysokość korekty w opisaney wyżej sytuacji wynosi 25%. Wysokość korekty może zostać obniżona do 10 % lub 5 % w zależności od wagi nieprawidłowości. Mechanizm korekt finansowych polega w konsekwencji na wycofaniu finansowania w przypadku, gdy płatności na rzecz projektów wspieranych przez Unię Europejską zostały dokonane błędnie, tj. przy ich wydatkowaniu stwierdzono nieprawidłowości. Korekty finansowe mogą polegać na anulowaniu całości lub części wkładu UE w dany program operacyjny. Jest więc bardzo dolegliwą konsekwencją finansową.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła w niniejszym postępowaniu następujące dowody: (i) SIWZ wraz ze zmianami z dnia 11 czerwca 2014 r. na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia; (ii) zapytania do treści SIWZ Odwołującego z dnia 28 kwietnia 2014 r. na okoliczność ustalenia treści pytań zadanych przez Odwołującego; (iii) pisma Zamawiającego z dnia 21 maja 2014 r. zawierającego odpowiedzi na pytania Odwołującego z dnia 28 kwietnia 2014 r. oraz zmian do treści SIWZ na okoliczność ustalenia treści złożonych przez Zamawiającego wyjaśnień oraz zmian do treści SIWZ.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Opracowanie i wdrożenie Systemów Dziedzinowych realizowanych w ramach projektu Rozwój elektronicznej administracji w samorządach województwa mazowieckiego wspomagającej niwelowanie dwudzielności potencjału województwa.*

Ogłoszenie o zamówienie zostało opublikowane z Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 kwietnia 2014 r. pod numerem 2014/S 072-124248.

W dniu 28 kwietnia 2014 roku Odwołujący zgodnie z art. 38 ustawy Pzp oraz pkt 7 SIWZ zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie lub uzasadnienie przedstawionych w załączniku do pisma pytań. Izba ustaliła, że Odwołujący zadał 123 Zamawiającemu (dowód: pismo Odwołującego z dnia 28 kwietnia 2014 r.)

W dniu 21 maja 2014 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania Odwołującego z dnia 28 kwietnia 2014 r. (dowód: pismo Zamawiającego z dnia 21 maja 2014 r.)

Izba ustaliła, że Odwołujący zakwestionował treść udzielonych odpowiedzi w zakresie następujących pytań (numeracja przyjęta w piśmie Zamawiającego z dnia 21 maja 2014 r.) – nr 6, 14, 18, 20, 21, 24, 25, 29, 33, 36, 39, 40, 41, 49, 50, 61, 65, 67, 69, 77, 78, 82, 90, 93, 98, 104, 107, 113, 114, 116, 124, 129, 132, 139, 169, 172, 174, 186, 187.

Izba ustaliła, że w dniu 11 czerwca 2014 r. Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ. Zmiana treści SIWZ dotyczył zapisów SIWZ kwestionowanych przez Odwołującego w pytaniach nr 6, 33, 65, 93, 104, 124, 129, 132.

Izba zważyła co następuje:

Izby ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający do jego złożenia. Należy bowiem wskazać, że: „Zgodnie z powołanym przepisem środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i SIWZ” (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10).

Izba oddaliła wniosek o odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp uznając, że brak jest w przedmiotowym stanie faktycznym możliwości odrzucenia w całości, z zarazem brak jest podstaw prawnych do

odrzućenia odwołania w części. Analiza argumentacji Zamawiającego zawarta w odpowiedzi na odwołanie w zestawieniu z argumentacją Odwołującego przedstawioną w treści odwołania oraz na posiedzeniu z udziałem stron, dała Izbie wystarczające podstawy do uznania, że zarzuty jakie Odwołujący podniósł w stosunku do pytań oznaczonych nr 14, 18, 20, 21, 24, 25, 36, 41, 50 (w zakresie żądania zmian do SIWZ), 77, 107, 113, 139 oraz 172 były spóźnione. Powyższe zarzuty winny zostać sformułowane w ramach ewentualnego środka ochrony prawnej. Izba uzasadniła szczegółowo w dalszej części niniejszego wyroku podstawy do przyjęcia powyższego stanowiska.

Dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania również kluczowe znaczenie miała czynność Odwołującego dokonana w dniu 13 czerwca 2014 r. Odwołujący w piśmie procesowym, które wpłynęło do Izby w dniu 13 kwietnia 2014 r. wycofał odwołanie w zakresie zarzutów podniesionych w stosunku do pytań oznaczonych nr 33, 98, 124, 129 oraz 186. Stanowisko to potwierdził oświadczeniem złożonym do protokołu podczas rozprawy. Powyższa sytuacja ma zasadniczy wpływ na proces orzekania. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradyktoryjny, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, polegającym na rozstrzygnięciu sporu pomiędzy odwołującym a zamawiającym. W sytuacji, gdy co do części podniesionych zarzutów, spór nie istnieje, to prowadzenie postępowania w tym zakresie staje się bezprzedmiotowe. W zakresie pytań 33, 98, 124, 129 oraz 186 spór między stronami wygasł na skutek wycofania odwołania w tym zakresie. W konsekwencji, pytania te nie były przedmiotem merytorycznego rozpoznania przez Izbę, a zarzuty w nich zawarte podlegają oddaleniu.

Ponadto, zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołania z dnia 11 czerwca 2014 r., Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie treści SIWZ kwestionowanej w pytaniach nr 6, 65, 93, 104 oraz 132. Na potwierdzenie dokonanych zmian, Zamawiający przedłożył odpowiedni wydruk ze strony internetowej. W konsekwencji, Izba stanęła na stanowisku, że wobec dokonanej zmiany, zarzuty Odwołującego zawarte w pytaniach nr 6, 65, 93, 104 oraz 132 nie podlegają merytorycznemu rozstrzygnięciu przez Izbę. Skoro Zamawiający zmienił w tym zakresie treści SIWZ, to podstawa faktyczna zarzutów przywołana przez Odwołującego w treści odwołania nie jest aktualna w chwili orzekania przez Izbę i nie może ona stanowić podstawy orzekania przez Izbę. W konsekwencji zarzuty zawarte w tych pytaniach podlegają oddaleniu. Odwołującemu przysługuje prawo wniesienia odwołania wobec nowej treści SIWZ w terminie 10 dni od jej publikacji na stronie internetowej Zamawiającego.

Zarzuty podniesione z uchybieniem 10-dniowego terminu na wniesienie odwołania wobec treści SIWZ

W ocenie Izby zarzuty jakie Odwołujący przedstawił w pytaniach oznaczonych nr 14, 18, 20, 21, 24, 25, 36, 41, 50 (w zakresie żądania zmian do SIWZ), 77, 107, 113, 139 oraz 172 były zarzutami spóźnionymi i w konsekwencji nie były one przedmiotem merytorycznego rozstrzygnięcia ze strony Izby.

Zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zamawiający jest zobowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż w terminach określonych w ustawie, jeżeli wniosek o wyjaśnienie wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert. Korzystanie z prawa do wniesienia przez wykonawcę odwołania wobec czynności udzielenia wyjaśnień przez zamawiającego nie może prowadzić do obejścia przepisów w zakresie terminów do wniesienia odwołania wobec treści ogłoszenia lub treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec postanowień SIWZ wnosi się w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, iż jeżeli w ocenie danego wykonawcy treść SIWZ jest niejednoznaczna, bo z opisu przedmiotu zamówienia nie wynika w jaki sposób zamówienie ma zostać wykonane i brak jest informacji umożliwiających złożenie oferty, to wykonawca taki winien złożyć odwołanie (postanowienie KIO z dnia 13 czerwca 2013 r. KIO 1164/12). W ocenie Izby, przyjęcie odmiennej interpretacji rodziłoby niebezpieczną praktykę obchodzenia przepisu art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Nie trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której wykonawca powziął informację o ogłoszeniu przetargu już po upływie ustawowego 10-dniowego terminu do wniesienia odwołania co do treści SIWZ. Dążąc do jego przywrócenia, występuje do zamawiającego o wyjaśnienia treści SIWZ w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp i żąda zmiany jej zapisów twierdząc, iż są one niejednoznaczne. Umożliwienie wykonawcom podejmowania takich działań powodowałby, iż termin do wniesienia odwołania co do treści SIWZ byłby niejako liczony osobno dla każdego wykonawcy od momentu zapoznania się przez każdego z nich z postanowieniami SIWZ. Takie działania stałoby w oczywistej sprzeczności z ratio legis art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, która wprowadza jeden termin zawity dla wszystkich wykonawców do wniesienia odwołania wobec treści SIWZ. Należy jednocześnie podkreślić, że jeżeli w treści odwołania wykonawca podaje analogiczną argumentację to tej jaką zamieścił w treści zapytania w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, to oczywistym jest, że już w dacie zadawania danego pytania wykonawca stał na stanowisku, że kwestionowane przez wykonawcę postanowienia SIWZ stanowi naruszenie ustawy Pzp, a

zatem już od chwili publikacji SIWZ na stronie internetowej zamawiającego biegł termin do wniesienia odwołania.

W ocenie Izby, poprzez pytania określone nr 14, 18, 20, 21, 24, 25, 36, 41, 50 (w zakresie żądania zmian do SIWZ), 77, 107, 113, 139 oraz 172 Odwołujący nie zmierzał do wyjaśnienia treści SIWZ tylko do jej zmiany polegającej bądź to na wprowadzeniu nowych zapisów bądź do na wykreśleniu istniejących zapisów. W ocenie Izby Odwołujący poprzez ww. pytania domagał się wprowadzenia zmian do SIWZ z uchybieniem ustawowych terminów. Treść kwestionowanych w powyższych pytaniach postanowień SIWZ był dostępna wykonawcom na stronie internetowej Zamawiającego od dnia 11 kwietnia 2014 r. i od tego dnia należało liczyć termin do wniesienia odwołania. Argument Odwołującego, iż treść SIWZ jest bardzo obszerna i jej analiza była niezwykle czasochłonna, nie usprawiedliwia w żadnej sposób uchybieniu terminowi do wniesienia odwołania. Skoro Odwołujący wyraża chęć realizacji skomplikowanego zamówienia na rzecz Zamawiającego, to musi jednocześnie posiadać niezbędne zaplecze profesjonalistów, którzy w ustawowych terminach dokonają analizy wymagań Zamawiającego i ustalą czy istnieje konieczność kwestionowania poszczególnych zapisów SIWZ drogą środków ochrony prawnej. Próba egzekwowania takich zmian w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp jest niedopuszczalna i stanowiłaby oczywiste naruszenie zasady równego traktowania wszystkich wykonawców. Brak jest bowiem przesłanek prawnych do uznania, że to właśnie Odwołujący winien mieć możliwość kwestionowania i zmiany treści SIWZ w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, a pozostali wykonawcy winni przestrzegać zawitego terminu określonego w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Co do poszczególnych pytań która Izba zauważa co następuje:

Pytanie nr 14

W ocenie Izby, przedstawiony zarzut należy zakwalifikować jako skierowany wobec treści SIWZ tj. opisu przedmiotu zamówienia. Zarzut ten podniesiony został z uchybieniem terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt. 2 Pzp, albowiem zarzuty wobec treści SIWZ w przypadku przetargu nieograniczonego wnosi się w terminie 10-ciu dni od zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego, co oznacza że termin upłynął w dniu 21 kwietnia 2014 r. Argumentacja przedstawiona w treści odwołania jest analogiczna do tej zawartej w treści pytania nr 14. Odwołujący zatem już w dacie zadawania pytania stał na stanowisku, że kwestionowane przez wykonawcę postanowienia SIWZ stanowi naruszenie ustawy Pzp, a zatem już od chwili publikacji SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego biegł termin do wniesienia odwołania. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał również, że udzielone

wyjaśnienie spowodowało taką modyfikację SIWZ, iż przed dokonaniem wyjaśnienia przez Zamawiającego podniesienie zarzutu objętego odwołaniem byłoby niemożliwe.

Pytanie nr 18, 20, 21, 24 (w zakresie kwestionowania warunku w Opisie Przedmiotu Zamówienia („OPZ”))

Odwołujący poprzez pytanie nr 18, 20, 21 oraz 24 dążył do zmiany SIWZ, z uchybieniem ustawowego terminu. Odwołujący domagał się zmiany zapisów treści SIWZ w zakresie określonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Wymagania Zamawiającego były znane od dnia publikacji SIWZ na stronie internetowej. Były określone w sposób jasny i precyzyjny. Jeśli w ocenie Odwołującego warunki określone przez Zamawiającego były wygórowane i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, właściwym środkiem do ich zmiany było wniesienia odwołania. Próba zmiany SIWZ po upływie 10-dniowego terminu należy uznać za niedozwoloną. Ponadto, zarzut Odwołującego o zaniechaniu dokonania przez Zamawiającego modyfikacji SIWZ w sposób określonych przez Odwołującego w treści pytania nr 18, 20, 21 należy uznać za bezpodstawny. Zgodnie bowiem z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający w uzasadnionych przypadkach ma możliwość zmiany treści SIWZ. Ustawodawca przyznał Zamawiającemu prawo do dokonania zmian SIWZ. Brak jest jednak po stronie Zamawiającego jakiegokolwiek obowiązku z tym zakresie. Jeśli więc w ocenie Zamawiającego nie istnieją podstawy do zmiany treści SIWZ na skutek pytań wykonawców, to trudno oczekiwać, tak jak chciałby Odwołujący, że Zamawiający dokona zmian zgodnie z treścią żądania zawartą w zapytaniu danego wykonawcy.

Pytanie nr 25, 41

W ocenie Izby poprzez pytanie nr 25 oraz 41 Odwołujący zmierzał do uzupełnienia treści SIWZ z uchybieniem ustawowego terminu. Zgodnie z treścią zapytania, Odwołujący domagał się podania określonych parametrów technicznych (pytanie nr 25) oraz formularzy elektronicznych (pytanie nr 41), których w jego ocenie nie było w treści SIWZ. Odwołujący dążył więc do zmiany treści SIWZ poprzez jej uzupełnienie. Argumentacja przedstawiona w treści odwołania jest analogiczna do tej zawartej w treści pytania nr 25 oraz 41. Odwołujący zatem już w dacie zadawania pytania stał na stanowisku, że kwestionowane przez wykonawcę postanowienia SIWZ stanowi naruszenie ustawy Pzp, a zatem już od chwili publikacji SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego biegł termin do wniesienia odwołania. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał również, że udzielone wyjaśnienie spowodowało taką modyfikację SIWZ, iż przed dokonaniem wyjaśnienia przez Zamawiającego podniesienie zarzutu objętego odwołaniem byłoby niemożliwe.

Pytanie nr 50

W ocenie Izby, w zakresie żądania Odwołującego zmierzającego do usunięcia z treści SIWZ zapisów dotyczących obowiązku wykonawcy opracowania propozycji zmian do regulaminów organizacyjnych statutów Partnerów, Odwołujący zmierzał de facto do zmiany treści SIWZ z uchybieniem ustawowego terminu. Treść obowiązku wykonawcy określonego w L.p. D.9 OPZ była znana Odwołującemu od dnia publikacji SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego tj. od dnia 11 kwietnia 2014 r. Zarówno zadanie pytania przez Odwołującego jaki i odpowiedź Zamawiającego nie przywróciły w żaden sposób Odwołującemu terminu do wniesienia odwołania. Odwołujący w treści odwołania podał analogiczną argumentację jaka została zawarta w treści zapytania, a zatem już w dniu zadania pytania stał na stanowisku, że wprowadzenie powyższych wymagań stanowi naruszenie ustawy Pzp, zatem już od chwili publikacji treści SIWZ w pierwotnym brzmieniu biegł termin na wniesienie odwołania. W ocenie Izby, instytucja wyjaśnień treści SIWZ nie może być wykorzystywana do przedłużenia terminu na wniesienie odwołania, co próbuje czynić Odwołujący poprzez powyższe pytanie.

Pytanie nr 36 (w zakresie żądania zmiany brzmienia treści SIWZ) 77, 107, 113, 139, 172

W ocenie Izby, z treści powyższych pytań w sposób jednoznaczny wynika, że Odwołujący, w ramach procedury wyjaśnień treści SIWZ, zmierzał bądź to do wykreślenia z treści SIWZ określonych zwrotów (pytanie nr 77 – żądanie wykreślenia zwrotu „m.in.”), żądanie wykreślenia z treści SIWZ określonych obowiązków nałożonych przez Zamawiającego na wykonawcę (pytanie nr 107 – żądanie usunięcia określonych wymagań dotyczących systemu; pytanie nr 113 - żądanie wykreślenie określonych postanowień dotyczących prawa własności intelektualnej; pytanie nr 139 – żądanie usunięcia wymagania określonego w pkt O.106 OPZ), bądź też uzupełnienia lub zmianę treści SIWZ (pytanie nr 36 – żądanie zmiany treści SIWZ w zakresie określonych pojęć; pytanie nr 172 – żądanie enumeratywnego wymienienia jakie słowniki ma przygotować i wypełnić wykonawca). W ocenie Izby zarzuty zawarte w powyższych pytaniach należy uznać za spóźnione i zmierzający jedynie wykorzystania procedury pytań do SIWZ to obejścia ustawowych terminów na wniesienie odwołania. Z treści pytań Odwołującego w sposób jednoznaczny wynika, że ich celem nie było wyjaśnienie treści SIWZ, ale dostosowanie brzemienia SIWZ do oczekiwań Odwołującego. Takie działanie nie jest objęte dyspozycją art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. Argumentacja przedstawiona w treści odwołania jest analogiczna do tej zawartej w treści powyższych zapytań. Odwołujący zatem już w dacie zadawania pytań stał na stanowisku, że kwestionowane przez wykonawcę postanowienia SIWZ stanowi naruszenie ustawy Pzp, a zatem już od chwili publikacji SIWZ

na stronie internetowej Zamawiającego biegł termin do wniesienia odwołania. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał również, że udzielone wyjaśnienie spowodowało taką modyfikację SIWZ, iż przed dokonaniem wyjaśnienia przez Zamawiającego podniesienie zarzutu objętego odwołaniem byłoby niemożliwe.

Zarzut zaniechania udzielenia precyzyjnych odpowiedzi na pytania

Co do pytań oznaczanych numerami 24, 29, częściowo pytanie nr 36, pytanie nr 39, 40, 49, 50, 61, 67, 69, 78, 82, 90, 114, 116, 174, 187, Izba uznała, że celem ich było wyjaśnienie wątpliwości związanych z treścią SIWZ. Izba uznała, że wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego były rzeczowe i wyczerpujące, a ich treść była determinowana treścią pytania otrzymanego od Odwołującego. Należy jednocześnie podkreślić, że wyjaśnienia udzielane przez Zamawiającego nie mogą być kwestionowane przez danego wykonawcę tylko i wyłącznie na tej podstawie, że zamawiający nie uwzględnił wszystkich postulatów i wniosków sformułowanych przez wykonawców w pytaniach skierowanych do zamawiającego. Jak wynika z art. 38 ust. 1, pytania wykonawcy powinny dotyczyć treści SIWZ i zmierzać do jej wyjaśnienia, nie zaś do uwzględnienia wszystkich postulatów wykonawców. Realizacja postulatów danego wykonawcy co do zmiany opisu przedmiotu zamówienia lub warunków udziału w postępowaniu powinna nastąpić co do zasady poprzez skorzystanie ze środków ochrony prawnej gwarantowanych wykonawców w ustawie Pzp.

Ponadto, w kontekście zarzutów podniesionych przez Odwołującego należy podkreślić, iż postępowanie przez Izba jest postępowaniem kontradyktoryjnym. Strony postępowania mają obowiązek udowodnić istnienie określonych okoliczności, z których wywodzą skutki prawne. Wynika to wprost z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu, to obowiązkiem Odwołującego było wykazanie, że Odwołujący zaniechał udzielenia wyczerpujących odpowiedzi na pytania przedstawione przez Odwołującego.

Pytanie 24

Odwołujący w powyższym pytaniu żądał od Zamawiającego wyjaśnienia dlaczego oczekuje dostarczenia systemu dziedzinowego przeznaczonego do realizacji bieżących zadań jednostek samorządu terytorialnego z wyglądem dostosowany do systemu e-Urząd. Odwołujący wskazywał, iż takie rozwiązanie znacznie podraża koszty realizacji zamówienia i zawęży dostarczenie systemu do jednego dostawcy i stanowi naruszenie zasady konkurencji.

W ocenie Izby, Zamawiający udzielił rzetelnej i wyczerpującej odpowiedzi na powyższe pytanie. Zamawiający wyjaśnił precyzyjnie, dlaczego oczekuje utrzymania interfejsu graficznego Systemów Dziedzinowych, zgodnych z grafiką wdrożonego wcześniej systemu e-Urząd. Zamawiający wskazał m.in., że dzięki takiemu rozwiązaniu oczekuje polepszenia ergonomii pracy i ułatwienie obsługi Systemów Dziedzinowych. Wskazał również na konieczność zachowania spójności wdrażanych Systemów Dziedzinowych z wcześniej wdrożonym systemem e-Urząd. Z kolei Odwołujący nie wskazał w jaki sposób powyższe wymaganie Zamawiającego narusza zasadę konkurencji. Odwołujący argumentował jedynie, że takie wymagania wskazuje na niegospodarność Zamawiającego i preferuje pośrednio jednego wykonawcę. Nie udowodnił w żaden sposób ani nawet nie uprawdopodobnił dlaczego powyższe wymaganie Zamawiającego powoduje ograniczenie konkurencji i preferują jednego wykonawcę. Podstawą uznania zarzutu Odwołującego nie mogą stanowić gołosłowne twierdzenie Odwołującego, nieoparte żadnymi obiektywnymi dowodami.

Pytanie 29

W powyższym pytaniu, Odwołujący żądał od Zamawiającego wyjaśnienia wprowadzenia mechanizmów konfigurowalnych do weryfikacji danych oraz mechanizmów walidacyjnych. Odwołujący wnosil o wyjaśnienie na jakim etapie będą wprowadzone reguły walidacyjne oraz podnosił, że użycie pojęć tj. „tam gdzie jest to możliwe”, „walidacji będą podlegać m.in.” jest sprzeczne z art. 29 ust. 1 i 3 bowiem uniemożliwia precyzyjne skalkulowanie ceny.

W ocenie Izby, odpowiedź Zamawiającego była wyczerpująca. Izba przyjęło w tym zakresie za słuszne stanowisko Zamawiającego w którym wskazał on, iż Odwołujący zna specyfikę rejestru, który obsługuje dany system i jest w stanie ocenić ile jest takich miejsc, gdzie może być zastosowana walidacja. Słusznie jest również argumentacja Zamawiającego wskazująca na fakt, iż wymóg pkt 0.10 OPZ stanowi opis wymagań funkcjonalnych dla przedmiotu zamówienia do czego Zamawiający jest uprawniony zgodnie z art. 30 ust. 6 Pzp. Z przepisu tego wynika uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od opisywania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem przepisów art. 30 ust. 1-3 ustawy Pzp, jeżeli zapewni dokładny opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych. Z wymogu jednoznaczności w rozumieniu art. 29 ust. 1 Pzp nie wynika także obowiązek wskazywania na konkretne rozwiązanie techniczne, w sytuacji gdy na rynku występuje wielość rozwiązań technicznych, które mogą zapewnić oczekiwaną przez Zamawiającego funkcjonalność i odpowiadające jego potrzebom.

W ocenie Izby, z uwagi na fakt, iż Zamawiający odstąpił od opisywania przedmiotu zamówienia poprzez opisanie cech jakościowych i technicznych i skoncentrować się na zawarciu możliwie szerokiego i szczegółowego opisu dotyczącego funkcjonalności przedmiotu zamówienia, zarzut Odwołującego o braku precyzyjnego wskazania obszarów i etapów, na których mają być mechanizmy sprawdzania danych nie jest zasadny. Opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych polega na wskazaniu celu jakiemu ma służyć przedmiot zamówienia lub też oczekiwanych przez Zamawiającego efektów jego realizacji. W takiej sytuacji Zamawiający pozostawia dużo swobody wykonawcy nie narzucając z góry sposobu wykonania zamówienia, a ograniczając się jedynie do opisanie zamierzonych celów, efektów i rezultatów. W konsekwencji wykonawca musi również przyjąć szereg założeń, często wykorzystując innowacyjne rozwiązania. W ocenie Izby, oczekiwanie Odwołującego, iż Zamawiający wskaże w SIWZ wszystkie konieczne informacje, w tym dane techniczne do realizacji zamówienia wypaczałoby możliwości stosowania opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych, gdyż de facto Zamawiający opisałby przedmiot zamówienia zgodnie z art. 30 ust 1 – 3 ustawy Pzp. Ponadto, Odwołujący zupełnie pomija fakt, iż Zamawiający w treści odpowiedzi wskazał, że reguły walidacyjne zostaną uzgodnione na etapie projektu Techniczno – Implementacyjnego. Odwołujący w żaden sposób nie ustosunkował się do wyjaśnienia Zamawiającego ograniczając się do ogólnych stwierdzeń o naruszeniu art. 29 ustawy Pzp. Skoro ciężar dowodu spoczywał w tym zakresie na Odwołującym, to obowiązkiem Odwołującego było przedstawienie argumentacji oraz niezbędnych dowodów na potwierdzenie twierdzenie, że w kontekście odpowiedzi Zamawiającego nie jest możliwe precyzyjne skalkulowanie ceny. Wobec braku w tym zakresie działań Odwołującego, Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Pytanie 36

W zakresie żądania zmiany treści SIWZ, Izba uznała, iż żądanie Odwołującego jest spóźnione.

W pozostałym zakresie, Izba uznała, że Zamawiający udzielił wyczerpującej odpowiedzi. W pierwszej kolejności Izba uznała, że Zamawiający w sposób wyczerpujący wyjaśnił pojęcie „transferu wiedzy”. Fakt, iż Odwołujący nie zgadza się z definicją przyjętą przez Zamawiającego nie może być podstawą uznania słuszności zarzut. Zarzut Odwołującego dotyczył bowiem braku udzielenia wyczerpującej odpowiedzi na powyższe pytanie, co w ocenie Odwołującego spowodowało naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby, Zamawiający precyzyjnie wyjaśnił, że proces transferu wiedzy obejmuje transmisję i absorpcję i wyjaśnił znaczenie tych słów. W ocenie Izby brak jest podstaw do

przyjęcia, że w świetle odpowiedzi udzielenie przez Zamawiającego, opisał on przedmiot zamówienia w sposób niejednocznany i niewyczerpujący.

Po drugie, w zakresie procedury przekazania kodów źródłowych, należy wskazać, że Zamawiający wyjaśnił, że procedura przekazania kodów źródłowych wraz z prawami autorskimi do Oprogramowania opisana jest w Ogólnych Warunkach Umowy, będących załącznikiem do SIWZ, co powinno dać Odwołującemu jednoznaczną odpowiedź na pytanie zapisane w podpunkcie 9. W konsekwencji, nie jest zasadny zarzut Odwołującego o braku udzielenia przez Zamawiającego wyjaśnień do ppkt 9 pytania nr 36

Co do zarzut braku udzielenia odpowiedzi do ppkt 10 pytania nr 36, Izba również uznała ten zarzut za bezpodstawny. Jak wyjaśnił Zamawiający podczas rozprawy, odpowiedź na podpunkt 10 jest tożsama z odpowiedzią na Pytanie nr 65. Słuszne w tym zakresie jest stanowisko Zamawiającego, że obowiązkiem wykonawcy była analiza całego dokumentu i umiejętnie powiązanie i analiza przedstawionych odpowiedzi przez Zamawiającego. Fakt, iż w odpowiedzi na pytanie nr 36 brak jest odesłania do odpowiedzi na pytanie nr 65 nie może być utożsamiany, w ocenie Izby, za brak udzielenia odpowiedzi przez Zamawiającego. W pytaniu nr 65 Zamawiający wyjaśnił, iż dane będą dostępne w formie analogowej, a u części podmiotów będzie można je pozyskać z ewidencji gruntów i budynków w formacie SWDE. Zamawiający wskazał również, iż nie przewiduje zmiany SIWZ w tym zakresie. W konsekwencji, Izba uznała zarzut braku udzielenia odpowiedzi za niezasadny.

Pytanie 39

W kontekście zapytania nr 39, Odwołujący podniósł zarzut zaniechania dokonania zmian w SIWZ w zakresie określonym w powyższym pytaniu co prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Zarzut ten należy uznać za bezzasadny. W świetle art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający nie ma obowiązku wprowadzenia zmian do SIWZ w wyniku pytań przedstawionych przez wykonawców. W konsekwencji, nie można przyjąć argumentacji Odwołującego o zaniechaniu dokonania czynności przez Zamawiającego, gdyż takiego obowiązku w świetle przepisów ustawy Pzp Zamawiający nie ma. Odwołujący nie wyjaśnił również w jaki sposób brak dokonania zmian w wyniku wystosowania pytania nr 39 narusza zasady równego traktowania wykonawców. Odwołujący ograniczył się do jednozdaniowego sformułowania, że zaniechanie wprowadzenia zmian do SIWZ narusza zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, nieprzedstawiając żadnej spójnej i logicznej argumentacji na uzasadnienie swoich twierdzeń. Jak Izba już wskazywała, podstawą uwzględnienia zarzut nie mogą być wyłącznie gołosłowne twierdzenia wykonawcy,

nieoparte żadnymi dowodami, a w przedmiotowym sprawie, nawet żadną przekonującą argumentacją.

Pytanie 40

W powyższym pytaniu Odwołujący wniósł o wskazanie przyczyn integracji ze skanerami, kserokopiarkami oraz faksami. Odwołujący podnosił, iż w odpowiedzi na zadane pytanie, Zamawiający nie określił zakresów funkcjonalnych, w których przedmiotowe urządzenia miałyby zostać wykorzystane. Wskazał, że takie opis przedmiotu zamówienia narusza art. 29 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, Zamawiający udzielił jasnych i wyczerpujących wyjaśnień. Zamawiający wyjaśnił, iż systemy dziedzinowe muszą współpracować z urządzeniami peryferyjnymi w zakresie możliwości dokonania wydruku, skanowania dokumentów oraz wysyłania/przyjmowania faxów. Są to funkcjonalności oczekiwane przez przyszłych Użytkowników aplikacji umożliwiające w szybki i sprawny sposób wymianę informacji pomiędzy Systemem Dziedzinowych a środowiskiem zewnętrznym.

W ocenie Izby, w pytaniu nr 40 Odwołujący nie żądał określenia przez Zamawiającego zakresów funkcjonalnych wskazanych urządzeń. W konsekwencji za chybione należy uznać argument jakoby Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na pytanie Odwołującego. Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, iż Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 3 ustawy Pzp czy też art. 38 ust. 1 ustawy Pzp.

Pytanie 49

W pytaniu nr 49 Odwołujący wnosil o wymienieni przez Zamawiającego wszystkich niezbędnych oraz możliwych czynności przewidzianych w ustawie Pzp, których przeprowadzenia system musi zapewniać.

W ocenie Izby, Zamawiający udzielił jasnej odpowiedzi, iż oczekuje od wykonawców, że system musi zapewniać przeprowadzenie wszystkich procedur o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z ustawą Pzp. Wskazał również, że w wymaganiach określonych od ZP.1 do ZP.45 Zamawiający zawarł warunki jakie musi spełniać system. W ocenie Izbie, taka odpowiedź Zamawiającego w sposób jednoznaczny odpowiadała na zapytanie Odwołującego. Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykonał przedmiot zamówienia z uwzględnieniem wymogów ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba uznała za słusznie w tym zakresie

stanowisko Zamawiającego, iż ustawa jest obowiązująca, a jej treść jest publicznie dostępna. Oczywistym jest, wobec tego że do przygotowania i oszacowania oferty, niezbędne jest aby wykonawcy dokonali, poza analizą SIWZ, również analizy aktów prawnych powszechnie obowiązujących, w tym wypadku ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe wymagania nie uniemożliwiają Odwołującemu złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu. Wymagają jedynie posiadania zespołu niezbędnych specjalistów, którzy zapewnią, iż oferowany przez Odwołującego system będzie spełniał wymagania Zamawiającego. Ewentualne koszty związane z zatrudnieniem ewentualnych specjalistów powinny być uwzględnione w cenie za wykonanie przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego, Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, że Zamawiający naruszył art. 38 ust. 1 ustawy Pzp czy też art. 29 ustawy Pzp.

Pytanie 50

W powyższym pytaniu, Odwołujący wniósł o przedstawienie przez Zamawiającego wyjaśnień dlaczego wymaga od wykonawców, którzy specjalizują się w tworzeniu systemów informatycznych, aby byli również odpowiedzialni za opracowanie propozycji zmian do regulaminów organizacyjnych/statutów partnerów uwzględniając strukturę organizacyjną oraz konieczność zmiany organizacji pracy spowodowaną wdrożeniem systemów dziedzinowych. Odwołujący wskazał, że w jego ocenie istniała konieczność zmiany SIWZ w tym zakresie, gdyż wprowadzenie powyższego obowiązku nie pozostaje w żadnym związku z przedmiotem zamówienia. W ocenie Odwołującego warunek taki jest niedopuszczalny. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 oraz art. 15 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Zamawiający przedstawił wyczerpujące uzasadnienia ww. wymagania. Odwołujący zaś nie kwestionował treści wyjaśnienia, ograniczając się do zarzut zaniechania dokonania zmiany treści SIWZ poprzez wykreślenie powyższego warunku. W konsekwencji, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 7 oraz art. 15 ustawy Pzp.

Pytanie 61

W powyższym pytaniu, Odwołujący żądał wyjaśnienia czy środowisko programistyczne niezbędne do skompilowania systemu dziedzinowego jest uważane za oprogramowanie standardowe czy oprogramowanie dziedzinowe. Odwołujący wniósł również o wyjaśnienie czy wszelkie zewnętrzne komponenty wykorzystywane w środowisku programistycznym niezbędne do skompilowania systemu dziedzinowego są uważane za oprogramowanie standardowe czy też oprogramowanie dziedzinowe.

W ocenie Izby Zamawiającego udzielił wyczerpującej odpowiedzi. Zamawiający wskazał bowiem, że środowisko programistyczne niezbędne do skompilowania systemu dziedzinowego jako powszechnie dostępne nie wytworzone przez wykonawcę, uważa się za oprogramowanie standardowe. Zewnętrzne komponenty wykorzystywane w środowisku programistycznym, jeżeli są powszechnie dostępne i nie zostały wytworzone przez wykonawcę, uważa się za oprogramowanie standardowe.

Izba po analizie odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego oraz złożonych wyjaśnień podczas rozprawy uznała, że w udzielonej odpowiedzi Zamawiający jasno rozgraniczył co należy uważać za oprogramowanie standardowe, a co za oprogramowanie dziedzinowe. Do kategorii oprogramowań dziedzinowych zalicza się programy wytworzone przez samego wykonawcę. Na oprogramowanie dziedzinowe wykonawca będzie zobowiązany przenieść własność praw autorskich. Do drugiej kategorii zalicza się oprogramowanie, którego twórcą nie jest dany wykonawca i w związku z tym zobowiązany będzie udzielić Zamawiającemu odpłatnej licencji. W ocenie Izby, Zamawiający wyznaczył jasną i precyzyjną granicę co stanowi oprogramowanie standardowe i dziedzinowe. Zadaniem wykonawcy jest dokonanie analizy oprogramowań wchodzących w skład przedmiotu zamówienia i odpowiednie sklasyfikowanie do poszczególnej kategorii. Izba nie znajduje podstaw do przyjęcia, iż to obowiązkiem Zamawiającego winno być wskazanie poszczególnym wykonawcom jak należy skwalifikować dane oprogramowanie i na jakiej podstawie winno być one udostępnione Zamawiającemu. Co do wątpliwości Odwołującego w zakresie rozumienia pojęcia „powszechnie dostępne”, Izba uznała w tym zakresie za słuszne stanowisko Zamawiającego, iż kontekście udzielonej odpowiedzi, powszechnie dostępne do oprogramowanie standardowe, które wykonawca może zakupić na rynku i udzielić Zamawiającemu odpłatnej licencji. Oprogramowanie, które nie jest zaś powszechnie dostępne, to takie, których twórcą jest wykonawca i przenosi w związku z tym prawa autorskie do takiego oprogramowania na Zamawiającego. W ocenie Izby, kluczowym elementem w odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego było wskazanie wykonawcy, iż podstawą do zakwalifikowania danego oprogramowania do jednej z dwóch kategorii jest określenie podmiotu który wytworzył dane oprogramowanie. To ten element determinuje kwalifikację i określa formę udostępnienia danego oprogramowanie.

Izba podkreśla również, że w treści zapytania Odwołujący ograniczył się wyłącznie do żądania wyjaśnienia przez Zamawiającego jak należy zakwalifikować środowisko programistyczne niezbędne do skompilowania systemu dziedzinowego oraz zewnętrzne komponenty wykorzystywane w środowisku programistycznym. Odwołujący ograniczył się więc do jednego przykładu, do którego Zamawiający odniósł się w sposób wyczerpujący i nie naruszył w tym

zakresie art. 29 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Odwołujący nie kwestionował w tym zakresie żadnych konkretnych postanowień SIWZ. Skoro tak, to formułowanie zarzutu braku precyzyjnego określenia w treści SIWZ co jest oprogramowaniem dziedzinowym a co standardowym należy uznać za działanie nieuprawnione, gdyż nie wynika ono z treści pytania zadanego przez Odwołującego. Izba orzeka w zakresie zarzutów podniesionych przez Odwołującego. W przedmiotowym pytaniu, zarzut Odwołującego dotyczył braku udzielenia precyzyjnej odpowiedzi. Odwołujący jednak po raz kolejny pomija zupełnie treść zadanego pytania i domaga się od Izby analizy nie treści pytania, ale treści SIWZ, co jest w ocenie Izby niedopuszczalne, gdyż stanowiłoby obejście przepisów ustawy Pzp o terminach do wniesienia odwołania wobec treści SIWZ.

Pytanie 69

W powyższym pytaniu Odwołujący wnosił o wyjaśnienie, co Zamawiający rozumie pod pojęciem „przekazania” kodów Zamawiającemu do depozytu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wprowadzenia zmian w treści SIWZ w zakresie przenoszenia praw autorskich do oprogramowania standardowego lub dziedzinowego i przenoszenia własności kodów. W treści zapytania, Odwołujący nie wskazał, iż oczekuje od Zamawiającego zmiany treści SIWZ w zakresie przenoszenia praw autorskich do oprogramowania standardowego lub dziedzinowego i przenoszenia własności kodów źródłowych.

W kontekście powyższego ustaleń należy po pierwsze stwierdzić, że Zamawiający udzielił Odwołującemu wyczerpującej odpowiedzi na zadane mu pytanie. Zamawiający szczegółowo wskazał bowiem na odpowiednie regulacje we wzorze ogólnych warunków umowy. Potwierdził również, że oczekuje przeniesienia własności kodów źródłowych i że nie zamierza w tym zakresie zmieniać postanowień SIWZ.

Po drugie, co do zarzutu postawionego w odwołaniu dotyczącego zaniechania dokonania zmian w SIWZ, w ocenie Izby zarzut należy uznać za chybiony. Zarzut taki jest spóźniony. Odwołujący poprzez pytanie wystosowane do Zamawiającego próbuje obejść przepisy o terminach do wniesienia odwołania wobec postanowień SIWZ. Ponadto, jak zostało już wskazane, w świetle art. 38 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający ma prawo, nie zaś obowiązek zmiany treści SIWZ na skutek zapytań wykonawców.

Pytanie 78

W powyższym pytaniu Odwołujący wnosił o wyjaśnienie jaki jest dokładny zakres zadań własnych gmin dotyczących systemu gospodarowania odpadami komunalnymi, który Zamawiający chce wspierać. Zamawiający wyjaśnił, że zakres wykonywanych zadań własnych Gmin w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi określają przepisy prawa. Wskazał w tym zakresie na wymagania określone w CPG.2 oraz treść aktów prawnych tam zawartych.

W ocenie Izby powyższe wyjaśnienia należy uznać za wyczerpujące. Izba uznała za słuszne stanowisko Zamawiającego, iż wymaganie CPG.1 OPZ należy interpretować łącznie z pozostałymi wymaganiami dla tego Systemu Dziejzinowego, w szczególności z wymaganiem wskazanym w CPG.2 OPZ, który stanowi katalog zamknięty i precyzuje - poprzez wskazanie obowiązujących i powszechnie dostępnych aktów prawnych - zadania Partnerów, których realizacja ma być wspomagana przez System Dziejzinowy. Dostęp do wskazanych aktów prawnych jest powszechny, przez co nie jest możliwym postawienie zarzutu, że przedmiot zamówienia został określony nieprecyzyjnie. W ocenie Izby naturalnym jest, wobec tego że do przygotowania i oszacowania oferty, niezbędne jest aby wykonawcy dokonali, poza analizą SIWZ również analizy aktów prawnych powszechnie obowiązujących, wskazanych w OPZ i ustalili jakie zadania własne gmin w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi Zamawiający ma obowiązek wspierać. Odwołujący oczekuje od Zamawiającego, iż to on dokona analizy aktów prawnych zawartych w CPG.2 OPZ i szczegółowo opisze zakres zadań, które Zamawiający chce wspierać. W ocenie Izby, takie założenie Odwołującego nie znajduje uzasadnienia w ustawy Pzp. Oczywistym jest, że obowiązkiem Zamawiającego jest opisane przedmiotu zamówienia w sposób możliwie jednoznaczny i wyczerpujący. W ocenie Izby, Zamawiający uczynił zadość temu obowiązkowi w kontekście powyższego zapytania. Zamawiający wskazał na zamknięty katalog ustaw, które regulacja zakres wykonywanych działań gmin w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi i zakres wsparcia Zamawiającego.

Pytanie 82

W powyższym pytaniu Odwołujący wnosił o wyjaśnienie treści Załącznika nr 2, rozdział 9, wymaganie CPG.5 i zapisu które rejestry Zamawiający miał na myśli w zapisie „..... każdego prowadzonego rejestru lub ewidencji”. W odpowiedzi na ww. pytanie Zamawiający wskazał, że w wymaganiu określonym w CPG.2 zawarte są wymagania oraz akty prawne, które regulują zakres zadań gminy w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi. Wyjaśnił również, że pod pojęciem”... każdego prowadzonego rejestru lub ewidencji” rozumie wszystkie rejestry

i ewidencje tworzone przez Użytkownika lub Administratora. Zamawiający wyjaśnił więc, aby wykonawca uwzględnił wszystkie ewidencje i rejestry prowadzone przez gminę w związku z wykonywaniem ustawowych zadań związanych z gospodarką odpadami komunalnymi.

W świetle powyższego, za niezasadny należy uznać w pierwszej kolejności zarzut Odwołującego, że Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na powyższe pytanie. Odpowiedź została udzielona i to, w ocenie Izby, w sposób wyczerpujący. Treść odpowiedzi Zamawiającego było determinowana treścią zapytania. Skoro Odwołujący żądał doprecyzowania zakresu rejestrów, Zamawiający wyjaśnił, że zakres ten jest regulowany poprzez akty prawne wskazane w CPG.2 oraz wymaganiach tam zawartych. Odwołujący nie sprecyzował żadnego zarzutu co do niejednoznaczności odpowiedzi, braku klarowności. Ograniczył swoją argumentację wyłącznie do wskazania, iż Zamawiający nie udzielił odpowiedzi i w związku z tym naruszył art. 29 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Izba uznała, wobec powyższych ustaleń, iż odpowiedź została udzielona w sposób wystarczający. Izba nie znalazła również podstaw to uznania, że Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wskazanie na zamknięty katalog ustaw, z którymi wykonawca ma obowiązek się zapoznać przygotowując i wyceniając przedmiot zamówienia, gdyż akty te regulują zakres zadań jakie system opracowywany przez wykonawcę ma wspierać.

Pytanie nr 90

Odwołujący wnosil o doprecyzowanie zakresu obsługi aukcji i licytacji elektronicznej, o których mowa w wymaganiu ZP.31. Zamawiający wyjaśnił, że zakres ww. obsługi musi być zgodny z ustawą Pzp. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu brak udzielenia odpowiedzi i odwołania się tylko do ustaw, co w jego ocenie stanowi naruszenie art. 29 ustawy Pzp.

W ocenie Izby zarzut Odwołującego nie potwierdził się. Izba uznała za słuszną w tym zakresie argumentację Zamawiającego, że wymóg ZP.31 OPZ stanowi opis wymagań funkcjonalnych dla przedmiotu zamówienia do czego Zamawiający jest uprawniony zgodnie z art. 30 ust. 6 Pzp. Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykonał przedmiot zamówienia z uwzględnieniem wymogów ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustawa jest obowiązująca, a jej treść jest publicznie dostępna. Oczywiście jest, wobec tego że do przygotowania i oszacowania oferty, niezbędne jest aby wykonawcy dokonali, poza analizą SIWZ również analizy aktów prawnych powszechnie obowiązujących, w tym wypadku ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołanie się przez Zamawiającego do ustawy Pzp nie stanowi w ocenie Izby podstawy do stwierdzenia, że Zamawiający naruszył art. 29 ustawy Pzp.

Pytanie 114

W powyższym pytaniu Odwołujący wnosił o wyjaśnienie czy Zamawiający przewiduje wprowadzenie zmian we wzorze umowy i wprowadzenia zapisów o możliwości naliczenia kar umownych również przez Odwołującego. W ocenie Odwołujące Zamawiający nie udzielił odpowiedzi dlaczego kary umowne są zastrzeżone wyłącznie na rzecz Zamawiającego.

Po raz kolejny, Izba podkreśla, że treść odpowiedzi Zamawiającego jest determinowana treścią zapytania Odwołującego. W powyższym pytaniu, Odwołujący prosił o wyjaśnienie czy przewiduje możliwość naliczania kar umowny również przez Odwołującego. Zamawiający udzielając odpowiedzi wskazał na §16 projektu umowy, który reguluje zasady niewywiązywania się przez wykonawcę z zapisów umowy, w tym możliwość naliczania kar umownych. Wskazał również, że nie przewiduje zmiany zapisów SIWZ w tym zakresie, a więc udzielił odpowiedzi, iż nie przewiduje wprowadzenia zapisów umożliwiających naliczenia kar umownych również przez wykonawców. Wyjaśnił również podczas rozprawy, że w treści odpowiedzi na powyższe zapytanie Odwołujący został odesłany do §27 ust. 6 umowy, który stanowi m.in., że w sprawach nieuregulowanych umową, zastosowanie będą miały przepisy kodeksu cywilnego. Zamawiający wyjaśnił, że świadczenie Zamawiającego ma charakter pieniężny i w związku z tym, w świetle przepisów kodeksu cywilnego, nie jest możliwe przyznanie wykonawcy możliwości naliczania kar umownych w przypadku niewykonania świadczenia przez Zamawiającego. Dlatego też w tym zakresie odesłał Odwołującego do przepisów kodeksu cywilnego, którego regulacje przewidują możliwość żądania odsetek od Zamawiającego w przypadku niewywiązania się w określonym terminie z płatności. Powyższe ustalenia, w ocenie Izby, w sposób jednoznaczny potwierdzają, że Zamawiający udzielił jednoznacznych i wyczerpujących odpowiedzi na pytanie nr 114. Twierdzenie Odwołującego, że pytanie powyższe pozostaje bez odpowiedzi jest bezpodstawne. W konsekwencji Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Pytanie 116

W powyższym pytaniu Odwołujący wniósł o wyjaśnienia pkt 12 Załącznika nr 5 i sprecyzowanie czy Zamawiający określi statusy, jakie powinny posiadać poszczególne etapy realizacji zgłoszenia projektu. W treści odwołania Odwołujący zarzucał, iż treści odpowiedzi na powyższe pytanie Zamawiający wskazał oczekuje funkcjonalności automatycznego przesyłania drogą mailową do autora zgłoszenia i obserwatorów zgłoszenia informacji o każdej zarejestrowanej w systemie zgłoszeniowym zmianie dotyczącej danego zgłoszenie, w tym:

(wymienia konkretne wymagania). W ocenie Odwołującego poprzez posłużenie się zwrotem „w tym” powoduje, iż Zamawiający posługuje się „otwartym katalogiem” i narusza w ten sposób art. 29 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że Odwołujący żądał odpowiedzi na pytanie czy Zamawiający sprecyzuje statusy, jakie powinny posiadać poszczególne etapy realizacji zgłoszenia. W treści odpowiedzi Zamawiający wskazał, że nie narzuca wykonawcom konkretnego rozwiązania systemu obsługującego HelpDesk oraz ostatecznej wersji nazw poszczególnych statusów, które będą określone na etapie Projektu Techniczno – Implementacyjnego.

Zarzut Odwołującego dotyczył nieudzielenia precyzyjnej odpowiedzi. Odwołujący ponownie pomija całkowicie treść zadanego przez siebie pytanie. W ocenie Izby pytanie Odwołującego dotyczyło udzielenia odpowiedzi czy przewiduje doprecyzowanie statusów. Zamawiający wyjaśnił, iż ostateczna wersja nazw poszczególnych statusów zostanie określona na etapie Projektu Techniczno – Implementacyjnego. Zamawiający udzielił więc jasnej i precyzyjnej odpowiedzi na pytanie Odwołującego. W ocenie Izby, zarzut stawiony w treści odwołania dotyczący istnienia „otwartego katalogu” nie był przedmiotem zapytania Odwołującego. Skoro tak, to nie może być również na obecnym etapie postępowania przedmiotem zarzutu. W konsekwencji, Izba nie znalazła podstaw po uznaniu, że Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Pytanie 174

W powyższym pytaniu Odwołujący wnosił o wyjaśnienie czy w ramach zamówienia należy opracować interfejsy komunikacyjne do Systemów Dziedzicznych za pomocą których inne systemy będą mogły się z nimi komunikować i wymieniać dane (wymaganie O.81). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nieudzielenie wyczerpującej i precyzyjnej odpowiedzi przez co naruszył art. 29 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i uniemożliwił Odwołującemu złożenie oferty.

W ocenie Izby Zamawiający udzielił jasnej i wyczerpującej odpowiedzi na powyższe pytanie. Odwołujący w dowolny sposób interpretuje jednoznaczną odpowiedź Zamawiającego. W ocenie Izby, Zamawiający nie oczekuje „integracji z bliżej niesprecyzowaną liczbą systemów”, jak twierdzi Odwołujący w treści odwołania, ale przygotowania kompletnej dokumentacji opisującej interfejsy komunikacyjne, która w przyszłości zostanie wykorzystana przez twórców innych systemów do dostosowania swoich aplikacji do wzajemnej komunikacji pomiędzy opisywanymi systemami. Tym samym to nie wykonawca będzie dostosowywał swój system

do innych aplikacji, tylko twórcy innych aplikacji dostosują swoje systemy. Opisana dokumentacja, która zostanie udostępniona twórcom innych systemów, ma obejmować swoim zakresem interfejsy komunikacyjne przygotowane przez wykonawcę, a nie być pełną dokumentacją kodu aplikacji - co pośrednio wynika w wypowiedzi Odwołującego. Dane, które będą przetwarzane przez Systemy Dziedziczne będące przedmiotem niniejszego postępowania nie są i nie będą własnością wykonawcy. Co do stwierdzenia Odwołującego, braku ochrony praw dostępu autorowi oprogramowania (systemu dziedzicznego) co pozwala na dowolne pobieranie danych z tych systemów osobom trzecim, Izba zauważa, że kwestia ta nie była przedmiotem zapytania Odwołującego. Czynienie na tym etapie postępowania zarzutu w stosunku do Zamawiającego o braku ochrony jest niezasadne.

Wobec powyższego, zarzut Odwołującego braku udzielenia wyczerpujących i precyzyjnych odpowiedzi na pytanie jest niezasadny. Izba nie znalazła podstaw do uznania, że w kontekście udzielonej odpowiedzi został naruszony art. 29 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Zamawiający w sposób jednoznaczny opisał zakres i sposób pracowania interfejsów komunikacyjnych, o co wnosił Odwołujący.

Pytanie 187

W powyższym pytaniu Odwołujący wnosił m.in. o wyjaśnienie wymagania określonego WPR.54 i sprecyzowanie czy Zamawiający oczekuje zaproponowania przez Wykonawców modułu w systemie WPR polegającym na wyszukiwaniu informacji i dokumentów zawartych w systemie WPR. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 3 ustawy Pzp argumentując, że skoro to wykonawca ma określić moduł wyszukiwania, to oznacza, że Zamawiający nie sprecyzował swoich wymagań.

W ocenie Izby, powyższy zarzut jest niezasadny. Na gruncie pytania nr 187 aktualna pozostaje analiza Izby przedstawiona w pytaniu nr 29 w zakresie opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych. Ponadto, Izba uznała za słuszne stanowisko Zamawiającego, który podkreślił, że to od wykonawcy zależą rozwiązania techniczne w formie modułu, który zostanie zaproponowany. W konsekwencji Zamawiający pozostawił pewną dowolność po stronie wykonawcy w celu zapewnienia podnoszonej przez wykonawcę zasady konkurencyjności. Zamawiający wskazał, że nie wiedząc jakie rozwiązania techniczne zostaną mu dostarczone nie chce dyskwalifikować gotowych rozwiązań wykonawców. Zamawiający ponadto wyjaśnił, że przedmiotem zamówienia jest opracowanie skomplikowanego systemu, który będzie spełniał określone w SIWZ wymagania funkcjonalne. W związku z tym, oczekiwanie przed Odwołującego, iż w treści SIWZ zostaną uregulowane szczegółowo

wszystkie wymagania techniczne systemu jest niezasadne. System musi spełniać wymagania funkcjonalne i konkretne rozwiązania leżą w gestii poszczególnych wykonawców. Odwołujący zaś nie wskazywał na brak określonych wymagań funkcjonalnych. Kwestionował jedynie fakt, iż to wykonawcy mają obowiązek zaproponowania modelu wyszukiwania.

Zarzut nieudzielenia odpowiedzi na pytanie nr 67

Podczas rozprawy, Odwołujący wskazał, iż w jego ocenie Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na pytanie nr 67. Odwołujący wskazał, że w treści pisma z dnia 21 maja 2014 r. Zamawiający stwierdził jedynie, że nie przewiduje w tym zakresie zmiany w treści SIWZ.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego nie jest zasadne. Zamawiający udzielił bowiem odpowiedzi wskazując, iż nie przewiduje w tym zakresie zmian w treści SIWZ. Należy zauważyć, że odpowiedź Zamawiającego w ramach której podtrzymał swoje pierwotne postanowienia SIWZ i w sposób negatywny udzielił odpowiedzi na zadane pytania, co do możliwości wprowadzenia odmiennych rozwiązań jest dopuszczalną formą udzielenia odpowiedzi przez Zamawiającego.

Ponadto, jak zostało wyjaśnione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy, Ogólne Warunki Umowy należy interpretować całościowo. W szczególności kwestią istotną, jest że opracowanie Projektu Techniczno- Implementacyjnego stanowi zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 OWU wykonanie Etapu I oraz powinno zakończyć się w ciągu 2 miesięcy od podpisania Umowy, Natomiast § 10 ust. 5 OWU precyzuje terminy odbioru poszczególnych Etapów, zgodnie z jego brzmieniem Zamawiający zobowiązany jest dokonać odbioru w terminie 10 Dni Roboczych od przedstawienia Etapu do odbioru lub na piśmie zgłosić uwagi lub zastrzeżenia co do sposobu lub terminu wykonaniu zobowiązań wykonawcy przewidzianych do realizacji w danym Etapie. Uwagi lub zastrzeżenia powinny być przekazane do wykonawcy na piśmie, faksem lub pocztą elektroniczną. W przypadku zgłoszenia uwag lub zastrzeżeń przez Zamawiającego, Zamawiający wyznaczy termin na usunięcie stwierdzonych nieprawidłowości w wykonaniu zobowiązań wykonawcy przewidzianych do realizacji w danym Etapie. Za datę odbioru Etapu uważa się datę podpisania przez Zamawiającego Protokołu Odbioru Etapu. Zarzut postawiony przez Odwołującego jest więc nieprawdziwy. W ocenie Izby, udzielona więc odpowiedź przez Zamawiającego jasno określała jego stanowisko wskazania terminu do zatwierdzenia projektu. Obowiązkiem wykonawcy była analiza OWU, a ich ewentualne kwestionowanie lub propozycja zmian powinno mieć miejsce w formie wniesiona odwołania, nie zaś zapytań do treści SIWZ.

Zarzut zaniechanie czynności unieważnienia postępowania

W ocenie Odwołującego w niniejszej sprawie zaistniała przesłanka unieważnienia postępowania mimo, iż przedmiotowe postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał, iż do przesłanek warunkujących unieważnienie postępowania należą takie, które wiążą się z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp, co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, gdyż Zamawiający przerzucił na wykonawcę obowiązek dokonania opisu przedmiotu zamówienia.

Wobec uznania przez Izbę, iż Odwołujący nie udowodnił naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w treści odwołania przepisów ustawy Pzp, brak jest niezbędnej przesłanki w postaci „wady postępowania” wymaganej dla unieważnienia postępowania. W konsekwencji zarzut Odwołującego, w ocenie Izby, nie potwierdził się.

Zarzut naruszenie dyscypliny finansów publicznych

Izba wyraża stanowisko, że nie jest organem właściwym do rozpatrywania spraw z zakresu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z 17 grudnia 2004 r. reguluje zasady postępowania w sprawach o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych, w tym organy właściwe do orzekania w tym zakresie.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

