

**WYROK**  
**z dnia 22 listopada 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Aleksandra Zielonka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 listopada 2016 r. przez Odwołującego **Matic Sp. z o.o., ul. Puławska 300a, 02-819 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Komenda Główna Policji, Puławska 148/150 Warszawa**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego::

**Enigma System Ochrony Informacji Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa,**  
**Pentacomp Systemy Informatyczne S.A, ul. Aleje Jerozolimskie 179, 02-222 Warszawa,**  
**Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa,**  
**S&T Service Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa**

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego Matic Sp. z o.o., ul. Puławska 300a, 02-819** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego Matic Sp. z o.o., ul. Puławska 300a, 02-819 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164) 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: Komenda Główna Policji Biuro Finansów KGP Wydział Zamówień Publicznych  
Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości powyżej 135 000 euro, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Komendę Główną Policji na: „Dostawę i uruchomienie kompletnego rozwiązania do Systemu Informacji Operacyjnych II”.  
Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 12 kwietnia 2016 i opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE pod nr 2016/S 073-127793

Odwołujący Matic Spółka z o. o. wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, polegających na zaniechaniu odrzucenia ofert wszystkich wykonawców (poza ofertą Odwołującego) i przez to na dopuszczeniu do aukcji wykonawców, których oferty powinny podlegać odrzuceniu z uwagi na fakt, iż treść tych ofert nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 89 ust 1 pkt 2 w związku z art. 91a ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia wszystkich ofert (z wyłączeniem oferty Odwołującego) z uwagi na niezgodność treści tych ofert z treścią SIWZ w niniejszym postępowaniu, art. 91a ust. 1 oraz art. 91b ust. 1 ustawy Pzp poprzez przesłanie wszystkim wykonawcom zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo, że Zamawiający powinien odrzucić oferty złożone przez pozostałych wykonawców (z wyłączeniem oferty Odwołującego) i odstąpić o przeprowadzania aukcji z uwagi na fakt, iż w konsekwencji złożono mniej niż 3 oferty niepodlegające odrzuceniu (złożono tylko 1 ofertę), art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenia postępowania z w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej wykonawców,, których oferty podlegają odrzuceniu z uwagi na niezgodność ich treści z treścią SIWZ (wszystkich wykonawców z wyłączeniem Odwołującego) i odstąpienia od przeprowadzania aukcji elektronicznej, a w przypadku, gdyby doszło do przeprowadzenia aukcji elektronicznej - jej unieważnienia, ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia ofert wszystkich pozostałych wykonawców (z wyłączeniem oferty Odwołującego) w wyniku ponownego badania i oceny ofert, unieważnienia aukcji elektronicznej z uwagi na brak co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu, wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Zamawiający przewidział przeprowadzenie w niniejszym postępowaniu aukcji elektronicznej.

W postępowaniu złożono 10 ofert. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp, albowiem zaprosił do aukcji elektronicznej wykonawców, których oferty powinny zostać odrzucone z uwagi na niezgodność treści tych ofert z SIWZ.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający przy obecnie istniejącym rozwiązaniu informatycznym służącym realizacji celów, których osiągnięcie jest przedmiotem niniejszego zamówienia, korzysta z rozwiązań informatycznych firmy SAS. Odwołujący, składając swoją ofertę, jako jedyny oparł jej treść o rozwiązania informatyczne firmy SAS. W ocenie Odwołującego, spełnienie wskazanych niżej wymagań, wynikających z SIWZ oraz odpowiedzi Zamawiającego, udzielonych na pytania wykonawców, jest możliwe przy wykorzystaniu narzędzi informatycznych firmy SAS, a nie jest możliwe przy wykorzystaniu innych narzędzi informatycznych. Przedmiotem zamówienia jest bowiem nabycie specjalistycznego systemu informatycznego, a dostępne na rynku rozwiązania informatyczne innych firm nie zapewniają wskazanych poniżej funkcjonalności. Wymagałoby to bowiem wytworzenia zupełnie nowych rozwiązań informatycznych lub istotnej modyfikacji obecnie dostępnych (oczywiście poza rozwiązaniami firmy SAS, które spełniają te wymagania), aby móc osiągnąć te funkcjonalności, co z uwagi na sposób i termin realizacji przedmiotu zamówienia nie jest możliwe.

Wymaganie wykrywania obiektów w tekście notatki operacyjnej.

W Opisie Przedmiotu w rozdziale I Zasady funkcjonowania Systemu ust. 1 Funkcjonalność Systemu pkt 1.1 Wprowadzanie informacji ppkt 8 Zamawiający postawił wymaganie, cyt.: *„automatycznego wykrywania w treści wprowadzonych informacji danych poszczególnych obiektów i uzupełnianie formatek obiektów (mianownik liczby pojedynczej): osoba, adres, miejsce, kontakt, dokument, firma, grupa, konto, pojazd, zdarzenie zidentyfikowaną treścią.* Zamawiający w SIWZ wskazał wymagania automatycznego wykrywania w treści wprowadzonych informacji poszczególnych obiektów (np.: osób lub miejsc). W odpowiedzi na pytanie numer 10 (o skuteczność działania tego mechanizmu) Zamawiający wskazał, że, cyt.: *„ma wyszukiwać obiekty w 100%”.*

W ocenie Odwołującego, tak postawione wymaganie nie jest możliwe do spełnienia przez rozwiązania informatyczne, oferowane przez innych wykonawców. Zbudowanie rozwiązania informatycznego, realizującego identyfikację i wyszukiwanie obiektów w tekście ze 100% skutecznością jest bardzo trudne - nawet realizowanie tego zadania przez człowieka jest obarczone prawdopodobieństwem wystąpienia błędu. Rozwiązania informatyczne zastosowane w ofertach pozostałych wykonawców, nie mają możliwości przedstawienia dla oprogramowania, zbioru uczącego i referencyjnego w 100% oddającego możliwe do wystąpienia przypadki. Sformułowanie wymagania wskazującego na 100% realizowanie

zadania wyszukiwania lub identyfikacji obiektów w tekście odrzuca także możliwość popelniania przez oprogramowanie błędów - czyli nie tylko oprogramowanie ma właściwie odnaleźć wszystkie obiekty w tekście, ale także nie może wskazywać części tekstu nie będących właściwie wykrytymi obiektami.

Lokalizacja na mapie miejsc i adresów powiązanych z obiektami

W OPZ, w rozdziale II ust. 3 część A sekcja V wskazano na końcu, iż, cyt.: „Po wprowadzeniu Adresu/Miejsca do systemu musi być możliwość jego prezentacji na mapie. W związku z tak sformułowaniem wymaganiem do treści SIWZ zostały zadane powiązane pytania numer 339 oraz 483. Zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytania (pytanie Nr 483) wskazał, że system nie będzie miał dostępu do sieci Internet. Jak wskazał Odwołujący, oczekiwaniem Zamawiającego jest - wyrażone w odpowiedzi na pytanie 339 - aby system w każdym przypadku precyzyjnie prezentował dane geograficzne oraz adresowe. Zdaniem Odwołującego, wypełnienie tego wymagania jest możliwe do zrealizowania tylko i wyłącznie w przypadku posiadania aktualnych - w każdym momencie czasu - map oraz powiązanych z nimi danych adresowych i geolokalizacyjnych. W momencie rejestrowania obiektów i danych adresowych w systemie, powiązanych z nowymi adresami, stale pojawiającymi się na mapach, konieczne byłoby przeprowadzenie aktualizacji oprogramowania. Dlatego, w ocenie Odwołującego, zastosowane w ofertach pozostałych wykonawców rozwiązania informatyczne nie zapewniają dostępu do danych gwarantującego należyte spełnienie postawionego wymagania.

Czas realizacji wdrożenia i dostaw

Zamawiający oczekuje przeprowadzenia całości wdrożenia w okresie 9 miesięcy. W tym czasie konieczne jest zrealizowanie dostaw, wdrożenie oprogramowania standardowego, wytworzenie i przekazanie oprogramowania dedykowanego, przeprowadzenie migracji, szkoleń, itp. wchodzących w skład zamówienia. W ocenie Odwołującego, zakres wdrożenia, szerokości instalacji, jaka ma zostać przeprowadzona oraz liczba lokalizacji, gdzie system ma zostać uruchomiony wskazuje na brak możliwości wypełnienia wszystkich wymagań Zamawiającego we wskazanym okresie 9 miesięcy przy zastosowaniu narzędzi informatycznych zastosowanych w ofertach innych wykonawców.

Określenie zakresu i formatów plików, które mają być importowane do oprogramowania do analizy kryminalnej

Zamawiający wymaga, aby system SIO II umożliwiał eksport danych do oprogramowania do analizy kryminalnej nie wskazując konkretnej, zamkniętej listy oprogramowania (w

dokumentacji SIWZ wymienione są tylko przykładowe programy do analizy kryminalnej). Odpowiadając na zadane przez Wykonawcę pytanie, Zamawiający poinformował, że nie prześle takiej specyfikacji. W ocenie Odwołującego, skoro dotychczasowe rozwiązanie informatyczne oparte jest na rozwiązaniach firmy SAS, to nie jest możliwe zrealizowanie wymagania eksportu, a co za tym idzie późniejszego importu, danych przez oprogramowanie. Postawione w ten sposób wymaganie nie jest możliwe do spełnienia przez rozwiązania informatyczne zastosowane w ofertach pozostałych wykonawców.

#### Wymaganie rozpoznawania pisma odręcznego

Zamawiający wymaga w treści SIWZ oraz udzielonych na pytania odpowiedziach, aby system SIO II pozwalał na rozpoznawanie tekstu techniką OCR sporządzonego maszynowo, komputerowo oraz odręcznie. W ocenie Odwołującego, rozwiązania informatyczne zaproponowane przez pozostałych wykonawców, nie zapewniają takiej funkcjonalności i rozpoznawania tekstu odręcznego; ograniczają się do rozpoznawania tylko blokowego pisma odręcznego. Odwołujący stwierdził, że wymagana przez Zamawiającego funkcjonalność nie jest możliwa do spełnienia lub sposób jej spełnienia nie będzie dla Zamawiającego akceptowalny w przypadku zastosowania rozwiązań informatycznych przyjętych w ofertach pozostałych wykonawców - jakość rozpoznawania tekstu odręcznego nie będzie pozwalała na osiągnięcie celów biznesowych, których można doszukiwać się w automatyzacji i przyspieszeniu wprowadzania notatek operacyjnych do budowanego systemu SIO II. Czas pracy operatora wykorzystującego OCR do rozpoznawania tekstu odręcznego będzie dłuższy, niż potrzebny na ręczne wprowadzenie do systemu treści notatki - operator będzie poświęcał swoją uwagę analizie i uzgadnianiu wykrytej przez mechanizm OCR treści z rzeczywistą treścią wprowadzanego dokumentu.

#### Wymaganie przeprowadzenia migracji

Zamawiający wymaga, aby w ramach wdrożenia przeprowadzona została migracja z istniejących systemów SIO oraz ALERT. Równocześnie Zamawiający zaznacza, że nie dysponuje dokumentacją danych podlegających migracji. Dotychczasowe rozwiązanie jest zbudowane w oparciu o rozwiązania informatyczne firmy SAS. Odwołujący wskazał, że przeprowadzenie migracji bez możliwości zrozumienia i właściwego zinterpretowania danych źródłowych nie jest możliwe przez pozostałych wykonawców.

W ocenie Odwołującego nie jest możliwe zaoferowanie rozwiązania informatycznego, które spełnia w całości wszystkie wymagania postawione w OPZ oraz wynikające z odpowiedzi uściślających (modyfikujących) treść SIWZ w niniejszym postępowaniu. Oznacza to więc, że wykonawcy zaoferowali w swoich ofertach wykonanie przedmiotu zamówienia, który nie jest

tożsamy z wymaganiami wskazanymi w treści SIWZ, przy czym niezgodność ta nie dotyczy kwestii nieistotnych, lecz funkcjonalności kluczowych z punktu widzenia działania Systemu i potrzeb Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, zaoferowanie przez pozostałych wykonawców Zamawiającemu rozwiązań, w których nie zostały uwzględnione, wskazane powyżej kluczowe wymagania funkcjonalne systemu powoduje, iż zaniechanie odrzucenia takich ofert przez Zamawiającego prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Bezzasadne są okoliczności podnoszone przez Przystępującego, że Odwołujący nie legitymuje się uprawnieniem do wniesienia niniejszego odwołania, z uwagi na fakt, że zarzuty podniesione w odwołaniu mają na celu doprowadzenie do umorzenia postępowania. Przystępujący wskazał, że Odwołujący złożył ofertę z kwotą 25 000 000 zł, która przekracza wysokość środków, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Zamawiający nie zwiększy kwoty przeznaczonej do realizacji zamówienia (posiadana kwota to 7 500 000 zł). W ocenie Izby podnoszone przez Przystępującego okoliczności są bezzasadne. Na tym etapie postępowania, rozpoznaniu podlega prawidłowość czynności Zamawiającego polegająca na ocenie ofert złożonych w postępowaniu. Dopiero wówczas, gdy ostatecznie zostanie wybrana oferta najkorzystniejsza, Zamawiający będzie mógł podjąć decyzję co do możliwości jej finansowania.

W ocenie Izby zarzuty podnoszone w odwołaniu są bezzasadne.

Zdaniem Odwołującego, nie jest możliwe zaoferowanie rozwiązania informatycznego, które spełnia w całości wszystkie wymagania postawione w OPZ oraz wynikające z odpowiedzi uściślających (modyfikujących) treść SIWZ w niniejszym postępowaniu. Odwołujący nie podolał jednak obowiązkowi wykazania okoliczności, na które się powołuje, takich jak np. nie

wykazano w żaden sposób okoliczności, że nie jest możliwe zbudowanie systemu w określonym przez Zamawiającego terminie (9 miesięcy).

Odwołujący wskazywał, że dotychczas funkcjonujące u Zamawiającego rozwiązanie (system SIO i alert) jest zbudowane w oparciu o rozwiązania informatyczne firmy SAS. Odwołujący wskazał, że przeprowadzenie migracji bez możliwości zrozumienia i właściwego zinterpretowania danych źródłowych nie jest możliwe przez pozostałych wykonawców. W ocenie Izby, Odwołujący nie udowodnił twierdzeń, na które się powoływał. Co więcej, Zamawiający wyjaśnił, że dla stworzenia systemu kluczowe jest posiadanie dostępu do bazy danych, który zostanie umożliwiony wykonawcy wykonującemu zamówienie. Dostęp do bazy danych i znajomość jej struktury są wystarczające do stworzenia nowego systemu. Oprogramowanie zaś nie musi być oparte na rozwiązaniach firmy SAS i może stworzyć je każdy, bez naruszania praw autorskich. W ocenie Zamawiającego, w skrajnym przypadku, dane, które są w dyspozycji Zamawiającego, mogą nawet zostać wydrukowane, a następnie wprowadzone do systemu informatycznego. Oznacza to, że możliwe jest przeniesienie danych do nowego systemu bez konieczności automatycznej migracji tych danych. W ocenie Izby, już sam fakt, że Zamawiający wskazał sposób, w jaki można przenieść do nowego systemu dane bez naruszania przepisów prawa, w tym prawa autorskiego, jest potwierdzeniem, że zarzuty podniesione w odwołaniu są bezzasadne. Istnieje bowiem możliwość przeniesienia bazy danych, bez konieczności sięgania do rozwiązań, do których prawa posiada firma SAS. Narzędzie SAS jest jednym z rozwiązań służących do przeniesienia danych. W ocenie Izby, kwestią najważniejszą jest okoliczność, iż Zamawiający posiada dostęp do bazy danych chronionej prawami autorskimi. Zamawiający jest właścicielem i administratorem bazy danych i jako taki dysponuje tymi danymi. Ich przeniesienie, dokonane na zlecenie Zamawiającego, nie może zostać uznane za naruszające czyjekolwiek uprawnienia.

Izba miała na uwadze fakt, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest system, który wykonawcy są zobowiązani zbudować od początku. Nie jest zatem tak, że Wykonawcy budujący system są zobowiązani korzystać z systemu istniejącego.

Ponadto Izba miała na uwadze fakt, że Zamawiający dokonywał oceny na podstawie formularzy ofertowych. Wykonawcy nie byli zobowiązani (w treści SIWZ) do złożenia wraz z ofertą oświadczeń o zaoferowanych rozwiązaniach programowych. Zatem zaoferowane rozwiązania mogą, ale nie muszą być oparte na rozwiązaniach firmy SAS.

Izba podziela stanowisko, zgodnie z którym oferta jest niezgodna z treścią SIWZ, jeśli z tej oferty wprost wynika taka niezgodność, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca. W niniejszym postępowaniu brak jest podstaw do stwierdzenia, że oferty wszystkich

Wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu (z wyjątkiem Odwołującego), były niezgodne z treścią SIWZ.

Tym samym, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że nie jest możliwa budowa systemu, bez posiadania narzędzi firmy SAS, a więc że tylko oferta złożona przez Odwołującego jest ofertą zgodną z treścią SIWZ.

W ocenie Izby nie stanowią dowodu na potwierdzenie powoływanych przez Odwołującego okoliczności (w szczególności niezgodności ofert złożonych w postępowaniu z treścią SIWZ), przedstawione przez Odwołującego w trakcie rozprawy: opinia ekspercka z 18 listopada 2016 roku oraz oświadczenie SAS Institute sp. z o.o. również z dnia 18 listopada 2016 roku. Oświadczenie SAS Institute sp. z o.o. nie jest oświadczeniem woli, lecz wiedzy. Ponadto brak jest informacji, czy osoba, która podpisała oświadczenie, jest upoważniona i umocowana do składania takich oświadczeń w imieniu SAS Institute sp. z o.o. Tym bardziej, że jak wskazał Zamawiający, SAS Institute sp. z o.o. nie jest właścicielem praw do systemu, a prawa te przysługują SAS Inc.

Zamawiający wskazał, a wskazaniu temu nie zaprzeczył Odwołujący, że opinia ekspercka została podpisana przez jednego z pracowników firmy SAS. W ocenie Izby oznacza to, że opinię tę można uznać wyłącznie za stanowisko strony (Odwołującego).

Odwołujący twierdził, że nie jest możliwe powierzenie zamówienia innemu wykonawcy niż Odwołujący z uwagi na brzmienie art. 75 ust. 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Zdaniem Odwołującego, przepis ten nie daje uprawnienia do pobrania danych z programu komputerowego.

Z takim twierdzeniem Odwołującego nie sposób się zgodzić. Przede wszystkim podkreślić należy, że art. 75 ust. 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych opisuje zakres uprawnień, jakie przysługują legalnemu posiadaczowi programu komputerowego. Wśród tych uprawnień jest także uprawnienie do tzw. dekompilacji programu komputerowego (art. 75 ust. 2 pkt 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych). Jednakże przepis ten dotyczy wyłącznie samego programu komputerowego, a nie danych zgromadzonych za pomocą tego programu lub też do niego wprowadzonych. Poza tym, o ile sama dekompilacja możliwa jest wyłącznie w celach informacyjnych, o tyle ustawa wprost stanowi, że pozyskane w ten sposób informacje mają służyć osiągnięciu współdziałania niezależnie stworzonego programu komputerowego. Powołany przepis ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych nie uniemożliwia powierzenia zamówienia innemu wykonawcy. Dopuszcza możliwość dekompilacji programu komputerowego posiadanego przez Zamawiającego, w celu zapewnienia jego współdziałania z innym programem komputerowym.



Izba uznała zatem, że nie jest zasadny podnoszony przez Odwołującego zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia wszystkich ofert z wyjątkiem oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ. W konsekwencji nie są zasadne zarzuty 91a ust. 1 oraz art. 91b ust. 1 ustawy Pzp poprzez przesłanie wszystkim wykonawcom zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....