

Sygn. akt: KIO 1129/19

WYROK
z dnia 4 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2019 r. przez wykonawcę **mpTechnology Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Białystok,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę postanowień SIWZ poprzez:

- 1.1.1. alternatywnie: (i) udostępnienie informacji o kodach źródłowych do posiadanego przez Zamawiającego systemu informatycznego dynamicznej informacji pasażerskiej, wraz z opisem niezbędnym do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, albo (ii) udostępnienie informacji o protokołach komunikacyjnych i interfejsach wymiany danych do posiadanego przez Zamawiającego systemu informatycznego dynamicznej informacji pasażerskiej, w zakresie niezbędnym do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, albo (iii) wprowadzenie postanowień dopuszczających zastąpienie posiadanego przez Zamawiającego systemu informatycznego dynamicznej informacji pasażerskiej nowym systemem o zakresie modułów i funkcjonalności wskazanym w § 1 ust 1.1 i 1.2. Załącznika nr 1 do SIWZ, wraz z podaniem informacji dotyczących interfejsów wymiany danych i protokołów komunikacyjnych do posiadanej przez Zamawiającego infrastruktury, w celu umożliwienia komunikacji nowego systemu z posiadanym sprzętem;
- 1.1.2. wprowadzenie zobowiązania Zamawiającego do uzyskania zgody gwarantów urządzeń i systemów posiadanych przez Zamawiającego na ingerencję niezbędną w celu prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia;

1.1.3. przedłużenie terminu składania ofert o co najmniej 15 dni od dnia ogłoszenia orzeczenia.

2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Białystok i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej nienależnie uiszczoną kwotę wpisu.

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 **Białymstoku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Białystok – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługa asysty technicznej, bieżącej konserwacji i rozbudowy systemu informatycznego dynamicznej informacji pasażerskiej*. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 10 czerwca 2019 r. pod numerem 554481-N-2019.

W dniu 17 czerwca 2019 r. wykonawca mpTechnology Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec treści SIWZ określającej opis przedmiotu zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że w treści § 1 ust. 1.1 Wzoru umowy Zamawiający w trzydziestu dziewięciu punktach wskazał, jakie moduły składają się na funkcjonalność obecnie wykorzystywanego przez Zamawiającego systemu CeSIP. Zaś w § 1 ust. 1.2 Wzoru umowy Zamawiający w czterech punktach wskazał, jakie nowe moduły – w ramach rozwoju i rozbudowy tego systemu – wykonawca zobowiązany jest dostarczyć. Wykonawca zobowiązany jest *rozbudować system o następujące funkcjonalności:*

1.2.1. Możliwość tworzenia w systemie tzw. „przedziałów punktualności” w którym definiuje się domknięty przedział odchyłki pojazdu od rozkładu jazdy (OD i DO) przypisując utworzonemu przedziałowi kolor który będzie wyświetlany dla pojazdów mieszczących się w danym zakresie odchyłki,

1.2.2. System powinien oferować użytkownikom funkcję pozwalającą na podstawie danych historycznych o pozycjach GPS autobusów w określonym przedziale czasu (data i godzina) i uprzednio wcześniej zdefiniowanym na mapie obszarze będącym dowolnym wielokątem (poligonie) wyszukiwać i raportować obecność pojazdów. Wielkość przedziału dla którego będzie realizowane zapytanie dot. obecności pojazdów w danej strefie może wynosić do 30 minut.

1.2.3. Możliwość przypisywania do każdego wariantu na linii jego nazwy opcjonalnej (inne niż nazwa ostatniego przystanku na wariancie) a także symbolu legendy widocznego w portalu i aplikacji pasażerskiej,

1.2.4. Możliwość generowania z systemu danych w międzynarodowym formacie GTFS

Odwołujący podniósł, że w związku z tym, że dostawcą dotychczasowego systemu CeSIP jest PIXELS. z o.o. oraz że Zamawiający nie przekazał podstawowych informacji, umożliwiających realizację ww. zakresów wykonawcom innym niż producent posiadanego oprogramowania, stwierdzić należy, że obecnie jedynie PIXEL oraz ewentualny podwykonawca PIXEL, który jest twórczą dostarczonego programu CeSIP, są w stanie złożyć ofertę.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający używa zamiennie sformułowania „moduły” i „funkcjonalność”, przy czym, mając na uwadze cytowany opis, stwierdzić należy, że przedmiotem zamówienia jest rozbudowa funkcjonalności danych modułów, a nie dodanie nowych modułów do systemu. Różnica ta ma istotne znaczenie, z uwagi na zakres danych, które Zamawiający jest zobowiązany udostępnić w zależności od oczekiwanego zakresu usługi. Na przykładzie urządzenia wielofunkcyjnego, jeżeli urządzenie to ma moduł skanowania jednostronnego, to rozbudowa urządzenia o kolejny moduł mogłaby np. dotyczyć kserowania, natomiast rozbudowa o kolejną funkcjonalność polegać mogłaby na dodaniu skanowania dwustronnego. O ile przy rozbudowie o dodatkowy moduł potrzebną są dane umożliwiające doczepienie kolejnego „klocka”, o tyle przy dodatkowej funkcjonalności, co do zasady, potrzebne są dane umożliwiające ingerencją wewnątrz danego modułu w celu jego przemodelowania w sposób, umożliwiający wykonywanie przez ten moduł dodatkowych, wymaganych poleceń.

Zdaniem Odwołującego możliwe jest trojkie sformułowanie SIWZ, które czyniłoby zadość oczekiwaniom Zamawiającego, a jednocześnie nie stałoby w sprzeczności z dyspozycjami norm zawartymi w art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Istnieją bowiem trzy sposoby modyfikacji SIWZ, które prowadziłyby do umożliwienia każdemu wykonawcy, który posiada odnośną wiedzę i doświadczenie w tego typu usługach, realizację przedmiotowego zamówienia, bez ograniczania tej konkurencji. Każdy z przedstawionych poniżej sposobów wymaga udostępnienia innych danych.

Po pierwsze Odwołujący wskazał, że możliwość świadczenia usługi asysty technicznej, bieżącej konserwacji i rozbudowy SDIP (jest możliwa w drodze udostępnienia przez Zamawiającego na obecnym etapie, tj. ogłoszenia przetargu, kodów źródłowych tego oprogramowania (nie protokołów komunikacyjnych), gdyż obecnie (tj. bez ich udostępnienia wykonawcom zainteresowanym zamówieniem) modyfikację czy aktualizację autorskiego oprogramowania PIXEL może zostać wykonać tylko przez PIXEL. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający wymaga od wykonawcy ingerencji bezpośrednio w kod źródłowy istniejącego rozwiązania (CeSIP) poprzez jego rozbudowę o szczegółowe, nowe funkcje, które mogą poprawnie działać tylko i wyłącznie poprzez ścisłe połączenie z oprogramowaniem CeSIP i innymi funkcjami, które obecnie realizuje. Wbrew nomenklaturze stosowanej przez

Zamawiającego CeSiP nie jest oprogramowaniem modułowym w takim stopniu jak, na pierwszy rzut oka, wynikałoby z opisu przedstawionego przez Zamawiającego. W związku z tym, nie jest możliwe dodanie do niego kolejnych „modułów” programowych bez ingerencji w jego strukturę i modyfikację kodów źródłowych. Przywołane przez Zamawiającego w rozdziale 1.1. załącznika nr 1 do SIWZ tzw. moduły są *de facto* funkcjami oprogramowania CeSiP, stanowiącymi jego integralną część. Nie mogą one bowiem funkcjonować niezależnie, jak również nie są „dodawane” do CeSiP jak moduły, czyli jako zewnętrzne elementy, ale stanowią, wewnętrzną, jednolitą strukturę programową, bez której CeSiP nie pełniłby żadnej z funkcji Systemy Dynamicznej Informacji Pasażerskiej. Wskazać tu można np. funkcje (zwane przez Zamawiającego modułami) opisane w: 1.1.7.; 1.1.8; 1.1.9; 1.1.10; 1.1.11; 1.1.12; 1.1.15 itd.. czy kolejne od 1.1.31 do 1.1.39. *De facto*, tylko 4 tzw. moduły są prawdziwymi modułami programowymi, czyli zewnętrznym oprogramowaniem „dołączanym” do oprogramowania źródłowego w postaci modułowej, i są to moduły wskazane w: 1.1.4; 1.1.5; 1.1.14; 1.1.21, 1.1.22; 1.1.27; Pozostałe wymienione funkcje (moduły) stanowią również integralną część oprogramowania, choć realizują funkcje drugorzędne z punktu widzenia działania CeSiP. Niemniej, ze względu na niemodułową architekturę CeSiP oraz fakt, że nie jest to rozwiązanie „gotowe” a dedykowane, wykonane na zlecenie Zamawiającego przez PIXEL oraz ewentualne podmioty powiązane, w ramach innego zamówienia publicznego, obecnie jedynie PIXEL i Zamawiający posiadają informacje wymagane do realizacji zamówienia w zakresie rozbudowy CeSiP, gdyż w swobodnym obiegu nie są dostępne żadne podręczniki czy instrukcje rozbudowy CeSiP o dodatkowe moduły. Po przekazaniu tej wiedzy możliwe będzie wykonanie rozbudowy wg wytycznych Zamawiającego również przez inne podmioty.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający ma możliwość otwarcia postępowania na konkurencję w trojaki sposób:

Po pierwsze, Zamawiający może podać kody źródłowe do posiadanego SIDP wraz z opisem umożliwiającym ich pełną interpretację, w zakresie niezbędnym do umożliwienia realizacji całego przedmiotu usług.

Po drugie, możliwość świadczenia usługi asysty technicznej, bieżącej konserwacji i rozbudowy SDIP jest możliwa w drodze udostępnienia przez Zamawiającego na obecnym etapie, tj. ogłoszenia przetargu, protokołów komunikacyjnych i/lub interfejsów programowych do oprogramowania CeSiP, które umożliwią dwukierunkową wymianę danych z CeSiP i zawierać będą wszystkie dane dzięki którym, wykonawca będzie mógł dołączyć opracowane przez siebie moduły programowe. W ten sposób, dzięki zapewnieniu interfejsów wymiany danych przez Zamawiającego nowe moduły dostarczane przez wykonawcę będą w pełni kompatybilne z CeSiP. Proponowane rozwiązanie wymaga minimalnej ingerencji

w CeSIP, zapewniając jego pełną kompatybilność z nowymi modułami programowanymi, o których mowa w rozdz. 1.2 załącznika nr 1 do SIWZ, jednakże jest warunkiem koniecznym do wykonania zamówienia w przypadku braku możliwości podania kodów źródłowych, bowiem w celu spełnienia wymagań Zamawiającego:

1.2.1 należy wprowadzić funkcję zmieniającą kolor ikony pojazdu w zależności od wartości jego opóźnienia/przyspieszenia, co nie jest możliwe bez uzyskania w czasie rzeczywistym danych z obecnych funkcji (modułów) CeSIP (w zależności od ich szczegółów technicznych), np. 1.1.12,1.1.13, 1.1.16; 1.1.21, 1.1.23, 1.1.25,1.1.27, oraz przekazania w czasie rzeczywistym danych z funkcji (modułu) 1.2.1 do obecnych funkcji (modułów), np. 1.1.1,1.1.11,1.1.12,1.1.13 i 1.1.38 w celu prezentacji koloru pojazdu w CeSIP;

1.2.2 należy wprowadzić funkcję wyszukującą i raportującą pojazd ze względu na pozycję GPS (historyczną), poprzez wprowadzenie tzw. wyszukiwarki pojazdów w wybranych strefach detekcji, co nie jest możliwe bez uzyskania danych z obecnych funkcji (modułów) CeSIP (w zależności od ich szczegółów technicznych), np. 1.1.21, 1.1.23, 1.1.25,1.1.30,

1.2.3 należy wprowadzić funkcję przypisującą nowe atrybuty dla poszczególnych linii i ich wariantów (tras), co nie jest możliwe bez uzyskania danych z obecnych funkcji (modułów) CeSIP (w zależności od ich szczegółów technicznych), np. 1.1.6; 1.1.8; oraz przekazania w czasie rzeczywistym danych z funkcji (modułu) 1.2.1 do obecnych funkcji (modułów), np. 1.1.1, 1.1.20,1.1.28,1.1.36, w celu prezentacji atrybutów w CeSIP,

1.2.4 należy wprowadzić funkcję generującą na zewnątrz systemu dane w formacie GTFS, co nie jest możliwe bez uzyskania danych z obecnych funkcji (modułów) CeSIP (w zależności od ich szczegółów technicznych), np. 1.1.12,1.1.13, 1.1.16; 1.1.21, 1.1.23, 1.1.25,1.1.27.

Po trzecie, możliwość świadczenia usługi asysty technicznej, bieżącej konserwacji i rozbudowy SDIP jest możliwa w drodze wyrażenia przez Zamawiającego zgody na zastąpienie istniejącego systemu SDIP nowym systemem oraz udostępnienie przez Zamawiającego na obecnym etapie, tj. ogłoszenia przetargu, protokołów komunikacyjnych do wszystkich tablic pasażerskich oraz urządzeń w pojazdach obsługiwanych przez CeSIP, w celu umożliwienia nowemu SDIP bieżącej komunikacji i wymiany danych z infrastrukturą Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego wykonawcy są w stanie spełnić wymagania stawiane przez Zamawiającego poprzez dostarczenie własnych rozwiązań (oprogramowania), zastępujących CeSIP i obejmujących zarówno funkcje (moduły) wskazane w rozdz. 1.1. załącznika nr 1 do SIWZ, jak również nowo wymagane,. Zarówno CeSIP, jak i rozwiązania innych wykonawców, wymagają odbierania i przesyłania danych w czasie rzeczywistym do i z pojazdów komunikacji miejskiej i przystankowych tablic

informacji pasażerskiej. W przypadku dostawy nowego systemu centralnego, zastępującego CeSIP, do jego poprawnego działania wymagane jest dostosowanie przez wykonawcę interfejsów wymiany danych z pojazdami i tablicami przystankowymi, w jego własnym oprogramowaniu, do interfejsów wymiany danych obecnie wykorzystywanych przez autobusy i tablice przystankowe. Jest to możliwe tylko i wyłącznie na podstawie otrzymanych od Zamawiającego opisów tychże interfejsów. W przypadku, gdy Zamawiający z jakichś przyczyn nie będzie w stanie udostępnić przedmiotowych opisów, wykonawca może udostępnić Zamawiającemu swoje interfejsy wraz z opisami, które powinny być zaimplementowane przez Zamawiającego w autobusach i tablicach przystankowych.

W związku z powyższym Odwołujący o nakazanie Zamawiającemu alternatywnie:

1. dopisania do części III po treści „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz zakres znajduje się w załączniku nr 1 do SIWZ stanowiącym projekt umowy” dalszej części zdania w brzmieniu: „oraz w Załączniku nr 5, zawierającym kody źródłowe do posiadanego przez Zamawiającego SIDP wraz z opisem umożliwiającym ich pełną interpretację, w zakresie niezbędnym do umożliwienia realizacji całego przedmiotu usług”;
2. dopisania do części III po treści „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz zakres znajduje się w załączniku nr 1 do SIWZ stanowiącym projekt umowy” dalszej części zdania w brzmieniu: „oraz w Załączniku nr 5, zawierającym protokoły komunikacyjne i interfejsy wymiany danych do posiadanego przez Zamawiającego SIDP, w zakresie niezbędnym do umożliwienia realizacji całego przedmiotu usług”;
3. dopisania do części III po treści „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz zakres znajduje się w załączniku nr 1 do SIWZ stanowiącym projekt umowy” kolejnego zdania w brzmieniu: „Zamawiający dopuszcza zastąpienie posiadanego przez Zamawiającego SIDP nowym systemem SIDP o zakresie modułów i funkcjonalności wskazanym w § 1 ust 1.1 i 1.2. Załącznika nr 1 do SIWZ, w związku z czym w Załączniku nr 5 przekazuje opisy interfejsów wymiany danych i protokołów komunikacyjnych do posiadanej przez Zamawiającego infrastruktury w celu umożliwienia komunikacji nowego SDIP z posiadanym sprzętem w tym urządzeniami pojazdowymi i tablicami przystankowymi”.

Odwołujący podniósł, że w celu otwarcia konkurencji w postępowaniu, wystarczające jest, aby Zamawiający – zgodnie z własnym wyborem – uwzględnił odwołanie i zrealizował jedno z żądań alternatywnych. Zdaniem Odwołującego obecne brzmienie SIWZ w sposób rażąco narusza normy z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a jeżeli na obecnym etapie Zamawiający nie dokona stosownych modyfikacji, to zmuszony będzie do unieważnienia postępowania, gdyż będzie ono obciążone nieusuwalnymi wadami albo dokona wyboru oferty najkorzystniejszej z rażąco naruszeniem normy z art. 7 ust.3 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że dla uznania naruszenia ustanowionego w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie Zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Wskazał, że celu urzeczywistnienia żądań Zamawiającego, zwycięski wykonawca musi dysponować bardzo szczegółowymi danymi, które umożliwią realizację usługi na systemie konkurencyjnym lub zastąpienie systemu konkurencyjnego własnym systemem, a brak tych danych całkowicie uniemożliwia innym wykonawcom, niż twórcy i dostawcy obecnego SDIP złożenie oferty. SIWZ, w obecnym brzmieniu, nie pozwala jednoznacznie stwierdzić, że Zamawiający ma zamiar przekazać zwycięskiemu wykonawcy jakiegokolwiek dane, a jeżeliby nawet przyjąć, że tak, to brak jest potwierdzenia, że zakres przekazanych danych umożliwi wyłonionemu wykonawcy osiągnięcie zakładanego przez Zamawiającego celu.

Odwołujący zaznaczył, że interfejsy wymiany danych to dane pozwalające na automatyczną wymianę danych i dokumentów między różnymi systemami komputerowymi z wykorzystaniem ustalonych formatów komunikatów. Celem elektronicznej wymiany danych jest wyeliminowanie wielokrotnego wprowadzania danych oraz przyspieszenie i zwiększenie dokładności przepływu informacji dzięki połączeniu odpowiednich aplikacji komputerowych między firmami uczestniczącymi w wymianie. Użycie interfejsów wymiany danych pozwala poprawić czasową dostępność informacji logistycznej, poszerzyć i uściślić dane, a także zmniejszyć pracochłonność procesu. Aby w pełni wykorzystać zalety elektronicznej wymiany danych, uczestnicy kanału logistycznego powinni się komunikować za pośrednictwem komputera. Innymi słowy, efektywne wdrożenie elektronicznej wymiany danych wymaga bezpośredniej komunikacji między systemami komputerowymi, zarówno nabywców, jak i sprzedawców produktu, do czego niezbędne są rzeczony interfejsy wymiany danych. Kody źródłowe to zapis programu komputerowego przy pomocy określonego języka programowania, opisujący operacje jakie powinien wykonać komputer na zgromadzonych lub otrzymanych danych. Kod źródłowy jest wynikiem pracy programisty i pozwala wyrazić w czytelnej dla człowieka formie strukturę oraz działanie programu komputerowego. Jest on zwykle zapisywany w pliku tekstowym, lecz może również występować w postaci fragmentów kodu opublikowanych w artykułach prasowych lub książkach. Przed wykonaniem kod źródłowy musi zostać poddany translacji na kod wynikowy, w procesie zwanym kompilacją. Polega on na konwersji kodu do postaci kodu wynikowego, najczęściej kodu maszynowego, jako jedyne go możliwego do wykonania przez procesor. Inną metodą jest wykonywanie w czasie rzeczywistym („w locie”) programu zapisanego kodem źródłowym za pomocą interpretera lub kompilatora JIT (ang. *Just In Time*), który wykonuje kompilację fragmentów kodu na bieżąco. Określenie „wykonanie kodu źródłowego” jest równoważne

wykonaniu programu stworzonego na podstawie tego kodu. Zamawiający w treści SIWZ nie przekazał informacji w zakresie protokołu komunikacyjnego, kodów źródłowych ani pozostałej dokumentacji niezbędnej wykonawcom, która umożliwi wykonanie w sposób należyty usługi asysty technicznej, bieżącej konserwacji i rozbudowy SDIP. Brak przekazania przez Zamawiającego tzw. protokołów komunikacji oraz kodów źródłowych pozwalających na modyfikację systemu informatycznego, niezbędną do jej rozbudowy, konserwacji i bieżącej asysty technicznej, uniemożliwia w istocie sporządzenie oferty, a tym bardziej realizację zamówienia. Zdaniem Odwołującego, udostępnienie przez Zamawiającego protokołów komunikacyjnych, kodów źródłowych oferentom oraz pozostałej dokumentacji technicznej, najpóźniej na 15 dni przed terminem składania ofert, umożliwi wykonawcom oszacowanie zakresu zamówienia, jego wycenę, a na późniejszym etapie realizację przedmiotu zamówienia. Brak uwzględnienia przez Zamawiającego informacji w zakresie żądanej dokumentacji przerzuca na wykonawców obowiązek dokonania rozbudowy, konserwacji i bieżącej asysty technicznej SDIP bez elementarnych danych, umożliwiających wykonanie świadczenia. Nieujawnienie danych technicznych oznacza nałożenie na wykonawcę obowiązku samodzielnego uzyskania wszelkich informacji, danych i zezwoleń niezbędnych do bardzo głębokiej ingerencji w autorski systemem PIXEL, któremu przysługują prawa autorskie do oprogramowania, z którego korzysta Zamawiający. W ocenie Odwołującego, to Zamawiający powinien – w ramach należytego sporządzania opisu przedmiotu zamówienia – uzyskać wszelkiego rodzaju dane oraz zgody i zezwolenia niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia i nie obarczać ryzykiem ich niezyskania wykonawców. Wykonawcy są w rezultacie zdani na dobrą wolę dotychczasowego dostawcy SDIP, który może podyktować zróżnicowane warunki współpracy w zależności od danego wykonawcy, a co bardziej prawdopodobne, może w ogóle nie udostępnić tych danych.

Odwołujący wskazał na marginesie, że formułując żądania przedstawione w odwołaniu, rozważał możliwość zastosowania innych rozwiązań, które Zamawiający mógłby chcieć zastosować w niniejszej sprawie, ale rozwiązanie to odrzucił, uznając je za nieefektywne i nie gwarantujące uczciwej konkurencji. Odwołujący rozważał legalność rozwiązania, które nakładałoby na wykonawców obowiązek zdobycia we własnym zakresie niezbędnych kodów źródłowych, interfejsów oraz pozwoleń od gwarantów. Zostało to jednak przez Odwołującego odrzucone z uwagi na niżej przedstawione przyczyny, które świadczą o niedopuszczalności przedstawionych rozwiązań. Zatem, jedynie przekazanie pełnych informacji, o które Odwołujący wnioskuje, oraz uzyskanie przez Zamawiającego potwierdzeń od gwarantów urządzeń oraz systemów, zapewnia Zamawiającemu podejmowanie działań zgodnych z prawem.

Odwołujący wskazał, że choć sam mógłby zabiegać o pozyskanie tych danych, to działania takie – abstrahując od faktu, że z pewnością nie przyniosłyby pożądanego efektu – nie byłyby zgodne z zasadą równego traktowania wszystkich wykonawców. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania, wiele miesięcy je przygotowywał i to na nim ciąży obowiązek umożliwienia wykonawcom złożenie porównywalnych ofert. To Zamawiający powinien zapewnić wszystkim potencjalnym wykonawcom te same warunki realizacji zamówienia. Zamawiający nie może oczekiwać, że uprzywilejowany wykonawca PIXEL – stanowiący bezpośrednią konkurencję dla Odwołującego – bez problemów przekaze wszelkie niezbędne dane swojej konkurencji, by Jego konkurencja mogła złożyć ofertę w Postępowaniu. Jeżeli natomiast chciałby zrobić to odpłatnie, to oczekiwanie Zamawiającego, by wykonawcy na własny koszt kupowali niezbędne dane, jest wprost niezgodne z nakazem, by opis przedmiotu zamówienia nie utrudniał uczciwej konkurencji. Dodatkowo, oczekiwanie by każdy inny wykonawca niż uprzywilejowany PIXEL ponosił dodatkowe koszty, w rażący sposób narusza art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący dodał, że każda z ofert winna uwzględniać ten sam zakres przedmiotowy – tylko w ten sposób Zamawiający uzyska porównywalne oferty. O porównywalności ofert w zakresie kryterium ceny (stanowi ona 60% kryteriów oceny ofert) można mówić jedynie wówczas, gdy określone w ofertach wykonawców ceny, zostały obliczone w odniesieniu do tego samego zakresu. Gdyby więc Odwołujący nie żądał przekazania niezbędnych informacji i zapewnienia koniecznej komunikacji między posiadanymi przez Zamawiającego i dostarczonymi w ramach postępowania rozwiązaniami informatycznymi, to mogłoby się okazać że dostawca dotychczasowego SIDP, jako jedyny, nie jest zobowiązany do ponoszenia dowolnie określonego przez siebie kosztu, tytułem przekazania tych dokumentów konkurencji.

Dalej Odwołujący podniósł, że zwycięski wykonawca, który realizować będzie przedmiotowe zamówienie, musi również mieć pewność, że czynności, które będzie podejmował, nie będą kolidowały z uprawnieniami gwarancyjnymi Zamawiającego, w zakresie posiadanej przez Zamawiającego infrastruktury. Wskazał, że każda ingerencja w dostarczone urządzenia i system (a taką ingerencją jest rozbudowa, konserwacja i bieżąca asysta techniczna systemu SDIP) może naruszać warunki gwarancji, posiadanej przez Zamawiającego infrastruktury. Zdaniem Odwołującego SIWZ w obecnym brzmieniu nie pozwala jednoznacznie stwierdzić, że Zamawiający posiada zgodę gwarantów posiadanych urządzeń i systemów na ingerencję, polegającą na rozbudowie SIDP lub zastąpieniu obecnego SIDP nowym SIDP. Bez takiej zgody wykonawca nie będzie w stanie bez szkody dla Zamawiającego wykonać własnej umowy, tym samym narażając siebie na ewentualne roszczenia odszkodowawcze.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dopisania w Części III SIWZ zdania o następującej treści: „Zamawiający oświadcza, że uzyska zgodę gwarantów urządzeń i systemów na ingerencję niezbędną w celu realizacji niniejszego zamówienia. Przedmiotowe zgody gwarantów stanowiąc będą załącznik do podpisanej z Wykonawcą umowy.”

Ponadto Odwołujący podniósł, że ustalony termin składania ofert (18 czerwca 2019 r.) jest zbyt krótki. Wyznaczony termin nie uwzględnia specyfiki zamówienia, złożonego charakteru żądanych modyfikacji, a nade wszystko okoliczności, że opis przedmiotu zamówienia jest niekompletny i niejasny. Z uwagi na fakt, że opis przedmiotu zamówienia nie gwarantuje możliwości złożenia oferty, uwzględniające wszelkie wymagania i okoliczności niezbędne do należytej realizacji zamówienia, Odwołujący zmuszony jest do wstrzymania się z wyceną oferty do czasu doprecyzowania zakresu zamówienia. Sam Zamawiający przygotowywał się do przeprowadzenia postępowania przez wiele miesięcy, zatem powinien rozumieć, że również wykonawcy – w celu rzetelnego przygotowania oferty przetargowej – obowiązani są do dokonania szczegółowej analizy wymagań technicznych, a także rzetelnej wyceny wszystkich kosztów składających się na przedmiot zamówienia oraz ryzyk im towarzyszących. Tylko wówczas bowiem wykonawcy będą w stanie należycie określić optymalne rozwiązania, które powinny być użyte przy realizacji zamówienia oraz ewentualnie ustalić warunki handlowe kontrahentami itp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wydłużenia terminu składania ofert o co najmniej 15 dni, liczonego od czasu ogłoszenia orzeczenia KIO.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem III SIWZ przedmiotem zamówienia jest usługa asysty technicznej, bieżącej konserwacji i rozbudowy systemu informatycznego dynamicznej informacji pasażerskiej zwanego dalej „CeSIP”, którego producentem jest firma Pixel sp. z o.o. (...). Zamawiający posiada bezterminową i Nielimitowaną stanowiskowo licencję na korzystanie z systemu dynamicznej informacji pasażerskiej zainstalowanego na serwerach Zamawiającego. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz zakres znajduje się w załączniku nr 1 do SIWZ stanowiącym projekt umowy.

W § 1 ust. 1 pkt 1.1 projektu umowy Zamawiający wyszczególnił dotychczasowe moduły systemu (39 modułów).

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1.2 projektu umowy, w ramach rozwoju i rozbudowy systemu Wykonawca powinien w ciągu 5 miesięcy od daty podpisania umowy rozbudować system o następujące funkcjonalności:

- 1.2.1. *Możliwość tworzenia w systemie tzw. „przedziałów punktualności” w którym definiuje się domknięty przedział odchyłki pojazdu od rozkładu jazdy (OD i DO) przypisując utworzonemu przedziałowi kolor który będzie wyświetlany dla pojazdów mieszczących się w danym zakresie odchyłki,*
- 1.2.2. *System powinien oferować użytkownikom funkcję pozwalającą na podstawie danych historycznych o pozycjach GPS autobusów w określonym przedziale czasu (data i godzina) i uprzednio wcześniej zdefiniowanym na mapie obszarze będącym dowolnym wielokątem (poligonie) wyszukiwać i raportować obecność pojazdów. Wielkość przedziału dla którego będzie realizowane zapytanie dot. obecności pojazdów w danej strefie może wynosić do 30 minut.*
- 1.2.3. *Możliwość przypisywania do każdego wariantu na linii jego nazwy opcjonalnej (inne niż nazwa ostatniego przystanku na wariancie) a także symbolu legendy widocznego w portalu i aplikacji pasażerskiej,*
- 1.2.4. *Możliwość generowania z systemu danych w międzynarodowym formacie GTFS,*
- 1.2.5. *Rozbudowane oprogramowanie powinno oferować następujące raporty:*
 - 1.2.5.1. *Raport dot. danych z pojazdu i punktualności: Możliwość analizy i raportowania wszystkich danych dostarczonych z pojazdu zestawionych z rozkładami teoretycznymi – m.in. nr boczny pojazdu, wysłana pozycja GPS – w formacie WGS84 z czasem wysłania (HH:MM:SS), prędkość (km/h), informacja o wciśnięciu przycisku panic buton, nr linii, nr brygady, nr kursu, nr wariantu, godzina jego rozpoczęcia (HH:MM), godzina jego zakończenia (HH:MM), nazwa kierunku, nr kierowcy, odchyłka względem teoretycznego rozkładu jazdy gdzie znak + oznacza opóźnienie a znak minus poprzedzający wartość to przyspieszenie, nr przystanku na którym zatrzymał się pojazd, nazwa przystanku, rzeczywista godzina przyjazdu na przystanek (HH:MM:SS), rzeczywista godzina wyjazdu z przystanku (HH:MM:SS), czas postoju na przystanku.*
 - 1.2.5.2. *Analiza punktualności – raport ogólny dla danego dnia: W raporcie prezentowane następujące informacje: Nr linii, nr brygady, nazwa operatora, Godzina rozpoczęcia kursu (HH:MM), godzina zakończenia kursu (HH:MM), długość kursu (m), informacja czy kurs przyspieszony /opóźniony/ w granicy tolerancji, l.p. przystanku, nr inwentarzowy przystanku, nazwa przystanku, godzina rozkładowa (HH:MM), rzeczywista godzina przyjazdu na przystanek (HH:MM:SS), rzeczywista godzina odjazdu z przystanku (HH:MM:SS), odchyłka zaokrąglana do pełnych minut, nr boczny pojazdu, informacja czy przystanek jest punktem kontroli.*

- 1.2.5.3. *Analiza odchyłek – odchyłki zbiorczo za okres dla przystanków: Możliwość stworzenia raportu poprzez zdefiniowanie następujących parametrów: Data początkowa (YYYY-MM-DD), Data końcowa (YYYY-MM-DD), typ dnia w wybranym przedziale (możliwość wybrania także wszystkich), wybór linii (możliwość wybrania wszystkich), możliwość wybrania danej brygady, możliwość zaznaczenia czy raport ma zostać wygenerowany dla wszystkich przystanków czy tylko tych mających cechę punktu kontroli, zakres odchyłki od do (znak minus oznacza przyspieszenie, znak + oznacza opóźnienie).*
- 1.2.5.4. *Analiza odchyłek – dla linii i dnia: Możliwość stworzenia raportu poprzez zdefiniowanie następujących parametrów: Data początkowa (YYYY-MM-DD), Data końcowa (YYYY-MM-DD), typ dnia w wybranym przedziale (możliwość wybrania także wszystkich), wybór linii (możliwość wybrania wszystkich), wybór brygady (możliwość wybrania wszystkich), (opcjonalnie zamiast wyboru linii i brygady można wybrać nr boczny pojazdu), możliwość zaznaczenia czy raport ma zostać wygenerowany dla wszystkich przystanków na linii czy tylko tych mających cechę punktu kontroli, zakres odchyłki od do (znak minus oznacza przyspieszenie, znak + oznacza opóźnienie).*
- 1.2.5.5. *Rzeczywiste czasy przejazdu między przystankami: Możliwość stworzenia raportu poprzez zdefiniowanie następujących parametrów: Podajemy nr linii, nr przystanku początkowego i przystanek docelowy (oczywiście operator może wybierać przystanek docelowy tylko z dostępnej listy połączeń międzyprzystankowych – tj. między przystankami musi być relacja), wybór przedziału dat (YYYY-MM-DD), typ rozkładu. Wynikiem są wylistowane czasy przejazdu między przystankami (podane w sekundach z możliwością zaokrąglenia do minut), niezależnie od linii. Jako opcja do zaznaczenia – sam przejazd – lub – z obsługą przystanku startowego – z obsługą przystanku docelowego (czyli + postój na przystanku podany w sekundach).*
- 1.2.5.6. *Raport zatrzymań na przystanku: Tworzenie zestawień ilościowych dotyczących zatrzymań na przystankach z podziałem na przewoźników, linie lub warianty linii w zadanych ramach czasowych.*
- 1.2.5.7. *Moduł importu danych rozkładowych z programu SPGraf użytkowanego przez zamawiającego.*
- 1.2.5.8. *Możliwość generowania z systemu tabliczek rozkładowych zawierających dane:*
- nr linii,
 - trasa przejazdu,

- nazwa i nr inw. przystanku,
- kierunek jazdy,
- godziny i minuty odjazdu w dzień roboczy, sobotę i dzień świąteczny,
- nazwa operatora przewozu oraz tel. kontaktowy,
- data ważności rozkładu (ważny od),
- legenda: opis cech autobusu, oznaczenie zjazdu do zajezdni, dojazdu do przystanku,
- przystanki na trasie z informacją o teoretycznym czasie przejazdu między przystankami w minutach,
- logo, nr telefonu, adres strony internetowej Organizatora,
- kolorystyka i układ graficzny do uzgodnienia z Zamawiającym.

Zamawiający nie zamieścił w SIWZ informacji o kodach źródłowych ani o protokołach komunikacyjnych i interfejsach wymiany danych do posiadanego systemu informatycznego, jak również nie uwzględnił kwestii zgody gwarantów urządzeń i systemów, które Zamawiający posiada, na ingerencję niezbędną w celu prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Odwołanie w całości zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Art. 29 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W ocenie Izby opis przedmiotu zamówienia w zaskarżonym zakresie narusza przywołane wyżej przepisy ustawy.

Oceniając kwestię naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp należy mieć na uwadze, że celem tego przepisu jest wyeliminowanie elementu niepewności wykonawców co do oczekiwań zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia i zagwarantowanie im wiedzy niezbędnej do prawidłowego przygotowania oferty i wykonania zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest opisać wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia na tyle

wyczerpująco, aby każdy wykonawca miał pewność, czego zamawiający oczekuje i w jaki sposób to wykonać. Z kolei w świetle art. 29 ust. 2 ustawy Pzp swoboda zamawiającego w określaniu cech przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji jest ograniczona koniecznością zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji. Z jednej strony oczywistym jest, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym nabywcą określonych towarów czy usług, a konieczności zachowania uczciwej konkurencji nie można utożsamiać z nakazem umożliwienia złożenia oferty przez jak najszerszy krąg wykonawców, w oderwaniu od potrzeb Zamawiającego. Z drugiej jednak strony niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które bezzasadnie ogranicza możliwość złożenia ofert wykonawcom mającym wszelkie kwalifikacje i możliwości jego wykonania, a nie mogą złożyć oferty z uwagi na brak informacji, które są dla nich niezbędne, aby przedmiot zamówienia zrealizować.

W rozpoznawanej sprawie brak wyczerpujących informacji o przedmiocie zamówienia i wszelkich okolicznościach mających wpływ na sporządzenie oferty stanowi jednocześnie naruszenie uczciwej konkurencji poprzez pozbawienie możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawców innych niż spółka Pixel (wykonawca posiadanego przez Zamawiającego systemu) lub podmioty z nią współpracujące. Przedmiot zamówienia obejmuje bowiem m.in. rozbudowę systemu informatycznego dynamicznej informacji pasażerskiej, polegającą na wdrożeniu do niego dodatkowych funkcjonalności, a wykonanie tego elementu zamówienia w sposób nienaruszający praw wyłącznych autora systemu, nie jest możliwe bez dostępu do kodów źródłowych lub protokołów komunikacyjnych i interfejsów wymiany danych.

Zauważyć należy, że konieczność dostępu do kodów źródłowych nie była kwestionowana przez Zamawiającego, który nie wykazał, aby wymagana rozbudowa systemu była możliwa do wykonania bez dostępu do ww. danych. Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, że tymi danymi nie dysponuje i próbował wykazać prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia powołując się na to, że zamieścił w SIWZ rzetelną informację o stanie prawnym dotyczącym systemu informatycznego, tj. posiadanie bezterminowej i nielimitowanej stanowiskowo licencji na korzystanie z systemu dynamicznej informacji pasażerskiej zainstalowanego na serwerach Zamawiającego. Nie ulega jednak wątpliwości, że ww. licencja uprawnia jedynie do korzystania z systemu, nie umożliwia natomiast dokonywania w nim zmian oczekiwanych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Do ich wprowadzenia konieczne jest bowiem dysponowanie danymi, których wykonawcom nie przekazano, w związku z czym zamówienie może zostać zrealizowane wyłącznie z udziałem spółki Pixel. Nie zasługuje więc na aprobatę konsekwentnie podtrzymywana przez Zamawiającego teza, jakoby taki opis przedmiotu zamówienia był wyczerpujący i nie

ograniczał konkurencji w postępowaniu. Skoro do wykonania rozbudowy systemu konieczny jest dostęp do kodów źródłowych, a Zamawiający ich nie przekazał, to oczywiste jest, że przedmiot zamówienia może być wykonany tylko przez producenta systemu lub przy jego udziale. Twierdzenia Zamawiającego o nieograniczeniu konkurencji nie zasługują na aprobatę tym bardziej, że z jego stanowiska przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie nie wynika, aby stał on na stanowisku, że można rozbudować system bez dostępu do ww. danych. Wręcz przeciwnie, podczas rozprawy na pytanie o taką możliwość powołał się na art. 23 ustawy Pzp, co wprost wskazuje na konieczność udziału spółki Pixel przynajmniej jako jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wskazał również na możliwość nawiązania współpracy z ww. podmiotem. Wynika z tego, że sam Zamawiający dostrzega konieczność określonej formy udziału tej spółki w rozbudowie systemu, w związku z czym twierdzenie, jakoby opis przedmiotu zamówienia nie ograniczał konkurencji, jest w tych okolicznościach niezrozumiałe.

Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego, że prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia należy ocenić z uwzględnieniem sytuacji Zamawiającego, który nie dysponuje kodami źródłowymi do systemu, podkreślić należy, że fakt nienabycia tych kodów jest błędem, który nie może tłumaczyć ograniczania konkurencji w kolejnych postępowaniach. W tym miejscu warto przywołać stanowisko wyrażone w *Rekomendacjach Prezesa UZP dotyczących udzielania zamówień na systemy informatyczne oraz dostawę zestawów komputerowych*,

https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0012/30702/Rekomendacje_PrezesaUZP_zamowienia_informatyczne_2011.pdf), w których Prezes Urzędu podał:

Zamawiający chcąc uzyskać prawo do swobodnej rozbudowy i modyfikacji systemu informatycznego powinien przede wszystkim w umowie o zamówienie publiczne zawrzeć postanowienia dotyczące:

- *przeniesienia autorskich praw majątkowych do zakupywanego systemu, łącznie z prawem na udzielania zezwoleń na wykonywanie zależnego prawa autorskiego; zamawiający w zależności od swoich potrzeb powinien szczegółowo i jednoznacznie określić pola eksploatacji obejmujące autorskie prawa majątkowe (np. uprawniające zamawiającego do modyfikacji oprogramowania, jego kodów źródłowych itp.);*
- *przeniesienie praw powinno dotyczyć również kodów źródłowych w stosunku do nowoutworzonego systemu, ich swobodnej modyfikacji; jednocześnie, zamawiający powinien zobowiązać wykonawcę w umowie do wydania kodów źródłowych oraz pełnej dokumentacji technicznej systemu;*

- warunki gwarancji jakości powinny być tak zapisywane, by nie ograniczyć lub wyłączyć uprawnień zamawiającego z posiadania autorskich praw majątkowych, zatem modyfikacja oprogramowania, jego kodów źródłowych prowadzona niezależnie od pierwotnego wykonawcy nie powinna mieć wpływu na uprawnienia zamawiającego wynikłe z gwarancji udzielonej przez wykonawcę (...).

Analogiczne stanowisko zostało przedstawione w Rekomendacjach Prezesa UZP już w 2009 r.

(https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0025/27574/Rekomendacje_UZP20ws_zamowiec584_na_systemy_informatyczne.pdf).

Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w tych dokumentach, stwierdzając, że brak możliwości przekazania wykonawcom w niniejszym postępowaniu danych niezbędnych do wykonania zamówienia jest konsekwencją niedołożenia należytej staranności lub też braku przewidzenia potrzeby rozbudowy systemu informatycznego na etapie jego nabywania. Nie stanowi to jednak usprawiedliwienia dla udzielania zamówienia w sposób niekonkurencyjny. Tymczasem, chociaż obecne postępowanie prowadzone jest jako przetarg nieograniczony, to *de facto* nie ma ono cech trybu otwartego. Gdyby przyjęć stanowisko o dopuszczalności takiego wyłączenia lub istotnego ograniczenia konkurencji z uwagi na zaniedbania powstałe na etapie nabycia systemu informatycznego, stanowiłoby to sprzeczne z naczelnymi zasadami zamówień publicznych zezwolenie na nieograniczone w czasie „uzależnienie” zamawiającego od pierwotnego wykonawcy systemu informatycznego.

Analogiczne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 8 czerwca 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1023/18. Izba w niniejszej sprawie w pełni podziela poglądy wyrażone w uzasadnieniu tego wyroku.

Wobec powyższego za pozostający bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostaje złożony przez Zamawiającego dowód w postaci umowy Nr BKM.I.342-2/10 zawartej 23 kwietnia 2010 r., przedstawiony na okoliczność sytuacji prawnej i faktycznej Zamawiającego.

Podkreślenia wymaga również, że nie sposób oczekiwać od wykonawców, którzy są konkurentami rynkowymi spółki Pixel, nabycia kodów źródłowych we własnym zakresie. Oczekiwanie takie, nawet przy optymistycznym założeniu, że ww. spółka zechce je zbyć na rzecz podmiotu będącego jej konkurentem, nadal powodowałoby nierówność wykonawców, wyrażającą się w uzależnieniu ich sytuacji od woli i warunków podyktowanych przez podmiot, z którym pozostają w relacjach konkurencyjnych.

Dodatkowo nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Zamawiającego, który na rozprawie twierdził, że *w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający powinien sformułować swoje oczekiwania, a wykonawca ma je zrealizować*. Odnosząc się do tego twierdzenia zauważyć należy, że jakkolwiek zamawiającemu przysługuje niekwestionowane prawo sformułowania oczekiwań wobec przedmiotu zamówienia, to z uprawnieniem tym skorelowany jest bezwzględny obowiązek określenia tych wymagań w sposób wyczerpujący i precyzyjny oraz z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji. Zauważyć należy, że w rozpoznawanej sprawie nie jest tak, że Odwołujący próbuje narzucić Zamawiającemu oczekiwania co do przedmiotu zamówienia. Przeciwnie, Odwołujący wyraża gotowość jego wykonania zgodnie z wszystkimi wymaganiami, które Zamawiający określił, jednakże potrzebne są do tego dane, których Zamawiający nie przekazał ani nie zobowiązał się do ich przekazania.

Izba nie podziela również tezy Zamawiającego, że Odwołujący próbuje wymusić dopuszczenie zaoferowania nowego systemu. Zauważyć należy, że żądanie takie zostało sformułowane jako trzecie w kolejności żądanie alternatywne. Ponieważ jednak Odwołujący nie będzie w stanie wykonać zamówienia bez dysponowania kodami źródłowymi lub protokołami komunikacyjnymi i interfejsami wymiany danych, w sytuacji gdyby Zamawiający nie uzyskał dostępu do tych danych w celu ich przekazania wykonawcom lub nie zapewnił współpracy ze strony producenta systemu, to o nie ma innej możliwości niż dopuszczenie rozwiązań nowych, tylko wówczas postępowanie będzie mogło być prowadzone bez nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. Jeżeli więc Zamawiający chce, aby przedmiot zamówienia obejmował rozbudowę systemu, nie ma innej możliwości jak wykonanie któregoś z żądań alternatywnych sformułowanych przez Odwołującego.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że wykonując obowiązek udostępnienia wykonawcom danych, o których mowa w sentencji orzeczenia, Zamawiający powinien mieć na uwadze przepis art. 37 ust. 6 ustawy Pzp, określający sposób udostępnienia części SIWZ w razie nałożenia na wykonawców wymogów mających na celu ochronę poufnego charakteru informacji.

Odnosząc się do złożonych przez Odwołującego dowodów w postaci odwołań złożonych w analogicznych sprawach i oświadczeń zamawiających o uwzględnieniu tych odwołań, stwierdzić należy, że nie mogą być one rozstrzygające dla oceny przedmiotowej sprawy, dotyczą bowiem innych postępowań, co do których nie są znane specyficzne dla nich okoliczności. Niezależnie jednak od tego, z powodów wskazanych we wcześniejszej części uzasadnienia, zarzuty odwołania należało uznać za zasadne.

Izba uwzględniła również zarzut dotyczący zaniechania określenia obowiązku Zamawiającego dotyczącego zapewnienia, że czynności, które wykonawca będzie podejmował w celu realizacji przedmiotu zamówienia, nie będą kolidowały z uprawnieniami z uprawnieniami gwarancyjnymi Zamawiającego w zakresie posiadanej przez niego infrastruktury. Odwołujący słusznie wskazał, że ingerencja w dostarczone urządzenia i system może potencjalnie naruszać warunki takiej gwarancji, co mogłoby narażać Zamawiającego na szkodę, a wykonawcę na roszczenia odszkodowawcze. Zamawiający natomiast nie przedstawił w odpowiedzi na odwołanie żadnego stanowiska w tym zakresie. Biorąc pod uwagę, że wykonanie przedmiotu zamówienia będzie się wiązać z ingerencją w infrastrukturę, którą Zamawiający dysponuje, wykonawca musi mieć pewność, że wykonując zamówienie prawidłowo i zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, nie narazi się na roszczenia odszkodowawcze. W związku z tym brak sprecyzowania obowiązków Zamawiającego w tym zakresie należy uznać za naruszenie z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Izba uwzględniła również wniosek Odwołującego dotyczący terminu składania ofert i nakazała Zamawiającemu jego przedłużenie o co najmniej 15 dni od dnia ogłoszenia orzeczenia przez Izbę. Uwzględniając zmiany, jakie Izba nakazała wprowadzić w SIWZ, przedłużenie terminu składania ofert należy uznać za zasadne i konieczne w celu umożliwienia wykonawcom przygotowanie ofert.

Podsumowując, należy stwierdzić, że formułując postanowienia SIWZ Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Ponieważ naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego.

Przewodniczący: