

WYROK

z dnia 15 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Katarzyna Prowadzisz
Robert Skrzyszewski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2017 r. przez **MAXTO Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę Komandytowo - Akcyjną w Modlniczce** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Ministerstwo Sprawiedliwości w Warszawie**

przy udziale:

- A. wykonawcy **NEWIND Spółka Akcyjna we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **Asseco Data Systems Spółka Akcyjna w Gdyni**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- C. wykonawcy **Komputronik Biznes Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- D. wykonawcy **Comarch Polska Spółka Akcyjna w Krakowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 22 ust.1b pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.) i nakazuje zamawiającemu – **Skarbowi Państwa – Ministerstwu Sprawiedliwości w Warszawie** – dokonanie modyfikacji treści warunku zawartego w rozdz. V ust. 5 pkt. 7.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez określenie minimalnego doświadczenia kierownika projektu jako wymóg, by w ciągu ostatnich 5 lat pełnił rolę kierownika projektu w realizacji co najmniej 1 projektu (zakończonego i odebranego przez zlecającego) dotyczącego zaprojektowania i wdrożenia systemu informatycznego o wartości minimum 48 000 000,00 złotych brutto;
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;
3. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Ministerstwo Sprawiedliwości w Warszawie**
 - i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **MAXTO Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę Komandytowo - Akcyjną w Modlniczce** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Ministerstwa Sprawiedliwości w Warszawie** na rzecz **MAXTO Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki Komandytowo - Akcyjnej w Modlniczce** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Ministerstwo Sprawiedliwości w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa i wdrożenie systemu cyfrowej rejestracji przebiegu rozpraw sądowych w sądach powszechnych.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 10 kwietnia 2017 roku wykonawca MAXTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowo - Akcyjna w Modlniczce (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności dokonanej przez zamawiającego, polegającej na ustaleniu treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: s.i.w.z.) oraz ogłoszenia o zamówieniu w sposób sprzeczny z ustawą P.z.p.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1a w zw. art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez postawienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;
- 2) art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania zamawiającego oraz uniemożliwiający dokonanie wyceny przedmiotu oferty;
- 3) art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- 4) art. 36aa ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie podziału zamówienia na części pomimo istnienia uzasadnionej potrzeby;

5) art. 9a ust. 1 w zw. z art. 43 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wyznaczenie terminu składania ofert bez uwzględnienia złożoności, specyfiki zamówienia i czasu potrzebnego na złożenie ofert, co predestynuje dotychczasowego wykonawcę systemu ReCourt - firmę Comarch;

alternatywnie do zarzutu 5 - zarzut 6:

6) art. 91 ust. 1 w zw. z art 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego czasu na przeprowadzenie prezentacji działania urzędzeń, co powoduje, że oferta najkorzystniejsza nie zostanie wybrana na podstawie kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

7) art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez określenie w ramach 4 godzinnej prezentacji konieczności dokonania badania urzędzeń, które powinno być wydzielone do odrębnej weryfikacji;

8) art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w zakresie warunków udziału w postępowaniu, określenia przedmiotu zamówienia oraz sposobu przeprowadzenia prezentacji.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści s.i.w.z. i ogłoszenia o namówieniu w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, I
- 3) nakazanie zamawiającemu odpowiedniej zmiany terminu składania oferty, jeśli okaże się to niezbędne.

Odwołujący podniósł, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy P.z.p. przez zamawiającego. Szkada ta wynika z faktu, iż kwestionowane postanowienia s.i.w.z., warunki udziału w postępowaniu, opis przedmiotu zamówienia, czas i sposób prowadzenia prezentacji urzędzeń w postępowaniu uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt 7.2 s.i.w.z., zamawiający opisał doświadczenie wymagane w stosunku do kandydata na kierownika projektu:

Stanowisko	Minimalna Liczba personelu	Wymagane wykształcenie	Minimalne doświadczenie
Kierownik projektu	1	Wykształcenie wyższe	W ciągu ostatnich 5 lat pełnił rolę kierownika projektu w realizacji co najmniej 1 projektu (zakończonego i odebranego przez zlecającego) dotyczącego zaprojektowania i wdrożenia systemu informatycznego o wartości minimum 50 000 000,00 złotych brutto.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o zmianę treści rozdz. V ust. 5 s.i.w.z. oraz odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu i nadanie mu brzmienia:

Stanowisko	Minimalna Liczba personelu	Wymagane wykształcenie	Minimalne doświadczenie
Kierownik projektu	1	Wykształcenie wyższe	W ciągu ostatnich 5 lat pełnił rolę kierownika projektu w realizacji co najmniej 1 projektu (zakończonego i odebranego przez zlecającego) dotyczącego zaprojektowania i wdrożenia systemu informatycznego o wartości minimum 48 000 000,00 złotych brutto.

Odwołujący podniósł, że dokumentacja przetargowa nie zawiera kodów źródłowych oprogramowania ReCourt, które służy do obsługi procesu rejestracji rozprawy sądowej na sali rozpraw. Rozwiązanie, które musi dostarczyć wykonawca w ramach niniejszego zamówienia, musi współpracować z tym oprogramowaniem. Wytworzenie w wyniku prac programistycznych rozwiązania, które zapewni tę współpracę jest elementem niniejszego

zamówienia. Jednakże zamówienie pozyska ten wykonawca, który zaoferuje najlepszy bilans ceny oraz „Jakości oferowanego rozwiązania”. „Jakość oferowanego rozwiązania” stanowi kryterium oceny ofert i polega na wykazaniu na etapie badania i, oceny ofert, że dany wykonawca wytworzył już w pewnym zakresie przedmiot zamówienia. Zatem już przed udzieleniem zamówienia wykonawca, aby mieć szansę na jego pozyskanie, powinien przeprowadzić prace programistyczne w najszerszym możliwym zakresie - aby uzyskać jak najwięcej punktów w tym kryterium. Odwołujący podkreślił, że w ramach zarzutów odwołania nie kwestionuje tego kryterium, nie kwestionuje konieczności przeprowadzenia prezentacji, lecz żąda jedynie stworzenia warunków - poprzez udostępnienie dokumentami i kodów źródłowych, aby mógł wykonać prace programistyczne pozwalające mu uzyskać punkty w tym kryterium. Kody źródłowe oraz dokumentacja oprogramowania ReCourt są zatem ściśle powiązane z kryterium oceny ofert.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w trybie pkt 5.5 s.i.w.z. przekazał odwołującemu pakiet składający się z oprogramowania ReCourt w wersji instalacyjnej. Przesłana dokumentacja nie jest kompletna. W dokumencie ReCourt 1.14 - instrukcja użytkownika CJR (str. 52) jest odwołanie do dokumentu, którego zamawiający odwołującemu nie przekazał.

Nagrana sprawa jest od tego momentu dostępna na Liście spraw. Dostęp do listy spraw od wersji ReCourt 1.10.12 został przeniesiony do aplikacji klienta ReCourt Services. Dokładny opis znajduje się w dokumencie RECourt Services - dokumentacja użytkownika w rozdziale Lista spraw.

Dalsza edycja sprawy oraz możliwości wykonywania dodatkowych operacji na nagraniu w tym możliwość nagrania sprawy na płytę CD/DVD zostały przeniesione do aplikacji klienta ReCourt Services. Szczegółowy opis funkcjonalności klienta można znaleźć w dokumencie RECourt Services - dokumentacja użytkownika.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o przekazanie dokumentu RECourt Services - dokumentacja użytkownika.

Odwołujący podniósł, że w dokumencie ReCourt 1.14 - podręcznik szkoleniowy dla administratorów systemu (str. 17, 20) jest odwołanie do dokumentu którego zamawiający odwołującemu nie przekazał.

str. 17

Dokładny opis konfiguracji zasobów dyskowych znajduje się w RECourt Services - dokumentacja administratora w rozdziale „Zasoby dyskowe”. Natomiast opis konfiguracji importu danych sprawy jest w rozdziale „Ustawienia aplikacji - ustawienia eksportu”.

Dokładny opis procesu aktualizacji aplikacji ReCourt znajduje się w RECourt Services - dokumentacja administratora w rozdziale „Aktualizacja CJR”.

str. 20

Dokładny opis konfiguracji zasobów dyskowych znajduje się w RECourt Services - dokumentacja administratora w rozdziale „Zasoby dyskowe”. Natomiast opis konfiguracji importu danych sprawy jest w rozdziale „Ustawienia aplikacji - ustawienia eksportu”.

Dokładny opis procesu aktualizacji aplikacji ReCourt znajduje się w RECourt Services - dokumentacja administratora w rozdziale „Aktualizacja CJR”.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o przekazanie mu dokumentu RECourt Services - dokumentacja administratora.

Odwołujący podniósł, że w przekazanym mu dokumencie ReCourt - spis treści dokumentacji w rozdziale 5 jest napisane:

W skład dołączonego oprogramowania wchodzi:

- Instalator oprogramowania Recourt w wersji bez sterowników (plik recourtupdate_NoAVUnitDriver-l.14.0.40529. .21190_SetupVer_04.exe)
- Instalator oprogramowania Recourt w wersji 2,2 bez sterowników
- Odtwarzacz nagrań RecourtPlayer - wszystkie wersje obecnie używane w sądach.
- Oprogramowanie RecourtServices w wersji 1.4.5.1976

Odwołujący stwierdził, że przekazane dokumenty nasuwają wątpliwość, która z wersji oprogramowania jest objęta niniejszym zamówieniem i do której z nich mają się odnosić prace programistyczne (zarówno na etapie prezentacji, jak i realizacji zamówienia). Zamawiający powinien w dokumentacji przetargowej wprost tę kwestię opisać, bowiem ma ona fundamentalne znaczenie dla wyceny oferty, przygotowania prezentacji oraz realizacji zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

1) uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia o:

- dokument RECourt Services - dokumentacja użytkownika,
- RECourt Services - dokumentacja administratora,

2) precyzyjnego określenia w opisie przedmiotu zamówienia, która wersja oprogramowania ReCourt jest objęta niniejszym zamówieniem i do której wersji oprogramowania mają się odnosić prace programistyczne konieczne do przygotowania prezentacji i realizacji

zamówienia.

Odwołujący podniósł, że w załączniku nr 1 do umowy, w pkt 3.4.1.1 zamawiający opisał wymagania techniczne w stosunku do kart procesorowych. Zamawiający zawarł szereg wymagań związanych z wykorzystaniem kart procesorowych będących przedmiotem dostawy i posiadany przez zamawiającego systemem Comarch CA. Odwołujący wskazał, że w tym przypadku konieczne jest posiadanie pełnej dokumentacji oraz kodów źródłowych. Aktualne pozostają zatem rozważania dotyczące kodów źródłowych i dokumentacji przedstawione na uzasadnienie zarzutu dotyczącego oprogramowania ReCourt. Odwołujący przywołuje je także na poparcie niniejszego zarzutu.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia ze wskazaniem na nazwę własną oprogramowania - „Comarch CA”. Gdyby zamawiający przekazał żądane kody źródłowe i dokumentację tego oprogramowania, to taki opis nie stanowiłby problemu. Brak tych elementów powoduje, że przedmiot zamówienia w sposób bezprawny został opisany z użyciem nazw własnych, bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych, co uprzywilejowuje dotychczasowego wykonawcę. Zamawiający powinien był określić zakres równoważności właśnie poprzez żądane kody źródłowe i dokumentację oprogramowania - „Comarch CA”.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w punkcie 3.4.1.1 zawarł szereg wymagań związanych z wykorzystaniem kart procesorowych będących przedmiotem dostawy a posiadany przez zamawiającego systemem Comarch CA. System Comarch CA jest systemem, którego producentem jest Comarch Polska S.A. Comarch Polska S.A. nie udostępnia listy zgodności kart procesorowych z systemem Comarch CA. W rezultacie odwołujący nie jest w stanie stwierdzić na podstawie parametrów technicznych czy oferowane przez niego karty mogą współpracować z Comarch CA.

W ocenie odwołującego, konieczne jest dokonanie weryfikacji poprawności oferty na podstawie kodów źródłowych i dokumentacji systemu Comarch CA, która pozwoli na jednoznaczne określenie przedmiotowej zgodności.

Alternatywnie odwołujący wskazał, że zamawiający w punkcie 3.4.1.1 zawarł oprócz wymagań specyficznych i właściwych dla karty dodał wymagania w zakresie współpracy z posiadany przez Zamawiającego systemem Comarch CA. Punkty od 1.1 do 1.6 stanowią o właściwościach systemu Comarch CA, które zamawiający wstawił jako wymagania co do karty procesorowej, a które w istocie nie mogą być wymaganiami co do karty. Właściwy i jednoznaczny opis parametrów karty znajduje się w punktach od 1.7 do 1.14. Usunięcie przez Zamawiającego punktów od 1.1 do 1.6 nie zmieni stanu faktycznego związanego z faktem posiadania przez zamawiającego systemu Comarch CA, a usunie warunk

niemożliwy do zweryfikowania i niezależny od wykonawcy. Tym bardziej że wymagania podane w punktach od 1,7 do 1.40 w sposób jednoznaczny identyfikują parametry karty, która ma być przedmiotem dostaw.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt 3.1.1.5 załącznika nr 1 do umowy - opis przedmiotu zamówienia, zamawiający opisał wymagania w stosunku do urządzenia typu „All-in-one” (model A). Wspecyfikowane przez zamawiającego parametry w całości, zgodnie z wiedzą odwołującego nie spełnia w zasadzie żaden producent. Odwołujący znalazł urządzenie PRO 20 6M, które także nie spełnia jednego z parametrów. Wspecyfikowany przez zamawiającego zestaw parametrów istotnie ogranicza konkurencję, w nieuzasadniony sposób. Poszczególne parametry lub nawet zdecydowaną większość parametrów spełnia wiele urządzeń dostępnych na rynku. Istnieje na rynku wiele nie gorszych urządzeń, które z powodzeniem mogłyby zostać użyte do realizacji zamówienia. Jednakże żaden z wiodących producentów na rynku nie spełnia wszystkich wymagań.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w pkt 18.1.2 ppkt 2 lit. c s.i.w.z. (str. 16) wskazał, że: „Wykonawca będzie zobowiązany, na pisemne żądanie Zamawiającego, w terminie 14 dni od wezwania, do dostarczenia, złożenia urządzeń i przeprowadzenia ich prezentacji. Podobne postanowienie zawarto w pkt 18.1.2 ppkt 3 ppkt 1.1 s.i.w.z. (str. 19): „Prezentacja zostanie przeprowadzona w siedzibie Zamawiającego w terminie przez niego wyznaczonym, w okresie po otwarciu ofert, a przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym Zamawiający poinformuje Wykonawcę, z co najmniej 14-dniowym wyprzedzeniem. Wykonawca zostanie poinformowany osobnym pismem o miejscu i terminie. Kolejność przeprowadzania Prezentacji poszczególnych Wykonawców odbywać się będzie według kolejności składania ofert”.

Odwołujący wskazał, że terminy te są rozbieżne, bowiem jeden z nich jest terminem maksymalnym, a drugi minimalnym na przeprowadzenie prezentacji. Termin na przeprowadzenie prezentacji powinien być terminem wyznaczonym przez zamawiającego, ale jednocześnie wykonawca powinien mieć zagwarantowany pewien minimalny czas na przygotowanie się do niej w sensie organizacyjnym. W tym kontekście termin 14 dniowy od liczony od wezwania zamawiającego należy uznać za odpowiedni. Wykonawca powinien jednak mieć także minimalny czas na przygotowanie prezentowanego rozwiązania - Zestawu urządzeń i przeprowadzenie prac programistycznych. W tym kontekście terminy te są zdecydowanie zbyt krótkie, nie pozwalają przeprowadzić niezbędnych prac programistycznych w celu wytworzenia cech technicznych lub funkcjonalnych Zestawu urządzeń technicznych na potrzeby prezentacji w celu uzyskania punktów w kryterium „Jakość zaproponowanego rozwiązania”, nawet przy zachowaniu bardzo wysokiego tempa prac i zaangażowania rozbudowanego zespołu (i zakładając, że wykonawca dysponowałby

kodami źródłowymi do oprogramowania ReCourt oraz Comarch CA).

Odwołujący stwierdził, że zamawiający w dokumentacji postępowania zawarł jedynie Załącznik nr 7 do Umowy - Dokumentacja interfejsów programistycznych, a zatem ograniczył się do udokumentowania wyłącznie części mówiącej o tym, jakie funkcje i metody (podprogramy) komunikują się ze światem zewnętrznym tzn. z innymi komponentami. Nie dostarczając kodów źródłowych, pozbawia wykonawcę wiedzy o tym, jak informacja przetwarzana jest wewnątrz aplikacji oraz jakie są reguły poprawnego działania aplikacji. Taka sytuacja w konsekwencji wybitnie utrudnia lub wręcz uniemożliwia wykonanie integracji oprogramowania ReCourt oraz Comarch CA z innymi komponentami systemu m.in. z nową jednostką centralną, kamerami i mikrofonami.

Odwołujący podniósł, że ponadto wydłużenie terminu jest niezbędne ze względu na konieczność wytworzenia wzmacniacza audio dla systemu nagłośnienia sali (pkt 3.1.1.10 załącznika nr 1 do umowy - opis przedmiotu zamówienia), karty audio (pkt. 3.1.1.1 ppkt 3 - Interfejsy wejściowe i wyjściowe - Audio załącznika nr 1 do umowy - opis przedmiotu zamówienia) oraz mikrofonu (pkt 3.1.1.3 mikrofony stacjonarne), które są dedykowanymi rozwiązaniami, wymagającymi wytworzenia od podstaw. Na rynku nie istnieją gotowe rozwiązania. Czas na ich wytworzenie, to przynajmniej 80 dni.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający zaniechał wyznaczenia terminu składania ofert z uwzględnieniem złożoności, specyfiki zamówienia i czasu potrzebnego na złożenie ofert. Jednocześnie taka sytuacja predestynuje dotychczasowego wykonawcę - Comarch, który zna własne rozwiązanie, zna kody źródłowe i dokumentację oprogramowania ReCourt i Comarch CA. Jednocześnie wykonawca ten zna już wymagania zamawiającego i w czasie kiedy odwołujący zmuszony jest do złożenia odwołania w celu uzyskania możliwości uzyskania jakichkolwiek punktów w kryterium „Jakość zaproponowanego rozwiązania”, wykonawca ten może prowadzić od 31 marca 2017 r. konieczne ku temu prace programistyczne, posiadając wszelkie potrzebne informacje.

Odwołujący wskazał, że wyznaczony termin na przeprowadzenie prezentacji stanowi, że ocena ofert w określonych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert jest iluzoryczna, pozorna. Kryteria te, ze względu opisanych powyżej przy okazji zarzutu dotyczącego oprogramowania ReCourt i Comarch CA przesądzą o wyniku postępowania na rzecz wykonawcy Comarch. Powyższe stanowi naruszenie art 9a ust. 1 w zw. z art. 43 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. alternatywnie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o zmianę s.i.w.z. i odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu:

I - w przypadku, gdy realizacja przedmiotu zamówienia ma się odnosić jedynie do wersji

oprogramowania ReCourt wersji 1.14:

a) poprzez zmianę terminu składania ofert w postępowaniu poprzez jego wydłużenie o 90 dni licząc od dnia dokonania zmiany s.i.w.z. polegającej na:

1) uzupełnieniu opisu przedmiotu zamówienia o kody źródłowe oprogramowania ReCourt wraz ze wszystkimi modułami i programami i całą szczegółową dokumentację kodów źródłowych oprogramowania ReCourt;

2) uzupełnieniu opisu przedmiotu zamówienia o kody źródłowe oprogramowania Comarch CA oraz kompletną dokumentację kodów źródłowych oprogramowania Comarch CA,

3) alternatywnie zamiast pkt 2 - wydzieleniu funkcji wskazanych w żądaniu postawionym przy zarzucie OPZ - KARTY PROCESOROWE do odrębnego postępowania;

alternatywnie do lit. a

b) poprzez zmianę w zakresie terminu prezentacji, w taki sposób, aby miała ona miejsce nie wcześniej niż 3 miesiące po dniu składania ofert i nadanie brzmienia:

- pkt 18.1.2 ppkt 2 lit. c s.i.w.z. (str. 16): „ Wykonawca będzie zobowiązany, na pisemne żądanie Zamawiającego, w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego i nie krótszym niż 14 dni od wezwania oraz przypadającym nie wcześniej niż w terminie 3 miesięcy liczonym od dnia składnia ofert do dostarczenia, złożenia urządzeń i przeprowadzenia ich prezentacji”,

- pkt 18.1.2 ppkt 3 ppkt 1.1 SIWZ (str. 19): „Prezentacja zostanie przeprowadzona w siedzibie Zamawiającego w terminie przez niego wyznaczonym, w okresie po otwarciu ofert, a przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty, przypadającym nie wcześniej niż w terminie 3 miesięcy liczonym od dnia składnia ofert, o którym Zamawiający poinformuje Wykonawcę, z co najmniej 14-dniowym wyprzedzeniem. Wykonawca zostanie poinformowany osobnym pismem o miejscu i terminie. Kolejność przeprowadzania prezentacji poszczególnych Wykonawców odbywać się będzie według kolejności składania ofert”.

II - w przypadku, gdy realizacja przedmiotu zamówienia ma się odnosić do wersji oprogramowania ReCourt wersji 1.14 i 2.2 lub 2.2:

a) poprzez zmianę terminu składania ofert w postępowaniu poprzez jego wydłużenie o 120 dni licząc od dnia dokonania zmiany s.i.w.z. polegającej na:

1) uzupełnieniu opisu przedmiotu zamówienia o kody źródłowe oprogramowania ReCourt wraz ze wszystkimi modułami i programami i całą szczegółową dokumentację kodów źródłowych oprogramowania ReCourt;

2) uzupełnieniu opisu przedmiotu zamówienia o kody źródłowe oprogramowania Comarch

CA oraz kompletną dokumentację kodów źródłowych oprogramowania Comarch CA,

3) alternatywnie zamiast pkt 2) - wydzieleniu funkcji wskazanych w żądaniu postawionym przy zarzucie OPZ - KARTY PROCESOROWE ,do odrębnego postępowania;

alternatywnie do lit. a)

b) poprzez zmianę w zakresie terminu prezentacji, w taki sposób, aby miała ona miejsce nie wcześniej niż 4 miesiące po dniu składania ofert i nadanie brzmienia:

- pkt 18.1.2 ppkt 2 lit. c) SIWZ (str. 16): „Wykonawca będzie zobowiązany, na pisemne żądanie Zamawiającego, w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego i nie krótszym niż 14 dni od wezwania oraz przypadającym nie wcześniej niż w terminie 3 miesięcy liczonym od dnia składania ofert do dostarczenia, złożenia urządzeń i przeprowadzenia ich prezentacji”,

- pkt 18.1.2 ppkt 3 ppkt 1.1 SIWZ (str. 19): „Prezentacja zostanie przeprowadzona w siedzibie Zamawiającego w terminie przez niego wyznaczonym, w okresie po otwarciu ofert, a przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty, przypadającym nie wcześniej niż w terminie 3 miesięcy liczonym od dnia składania ofert, o którym Zamawiający poinformuje Wykonawcę, z co najmniej 14-dniowym wyprzedzeniem. Wykonawca zostanie poinformowany osobnym pismem o miejscu i terminie. Kolejność przeprowadzania Prezentacji poszczególnych Wykonawców odbywać się będzie według kolejności składania ofert”.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w pkt 18.1.2 ppkt 3 pkt 1.8 s.i.w.z. (str. 20) wskazał, że: „Czas trwania prezentacji nie może przekroczyć czterech godzin z wyłączeniem czasu przeznaczanego na dokonywanie ewentualnych zmian konfiguracyjnych lub naprawy błędów. W przypadku wystąpienia błędu lub konieczności wykonania zmian konfiguracyjnych Wykonawca może, celem usunięcia błędu lub dokonania zmian, poprosić o zatrzymanie czasu prezentacji. Łączny czas trwania dokonywania takich zmian lub naprawy błędów nie może przekroczyć jednej godziny. Po przekroczeniu czasu na prezentację, zadania, które nie zostały wykonane w zadanym czasie zostaną uznane za niewykonane. Ponadto po przekroczeniu czasu przeznaczanego na dokonywanie zmian konfiguracyjnych lub naprawy błędów, nie będą mogły być wykonywane żadne dalsze zmiany, f.l.j”. W trakcie wskazanych 4 godzin zamawiający zastrzegł wykonanie czynności, które nie powinny być pomieszczone w ramach prezentacji wymagań gotowości. Powyższe dotyczy następujących czynności opisanych w tabeli na str. 21 s.i.w.z. (scenariusz prezentacji):

1) pkt 1.1: „Prezentacja zgodności oznaczeń wszystkich urządzeń z oznaczeniami zamieszczonymi w ofercie. Podczas prezentacji Zamawiający dokona weryfikacji zgodności wszystkich urządzeń dostarczonych przez Wykonawcę na prezentację z ofertą Wykonawcy.

Zamawiający podczas prezentacji może żądać okazania kart katalogowych poszczególnych urządzeń ",

2) pkt. 1.2: „Prezentacja zgodności wszystkich parametrów technicznych Zestawu urządzeń technicznych na potrzeby prezentacji z -wymaganiami SIWZ. Prezentacja będzie prowadzona w formie oględzin oferowanego zestawu urządzeń, udzielania przez Wykonawcę odpowiedzi na pytania zadawane przez Zamawiającego, które będą miały na celu weryfikację zgodności zaoferowanych urządzeń z wymaganiami SIWZ. Zamawiający podczas prezentacji będzie żądać uruchomienia poszczególnych urządzeń, wyświetlenia ekranów prezentujących parametry urządzeń, okazania kart katalogowych poszczególnych urządzeń”,

3) pkt. 1.3: „Weryfikacja zgodności zastosowanego sposobu połączeń kablowych Zestawu urządzeń na potrzeby przeprowadzenia prezentacji z wymaganiami określonymi w punkcie 1.5 Procedury przeprowadzenia prezentacji.

Prezentacja będzie prowadzona w formie oględzin wykonanych połączeń kablowych oferowanego zestawu urządzeń, udzielania przez Wykonawcę odpowiedzi na pytania zadawane przez Zamawiającego, które będą miały na celu weryfikację zgodności zastosowanych połączeń kablowych z wymaganiami zawartymi w punkcie 1.5 Procedury przeprowadzenia prezentacji”.

W ocenie odwołującego, czynności te ze swej natury powinny być elementem odrębnego badania. Zamawiający może mieć nieuzasadnione wątpliwości, które skonsumują czas na przeprowadzenie prezentacji. Ponadto wyjaśnienie wątpliwości i badanie oferty w przedmiotowym zakresie jest często niezwykle czasochłonnym procesem, wymagającym wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, wyznaczenia odpowiedniego terminu i być może złożenia stosownych oświadczeń/kart katalogowych producentów. Zupełnie one nie przystają do formuły 4- godzinnej prezentacji. Powyższe stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odwołujący wniósł o zmianę s.i.w.z., poprzez określenie, że czynności opisane w pkt 1.1,1.2,1.3 w tabeli na str. 21 s.i.w.z. (scenariusz prezentacji) będą przedmiotem odrębnej prezentacji trwającej 3 godziny.

W odpowiedzi z dnia 24 kwietnia 2017 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w części, w której Zamawiający nie uwzględnił zarzutów, zgodnie ze zmianą treści SIWZ dokonaną w dniu 24.04.2017 r. z uwagi na bezzasadność podniesionych zarzutów oraz złożonych wniosków w tym zakresie oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z

dokumentów zawartych w dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 22 ust.1b pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający podniósł, że chybione są zarzuty odwołującego odnośnie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, w tym posiadanych zasobów osobowych. W ocenie zamawiającego, odwołujący w sposób nieuzasadniony kwestionuje wymóg wskazania w wykazie osób na stanowisku Kierownika projektu co najmniej jednej osoby posiadającej wykształcenie wyższe, która w ciągu ostatnich 5 lat pełniła rolę kierownika projektu w realizacji co najmniej 1 projektu (zakończonego i odebranego przez zlecającego) dotyczącego zaprojektowania i wdrożenia systemu informatycznego o wartości minimum 50 mln zł brutto wskazując na jego rzekomą nieproporcjonalność w stosunku do przedmiotu udzielanego zamówienia.

Zamawiający wskazał, że wymóg posiadania co najmniej jednego eksperta o wyżej wskazanych kwalifikacjach w pełni koresponduje z zakresem zamówienia, zaś sama wartość projektu, przy realizacji którego Kierownik projektu był zaangażowany, jest zdecydowanie niższa od przyjętej szacunkowej wartości zamówienia. Zamawiający oczekuje zatem od wykonawców, aby dysponowali osobą mającą doświadczenie w wykonaniu zamówienia o mniejszej skali niż udzielane obecnie, co w żadnym przypadku nie może być uznane za wymóg zbyt nieproporcjonalny.

W ocenie zamawiającego, nieuprawnione i nieodpowiadające prawdzie jest również twierdzenie odwołującego, jakoby w okresie ostatnich pięciu lat zrealizowano niewiele przetargów o wartości 50 mln zł, co rzekomo implikuje wąski krąg osób spełniających omawiany wymóg. Zamawiający zauważył, że w oparciu o powszechnie dostępne informacje zgromadzone na prowadzonym przez Ministerstwo Rozwoju portalu „Mapa dotacji UE”, w okresie tym zrealizowano co najmniej 46 projektów informatycznych o wartości powyżej 50 mln zł.

Lp	Tytuł projektu	Nazwa beneficjenta	Wartość projektu
1.	Elektroniczna Platforma Gromadzenia, Analizy i Udostępniania Zasobów Cyfrowych o Zdarzeniach Medycznych	Centrum Systemów Informatycznych Ochrony Zdrowia	712 640 000,00 zł
2.	Internet Dia Mazowska	Samorząd Województwa Mazowieckiego	452 792 028,60 zł
3.	Budowa Wielkopolskiej Sieci Szerokopasmowej	Wielkopolska Sieć Szerokopasmowa Spółka Akcyjna	410 439 349,55 zł
4.	Sieć szerokopasmowa Polski Wschodniej - województwo lubelskie	Województwo Lubelskie	385 084 244,27 zł

5.	Sieć Szerokopasmowa Polski Wschodniej - województwo warmińsko-mazurskie	Województwo Warmińsko-Mazurskie	326 605 288,27 zł
6.	Sieć Szerokopasmowa Polski Wschodniej - województwo podkarpackie	Samorząd Województwa Podkarpackiego (Województwo Podkarpackie)	322 011630,55 zł
7.	Informatyczny system osłony kraju przed nadzwyczajnymi zagrożeniami.	Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej	299 976 767,03 zł
8.	pi.ID	Ministerstwo Cyfryzacji	294 026 962,00 zł
9.	Sieć Szerokopasmowa Polski Wschodniej - województwo podlaskie	Województwo Podlaskie	250 751 373,67 zł
10	Likwidacja obszarów wykluczenia	Województwo Dolnośląskie	214 252 457,10 zł
Lp	Tytuł projektu	Nazwa beneficjenta	Wartość projektu
	informacyjnego i budowa dolnośląskiej sieci szkieletowej		
11.	Infrastruktura e-Uслуг Resortu Finansów	Ministerstwo Finansów	209 580 000,00 zł
12.	Konsolidacja i centralizacja systemów celnych i podatkowych	Ministerstwo Finansów	201 633 298,23 zł
13.	Sieć Szerokopasmowa Polski Wschodniej - województwo świętokrzyskie	Województwo Świętokrzyskie.	200 728 908,93 zł
14.	Małopolska Sieć Szerokopasmowa	Małopolska Sieć Szerokopasmowa sp. z o.o.	192 331 600,65 zł
15.	Wdrożenie protokołu elektronicznego w prawach cywilnych i wykroczeniowych	Minister Sprawiedliwości	191 159 457,71 zł
16.	Georeferencyjna Baza Danych Obiektów Topograficznych (GBDOT) wraz z krajowym systemem zarządzania	Główny Geodeta Kraju	176 200 000,00 zł
17.	System Informatyczny Powiadamiania Ratunkowego	Minister Administracji i Cyfryzacji	168 809 717,14 zł
18.	Ogólnopolska sieć teleinformatyczna na potrzeby obsługi numeru alarmowego 112	Ministerstwo Spraw Wewnętrznych	165 000 000,00 zł
19.	Program e-Cło	Ministerstwo Finansów	164 825 180,10 zł
20.	Platforma Usług Elektronicznych dla klientów ZUS(PUE)	Zakład Ubezpieczeń Społecznych	157 045 409,00 zł
21.	Rozwój systemu informatycznego ZUS wspomagającego udostępnianie e-usług	Zakład Ubezpieczeń Społecznych	152 195 554,15 zł
22.	Wdrożenie zaawansowanych usług B2B świadczonych w formule SaaS obejmujących przechowywanie, przetwarzanie i analizę tzw. dużych danych	PURE SYSTEMS SPÓŁKAZ OGRANICZONĄ	151 108 250,22 zł
23.	Śląska Karta Usług Publicznych	Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego	142 588 234,08 zł
24.	Szerokopasmowe lubuskie - budowa sieci szkieletowo-dystrybucyjnej na terenie białych plam w województwie lubuskim	Orange Polska S.A.	141 710 121,93 zł
25.	Geoportal 2	Główny Geodeta Kraju	128 060 031,60 zł
26.	Szerokopasmowe pomorskie - budowa sieci szkieletowo - dystrybucyjnej na terenie województwa pomorskiego	Orange Polska Spółka Akcyjna	127 999 248,64 zł
27.	e-Podatki	Minister Finansów	123 382 915,66 zł
28.	ePUAP2	Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji	118 523 616,05 zł
29.	E-zdrowie dla Mazowsza	Samorząd Województwa Mazowieckiego	111 485 984,82 zł

30.	System Informacyjny Statystyki Publicznej (SISP)	Główny Urząd Statystyczny	106 400 000,00 zł
31.	Zapewnienie Internetu szerokopasmowego na terenie wybranych miejscowości województwa wielkopolskiego II	INEAS.A,	101 475 415,20 zł
32.	PSeAP - Podkarpacki System e-Administracji Publicznej (projekt kluczowy)	Województwo Podkarpackie	98 669 024,00 zł
33.	Zintegrowana, wielosługowa platforma komunikacyjna Policji z funkcją e-Uслуг dla obywateli i przedsiębiorców.	Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji	98 570 000,00 zł
34.	e-Uslugi e-Organizacja - pakiet rozwiązań	Województwo Kujawsko-	89 032 245,83 zł
Lp	Tytuł projektu	Nazwa beneficjenta	Wartość projektu
	informatycznych dla jednostek organizacyjnych województwa kujawsko-pomorskiego	Pomorskie	
35.	e-Deklaracje 2	Minister Finansów	85 067 397,38 zł
36.	Wdrażanie elektronicznych usług dla ludności województwa podlaskiego - część II, administracja samorządowa	Województwo Podlaskie	83 575 856,64 zł
37.	Budowa Platformy e-Budżetu	Minister Finansów	82 311 917,10 zł
38.	System Informacyjny Statystyki Publicznej - 2 (SISP-2)	Główny Urząd Statystyczny	81 556 915,88 zł
39.	ZSIN - Budowa zintegrowanego systemu informacji o nieruchomościach - Faza 1	Główny Geodeta Kraju	72 441 000,00 zł
40.	Regionalna platforma informacyjna dla mieszkańców i samorządów Dolnego Śląska e-Dolny Śląsk	Województwo Dolnośląskie	64 623 512,00 zł
41.	Podkarpacki System Informacji Medycznej PSIM (projekt kluczowy)	Województwo Podkarpackie	60 222 341,46 zł
42.	Podlaski System Informacyjny e-Zdrowie	Województwo Podlaskie	58 554 096,45 zł
43.	„Rozwój elektronicznej administracji w samorządach województwa mazowieckiego wspomagającej niwelowanie dwudzielności potencjału województwa”	Samorząd Województwa Mazowieckiego	57 400 000,00 zł
44.	Platforma udostępniania on-line przedsiębiorcom usług i zasobów cyfrowych rejestrów medycznych	Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia	53 263 000,00 zł
45.	Budowa nadbużańskiej szerokopasmowej sieci dystrybucyjnej - realizacja 1 i 1! etapu	Gmina Drohiczyn	52 566 981,99 zł
46.	Wdrożenie systemu digitalizacji akt postępowań przygotowawczych oraz utworzenie lokalnych i centralnego repozytorium akt w postaci cyfrowej w powszechnych jednostkach organizacyjnych prokuratury	Prokuratura Generalna	52 505 726,43 zł

Zamawiający stwierdził, że na podstawie tych danych można przyjąć również założenie, że tylko w Polsce na rynku dostępnych jest co najmniej kilkudziesięciu specjalistów, którzy spełniają postawiony warunek (należy też założyć, że w przypadku chociażby wymienionych wyżej 46 różnych projektów zaangażowanych było dwóch Kierowników projektu - po stronie wykonawcy jak i zamawiającego). Powyższe zestawienie uwzględnia jedynie projekty objęte dofinansowaniem ze środków Unii Europejskiej i pomija

zamówienia publiczne nieobjęte dofinansowaniem, jak i liczne przedsięwzięcia w sektorze prywatnym. Tak duża liczba zrealizowanych w Polsce projektów wdrożeniowych o wartości 50 mln złotych pozwala przyjąć, że możliwe jest nawiązanie współpracy z kierownikiem projektu o wymaganych kwalifikacjach i w żaden sposób warunek ten nie jest nieproporcjonalny. Co więcej, możliwe jest również zatrudnienie specjalisty spoza Polski.

Zamawiający podniósł bezzasadność zarzutów dotyczących OPZ - brak kodów źródłowych oraz dokumentacji RECourt. Podkreślił, że przygotowanie prezentacji nie polega na dostosowaniu oprogramowania RECourt do zaoferowanych urządzeń, ale zaoferowanie urządzeń zgodnych z wymaganiami oprogramowania RECourt. Zamawiający wręcz wyklucza modyfikacje samego oprogramowania RECourt na potrzeby prezentacji i z tego powodu nie udostępniał kodów źródłowych.

Zamawiający uznał jednak, że skoro przekazanie kodów źródłowych może pomóc odwołującemu złożyć dobrą ofertę, to dokona odpowiedniej zmiany w s.i.w.z. i spełni żądanie wykonawcy w tym zakresie jakim to jest możliwe - tj. oprogramowania RECourt.

Zamawiający podniósł bezzasadność zarzutów dotyczących OPZ – wersja oprogramowania

Zamawiający stwierdził, że wbrew twierdzeniom odwołującego, jakoby z dokumentacji nie wynikało, która wersja oprogramowania będzie przedmiotem zamówienia oraz na jakiej wersji oprogramowania należy przeprowadzić prezentację, to należy zauważyć, że kwestie te zostały w s.i.w.z. już wystarczająco jednoznacznie rozstrzygnięte. Niezależnie od tego zamawiający dokonał zmiany treści s.i.w.z., która obecnie jasno wskazuje, że;

- 1) przedmiotem zamówienia będzie najnowsza dostępna wersja oprogramowania RECourt oraz
- 2) prezentacja może być wykonana na dowolnej wybranej przez Wykonawcę wersji oprogramowania RECourt.

Zamawiający podniósł bezzasadność zarzutów dotyczących OPZ – brak dokumentacji. W jego ocenie, błędnie twierdzi odwołujący, jakoby do s.i.w.z. nie została załączona następująca dokumentacja;

- 1) dokument RECourt Services - dokumentacja użytkownika,
- 2) RECourt Services - dokumentacja administratora,

Zamawiający zauważył, że w przekazanej w dniu 5 kwietnia 2017 r. dokumentacji dokumenty te znajdowały się w plikach o ścieżce dostępu „\2.Dokumentacja eksploatacyjna\ReCourt 2.0 - Dokumentacja Administratora.pdf” oraz „\2.Dokumentacja eksploatacyjna\ReCourt 2.0 - Instrukcja Uzytkownika-ReCourt.pdf”, w związku z czym żądanie Odwołującego w tym zakresie jest bezzasadne.

Zamawiający podniósł bezzasadność zarzutów dotyczących OPZ – karty procesorowe. Stwierdził, że udostępnienie kodów źródłowych jest niemożliwe, bowiem zamawiający nie jest w ich posiadaniu. Obecnie zamawiający wykorzystuje rozwiązanie Comarch CA na podstawie nabytej licencji, a tym samym nie posiada również wnioskowanej przez odwołującego dokumentacji kodów źródłowych,

Jednakże według wiedzy zamawiającego integracja oferowanego przez odwołującego rozwiązania z systemem Comarch CA nie wymaga posiadania przez odwołującego kodów źródłowych - system jest otwarty na integrację z nowym oprogramowaniem pośredniczącym kart oraz w posiadanej przez zamawiającego wersji zapewnia już obszerną listę zgodności oprogramowania w tym zakresie (por. pkt 5.5. niżej). System Comarch CA to rozwiązanie umożliwiające pełną implementację opartą o infrastrukturę Klucza Publicznego (PKI). Ponadto zamawiający wskazał, że architektura wykorzystywanej w organizacji zamawiającego infrastruktury klucza publicznego została opisana szeroko w publicznie dostępnej dokumentacji opublikowanej przez zamawiającego w ostatnich latach co najmniej w kilku postępowaniach przetargowych w tym np. w dostępnej na stronie internetowej zamawiającego dokumentacji postępowania z 2016 r, pn. „Dostawa i instalacja licencji dla nazwanych użytkowników systemu do wydawania i obsługi bezpiecznego podpisu elektronicznego na potrzeby sądów powszechnych” zawierającej pełny opis aktualnej infrastruktury PKI zamawiającego. Jednakże dla wyeliminowania wszelkich wątpliwości w tym zakresie zamawiający zdecydował dołączyć opis powyższej architektury również do dokumentacji niniejszego postępowania. Ponadto system Comarch CA, jako produkt oferowany przez producenta na rynku, jest opisany również na stronie internetowej producenta.

Zamawiający stwierdził, że wykorzystanie nazwy oprogramowania Comarch CA nie dotyczy nabywanego systemu (przedmiotu zamówienia), ale opisu środowiska obecnego, będącego w posiadaniu zamawiającego, z którym dostarczany system ma być zintegrowany. Tym samym trudno wywodzić, że precyzyjne i obiektywne wskazanie przez zamawiającego systemu, którego licencje posiada w jakikolwiek sposób ogranicza konkurencję. Ponadto należy stwierdzić, że wskazanie systemów posiadanych przez zamawiającego, z którymi nabywany system musi się integrować jest powszechną praktyką i w zdecydowanej

większości przypadków zamawiający nie posiadają kodów źródłowych używanych systemów (tak też jest w tym przypadku), a mimo to nie stanowi to przeszkody dla skutecznego składania ofert przez wykonawców.

Lista kart zgodnych z Comarch CA według wiedzy zamawiającego nie jest listą o charakterze poufnym. Gdyby wykonawca wystąpił do producenta systemu Comarch CA, to wówczas uzyskałby wymagane dane w tym zakresie. Zamawiający wskazał listę zgodności systemu Comarch CA dot. obsługiwanego obecnie oprogramowania pośredniczącego kart (które również publikowane były już uprzednio wielokrotnie w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego):

- Microsoft Enhanced Cryptographic Provider v1.0,
- RSA Sign-on Manager CSP,
- Gemplus GemSAFE Card CSP,
- Aladdin - eToken Base Cryptographic Provider,
- Protector CSP,
- Siemens Card APi CSP,
- SafeSign Standard Cryptographic Service Provider,
- crypto3 CSP,
- eToken Base Cryptographic Provider,
- Comarch SmartCard CSP.

Odnosząc się do żądania wydzielenia do odrębnego postępowania wybranych cech/wymagań zdefiniowanych dla kart procesorowych, zamawiający stwierdził, że sugerowany przez odwołującego kierunek zmian nie jest możliwy do realizacji przez zamawiającego, gdyż tworzy krytyczne ryzyka dla skutecznej realizacji całego projektu, którego karty procesorowe są integralną częścią. Wydzielenie wskazanej przez odwołującego części przedmiotu zamówienia do odrębnego powstępowania nie jest możliwe ze względu na jego ściśle i istotne powiązanie z pozostałymi pozycjami przedmiotu zamówienia.

Zamawiający podniósł bezzasadność zarzutów dotyczących OPZ - urządzenie typu All-In-One. W ocenie zamawiającego, nieprawdziwe jest twierdzenie odwołującego, jakoby na rynku występowało tylko jedno urządzenie spełniające (i to nie wszystkie) wymagania OPZ dla urządzenia typu All-In-One (modeli A), tj, MSI PRO 20 6M, Zamawiający zidentyfikował na rynku trzy modele A!0 (modeli A) i potwierdził spełnienie przez te urządzenia wymagań zdefiniowanych w pkt. 3.1.1.5.

Zamawiający podniósł bezzasadność zarzutów odnośnie terminu prezentacji. W jego ocenie, jeżeli odwołujący kwestionuje przewidziany czas na przeprowadzenie prezentacji (cztery godziny), to należy zwrócić uwagę, że nie podano żadnych argumentów za tym, że czas ten jest zbyt krótki (za wyjątkiem kwestii sprawdzenia urządzeń). Nie wskazano również, jaki czas zdaniem odwołującego byłby właściwy, a więc jakie jest jego żądanie w tej kwestii. Dotychczasowe doświadczenie zamawiającego i biorących udział w innych postępowaniach wykonawców dowodzi, że za każdym razem czas 4 godzin na prezentację był wystarczający (w pierwszych postępowaniach były to nawet trzy godziny). Niezależnie od tego zamawiający postanowił wydzielić, odrębną pulę czasu przeznaczoną na sprawdzenie cech urządzeń. W ocenie zamawiającego, zarzut w tym zakresie jest więc bezzasadny, gdyż kwestionowana procedura była wielokrotnie sprawdzana w praktyce,

Jeżeli zaś chodzi o niejednoznaczność terminu przeprowadzenia prezentacji, zamawiający wskazał, że pkt 18.1.2. ppkt 2 lit. c s.i.w.z. wyraźnie wskazuje, że wykonawca jest zobowiązany do jej wykonania w terminie 14 dni od chwili otrzymania stosownego wezwania, chyba że z treści zawiadomienia wynikałby termin dłuższy (pkt 18.1.2 ppkt 2 lit, c. s.i.w.z.). Treść specyfikacji jasno zatem wskazuje, że wykonawcy muszą być przygotowani do przeprowadzenia prezentacji w terminie 14 dni od dnia otrzymania wezwania, jakkolwiek zamawiający zastrzega sobie możliwość wydłużenia tego terminu, co jest przede wszystkim korzystne dla wykonawców, a wobec czego ciężko też stwierdzić, w jaki sposób omawiane postanowienie narusza interes odwołującego.

W ocenie zamawiającego, odwołujący bezzasadnie kwestionuje 14-dniowy termin na przeprowadzenie prezentacji, podnosząc, że przygotowanie do niej zajmie znacznie więcej czasu - 90 dni przy założeniu posiadania kodów źródłowych. Zarzut ten jest całkowicie bezpodstawny, gdyż przede wszystkim terminu przygotowania prezentacji nie można liczyć od dnia otwarcia ofert, ale od daty przekazania s.i.w.z., bowiem już zostały wykonawcom przekazane informacje i wymogi dotyczące prezentacji. Ponieważ przygotowanie prezentacji zawiera się w przygotowaniu oferty, stąd należy przyjąć, że wyniesie on co najmniej 53 dni, a w praktyce można przyjąć, że będzie jeszcze dłuższy. Na okres ten składa się bowiem: 39 dni (termin na składanie ofert liczony od dnia publikacji s.i.w.z.) + okres pomiędzy otwarciem

ofert i wystosowaniem wezwania do przedstawienia prezentacji + co najmniej 14 dni, co łącznie daje wspomniane 53 dni bez uwzględniania okresu pomiędzy otwarciem ofert, a skierowaniem wezwań. Czas ten należy uznać za wystarczający, gdyż przecież zadanie jakie postawiono przed wykonawcą nie polega na napisaniu bibliotek od podstaw, ale dostosowanie istniejących sterowników (o ile to konieczne), aby zapewnić poprawne funkcjonowanie oprogramowania RECourt. W tym zakresie należy podkreślić, że podobna procedura obowiązywała w przypadku poprzednich postępowań (początkowo 7 dni na przygotowanie prezentacji, a później wydłużono termin ten do 14 dni) i została ona zweryfikowana pozytywnie w praktyce (np. w prowadzonym wcześniej postępowaniu na „Dostawę i wdrożenie systemu cyfrowej rejestracji przebiegu rozpraw sądowych w sądach powszechnych”, nr. ref. B0F-II-371O 38/14, w którym złożono 4 oferty). W tym kontekście zamawiający zaznaczył, że musi zrealizować projekt w ściśle określonym czasie, wynikającym z umowy o dofinansowanie, w związku z czym wszelkie nieuzasadnione przedłużenia terminu realizacji stanowią poważne ryzyko dla terminowej realizacji projektu, co może wiązać się z utratą uzyskanego wsparcia finansowego ze środków UE.

W ocenie zamawiającego, nie zasługuje również na uwzględnienie argument dotyczący konieczności wydłużenia terminu realizacji ze względu na konieczność opracowania dedykowanego systemu nagłośnienia. Po pierwsze korzystanie z dedykowanego urządzenia wcale nie jest przesądzone, gdyż jak wykazano istnieją gotowe rozwiązania, spełniające postawione wymagania:

- Urządzenie 1 - 3 x moduł APART CONCEPT1T,
- Urządzenie 2 - 2 x moduł Moncor B FCS 6051,
- Urządzenie 3 - 2 x moduł Ashly nXe 3.04, 2x moduł Protea DSP Matrix Processors,
- Urządzenie 4 - 3 x moduł Powersoft Duecanali 5204,
- Urządzenie 5 - oferta firmy STB. Dowód: karty produktów.

Zamawiający stwierdził, że nawet gdyby założyć, że konieczne jest tu stworzenie urządzenia dedykowanego, to wówczas należy stwierdzić, że wskazany przez odwołującego czas 80 dni na stworzenie prototypu jest terminem wydłużonym w sposób zupełnie

nieuzasadniony i nie znajdującym oparcia w obiektywnie istniejących możliwościach technicznych. Istnieje bowiem wiele gotowych schematów tworzenia tego typu urządzeń z gotowych części, co przy sprawnej i profesjonalnej organizacji pracy pozwala na stworzenie takiego prototypu w obecnie przyjętym terminie,

Zamawiający poinformował, że ponieważ odwołujący kwestionuje obecny wymóg, zgodnie z którym w ramach 4-godzinnej prezentacji konieczne będzie dokonanie badania urządzeń, a które jego zdaniem powinno być wydzielone do odrębnej weryfikacji, to zamawiający postanowił wprowadzić w treści pkt 18.1.2 s.i.w.z. następujące zmiany:

1.7 Wykonawca zobowiązany jest do udzielania Zamawiającemu wszelkich wyjaśnień umożliwiających zbadanie, czy oferowane urządzenia posiadają wymagane cechy techniczne i funkcjonalne (w tym prezentując funkcjonalne odpowiednie karty urządzeń) - w przeciągu 1 godziny prezentacji.

1.8 Czas trwania prezentacji nie może przekroczyć pięciu godzin z wyłączeniem czasu przeznaczonego na dokonywanie ewentualnych zmian konfiguracyjnych lub naprawy błędów oraz wyjaśnień, o których mowa w punkcie 1.7. W przypadku wystąpienia błędu lub konieczności wykonania zmian konfiguracyjnych Wykonawca może, celem usunięcia błędu lub dokonania zmian, poprosić o zatrzymanie czasu prezentacji. Łączny czas trwania dokonywania takich zmian lub naprawy błędów nie może przekroczyć jednej godziny. Po przekroczeniu czasu na prezentację, zadania, które nie zostały wykonane w zadanym czasie zostaną uznane za niewykonane. Ponadto po przekroczeniu czasu przeznaczonego na dokonywanie zmian konfiguracyjnych lub naprawy błędów, nie będą mogły być wykonywane żadne dalsze zmiany.

W przypadkach losowych (np. awaria zasilania, awaria sieci logicznej) czasokres usunięcia awarii nie jest wliczany do czasu prezentacji, Z tego tytułu Zamawiający zastrzega możliwość przedłużenia terminu prezentacji.

Zamawiający podniósł bezzasadność zarzutów odnośnie użycia znaków towarowych. W jego ocenie błędnie wywodzi odwołujący w treści odwołania, jakoby treść OPZ naruszała również art. 29 ust. 2 i 3 P.z.p. poprzez przyjęcie wymogów utrudniających uczciwą konkurencję. Zamawiający ograniczony jest już obecnie posiadanym oprogramowaniem, co w sposób oczywisty determinuje jego oczekiwania odnośnie przedmiotu obecnie udzielonego zamówienia.

Zamawiający podniósł, że nie naruszył również art. 29 ust. 3 ustawy P.z.p. Z nazwą własną oprogramowania „RECourt” nie można powiązać żadnego z przypadków wspomnianych w art. 29 ust. 3 ustawy P.z.p., tj: znaku towarowego, patentu, pochodzenia,

źródła lub szczególnego procesu. W szczególności „RECourt” nie jest zastrzeżonym znakiem towarowym, na co wskazuje wyszukiwarka znaków towarowych dostępna na stronie <https://www.tmdn.org>. Nazwa „RECourt” jest nazwą systemu użytkowanego przez zamawiającego, który nie jest przedmiotem obrotu gospodarczego, gdyż ze swojej natury może być wykorzystywany wyłącznie w ramach wymiaru sprawiedliwości. Dla wykonawców jasne powinno być, że użycie w treści s.i.w.z. nazwy używanego systemu ma na celu wskazanie, z jakim oprogramowaniem mają być zgodne rozwiązania oferowane przez wykonawców. W żaden zaś sposób nie doszło do określenia przedmiotu zamówienia w ten sposób, że wykonawcy zostają zobowiązani do dostarczenia oprogramowania konkretnego producenta, a właśnie w tym przypadku należałoby rozważyć kwestię równoważności.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w odniesieniu do systemu Comarch CA jest w posiadaniu jedynie licencji wskazanego oprogramowania, nie przysługują mu autorskie prawa majątkowe i nie posiada kodów źródłowych wskazanego oprogramowania. Powyższe dowodzi, że błędne jest stanowisko odwołującego odnośnie dyskryminującego charakteru OPZ, co ma prowadzić do rzekomego naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p.

Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 28 kwietnia 2017 roku cofnął zarzut dotyczący wersji Recourt na posiedzeniu w dniu 9 maja 2017 roku oświadczył, że cofa zarzut dot. kodów źródłowych, podtrzymuje natomiast argumentację zawartą przy tym zarzucie gdyż jest ona aktualna w zakresie czasu prezentacji. Cofnął również zarzut dot. urządzenia All-in-one.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpili wykonawcy NEWIND Spółka Akcyjna we Wrocławiu, Asseco Data Systems Spółka Akcyjna w Gdyni, Komputronik Biznes Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu. Przystępujący Asseco Data Systems SA poparł stanowisko odwołującego. Przystępujący NEWIND SA i Komputronik Biznes Sp. z o.o. nie byli obecni na rozprawie. Izba ustaliła, że o terminie posiedzenia i rozprawy zostali powiadomieni prawidłowo.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Comarch Polska Spółka Akcyjna w Krakowie. Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 22 ust.1b pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22d ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do zarzutu ustalenia warunku w zakresie doświadczenia kierownika projektu w sposób nadmierny i niezgodny z zasadą proporcjonalności, Izba stwierdziła, co następuje:

Zamawiający ustanowił warunek w zakresie doświadczenia kierownika projektu w sposób następujący:

„W ciągu ostatnich 5 lat pełnił rolę kierownika projektu w realizacji co najmniej 1 projektu (zakończonego i odebranego przez zlecającego) dotyczącego zaprojektowania i wdrożenia systemu informatycznego o wartości minimum 50 000 000,00 złotych brutto”.

W myśl art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Zgodnie z ust. 1a, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Po myśli ust. 1b pkt 3, warunki mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej. Ze wskazanymi

przepisami koreluje przepis § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126), zgodnie z którym, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Przepisy ustawy P.z.p. nie definiują pojęcia „warunki udziału w postępowaniu”. W następstwie zastosowania wykładni językowej należy stwierdzić, iż pod tym pojęciem należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenie należy do tzw. „warunków pozytywnych” rozumianych jako kwalifikacja podmiotowa wykonawcy dająca gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego.

Rolę i znaczenie warunków udziału w postępowaniu potwierdza w swoim orzecznictwie wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza. W uzasadnieniu do wyroku z dnia 19 maja 2011r. (sygn. akt KIO 978/11) Izba wskazała, że „(...) ustalenie warunków udziału w postępowaniu, w tym opisu oceny sposobu spełniania tych warunków jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu jak i sami zamawiający dokonując oceny spełniania tych warunków mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynkowej (inaczej określanej jako zasada „spełnia – nie spełnia”). W oczywisty sposób warunki udziału w postępowaniu

ustalone przez zamawiających i wymagane przez nich dokumenty, wpływają na krąg wykonawców, który może się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu, co jest dopuszczalne w granicach wyznaczonych wymaganiem przepisu art. 22 ust. 4 wskazującego na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków z przedmiotem zamówienia. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia by te warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji. Jednocześnie z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz dokumenty żądane w tym celu muszą zostać w sposób wyczerpujący, jasny i precyzyjny opisany przez zamawiających w dokumentach postępowania udostępnionych potencjalnym wykonawcom, gdyż z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przy ich interpretowaniu należy stosować literalną wykładnię odpowiednich postanowień SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie oceny ich spełniania przez wykonawców, którzy przystąpili już do udziału we wszczętym postępowaniu (...).”

Ustawodawca określił, iż zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolnością.

Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Jak podkreśla Izba w wyroku z dnia 8 marca 2013 roku (sygn. akt KIO 426/13), obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej.

Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), w którym wskazał, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03) orzekł, że naruszeniem

Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

W orzeczeniu ETS z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C – 448/01 EVN AG I Wienstrom GmbH stwierdzono natomiast, że postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może faworyzować duże przedsiębiorstwa, dyskryminując mniejszych dostawców, którzy mogliby z powodzeniem wykonać zamówienie. Takie ograniczenie kręgu wykonawców dopuszczonych do wzięcia udziału w postępowaniu może natomiast skutkować udaremieniem realizacji celu dyrektyw wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych, jakim jest otwarcie rynku zamówień na konkurencję. (...)

Z kolei w wyroku z dnia 16 września 1999 r., C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, TS wskazał, że ocena czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności polegającego na wykazaniu czy podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności TS UE zwracał również uwagę w innych orzeczeniach. Przykładowo, w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że przy określaniu jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03), Trybunał Sprawiedliwości wywiódł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który winni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Jak wynika z powyższego, zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.

W orzecznictwie TSUE określenie "proporcjonalny" używane jest w znaczeniu "zachowujący właściwą proporcję". W wyroku z dnia 16 września 1999 r., C-414/99 K. W. E. v. K. H., ETS wskazał, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności polegającego na wykazaniu, czy podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i nie ograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania.

Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy Izba uznała, że zamawiający nie wykazał zasadności ustalenia wymogu w zakresie doświadczenia kierownika projektu przy realizacji projektu o wartości 50 mln zł. W sytuacji, gdy wobec tak ustalonego warunku został podniesiony zarzut nieproporcjonalności, to zamawiający winien był wykazać bezpodstawność tego zarzutu. Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, że kwota 50 mln jest trzykrotnie niższa od wartości przedmiotu zamówienia, co w ocenie Izby nie przesądza o tym, iż postawiony warunek jest zgodny z wymogami ustawy P.z.p. Zamawiający winien był również wyjaśnić, dlaczego – w jego ocenie – doświadczenie w wykonywaniu projektu o wartości 50 mln zł gwarantuje należyte wykonanie zamówienia, a na poziomie 48 mln zł już nie. Nie przekonuje Izby stwierdzenie, że zamawiający musiał przyjąć jakiś poziom i że w sytuacji, gdyby obniżył postawiony wymóg do 48 mln zł, mógłby spotkać się z zarzutem, że powinna być to jeszcze inna, niższa kwota. Zamawiający, ustalając warunki udziału w postępowaniu, winien jest wykazać ich zasadność i zgodność z przepisami ustawy P.z.p.

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący OPZ – braku dokumentacji:

- 1) dokument RECourt Services - dokumentacja użytkownika,
- 2) RECourt Services - dokumentacja administratora,

W ocenie Izby zamawiający udowodnił, iż w przekazanej przez zamawiającego w dniu 5 kwietnia 2017 r. dokumentacji dokumenty te znajdowały się w plikach o ścieżce dostępu „\2.Dokumentacja eksploatacyjna\ReCourt 2.0 - Dokumentacja Administratora.pdf” oraz „\2.Dokumentacja eksploatacyjna\ReCourt 2.0 - Instrukcja Użytkownika-ReCourt.pdf. Odwołujący na rozprawie w dniu 9 maja 2017 roku okazał laptop z wyświetlonymi na monitorze informacjami o otrzymaniu od zamawiającego wersji oprogramowania 1.14 i 2.2, czyli dokładnie dokumentacji, o którą wnosił. Odwołujący nie wykazał, by okazane pliki zawierały inne informacje niż te, których żądał w odwołaniu.

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący kart procesorowych. Zamawiający podniósł, że nie może udostępnić kodów źródłowych, ponieważ ich nie posiada. Zamówienie z Comarch realizuje na podstawie licencji i nie posiada dokumentacji kodów źródłowych.

Izba wskazuje, że dokumentacja systemów informatycznych podlega reżimowi ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2016 roku, poz. 666 ze zm.), a zatem przystępującemu przysługuje ochrona wynikająca z przepisów tej ustawy. Podkreślić należy, że przyznawanie ochrony prawnej ze względu na twórczość jest podstawową zasadą prawa autorskiego.

W myśl art. 8 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, prawo autorskie przysługuje twórcy, o ile ustawa nie stanowi inaczej. Ustawa rozróżnia prawa autorskie osobiste i majątkowe, przy czym w stosunku do tych drugich twórcy przysługuje wyłączne prawo do korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji. Podobnie jak właściciel rzeczy, twórca może z wyłączeniem innych osób korzystać z utworu, upoważniać inne osoby do takiego korzystania oraz dokonywać czynności rozporządzania prawem do korzystania z utworu. Cechą prawa własności jest sposób kształtowania jego treści: właścicielowi wolno wszystko, co nie zostało mu wyraźnie zabronione. Z takim kształtowaniem treści prawa łączymy domniemanie na rzecz jego podmiotu, że dane uprawnienie czy dany sposób korzystania z rzeczy przysługuje temu podmiotowi. Własnościowa koncepcja monopolu autorskiego rodzi podobne domniemanie. Oznacza to, że twórca utworu może przenieść autorskie prawa majątkowe na inną osobę, przy czym umowa przenosząca te prawa obejmuje wyłącznie te pola eksploatacji, które są w niej wyraźnie wymienione. Przeniesienie w drodze umowy autorskiego prawa majątkowego na danym polu eksploatacji jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem twórcy.

Zawarcie umowy mającej za przedmiot autorskie prawa majątkowe może nastąpić w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takim przypadku zawarta umowa musi odpowiadać wymogom zawartym zarówno w ustawie Prawo zamówień publicznych, jak i przepisom Kodeksu cywilnego. Ustawa P.z.p. statuuje warunki, jakim

winy odpowiadać zawierane na jej podstawie umowy, jak – przykładowo – forma umowy, zakres świadczenia w stosunku do zobowiązania wykonawcy zawartego w ofercie, czas obowiązywania itp. Żaden z przepisów ustawy P.z.p. (ani wcześniejszej ustawy o zamówieniach publicznych) nie nakłada jednak na podmiot zamawiający obowiązku nabywania w drodze umowy uprawnień do wykonywania zależnego prawa autorskiego. Obowiązku takiego nie da się również wywieść z żadnego przepisu Kodeksu cywilnego. Wręcz przeciwnie – zawarta w art. 353¹ K.c. zasada swobody umów umożliwia stronom zawierającym umowę ułożenie stosunku prawnego według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Oczywistym jest, że zasada swobody umów na gruncie zamówień publicznych, z uwagi na charakter tego rodzaju postępowań, nie może być w pełni realizowana, niemniej jednak ograniczenie jej stosowania może wynikać wyłącznie z ustawy. Jak już wyżej wskazano – żaden z powszechnie obowiązujących przepisów prawnych nie statuuje obowiązku przenoszenia przez twórcę utworu na jego nabywcę zależnego prawa autorskiego.

Tym samym Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości w odmowie udostępnienia wykonawcom żądanych kodów źródłowych.

Jednocześnie Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, iż integracja oferowanego przez odwołującego rozwiązania z systemem Comarch CA nie wymaga posiadania przez odwołującego kodów źródłowych - system jest otwarty na integrację z nowym oprogramowaniem pośredniczącym kart oraz w posiadanej przez zamawiającego wersji zapewnia już obszerną listę zgodności oprogramowania w tym zakresie. System Comarch CA to rozwiązanie umożliwiające pełną implementację opartą o infrastrukturę Klucza Publicznego (PKI). Ponadto zamawiający wskazał, że architektura wykorzystywanej w organizacji zamawiającego infrastruktury klucza publicznego została opisana szeroko w publicznie dostępnej dokumentacji opublikowanej przez zamawiającego w ostatnich latach co najmniej w kilku postępowaniach przetargowych w tym np. w dostępnej na stronie internetowej zamawiającego dokumentacji postępowania z 2016 r, pn. „Dostawa i instalacja licencji dla nazwanych użytkowników systemu do wydawania i obsługi bezpiecznego podpisu elektronicznego na potrzeby sądów powszechnych” zawierającej pełny opis aktualnej infrastruktury PKI zamawiającego. Ponadto zamawiający dołączył opis powyższej architektury również do dokumentacji niniejszego postępowania. Ponadto system Comarch CA, jako produkt oferowany przez producenta na rynku, jest opisany również na stronie internetowej producenta.

Odnosząc się do żądania wydzielenia do odrębnego postępowania wybranych cech/wymagań zdefiniowanych dla kart procesorowych, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego w tym zakresie, iż żądanie to jest niezasadne i niemożliwe do realizacji, gdyż karty procesorowe są integralną częścią zamawianego systemu i są ściśle powiązane z pozostałymi pozycjami przedmiotu zamówienia.

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący sformułowania określającego termin przeprowadzenia prezentacji. W pkt 18.1.2 ppkt 2 lit. c s.i.w.z. (str. 16) wskazano, że: „Wykonawca będzie zobowiązany, na pisemne żądanie Zamawiającego, w terminie 14 dni od wezwania, do dostarczenia, złożenia urządzeń i przeprowadzenia ich prezentacji, chyba że z treści zawiadomienia wynikałby termin dłuższy.” Z kolei, w myśl pkt 18.1.2 ppkt 3 ppkt 1.1 s.i.w.z. (str. 19), „Prezentacja zostanie przeprowadzona w siedzibie Zamawiającego w terminie przez niego wyznaczonym, w okresie po otwarciu ofert, a przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym Zamawiający poinformuje Wykonawcę, z co najmniej 14-dniowym wyprzedzeniem. Wykonawca zostanie poinformowany osobnym pismem o miejscu i terminie. Kolejność przeprowadzania Prezentacji poszczególnych Wykonawców odbywać się będzie według kolejności składania ofert”.

Analiza wskazanych wyżej postanowień specyfikacji nie potwierdza istnienia sprzeczności pomiędzy wskazanymi w nich terminami przeprowadzenia prezentacji. Wynika z niej bowiem, iż wskazany w obydwu przytoczonych postanowieniach 14-dniowy termin jest terminem minimalnym. W pkt. 18.1.2 ppkt 2 lit.c s.i.w.z. wyraźnie wskazano, iż termin ten wynosi 14 dni, a możliwe jest jego wydłużenie, o czym zamawiający poinformuje wykonawcę w treści pisemnego zawiadomienia. Z kolei w pkt. 18.1.2. ppkt 3 ppkt 1.1 s.i.w.z. zamawiający *expressis verbis* stwierdził, iż termin na przeprowadzenie prezentacji wynosi co najmniej 14 dni.

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący wyznaczenia zbyt krótkiego terminu na przeprowadzenie prezentacji. Wbrew temu, co podnosił odwołujący, pomiędzy stronami i uczestnikami postępowania odwoławczego nie ma sporu co do tego, że urządzenia wchodzące w skład zamawianego systemu nie są produktami powszechnie dostępnymi. Zamawiający fakt ten potwierdził w oświadczeniu złożonym na rozprawie w dniu 9 maja 2017 roku.

Spór w istocie wynika z tego, że odwołujący stoi na stanowisku, iż zamawiane urządzenia należy zaprojektować i skonstruować niejako od podstaw, natomiast zamawiający i przystępujący po stronie zamawiającego uważają, że istnieją na rynku urządzenia, które wystarczy jedynie dostosować do wymogów przedmiotowego zamówienia, co znacznie skróci okres niezbędny do ich przygotowania.

Izba ustaliła, że ogłoszenie o zamówieniu wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zostało ogłoszone w dniu 31 marca 2017 roku. Termin składania ofert, aktualny na dzień rozprawy, wyznaczony został na 16 maja 2017 roku. Doliczając do tego minimalny 14-dniowy termin na przeprowadzenie prezentacji, wykonawcy mają do dyspozycji nie mniej niż 60 dni na przygotowanie zamawianych urządzeń.

Odwołujący złożył do akt sprawy opinię Wydziału Automatyki, Elektroniki i Informatyki Politechniki Śląskiej z dnia 24 kwietnia 2017 roku, na okoliczność wykazania, że czas niezbędny do przygotowania urządzeń wynosi 163 dni. Z kolei przystępujący Comarch złożył jako dowód opinię Katedry Systemów Informatycznych Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, w której zakwestionowano wnioski wynikające z opinii Politechniki Śląskiej i wskazano, że czas konieczny do wypracowania urządzeń wskazanych w s.i.w.z. wynosi około 19 dni.

Złożone przez odwołującego i przystępującego opinie nie są opiniami biegłych. Stanowią one dowód z dokumentu prywatnego i podlegają ocenie stosownie do reguł oceny dowodów w postępowaniu przed Izbą. Izba potraktowała je zatem jako stanowiska uczestników, którzy je złożyli.

Przystępujący Comarch wskazał na nieprawidłowości, które zostały uwzględnione w opinii przedłożonej przez odwołującego oraz wskazał, że czas prac implementacyjnych należy oszacować w następujący sposób:

- Całkowita ilość funkcji interfejsu API odpowiedzialnych za pełną współpracę z oferowanymi urządzeniami (Jednostka centralna systemu rejestracji, Terminal wideokonferencyjny. System przywoływania stron) - 291

- Średni czas implementacji interfejsu po stronie oferowanych urządzeń dla jednej funkcji: 0.5 godziny.

- Łączny czas implementacji: 145,5 godziny (poniżej 150 godzin).

Z opinii UJ wynika ponadto, że w przypadku prac rozpoznawczych w opinii Politechniki Śląskiej przyjęto, że w procesie dostosowania interfejsu API urządzeń do wymaganego formatu konieczne jest przeanalizowanie 10 000 stron dokumentacji (tabela pierwsza na stronie 3.). W rzeczywistości definicja wymaganych interfejsów opisana jest na ok. 250 stronach (Załącznik nr 7 do Umowy - Dokumentacja interfejsów programistycznych - strony 71-341).

Z opinii UJ wynika, iż całościowe szacowanie nakładów prac nie powinno przekroczyć 150 godzin (tj. ok. 19 dni roboczych). Należy również zaznaczyć, że prace te mogą zostać w

znacznym stopniu zrównoleglone, dzięki czemu możliwe jest skrócenie tego czasu o ok. 50%.

Do wniosków wynikających ze stanowiska przystępującego Comarch, wyrażonego w opinii UJ odwołujący się nie odniósł. Podkreślić należy, że w tym przypadku to na nim spoczywał ciężar wykazania ewentualnych błędów i nieprawdziwych stwierdzeń, o ile takowe znalazły się w opinii UJ. W związku z tym, iż – tak jak to wyżej wskazano – przedłożone opinie nie są opiniami biegłych sądowych, ale stanowiskami strony i uczestnika postępowania odwoławczego, nic nie stało na przeszkodzie, by odwołujący zapewnił na rozprawie uczestnictwo eksperta, który zakwestionowałby wnioski zawarte w opinii UJ. W związku z tym, iż odwołujący nie podważył skutecznie stanowiska wynikającego z opinii, Izba uznała za nieudowodnioną konieczność zapewnienia wykonawcom dłuższego terminu na przygotowanie rozwiązań wynikających z s.i.w.z., uznając za wystarczający termin wynikający z sumowania okresów od wszczęcia postępowania do wyznaczonego terminu prezentacji.

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący czasu prezentacji, oznaczony przez zamawiającego w pkt 18.1.2 ppkt 3 pkt 1.8 s.i.w.z. Istota zarzutu sprowadzała się do tego, że czynności wskazane w pkt. 1.1 – 1.3. tabeli, znajdującej się na str. 21 s.i.w.z., powinny być elementem odrębnego badania i odrębnej prezentacji, która powinna trwać 3 godziny. Zamawiający wydłużył termin prezentacji z 4 do 5 godzin. Odwołujący nie udowodnił, dlaczego – w jego ocenie – wydłużony termin prezentacji jest niewystarczający do przeprowadzenia prezentacji. Argumenty przywołane przez odwołującego sprowadzały się jedynie do stwierdzenia, że czas prezentacji jest za krótki. Zamawiający wyjaśnił natomiast, że wyznaczony przez niego czas prezentacji wynika z jego dotychczasowych doświadczeń.

W ocenie Izby, to na odwołującym spoczywał ciężar wykazania, dlaczego wyznaczony czas uważa za niewystarczający. Gołosłowne, niepoparte dodatkową argumentacją ani szczegółowymi wyliczeniami stanowisko nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....

.....

.....