

Sygn. akt: KIO 3635/21

## WYROK

z dnia 3 stycznia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Jolanta Markowska**

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2021 r. przez wykonawcę: **NetModeller Sp. z o.o., ul. Młynarska 42/115, 01-171 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Urząd Komunikacji Elektronicznej, ul. Giełdowa 7/9, 01-211 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Audyteł S.A., REDS S.A. ul. Ks. I. Skorupki 5, 00-546 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3635/21 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia**

**odwołanie w części, dotyczącej zarzutu:**

- zaniechania wezwania Konsorcjum: Audyteł S.A., REDS S.A. do uzupełnienia wykazu wykonanych usług wymaganego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej określonych w rozdziale VI pkt 4) a) tiret pierwsze SWZ,

i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny oferty złożonej przez Konsorcjum: Audyteł S.A., REDS S.A., w tym wezwanie ww. wykonawcy do uzupełnienia wykazu wykonanych usług potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej określonych w rozdziale VI pkt 4) a) tiret pierwsze SWZ,

2. **oddala**  
**odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów;**
3. **kosztami**  
postępowania obciąża w części  $\frac{1}{4}$  zamawiającego: **Urząd Komunikacji Elektronicznej ul. Giełdowa 7/9, 01-211 Warszawa** oraz w części  $\frac{3}{4}$  wykonawcę: **NetModeller Sp. z o.o., ul. Młynarska 42/115, 01-171 Warszawa, i:**
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **NetModeller Sp. z o.o., ul. Młynarska 42/115, 01-171 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3.2. zasądza od zamawiającego: **Urząd Komunikacji Elektronicznej ul. Giełdowa 7/9, 01-211 Warszawa** na rzecz wykonawcy: **NetModeller Sp. z o.o., ul. Młynarska 42/115, 01-171 Warszawa** kwotę **2 775 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące siedemset siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą  $\frac{1}{4}$  uzasadnionych kosztów poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący** .....

**Sygn. akt: KIO 3635/21**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Urząd Komunikacji Elektronicznej z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modyfikacja modelu kosztowo-popytowego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 2021/BZP 00193998 w dniu

W dniu 9.12.2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: Audytel S.A., REDS S.A. (dalej zwane Konsorcjum Audytel) oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy NetModeller Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, tj. z powodu niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia.

Wykonawca NetModeller Sp. z o.o. wniósł odwołanie na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 Pzp, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

I. art. 226 ust. 1 pkt 4 i 5 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z prawem oraz z warunkami zamówienia z uwagi na rzekome „uzależnienie oferty od warunku w zakresie określenia ceny”, podczas gdy Odwołujący zaoferował cenę w sposób jednoznaczny i bezwarunkowy, obejmującą pełen zakres zamówienia — w tym również z uwzględnieniem, że obejmuje ona przekazanie pełni autorskich praw majątkowych do utworu będącego przedmiotem zamówienia, w wersji jaką Odwołujący dostarczy Zamawiającemu w ramach wykonania zamówienia, a dokonane zastrzeżenie w zakresie praw autorskich nie dotyczyło utworu będącego przedmiotem oferty, lecz innych produktów i utworów Odwołującego, które jednocześnie nie stanowią przedmiotu oferty w niniejszym postępowaniu, a zatem nie mogą być przedmiotem ewentualnych roszczeń Zamawiającego,

II. art. 223 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści oferty, w której Odwołujący zawarł zastrzeżenie dotyczące praw autorskich do innych produktów i utworów Odwołującego, niestanowiących przedmiotu oferty w niniejszym postępowaniu, co doprowadziło do błędnej interpretacji tego zastrzeżenia przez Zamawiającego — sprzecznego z jego literalnym brzmieniem i sensem, z pominięciem okoliczności związanych ze sposobem opracowania utworu na potrzeby niniejszego zamówienia,

III. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Audytel, pomimo że treść tej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia odnoszącymi się do „Koncepcji modyfikacji modelu popytowego” oraz do „Koncepcji podejścia ryczałtowego”,

IV. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Audytel względnie zaniechanie wezwania Konsorcjum Audytel do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych (załącznik nr 3 do SWZ), pomimo że Konsorcjum Audytel nie potwierdziło spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej określonych w rozdziale VI pkt 4) a) tiret pierwszy i drugi SWZ,

V. art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z § 5 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18.12.2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 2434) w zw. z art. 18 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez udostępnienie Odwołującemu dokumentacji postępowania dotyczącej Konsorcjum Audytel w taki sposób, że Odwołującemu utrudniono złożenie odwołania od czynności wyboru oferty tego podmiotu.

VI. art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez wybór oferty konsorcjum Audytel jako najkorzystniejszej, mimo iż podlega ona odrzuceniu oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. odrzucenia oferty Konsorcjum Audytel jako niezgodnej z warunkami zamówienia,
4. odrzucenia oferty Konsorcjum Audytel względnie wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu usług potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia wykonawcy,
5. przeprowadzenia czynności ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący wyjaśnił, że w postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców: Odwołujący z ceną 664 200,00 zł oraz Konsorcjum Audytel z ceną 676 500,00 zł.

Przedmiotem zamówienia zgodnie z 52 ust. 1 — załącznika nr 7 do SWZ — wzór umowy wraz z załącznikami jest:

- 1) realizacja przez wykonawcę modyfikacji MKP oraz przekazanie Zamawiającemu zmodyfikowanego MKP w postaci działającej i gotowej do zainstalowania aplikacji;

- 2) udzielenie Zamawiającemu Gwarancji na zmodyfikowany MKP, o której mowa w § 9 Umowy, w ramach której wykonawca zobowiązany będzie do wykonywania świadczeń określonych w Umowie;
- 3) świadczenie Usług Wsparcia;
- 4) wykonanie innych świadczeń opisanych w Umowie i w załączniku nr 1 do Umowy.

Zgodnie z brzmieniem postanowień umowy, zmodyfikowany MKP (model kosztowo-popytowy) w postaci działającej i gotowej do działania aplikacji stanowi utwór, który wykonawca przygotowuje w ramach wykonywania zamówienia i przekaże jako gotowy Zamawiającemu.

W zakres przedmiotu zamówienia, zgodnie z §12 Umowy wchodzi przeniesienie na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do Dokumentacji oraz Oprogramowania Dedykowanego wraz z kodami źródłowymi, stanowiących utwory w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1062), choćby w postaci nieukończonych na polach eksploatacji wymienionych szczegółowo w treści umowy.

Odwołujący w treści złożonej oferty (Załącznik nr 1 do SIWZ — formularz oferty) zawarł następujące oświadczenia:

„Oświadczam(y), że:

- 1) *akceptuję(emy) w pełni/bez zastrzeżeń postanowienia: SWZ dla niniejszego zamówienia, wyjaśnień do tej SWZ oraz modyfikacji tej SWZ,*
- 2) *gwarantuję(emy) wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią: SWZ, wyjaśnień do SWZ oraz jej modyfikacji,*
- 3) *cena mojej (naszej) oferty za realizację całości niniejszego zamówienia wynosi: a) netto 540 000 PLN (słownie: pięćset czterdzieści tysięcy złotych, zero groszy) b) podatek VA T wg stawki 23% - 124 200 PLN (słownie: sto dwadzieścia cztery tysiące dwieście złotych, zero groszy) c) brutto 664 200 PLN (słownie: sześćset sześćdziesiąt cztery tysiące dwieście złotych, zero groszy);”*

Ponadto w części oferty zatytułowanej: „część III OPIS SPOSOBU REALIZACJI PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA” (która stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa), Odwołujący zawarł następujące informacje:

„III.1.A Prawa autorskie i cena

*Jako podstawy do pracy, planujemy użyć licencjonowanej wersji NetModeller v4, która była użyta jako moduł trasowania w MKP v4 oraz części kodu NetModeller v5. Dzięki decyzji Zamawiającego o wydłużeniu czasu przeznaczonego na realizację projektu będziemy mieli wystarczająco dużo czasu dla opracowaniu wymaganych przez Zamawiającego zmian i ich wdrożenie. W zakładanym budżecie projektu wyceniliśmy więc również przekazanie*

*autorskich praw majątkowych do modułu trasowania, w wersji jaki oddamy na koniec projektu z zastrzeżeniem, że dotyczy to tylko przekazanej wersji modułu trasowania jako utworu i UKE nie będzie rościć żadnych praw do innych wersji NetModeller w v4 czy v5 czy koncepcji, algorytmów, czy rozwiązań opracowanych przez NetModeller lub Advanced Business Services,*

*III.1.G.2 Propozycja zapewnienia przeniesienia pełnych praw do produktu na Zamawiającego*  
*W związku z przewidzeniem przez Zamawiającego odpowiednio długiego czasu na opracowanie dedykowanej wersji modułu trasowania, bazującego na kodzie NetModeller deklarujemy, że zgodnie z wymaganiem Zamawiającego nastąpi pełne przeniesienie majątkowych praw autorskich na Zamawiającego do całości kodu MKP oraz do modułu trasowania w przekazanej wersji z zastrzeżeniem jednak, że Zamawiający nie będzie rościć żadnych praw do innych wersji oprogramowania, identycznych koncepcji czy algorytmów lub opracowań lub jego części używanego przez Wykonawcę nawet jeśli Wykonawca użył d/a realizacji zamówienia części kodu czy koncepcji z komercyjnie licencjonowanych przez siebie rozwiązań i opracowań.”*

Z treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wynika, że niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia Zamawiający upatruje w zastrzeżeniu dotyczącym praw autorskich do innych produktów i utworów Odwołującego zacytowanym powyżej. Jako warunki zamówienia, z którymi rzekomo niezgodna jest oferta Odwołującego Zamawiający wskazał postanowienia SWZ w zakresie opisu sposobu obliczenia ceny zawarte w rozdziale XIII SWZ.

W SWZ Zamawiający określił kryteria, którymi będzie kierował się przy wyborze oferty. Ocena ofert dokonywana była m.in. w kryteriach „Koncepcja modyfikacji modelu popytowego” z wagą 10% oraz „Koncepcji podejścia ryczałtowego” z wagą 20%. Z treści SWZ wynikały wymagania, jakie powinny spełniać składane przez wykonawców wraz z ofertą „Koncepcja modyfikacji modelu popytowego” oraz „Koncepcji podejścia ryczałtowego”.

W rozdziale VI pkt. 4) a) SWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia wykonawcy:

*„a) Wykonawca dla spełnienia powyższego warunku zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, w ramach wykonanych lub wykonywanych usług, należycie wykonał co najmniej:*

*1 (jedną) usługę polegającą na standaryzacji lub analizie danych lokalizacyjnych i danych dotyczących sieci telekomunikacyjnych lub innych obiektów technicznych powiązanych ze sobą topologicznie, o wartości nie mniejszej niż 100 000/00 PLN brutto (z podatkiem VAT) (słownie: sto tysięcy złotych, 00/100 groszy), która została wykonana za pomocą oprogramowania typu ETL;*

*1 (jedną) usługę programistyczną lub projekt w zakresie integracji bazodanowej danych pochodzących z różnych źródeł, zgromadzonych w relacyjnej bazie danych, w zbiorze składającym się z co najmniej pięciu milionów unikalnych rekordów, o wartości nie mniejszej niż 100 00000 PLN brutto (z podatkiem VAT) (słownie: sto tysięcy złotych, 00/100 groszy);*  
*1 (jedno) opracowanie z zakresu analizy danych dotyczących infrastruktury telekomunikacyjnej lub inne opracowanie analityczne z zakresu ekonomicznych aspektów projektowania sieci o wartości nie mniejszej niż 100 000/00 PLN brutto (z podatkiem VAT) (słownie: sto tysięcy złotych, 00/100 groszy).”*

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku należało złożyć podmiotowy środek dowodowy w postaci „wykazu usług wykonanych”, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych (załącznik nr 3 do SWZ), w którym w kolumnie 4 należało podać opis przedmiotu usługi (zamówienia) potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Konsorcjum Audytel złożyło wykaz usług, w którym w poz. 1 i 2 wskazało usługi wykonane na rzecz PKP Energetyka oraz Szybka Kolej Miejska Sp. z o.o.

Opis przedmiotu ww. usług podany w wykazie nie potwierdza spełnienia warunków udziału określonych w rozdziale VI pkt. 4)a) tiret pierwsze i drugie SWZ. Mimo to konsorcjum Audytel nie zostało wezwane do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp.

Dnia 9.12.2021 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji postępowania w zakresie dotyczącym konsorcjum Audytel. Zamawiający pierwotnie w rozmowie telefonicznej poinformował pracownika Odwołującego, że udostępni dokumentację następnego dnia tj. w piątek 10.12.2021r. Jednak Zamawiający zwlekał z przekazaniem dokumentacji i ostatecznie udostępnił ją dopiero dnia 13.12.2021 r. (tj. 2 dni przed upływem terminu na wniesienie odwołania od czynności wyboru oferty konsorcjum Audytel). Z tego względu Odwołującemu utrudniono zweryfikowanie zgodności treści oferty konsorcjum z warunkami zamówienia oraz potwierdzenia przez konsorcjum spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak również utrudniono zakwestionowanie ewentualnych wyjaśnień i uzupełnień składanych przez konsorcjum.

I.. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 4 i 5 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest realizacja modyfikacji MKP oraz przekazanie Zamawiającemu zmodyfikowanego MKP w postaci działającej i gotowej do zainstalowania aplikacji (zgodnie z § 2 Umowy). Zmodyfikowany MKP stanowi utwór będący przedmiotem prawa autorskiego zgodnie z art. 1 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1062).

Stosownie do postanowień Umowy, w ramach wynagrodzenia wykonawca zobowiązuje się przenieść na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe do Dokumentacji oraz Oprogramowania Dedykowanego wraz z kodami źródłowymi, stanowiących utwory w

rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1062), choćby w postaci nieukończonyj. Wykonawca został zatem zobowiązany treścią postanowień Umowy do przeniesienia na Zamawiającego praw autorskich do przedmiotu umowy (zamówienia), którym jest konkretny produkt opracowany dla Zamawiającego — zgodnie z jego wymaganiami określonymi w dokumentach postępowania i dostarczony mu w ramach wykonania zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że zobowiązał się do przeniesienia na Zamawiającego praw autorskich do opracowanego i dostarczonego przedmiotu zamówienia — w pełnym zakresie, o jakim mowa w dokumentach postępowania, tj. do Dokumentacji oraz Oprogramowania Dedykowanego wraz z kodami źródłowymi. Powyższe potwierdzają oświadczenia złożone przez Odwołującego w formularzu ofertowym i w pozostałych dokumentach składających się na ofertę Odwołującego - oświadczenia z pkt III.1.A części III oferty i pkt III.1.G.2 części III oferty.

Odwołujący zobowiązał się zatem do przeniesienia praw autorskich do przedmiotu zamówienia — w pełnym zakresie wymaganym w Umowie. Odwołujący w sposób jednoznaczny sformułował swoje oświadczenie woli w zakresie ceny oferty i wynika z niego wprost, że cena obejmuje przeniesienie pełni praw autorskich do zamówionego produktu na Zamawiającego.

„Zastrzeżenie” w zakresie praw autorskich dokonane w ofercie Odwołującego nie dotyczyło przedmiotu zamówienia (zamówionego produktu), a jedynie innych produktów opracowywanych przez Odwołującego. Odczytując kwestionowane przez Zamawiającego zastrzeżenie nie sposób tego czynić w oderwaniu od jego literalnego brzmienia i sensu, a także specyfiki wykonawcy, jako podmiotu świadczącego usługi modelowania sieci światłowodowych dla wielu klientów, opracowującego unikalne algorytmy i metody postępowania o znacznej wartości komercyjnej. Odwołujący co najmniej trzykrotnie w treści swojej oferty podkreślił w sposób dosłowny, że oferta obejmuje przeniesienie praw autorskich do opracowanego i dostarczonego Zamawiającemu rozwiązania.

Na samym wstępie „zastrzeżenia” Odwołujący wskazał jaka będzie podstawa do prac nad programem dla Zamawiającego: *„Jako podstawy do pracy, planujemy użyć licencjonowanej wersji NetModeller v4, która była użyta jako moduł trasowania w MKP v4 oraz części kodu NetModeller v5”*. Odwołujący wyjaśnił, że obecnie świadczy usługi za pomocą dwóch wersji narzędzi NetModeller v4 i NetModeller v5, tj. jego autorskich rozwiązań, które stanowią swoistą „bazę” dla tworzonej na potrzeby konkretnego zamówienia architektury. Użycie NetModeiler v4, jako podstawy do opracowania produktu dla Zamawiającego w ramach niniejszego zamówienia ma na celu zminimalizowanie ryzyk związanych ze zmianami interfejsów, jakie są obecnie używane w MKP. Odwołujący założył również wykorzystanie części kodu NetModeller v5, czyli drugiego z posiadanych przez



nego rozwiązań. Podkreślenie w ofercie, że Odwołujący użyje wiedzy i części kodu z licencjonowanej wersji stworzonego przez siebie narzędzia miało na celu podkreślić, że jest to wersja sprawdzona na wielu projektach komercyjnych i cechuje się niskim prawdopodobieństwem błędów jakie są cechą nowego oprogramowania, nie sprawdzone na setkach projektów.

Zastrzeżenie praw autorskich zostało w sposób jednoznaczny ograniczone do innych niż przedmiot zamówienia produktów Odwołującego, tj. stanowiło gwarancję, że narzędzia NetModeller v4 oraz NetModeller v5, na których oparty będzie produkt dostarczony Zamawiającemu — w dalszym ciągu pozostaną własnością Odwołującego: *„W zakładanym budżecie projektu wyceniliśmy więc również przekazanie autorskich praw majątkowych do modułu trasowania, w wersji jaki oddamy na koniec projektu z zastrzeżeniem, że dotyczy to tylko przekazanej wersji modułu trasowania jako utworu i UAE nie będzie rościł żadnych praw do innych wersji NetModeller w v4 czy v5 czy koncepcji, algorytmów, czy rozwiązań opracowanych przez NetModeller lub Advanced Business Services.”*

Nie sposób odczytywać powyższego zastrzeżenia, jako wchodzącego w zakres praw autorskich do utworu przekazanego Zamawiającemu w ramach realizacji niniejszego zamówienia. Zastrzeżenie w sposób oczywisty dotyczyło wyłącznie elementów pozostających poza rozwiązaniem dostarczonym Zamawiającemu. Odwołujący w ofercie nie uwarunkował w żaden sposób ceny oferowanego rozwiązania. Kwestionowana przez Zamawiającego treść „zastrzeżenia” nie ma nawet charakteru warunku w rozumieniu kodeksu cywilnego, co w absurdalny sposób stara się wykazać Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty.

Jedynym celem przedmiotowego zastrzeżenia było precyzyjne określenie, co stanowi przedmiot oferty, do którego zostaną przeniesione na Zamawiającego prawa autorskie, przy czym zakres ten w pełni odpowiada zakresowi określone w dokumentach postępowania, w szczególności w Umowie. Istotą tego „zastrzeżenia” jest zagwarantowanie, że wybór oferty Odwołującego i dostarczenie Zamawiającemu rozwiązania nie będzie jednocześnie skutkowało utratą możliwości świadczenia przez Odwołującego usług na innych jego produktach, jak NetModeller v4 i NetModeller v5 czy też koncepcji, algorytmów czy rozwiązań, które same w sobie, jako oddzielne nie są przedmiotem zamówienia i tylko w połączeniu z elementami MKP stanowią utwór, do jakiego Odwołujący przeniesie prawa autorskie na Zamawiającego.

Wprowadzenie do oferty takiej informacji nie może w żaden sposób świadczyć o niezgodności oferty z warunkami zamówienia, bowiem dokumenty postępowania jasno wskazują, że przeniesie praw autorskich dotyczyć ma Dokumentacji oraz Oprogramowania Dedykowanego wraz z kodami źródłowymi, a nie innych niezależnych od przedmiotu zamówienia produktów wykonawcy. Wykorzystanie części kodu, algorytmów czy koncepcji

użytych w innych rozwiązaniach stanowi normalną praktykę rynkową. W przeciwnym wypadku w kolejnych projektach dochodziłoby do absurdalnych sytuacji, w których nie można by wykorzystywać np. znanych wszystkim programistom algorytmów sortowania danych, mechanizmów zapisów do bazy danych czy też bardzo specyficznych algorytmów wyznaczania drogi do przejścia o najniższym koszcie, czy używania określeń nośnika kosztów jakie wykonawca używa w swoich aplikacjach, czy też algorytmów wyboru użycia sieci napowietrznej zamiast doziemnej, jeśli słupy są w określonej odległości od budynku.

Podkreślenia wymaga, że same części kodu, jakie Odwołujący planował użyć do stworzenia rozwiązania na rzecz Zamawiającego, nie stanowią odrębnych utworów w rozumieniu majątkowych praw intelektualnych tak samo jak nie stanowią odrębnych utworów koncepcje rozwiązań bazodanowych czy algorytmów, które nie są chronione prawem patentowym i mogą być niezależnie stworzone przez różne osoby, a dopiero ich umiejętne wybranie i połączenie stanowi o unikalności utworu i jego wartości. Również w samej treści Umowy wskazano, że prawami autorskimi objęte są dokumentacja, oprogramowanie dedykowane oraz kody źródłowe (całe kody źródłowe, a nie ich część).

Odwołujący wskazał, że uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty jest nieprecyzyjne, nierzeczowe i niepowiązane z faktycznymi powodami, jakie stały u podstaw odrzucenia oferty Odwołującego. Uzasadnienie jest na tyle niejednoznaczne i mało konkretne, że nie sposób nawet odnaleźć w jego treści wskazania konkretnego warunku zamówienia, z którym miałyby być niezgodna oferta Odwołującego. Zamawiający opiera swoje stanowisko na założeniu, że kwestionowane zastrzeżenie w zakresie praw autorskich było rzekomo niezgodne z prawem oraz że było ono rzekomo niezgodne z warunkami zamówienia (zdaje się, że konkretnie z opisem sposobu obliczenia ceny bowiem ten fragment SWZ cytuje Zamawiający w uzasadnieniu),

Odwołujący wskazał, że jako podstawę odrzucenia oferty Zamawiający wskazał jedynie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, czyli niezgodność oferty z warunkami zamówienia.

Z ostrożności procesowej Odwołujący postawił również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp, tj. niezasadnego odrzucenia oferty z powodu niezgodności oferty z innymi przepisami, bowiem sam Zamawiający w treści uzasadnienia wskazuje, że „oferta jest niezgodna z prawem” mimo, że nie ujawnił tego w uzasadnieniu prawnym odrzucenia oferty.

Zdaniem Odwołującego, argumentacja co do niezgodności oferty z prawem jest niezrozumiała i oderwana od istoty sprawy. Kwestionowane zastrzeżenie dot. praw autorskich do utworów niebędących przedmiotem zamówienia (przedmiotem umowy) w żaden sposób nie wpływa na prawa ani obowiązki Zamawiającego.

Ponadto, przedmiot oferty nie odnosi się do innej umowy niż ta zawierana w niniejszym postępowaniu, „zastrzeżenie” poczynione w ofercie Odwołującego dot. praw

autorskich dotyczy wyłącznie produktów, które nie stanowią przedmiotu oferty, z „zastrzeżenia” nie wynika jakiegokolwiek zobowiązanie Zamawiającego wykraczające swoim zakresem poza umowę zawieraną w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący nie uwarunkował ceny w zależności od zachowania Zamawiającego w odniesieniu do tej ani żadnej innej umowy — „zastrzeżenie” nie ma w ogóle charakteru warunku, ale stanowi informację o tym, że prawa autorskie przeniesione w ramach wykonania niniejszego zamówienia nie obejmują innych produktów Odwołującego — niezależnych od przedmiotu zamówienia. „Zastrzeżenie” dotyczy komercyjnych rozwiązań lub ich części, które nie są przedmiotem oferty i do których Zamawiający nie posiada i nie posiadałby jakichkolwiek praw lub roszczeń i taki stan rzeczy utrzymywałby się również bez tego „zastrzeżenia” w ofercie.

Odnosnie niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia — kluczowa jest okoliczność, iż kwestionowane zastrzeżenie nie mogło zostać uznane jako niezgodne z warunkami zamówienia, bowiem nie dotyczyło ono przedmiotu zamówienia jako takiego, ani nie warunkowało w żaden sposób oferty ani jej ceny.

Przywołane przez Zamawiającego orzeczenia KIO na okoliczność niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia są nieadekwatne do przedmiotowej sprawy.

II. Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień w zakresie treści oferty.

Odwołujący podniósł, że przy wątpliwościach Zamawiającego wezwanie do wyjaśnień było nie tyle uzasadnione co konieczne. Naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 223 ust. 1 Pzp ma w niniejszej sprawie charakter rażący, bowiem zaniechanie wezwania do wyjaśnień wystąpiło w sytuacji, gdy Zamawiający podjął czynność odrzucenia oferty w związku z własną interpretacją jej treści i uznaniem, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia (wyrok KIO z dnia 21.11.2016 r., sygn. akt KIO 2060/16, KIO 2100/16). W żadnym wypadku w ramach wyjaśnień nie mogłoby dojść do zmiany treści oferty, bowiem samo zastrzeżenie było niepowiązane z przedmiotem zamówienia, a jedynie dotyczyło innych produktów Odwołującego niepowiązanych bezpośrednio z przedmiotem zamówienia.

III. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Audvtel.

W złożonej „Koncepcji modyfikacji modelu popytowego” Konsorcjum Audytel przepisało wymagania SWZ, w tym dodało zapis, że dane będą pochodziły z „firm badawczych, własne dane Wykonawcy” bez wyspecyfikowania jakie są to dane i zapewnienia, że Zamawiający będzie mógł te dane pozyskiwać w przyszłości, ile będzie go to dodatkowo kosztowało, a więc będzie wpływało na cenę jaką Zamawiający zapłaci za utrzymanie MKP i aktualizację danych.

Takie rozwiązanie przyjęte w MKP v3 doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający w przedmiotowym przetargu zmuszony został do zmodyfikowania całego modułu popytowego i poniesienia wysokich kosztów z uwagi na niedostępność danych z podmiotu komercyjnego w formie CMC13 na jakie Konsorcjum Audytel się powołuje w doświadczeniu członków zespołu projektowego. Taki zapis w ofercie Konsorcjum Audytel prowadzi w konsekwencji do „vendor lock” polegającego na oparciu się o specyficzne dane niedostępne publicznie lub z innych jednostek administracji publicznej i docelowo możliwości ustalania dowolnie wysokich stawek już w okresie 12 miesięcy od podpisania umowy, a więc do niekorzystnego rozstrzygnięcia z uwagi na interes Skarbu Państwa.

W SWZ Zamawiający nie dopuścił opierania modelu o nieznane dane „firm badawczych, własne dane Wykonawcy” o nieznannej jakości i nieznannej w przyszłości cenie ani dostępności.

Opis „Konceptcja modyfikacji modelu popytowego” w przypadku oferty Konsorcjum Audytel liczy 9 linijek tekstu i jest parafrazowaniem części wymogów Zamawiającego. Opis „Konceptcja modyfikacji modelu popytowego” w przypadku oferty Odwołującego liczy 25 stron szczegółowego opisu..

W „Konceptcji podejścia ryczałtowego” Konsorcjum Audytel wskazało, że: *„W miarę możliwości średnie zostaną policzone niezależnie dla każdego z województw, a także w rozróżnieniu na gminę miejską i wiejską”*, co jest sprzeczne z wymaganiami Zamawiającego i instrukcją do MKP, gdyż obecnie MKP uwzględnia koszty jednostkowe na poziomie każdej z ponad 2400 gmin z osobna i są one różne dla gmin z uwagi na różne decyzje gmin o kosztach umieszczania infrastruktury w pasie drogowym.

Uwzględnianie średnich i deklarowanie „w miarę możliwości” na poziomie województw bez uwzględnienia różnych poziomów stawek kosztów dróg powiatowych czy też sprowadzenie szczegółowego rozbicia z ponad 2400 gmin do 16x2 czyli 32 typów gmin stanowi cofnięcie się w MKP do wersji sprzed wersji 4 i powinno stanowić podstawę do odrzucenia oferty względnie zwrócenia się do Konsorcjum Audytel o złożenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Konsorcjum Audytel prawdopodobnie nie orientuje się nawet w podziale administracyjnym kraju, gdyż obecnie oprócz gmin wiejskich i miejskich mamy gminy wiejsko-miejskie, które zostały wyłączone z analizy. A zamawiający nawet o to nie zapytał dlaczego szczegółowy podział w MKP na ponad 2400 gmin dla których zamawiający zgodnie z instrukcją MKP załączoną do SWZ

Pkt Uwzględnienie danych o kosztach zajęcia pasa drogowego i umieszczenia infrastruktury w pasie drogowym w MKP v4 gdzie w instrukcji zapisano:

*„Obecne rozwiązanie zakłada, że stawki dla dróg zarządzanych przez określone poziomy jednostek administracyjnych są ustalane przez jednostki administracyjne im odpowiadające.*

*Obecne rozwiązanie zakłada, że stawka za pas drogowy dla drogi wojewódzkiej jest stała i jednorodna na obszarze danego województwa, a stawka dla drogi powiatowej na obszarze całego powiatu.*

*W przekazanych danych zidentyfikowano gminy, które podają stawki dla dróg wojewódzkich i powiatowych. Zgodnie z obecną wiedzą Wykonawcy stawki za drogi zarządzane przez jednostkę administracyjną wyższego poziomu nie powinny być ustalane przez jednostki administracji niższego poziomu. Takie przypadki w danych zostały więc pominięte, gdyż ich uwzględnienie powodowałoby niejednoznaczność wysokości stawek dla danego poziomu dróg.”* Dodatkowo konsorcjum Audytel napisało że: *„Średnie rynkowe zostaną wykorzystane w zakresie: 1. Obliczenia kosztów przyłącza 2. Obliczenia kosztów ostatniej mili (backhaul) 3. Obliczenie kosztów sieciowych W zakresie kosztów ostatniej mili oraz kosztów sieciowych, ze względu na współdzielenie infrastruktury przez wielu klientów, zostaną obliczone średnie jednostkowe, które zostaną wykorzystane odtworzenia kosztów budowy tych fragmentów sieci przez operatora odniesienia.”*

Jest to sprzeczne z założeniami MKP, który ma wyznaczyć koszty budowy nowej infrastruktury, a nie odtworzenia kosztów budowy tych fragmentów.

Ponadto, Konsorcjum Audytel nie odniosło się w jakikolwiek sposób do wymogu: *„umożliwienie obliczenia kosztów zryczałtowanych przyłączenia pojedynczego punktu adresowego w danym obszarze konkursowym / regionie kraju.”*

ani wymogu, aby: *„Wynikiem działania procesu powinno być zestawienie tabelaryczne przypisującego każdemu budynkowi ustalony przez aplikację zryczałtowany koszt.”* a więc nie ryczałtowych na poziomie województwa i rodzaju gminy, ale ryczałtowego dla pojedynczego punktu adresowego, co stanowi kluczową różnicę, a jedynie sparafrazowało fragment wymagania z SWZ.

„Koncepcja podejścia ryczałtowego” Konsorcjum Audytel stanowi 21 linii tekstu, tymczasem Odwołujący przedstawił szczegółową koncepcję na 13 stronach odnosząc się do każdego z wymogów Zamawiającego oddzielnie.

IV. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Audytel względnie zaniechanie wezwania Konsorcjum Audytel do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu usług wykonanych lub wykonywanych (załącznik nr 3 do SWZ), pomimo że Konsorcjum Audytel nie potwierdziło spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, określonych w rozdziale VI pkt 4) a) tiret pierwsze i drugie SWZ.

W rozdziale VI pkt 4)a) tiret pierwsze SWZ Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie posiadanego przez wykonawców doświadczenia: *„Wykonawca dla spełnienia powyższego warunku zobowiązany jest wykazać/ że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania*

*ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, w ramach wykonanych lub wykonywanych usług, należy wykonać co najmniej:*

*1 (jedną) usługę polegającą na standaryzacji lub analizie danych lokalizacyjnych i danych dotyczących sieci telekomunikacyjnych lub innych obiektów technicznych powiązanych ze sobą topologicznie, o wartości nie mniejszej niż 100 000/00 PLN brutto (z podatkiem VAT) (słownie: sto tysięcy złotych, 00/100 groszy), która została wykonana za pomocą oprogramowania typu ETL;”*

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku Konsorcjum Audytel złożyło wykaz usług, w którym w poz. 1 wykazało usługę wykonaną na rzecz PKP Energetyka: *„Opracowanie systemu teleinformatycznego wraz z aplikacją mobilną i oraz dedykowaną platformą sprzętową i systemową, który w oparciu o przekazane dane będzie przekazywał maszyniście bieżące wskazówki dotyczące zaleceń do ekonomicznego prowadzenia pojazdu szynowego. Faza 1 i 2 projektu. W zakres projektu wchodziła analiza danych lokalizacyjnych i danych dotyczących sieci obiektów technicznych powiązanych ze sobą topologicznie (graf sieci kolejowej).”*

Wykazane doświadczenie nie obejmuje standaryzacji ani analizy danych lokalizacyjnych i danych dotyczących sieci telekomunikacyjnych lub innych obiektów technicznych powiązanych ze sobą topologicznie.

Ponadto, wykazane doświadczenie nie dotyczy usługi wykonanej za pomocą oprogramowania typu ETL.

Mimo niepotwierdzenia warunku Zamawiający nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia wykazu usług we wskazanym zakresie.

Standaryzacja lub analiza danych nie była głównym przedmiotem zlecenia, a przedmiotem było wdrożenie systemu teleinformatycznego wraz z aplikacją mobilną, które korzystają prawdopodobnie z danych już ustandaryzowanych w systemach ewidencji infrastruktury kolejowej jak RNIF, który obrazuje uproszczony model sieci jako punkty i proste najprawdopodobniej nie zawiera 5 mln elementów infrastruktury.

Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum Audytel na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp względnie zaniechał wezwania Konsorcjum Audytel do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu usług na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, pomimo że Konsorcjum Audytel nie potwierdziło spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej określonej w rozdziale VI pkt 4)a) tiret pierwsze SWZ.

W rozdziale VI pkt 4)a) tiret drugie SWZ Zamawiający wymagał: *„Wykonawca dla spełnienia powyższego warunku zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy*

— w tym okresie, w ramach wykonanych lub wykonywanych usług, należycie wykonał co najmniej:

*1 (jedną) usługę programistyczną lub projekt w zakresie integracji bazodanowej danych pochodzących z różnych źródeł, zgromadzonych w relacyjnej bazie danych, w zbiorze składającym się z co najmniej pięciu milionów unikalnych rekordów, o wartości nie mniejszej niż 100 00000 PLN brutto (z podatkiem VAT) (słownie: sto tysięcy złotych, 00/100 groszy);”*

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku Konsorcjum Audytel złożyło wykaz usług, w którym w poz. 2 wykazało jako swoją zdolność techniczną usługę wykonaną na rzecz Szybkiej Kolei Miejskiej Sp. z o.o.:

*„Przeprowadzenie analizy przedwdrożeniowej i wdrożenia systemu informatycznego Eco Driving opartego na integracji bazodanowej źródeł danych przewoźnika kolejowego. W zakres projektu wchodziła integracja bazodanowa danych pochodzących z różnych źródeł, zgromadzonych w relacyjnej bazie danych, w zbiorze składającym się z ponad pięciu milionów unikalnych rekordów.”*

Odwołujący podkreślił, że opis usługi podany w poz. 2 wykazu nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt 4)a) tiret drugie SWZ.

Konsorcjum nie wykazało, że dokonywało integracji bazodanowej danych pochodzących z różnych źródeł ani nie uprawdopodobniło, że infrastruktura używana przez przewoźnika SKM liczy ponad 5 milionów rekordów. Jest to doświadczenie (referencja) wynikające z wdrożenia uprzednio wymienionej w pkt 1 wykazu aplikacji. Doświadczenie to nie ma nic wspólnego z przedmiotem zamówienia.

V. Zarzut naruszenia art, 74 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z § 5 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18.12.2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2020 r. DOZ. 2434) w zw. z art. 18 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez udostępnienie Odwołującemu dokumentacji postępowania dotyczącej Konsorcjum Audytel w taki sposób, że Odwołującemu utrudniono złożenie odwołania od czynności wyboru oferty tego podmiotu.

Dnia 9.12.2021 r. (tj. w dniu publikacji informacji o wynikach postępowania) Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji postępowania w zakresie dotyczącym konsorcjum Audytel. Zamawiający zwlekał z udostępnieniem danych przez 4 dni. Zamawiający telefonicznie zadeklarował przekazanie danych w piątek 10 grudnia. Wykonawca zgłosił gotowość przyjazdu w piątek, jednak Zamawiający zwlekał i finalnie nie udostępnił dokumentacji w piątek, lecz udostępnił ją dopiero po 4 dniach tj. 13.12.2021r. o godz. 9.30, ograniczając czas jaki wykonawca miał na analizę i podjęcie decyzji o złożeniu odwołania.

Taki sposób udostępnienia przez Zamawiającego dokumentacji postępowania niezbędnej do skorzystania przez Odwołującego ze środka ochrony prawnej - naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. art. 16 pkt 1 Pzp, jak również zasady udostępniania dokumentacji postępowania określone w art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z § 5 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18.12.2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U, z 2020 r. poz. 2434) gdzie określono, że zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół postępowania niezwłocznie.

VI. Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez wybór oferty Konsorcjum Audytel jako najkorzystniejszej, mimo że podlega ona odrzuceniu oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia i odpowiada prawu, wobec czego została niezasadnie odrzucona, z kolei oferta Konsorcjum Audytel podlega odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia, zatem wybór tej oferty jako najkorzystniejszej stanowi naruszenie przepisu art. 239 ust. 1 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Konsorcjum: Audytel S.A., REDS S.A. zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3635/21 po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający, pismem z dnia 27 grudnia 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zarzut I - II

Zamawiający wskazał, że oferta złożona w toku postępowania wszczętego jako zamówienie publiczne jest oświadczeniem woli wykonawcy złożonym w odpowiedzi na ogłoszenie lub zaproszenie do składania ofert. Oferta tworzona jest w oparciu o specyfikację warunków zamówienia redagowaną przez zamawiającego. Treść oferty musi odpowiadać treści SWZ. W orzecznictwie przez pojęcie „treść oferty” należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Istotny element oferty stanowi cena.

„Treść oferty” to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. W przypadku oferty Odwołującego na modyfikację modelu kosztowo popytowego, to Odwołujący postawił warunek przy założeniu którego gotów jest wykonać umowę na podstawie podanej ceny. Warunek ten podany jest w pkt III i brzmi:



*„Dzięki decyzji Zamawiającego o wydłużeniu czasu przeznaczonego na realizację projektu będziemy mieli wystarczająco dużo czasu dla opracowaniu wymaganych przez Zamawiającego zmian i ich wdrożenie. W zakładanym budżecie projektu wyceniliśmy więc również przekazanie autorskich praw majątkowych do modułu trasowania, w wersji jak oddamy na koniec projektu z zastrzeżeniem, że dotyczy to tylko przekazanej wersji modułu trasowania jako utworu i UKE nie będzie rościł żadnych praw do innych wersji NetModeller w v4 czy v5 czy koncepcji, algorytmów, czy rozwiązań opracowanych przez NetModeller lub Advanced Business Services”.*

W zakresie ceny przedstawionej w ofercie, to wykonawca określa założenie/warunek, który dotyczy potencjalnych roszczeń UKE z innej umowy zawartej z Odwołującym. W tym miejscu należy wskazać, iż podnoszenie roszczeń z zawartych umów cywilnoprawnych przez Skarb Państwa jest jego obowiązkiem na gruncie przepisów o finansach publicznych oraz dyscyplinie finansów publicznych.

Przepis art. 5 u.o.n.d.f.p. nie określa charakteru należności, nie zawężając w szczególności jego stosowania do należności jedynie z określonych tytułów. Należy więc uznać, że dotyczy należności z różnych tytułów - zarówno należności wynikających bezpośrednio z przepisów prawa, określonych w drodze decyzji administracyjnych, jak i należności o charakterze cywilnoprawnym. Znamiona naruszeń wymienionych w art. 5 u.o.n.d.f.p. wyczerpują zarówno nieustalenie, niepobranie, niedochodzenie należności Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych, jak i ustalenie, pobranie lub dochodzenie takich należności w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia, a także umorzenie takich należności lub niezgodne z przepisami odroczenie lub rozłożenie ich spłaty na raty albo dopuszczenie do ich przedawnienia. Należałoby uznać, że z niepobraniem należności mamy do czynienia w każdym przypadku, gdy nie doszło do jej uiszczenia w prawidłowej wysokości, mimo istnienia tytułu prawnego. Przepis art. 5 u.o.n.d.f.p. niewątpliwie służy realizacji jednej z podstawowych zasad gospodarki finansowej w toku wykonywania budżetu państwa (a także budżetu jednostki samorządu terytorialnego), którą jest ustalenie, pobieranie i odprowadzanie dochodów budżetu państwa (i odpowiednio dochodów jednostki samorządu terytorialnego), na zasadach i w terminach wynikających z obowiązujących przepisów. Obowiązek ten wprowadza bezpośrednio art. 162 pkt 1 i odpowiednio art. 254 pkt 1 u.f.p. Zgodnie z art. 5 u.o.n.d.f.p. odpowiedzialność przewidziana tą ustawą może być poniesiona za nieprawidłowości popełnione przy ustaleniu, dochodzeniu, odroczeniu lub rozłożeniu spłaty na raty, umorzeniu albo dopuszczeniu do przedawnienia należności Skarbu Państwa, należności jednostki samorządu terytorialnego lub należności innej jednostki sektora finansów publicznych.

Należności pieniężne o charakterze cywilnoprawnym mogą być umarzone - zgodnie z art. 55 u.f.o. w całości albo w części lub ich spłata może być odraczana lub rozkładana na raty. Dokładne zasady takiego działania przewidują jednak przepisy art. 56 u.f.p. W tym zakresie należy uznać, iż w trybie zamówienia publicznego, jednostka budżetowa w ogóle nie mogłaby podjąć wiążącego rozstrzygnięcia o niedochodzeniu przysługujących jej roszczeń w przypadku braku ich wcześniejszego ustalenia. Brak zaś wcześniejszego ustalenia roszczeń tym bardziej czyniłby takie rozstrzygnięcia wadliwymi i sprzecznymi z prawem.

Wskazywanie jako warunku ceny zrzeczenia się a priori roszczeń z innych stosunków prawnych lub wobec wskazanych podmiotów z nieoznaczonych stosunków prawnych jest więc sprzeczne z ustawą o finansach publicznych i dyscypliną finansów publicznych. Dodatkowo zachodzi potencjalnie również sprzeczność z zasadami społecznymi ponieważ nie ma zasady, która nakazuje zrzekać się roszczeń żeby utrzymać albo wybrać ofertę w przetargu. Uznając, iż warunek sprzeczny z prawem albo zasadami społecznymi ma charakter zawieszający, oświadczenie woli go zawierające jest nieważne zgodnie z art. 94 k.c.

W zakresie zgodności złożonej oferty ze specyfikacją warunków zamówienia Zamawiający podniósł, że na zasadzie analogi możliwe jest korzystanie z orzecznictwa wypracowanego w oparciu o dotychczasowy art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozumieniu sprzed zmiany przepisów, polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i którego przyjęcia oczekuje. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej na gruncie dotychczasowych przepisów, podkreślało się, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może nastąpić, gdy nie ma wątpliwości co do niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zob. wyrok z dnia 24 lutego 2009 r., KIO/UZP 158/09, wyrok z dnia 22 października 2008 r., KIO/UZP 1104/08). Tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest niewątpliwa (zob. wyrok z dnia 6 lutego 2009 r., KIO/UZP 97/09). Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków prawnych w postaci odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1

pkt 2 ustawy Pzp, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawierała wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty.

Specyfikacja warunków zamówienia ogłoszonego zamówienia w pkt XIII zawierała postanowienia w zakresie *Opis sposobu obliczenia ceny oraz waluta, w jakiej prowadzone będą rozliczenia związane z realizacją niniejszego zamówienia.*

Na podstawie wypracowanego dotychczasowego orzecznictwa i na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp należy wyprowadzić wniosek, iż oferta uzależniona od warunku w zakresie określenia ceny nie daje się poprawić ani wyjaśnić, ponieważ jej wadliwość dotyczy meritum ceny i zobowiązania, które wykonawca oświadcza, że zamierza wykonać, uzależniając je od innych działań Zamawiającego nieprzewidzianych w specyfikacji i niebędących przedmiotem stosunku prawnego będącego przedmiotem zamówienia publicznego. Oferta taka powinna być odrzucona, bo będąc niezgodna z prawem jest jednocześnie niezgodna z warunkami zamówienia. W tym stanie rzeczy brak było podstaw do wzywania Odwołującego do składania wyjaśnień co do treści oferty.

Zarzut III

Zamawiający wyjaśnił, że nie określił w SWZ obowiązku przedłożenia koncepcji modyfikacji modelu popytowego, zatem jej brak nie mógł być podstawą do odrzucenia oferty Konsorcjum Audyteł. Odnosząc się do zarzutu pochodzenia danych od firm badawczych oraz danych własnych wykonawcy, Zamawiający wyjaśnił, że zaproponowaną koncepcję ocenił na 0 punktów. Ponadto, obowiązkiem wykonawcy jest aktualizacja MKP o nowe wskaźniki wyliczone na podstawie ustandaryzowanych danych demograficznych przekazanych przez Zamawiającego i danych o usługach pochodzących z inwentaryzacji infrastruktury i usług telekomunikacyjnych prowadzonej przez Prezesa UKE (System SIIS), w celu uwzględnienia ich w procesie szacowania popytu. W przedstawionej koncepcji brak jest wskazania, że wykonawca będzie korzystać ze wskaźników CMC13.

Zgodnie z wymaganiem Zamawiającego, przedmiotem zamówienia jest „Modyfikacja modelu kosztowo-popytowego”. Przez modyfikację należy rozumieć również zmianę działania całego modelu. Dotychczasowy sposób liczenia kosztów nie musi być jednym właściwym. Ponadto, instrukcja do MKP nie stanowi dokumentu z wymaganiami Zamawiającego, a jedynie obrazuje stan istniejący.

Zarzut IV

Zgodnie z wymaganiem Zamawiającego, wykonawca na potwierdzenie posiadanego doświadczenia zobowiązany był wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, w ramach wykonanych lub wykonywanych usług, należycie wykonał co najmniej:

1 (jedną) usługę polegającą na standaryzacji lub analizie danych lokalizacyjnych i danych dotyczących sieci telekomunikacyjnych lub innych obiektów technicznych

*powiązanych ze sobą topologicznie, o wartości nie mniejszej niż 100 000,00 PLN brutto (z podatkiem VAT) (słownie: sto tysięcy złotych, 00/100 groszy), która została wykonana za pomocą oprogramowania typu ETL;*

Zgodnie z wymaganiem Zamawiającego usługa mogła polegać na analizie lub standaryzacji. Graf sieci kolejowej zawiera informacje o innych obiektach technicznych. Należy zatem uznać, że w tym zakresie warunek został spełniony. W opisie usługi brakuje informacji wprost czy dane były przetwarzane z wykorzystaniem ETL tj. (ang. Extract, Transform and Load) narzędzi wspomagających proces pozyskania danych dla baz danych, szczególnie dla hurtowni danych. Stanowią nieodzowny element procesów z zakresu Business Intelligence.

Zadaniem narzędzi ETL jest:

1. pozyskanie danych ze źródeł zewnętrznych,
2. przekształcenie danych,
3. załadowanie danych do bazy danych (zazwyczaj będącej hurtownią danych).

Jak wynika z referencji oraz danych dostępnych na stronie internetowej spółki Reds S.A. zbudowany system informatyczny nie może działać bez bazy danych, z której dane są eksportowane (Extract) i importowane (Load) oraz, że dane powiązane topologicznie nie były przetwarzane (Transform). W tym stanie rzeczy należy uznać, iż wobec powyższego można przyjąć że warunek został spełniony pomimo braku wskazania wprost narzędzia ETL.

Deklaracja Konsorcjum Audyteł wskazuje wprost że w ramach usługi wchodziło „wdrożenia systemu informatycznego”. Ponadto „w zakres projektu wchodziła integracja bazodanowa danych pochodzących z różnych źródeł, zgromadzonych w relacyjnej bazie danych, w zbiorze składającym się z ponad pięciu milionów unikalnych rekordów”.

Odwołujący błędnie i niezasadnie przyjął, że treść referencji powinna powielać informacje żądane przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem potwierdzeniem spełnienia warunku jest oświadczenie wykonawcy w formie wykazu, a referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie prawidłowość wykonywanej usługi referencyjnej. Nie może zatem ulegać najmniejszej wątpliwości, że dokumentem potwierdzającym zakres wykonanych usług jest wykaz usług wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane. Wobec powyższego, to nie referencje, których rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz dostaw, usług lub robót budowlanych stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia (tak np. wyrok z dnia 22 października 2018 r., KIO 2038/18).

Zarzut V

Na podstawie art. 74 Pzp protokół wraz z załącznikami jest udostępniany na wniosek. Odwołujący złożył Zamawiającemu wniosek o udostępnienie dokumentów w dniu 9.12.2021

r. Zamawiający zapoznał się z wnioskiem w dniu 10.12.2021 r., tj. następnego dnia roboczego. Zamawiający przekazał Odwołującemu niezwłocznie następnego dnia roboczego, tj. 13.12.2021 w godzinach porannych. W tym stanie rzeczy zarzut Odwołującego nie może się ostać.

#### Zarzut VI

Uwzględniając argumentację przedstawioną powyżej, zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp w ocenie Zamawiającego należy uznać za bezpodstawny.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, stosownie do art. 555 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Konsorcjum Audytel S.A., REDS S.A. zgłaszające przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, skutecznie przystąpiło do postępowania odwoławczego, stosownie do wymogów art. 525 ust. 1-3 Pzp.

#### Zarzut nr 1 i nr 2

Niezasadny jest zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 4 i 5 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z prawem oraz z warunkami zamówienia w związku ze złożeniem przez Odwołującego w ofercie oświadczenia o treści:

*„Dzięki decyzji Zamawiającego o wydłużeniu czasu przeznaczzonego na realizację projektu będziemy mieli wystarczająco dużo czasu dla opracowania wymaganych przez Zamawiającego zmian i ich wdrożenie. W zakładanym budżecie projektu wyceniliśmy więc również przekazanie autorskich praw majątkowych do modułu trasowania, w wersji jakiej oddamy na koniec projektu z zastrzeżeniem, że dotyczy to tylko przekazanej wersji modułu trasowania jako utworu i UKE nie będzie rościł żadnych praw do innych wersji NetModeller w*

v4 czy v5 czy koncepcji, algorytmów, czy rozwiązań opracowanych przez NetModeller lub Advanced Business Services”.

Izba nie stwierdziła także naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 223 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, w której Odwołujący zawarł zastrzeżenie dotyczące zaoferowanej ceny (wyceny projektu) oraz praw autorskich.

Zgodnie z § 2 ust. 1 załącznika nr 7 do SWZ Wzór umowy (wraz z załącznikami), przedmiotem zamówienia jest: *„realizacja przez wykonawcę modyfikacji MKP oraz przekazanie Zamawiającemu Zmodyfikowanego MKP w postaci działającej i gotowej do zainstalowania aplikacji, udzielenie Zamawiającemu Gwarancji na Zmodyfikowany MKP, o której mowa w § 9 Umowy, w ramach której wykonawca zobowiązany będzie do wykonywania świadczeń określonych w Umowie; świadczenie Usług Wsparcia, wykonanie innych świadczeń wykonawcy opisanych w Umowie i w załączniku nr 1 do Umowy.”* Zgodnie z brzmieniem postanowień wzoru umowy, zmodyfikowany MKP (model kosztowo popytowy) w postaci działającej i gotowej do działania aplikacji stanowi utwór, który wykonawca przygotowuje w ramach wykonywania zamówienia i przekazuje jako gotowy Zamawiającemu. Zmodyfikowany MKP stanowi utwór będący przedmiotem prawa autorskiego zgodnie z art. 1 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1062).

Zgodnie z §12 Umowy, zakres przedmiotu zamówienia obejmuje *„przeniesienie na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do Dokumentacji oraz Oprogramowania Dedykowanego wraz z kodami źródłowymi, stanowiących utwory w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1062), choćby w postaci nieukończonyj na polach eksploatacji wymienionych szczegółowo w treści umowy.”*

Odwołujący w treści złożonej oferty, oprócz wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń (w formularzu oferty, stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ), że:

- akceptuje w pełni/bez zastrzeżeń postanowienia: SWZ dla niniejszego zamówienia, wyjaśnień SWZ oraz modyfikacji SWZ,
- gwarantuje wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią: SWZ, wyjaśnień oraz modyfikacji SWZ,

zawarł także dodatkowe oświadczenie w części oferty pn. *„część III Opis realizacji przedmiotu zamówienia”* (treść ujawniona przez Odwołującego w odwołaniu, która stanowiła w ofercie tajemnicę przedsiębiorstwa) w pkt 1.A. *„Prawa autorskie i cena”* o treści następującej:

*„Jako podstawy do pracy, planujemy użyć licencjonowanej wersji NetModeller v4, która była użyta jako moduł trasowania w MKP v4 oraz części kodu NetModeller v5. Dzięki*

*decyzji Zamawiającego o wydłużeniu czasu przeznaczonego na realizację projektu będziemy mieli wystarczająco dużo czasu dla opracowaniu wymaganych przez Zamawiającego zmian i ich wdrożenie. W zakładanym budżecie projektu wyceniliśmy więc również przekazanie autorskich praw majątkowych do modułu trasowania, w wersji jaka oddamy na koniec projektu z zastrzeżeniem, że dotyczy to tylko przekazanej wersji modułu trasowania jako utworu i UKE nie będzie rościć żadnych praw do innych wersji NetModeller w v4 czy v5 czy koncepcji, algorytmów, czy rozwiązań opracowanych przez NetModeller lub Advanced Business Services.”*

oraz w części III.1.G.2 „Propozycja zapewnienia przeniesienia pełnych praw do produktu na Zamawiającego” oświadczenie o treści:

*„W związku z przewidzeniem przez Zamawiającego odpowiednio długiego czasu na opracowanie dedykowanej wersji modułu trasowania, bazującego na kodzie NetModeller deklarujemy, że zgodnie z wymaganiem Zamawiającego nastąpi pełne przeniesienie majątkowych praw autorskich na Zamawiającego do całości kodu MKP oraz do modułu trasowania w przekazanej wersji z zastrzeżeniem jednak, że Zamawiający nie będzie rościć żadnych praw do innych wersji oprogramowania, identycznych koncepcji czy algorytmów lub opracowań lub jego części używanego przez Wykonawcę nawet jeśli Wykonawca użył dla realizacji zamówienia części kodu czy koncepcji z komercyjnie licencjonowanych przez siebie rozwiązań i opracowań.”*

Odwołujący twierdził w odwołaniu, że zobowiązał się do przeniesienia na Zamawiającego praw autorskich do opracowanego i dostarczonego przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie, o jakim mowa w dokumentacji postępowania, tj. do Dokumentacji oraz Oprogramowania Dedykowanego wraz z kodami źródłowymi. Jednocześnie Odwołujący wyjaśnił na rozprawie, że *„zastrzeżenie zostało sformułowane w ofercie z ostrożności z uwagi na doświadczenie Odwołującego w realizacji podobnego zamówienia na rzecz Zamawiającego, w ramach którego Zamawiający wykorzystuje narzędzia Odwołującego, na które wykonawca nie przekazał Zamawiającemu autorskich praw majątkowych. Zastrzeżenie zostało sformułowane dla uniknięcia ewentualnych nieporozumień przy realizacji przedmiotowego zamówienia.”*

Z powyższego wynika, że dokonane w ofercie zastrzeżenie ma znaczenie dla Odwołującego w kontekście sporu, który powstał pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym na tle dotychczasowej realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego, obejmującego podobną usługę modyfikacji MKP.

Nie budzi wątpliwości fakt, że przedmiotowe zastrzeżenie sformułowane w ofercie przez Odwołującego wykracza poza zakres oświadczeń wymaganych przez Zamawiającego określonych w SWZ, a tym samym poza opis przedmiotu zamówienia i warunki zamówienia.

Podkreślić należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter formalny, w którym składana oferta musi bezwarunkowo, bez jakichkolwiek zastrzeżeń odpowiadać warunkom zamówienia określonym przez Zamawiającego w SWZ.

W związku z powyższym jakiegokolwiek wątpliwości wykonawcy co do warunków zamówienia, w tym w szczególności co do opisu przedmiotu zamówienia powinny być formułowane przez wykonawców na etapie doprecyzowywania przez Zamawiającego treści SWZ, w trybie zapytań i wyjaśniania treści SWZ, na którym to etapie Zamawiający może dokonać zmian i modyfikacji w dokumentacji postępowania.

Sporne zastrzeżenie dotyczące praw autorskich do utworów niebędących przedmiotem zamówienia (przedmiotem umowy) wpływa na prawa i obowiązki Zamawiającego, wynikające z udzielanego zamówienia, ponieważ wprowadza ograniczenie, które Zamawiający, poprzez przyjęcie oferty Odwołującego musiałby zaakceptować, pomimo, że nie wynikało ono z warunków zamówienia, które obowiązują w niniejszym postępowaniu w zakresie jednakowym w odniesieniu do wszystkich wykonawców, jak i Zamawiającego.

W niniejszej sprawie Odwołujący na etapie składania ofert samodzielnie wprowadził w ofercie dodatkowe zastrzeżenie odnoszące się do sformułowanych przez Zamawiającego warunków określonych w SWZ dotyczących przekazania przez wykonawcę praw autorskich majątkowych do przedmiotu zamówienia. Z oświadczenia Odwołującego złożonego w odwołaniu, że *„zastrzeżenie praw autorskich zostało w sposób jednoznaczny ograniczone do innych niż przedmiot zamówienia — produktów Odwołującego — tj. stanowiło gwarancję, że narzędzia NetModeller v4 oraz NetModeller v5, na których oparty będzie produkt dostarczony Zamawiającemu w dalszym ciągu pozostaną własnością Odwołującego”* wynika wprost, że zostało ono złożone dla uniknięcia sporu z Zamawiającym co do odmiennego rozumienia zakresu praw autorskich majątkowych przekazywanych przez wykonawcę w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Powyższe wątpliwości i rozbieżności interpretacji opisu przedmiotu zamówienia powinny być jednak usunięte na etapie formułowania Specyfikacji Warunków Zamówienia. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać postanowień do oferty, które nie wynikają z treści SWZ, a które wraz z ofertą będą stanowiły *de facto* zmianę warunków udzielanego zamówienia.

Zarówno zobowiązanie się przez Odwołującego do przeniesienia praw autorskich do przedmiotu zamówienia, jak i oświadczenie w zakresie kalkulacji ceny oferty, zostały ograniczone, poprzez wprowadzenie przez Odwołującego „zastrzeżenia”. Nie sposób uznać, że powyższe zastrzeżenie nie dotyczy przedmiotu zamówienia (zamówionego produktu), skoro zostało zawarte w ofercie złożonej w danym postępowaniu. Odwołujący wprost wskazał w „zastrzeżeniu”, że *„W zakładanym budżecie projektu wyceniliśmy więc również*



*przekazanie autorskich praw majątkowych do modułu trasowania, w wersji jaki oddamy na koniec projektu z zastrzeżeniem, że dotyczy to tylko przekazanej wersji modułu trasowania jako utworu i UKE nie będzie rościć żadnych praw do innych wersji NetModeller v4 czy v5 czy koncepcji, algorytmów, czy rozwiązań opracowanych przez NetModeller lub Advanced Business Services.”*

Ponadto, na etapie składania oferty Zamawiający nie ma szczegółowej wiedzy na technicznych aspektów oferowanego przez Odwołującego rozwiązania, zatem nie może w sposób pewny ocenić skutków takiego zastrzeżenia dokonanego w ofercie.

Odwołujący podnosił, że powyższe zastrzeżenie stanowiło jedynie informację o oczywistej okoliczności, iż wszystkie inne produkty jakie Odwołujący posiada i utworzy w przyszłości pozostaną wyłącznie w dyspozycji Odwołującego. Izba nie podzieliła tego stanowiska. Z pewnością okoliczności powyższe nie były oczywiste, skoro powstał na tym tle spór wykonawcy z Zamawiającym, który do tej pory nie został rozstrzygnięty.

Zawarcie w ofercie przez wykonawcę zastrzeżenia odnoszącego się do przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji, które nie wynika wprost z treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, przesądza o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia i powoduje nieporównywalność takiej oferty z innymi ofertami (art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp).

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp – Izba uznała zarzut za nieuzasadniony. Zamawiający, co prawda w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego powoływał się w argumentacji na niezgodność z innymi przepisami, jednak nie wskazał tej podstawy prawnej w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Biorąc pod uwagę, że treść dokonanego w ofercie Odwołującego „zastrzeżenia” jest jednoznaczna, choć zawiera sformułowania natury ogólnej, Izba uznała, że Zamawiający zinterpretował prawidłowo treść oferty Odwołującego w powyższym zakresie. Nieuzasadnione jest zatem twierdzenie, że treść oferty Odwołującego w związku z dokonaniem zastrzeżeniem wymagała wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp. Przepis ten ma bowiem zastosowanie w sytuacji, gdy oferta zawiera nieścisłości i budzi wątpliwości. W tym przypadku zastrzeżenie zawarte w ofercie Odwołującego stanowi niezgodność z warunkami zamówienia, jako oświadczenie dotyczące zobowiązań stron w ramach realizacji przedmiotu zamówienia sformułowane samodzielnie przez wykonawcę w stosunku do treści SWZ. W ocenie Izby, w powyższym zakresie nie wystąpiły wątpliwości wymagające wyjaśnienia w trybie art. 223 ust. 1 Pzp. Zauważyć należy, że sam Odwołujący przyznał w odwołaniu, że „w przypadku wezwania do wyjaśnień treści oferty [...] W wyjaśnieniach Odwołujący wyjaśniłby jedynie co oznacza przedmiotowe zastrzeżenie (mimo, iż de facto wynikało to już z samego brzmienia tego „zastrzeżenia)”. Zatem nie sposób uznać, że w niniejszej sprawie wyjaśnienia treści oferty Odwołującego były uzasadnione i konieczne.

Zarzut nr 3

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Audytel, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia odnoszącymi się do „Koncepcji modyfikacji modelu popytowego” oraz do „Koncepcji podejścia ryczałtowego”.

W rozdziale XX SWZ Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty, Zamawiający opisał kryteria oceny ofert i ich znaczenie, jako:

- Cena z wagą 50%,
- Koncepcja modyfikacji modelu popytowego z wagą 10%,
- Koncepcja podejścia ryczałtowego z wagą 20%,
- Skrócenie czasu trasowania danych z wagą 20%.

W ramach kryteriów: *Koncepcja modyfikacji modelu popytowego* i *Koncepcja podejścia ryczałtowego* Zamawiający dopuścił możliwość braku złożenia przez wykonawców powyższych koncepcji. W takim przypadku wykonawca uzyskiwał 0 pkt. Ponadto, w ramach poszczególnych koncepcji Zamawiający określił szczegółowe podkryteria, jak poniżej:

„*Koncepcja modyfikacji modelu popytowego.*

*0 pkt – brak koncepcji modelu popytowego;*

*5 pkt – Koncepcja zawiera opis przygotowania danych do modelu popytowego oraz zmiany w architekturze systemu w celu przyspieszenia obliczeń;*

*10 pkt – Koncepcja zawiera opis przygotowania danych do modelu popytowego, zmiany w architekturze systemu oraz zapewnienia skalowalności i otwartości rozwiązania oraz opis wskaźników proponowanych w zmodyfikowanym modelu popytowym.”*

„*Koncepcja podejścia ryczałtowego.*

*0 pkt – brak koncepcji podejścia ryczałtowego;*

*5 pkt – ogólny opis koncepcji podejścia ryczałtowego;*

*10 pkt – opis koncepcji podejścia ryczałtowego zawierający szczegółowe informacje o sposobie wyliczania kosztów dla pojedynczego punktu adresowego;*

*20 pkt - opis koncepcji podejścia ryczałtowego zawierający szczegółowe informacje o sposobie wyliczania kosztów dla pojedynczego punktu adresowego z uwzględnieniem kosztów części wspólnej, jak i dedykowanej sieci infrastruktury.”*

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający nie określił w SWZ obowiązku przedłożenia koncepcji modyfikacji modelu popytowego, zatem jej brak nie mógł być podstawą do odrzucenia oferty. W tych okolicznościach, na podstawie ustalonych w postępowaniu kryteriów, o których mowa jest powyżej, Zamawiający mógł dokonać oceny koncepcji zawierającej błędy na równi z brakiem złożenia koncepcji. Zamawiający nie przewidział bowiem w SWZ sankcji w postaci odrzucenia oferty za brak koncepcji lub złożenie koncepcji, która nie spełnia określonych przez Zamawiającego warunków. W takim

przypadku zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji nakazuje, aby oferta zawierająca koncepcję lakoniczną, zawierającą błędy lub nieścisłości nie podlegała bardziej rygorystycznej sankcji w postępowaniu niż oferta, która w ogóle takiej koncepcji nie zawiera.

„Koncepcja modyfikacji modelu popytowego” złożona w ofercie Konsorcjum Audytel została oceniona przez Zamawiającego na 0 pkt, tj. tak jak gdyby nie została złożona. Zdaniem Izby, powyższa ocena koncepcji modyfikacji modelu popytowego Konsorcjum Audytel jest prawidłowa w świetle postanowień SWZ - Zamawiający uznał, że nie ma ona żadnej wartości w odniesieniu do podkryteriów określonych w ramach tego kryterium.

„Koncepcja podejścia ryczałtowego” złożona w ofercie Konsorcjum Audytel została oceniona przez Zamawiającego na 5 pkt – tj. jedynie za opis ogólny koncepcji. Zatem, Zamawiający uznał, że informacje zawarte w tej koncepcji odnoszące do pozostałych podkryteriów w ramach tego kryterium, nie mają wartości merytorycznej, która podlegałaby wyższej punktacji. Zamawiający dokonał oceny koncepcji podejścia ryczałtowego złożonej przez Konsorcjum Audytel z uwzględnieniem braku w tej koncepcji *„opisu koncepcji podejścia ryczałtowego zawierający szczegółowe informacje o sposobie wyliczania kosztów dla pojedynczego punktu adresowego”* oraz braku *„opisu koncepcji podejścia ryczałtowego zawierającego szczegółowe informacje o sposobie wyliczania kosztów dla pojedynczego punktu adresowego z uwzględnieniem kosztów części wspólnej, jak i dedykowanej sieci infrastruktury”*.

Podkreślenia wymaga okoliczność, że Odwołujący nie kwestionował w niniejszym postępowaniu wysokości punktacji przyznanej przez Zamawiającego ofercie Konsorcjum Audytel w ramach obu powyższych kryteriów, a tym samym ocena powyższa stała się ostateczna jako nieobjęta zarzutami odwołania.

Zarzut nr 4

Zasadny jest zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Audytel do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu usług wykonanych (załącznik nr 3 do SWZ), z uwagi na fakt, że Konsorcjum Audytel nie potwierdziło spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej określonego w rozdziale VI pkt 4) a) tiret pierwsze SWZ. W pozostałym zakresie zarzut jest niezasadny.

W rozdziale VI pkt 4)a) tiret pierwsze SWZ Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, wymagając wykazania przez wykonawców należytego wykonania co najmniej 1 usługi polegającej na *„standaryzacji lub analizie danych lokalizacyjnych i danych dotyczących sieci telekomunikacyjnych lub innych obiektów technicznych powiązanych ze sobą topologicznie, o wartości nie mniejszej niż 100*

000/00 PLN brutto (z podatkiem VA T) (słownie: sto tysięcy złotych, 00/100 groszy), która została wykonana za pomocą oprogramowania typu ETL”.

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku Konsorcjum Audytel złożyło wykaz usług, w którym w poz. 1 wskazało usługę wykonaną na rzecz PKP Energetyka w odniesieniu do której wykonawca oświadczył: „Opracowanie systemu teleinformatycznego wraz z aplikacją mobilną i oraz dedykowaną platformą sprzętową i systemową, który w oparciu o przekazane dane będzie przekazywał maszyniście bieżące wskazówki dotyczące zaleceń do ekonomicznego prowadzenia pojazdu szynowego. Faza 1 i 2 projektu. W zakres projektu wchodziła analiza danych lokalizacyjnych i danych dotyczących sieci obiektów technicznych powiązanych ze sobą topologicznie (graf sieci kolejowej).”

Oświadczenie powyższe nie potwierdza spełnienia wszystkich wymogów, o których mowa w rozdziale VI pkt 4)a) tiret pierwsze SWZ. O ile, zgodnie z oświadczeniem zawartym w wykazie, wykazane doświadczenie obejmuje analizę danych lokalizacyjnych i danych dotyczących sieci telekomunikacyjnych lub innych obiektów technicznych powiązanych ze sobą topologicznie, to nie obejmuje ono potwierdzenia spełnienia wymogu, aby usługa „została wykonana za pomocą oprogramowania typu ETL”. Wykonawca w złożonym wykazie stosownego oświadczenia w powyższym zakresie nie złożył. Powyższa informacja nie wynika także z referencji złożonej wraz z wykazem, potwierdzającej należyte wykonanie usługi.

Opisany powyżej brak potwierdzenia przez Konsorcjum Audytel spełnienia warunku udziału w postępowaniu podlega uzupełnieniu w trybie art. 128 ust. 1 Pzp. Zamawiający jest zobowiązany wezwać Konsorcjum Audytel do uzupełnienia wykazu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt 4)a) tiret pierwsze SWZ.

Biorąc pod uwagę, że Konsorcjum Audytel ma możliwość uzupełnienia wykazu usług, to należało uznać, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Audytel jest na tym etapie przedwczesny.

W odniesieniu do pozostałych wymagań zawartych w treści warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej Izba uznała, że Konsorcjum Audytel potwierdziło ich spełnianie, a jednocześnie Odwołujący nie przedstawił dowodów na okoliczność, że złożony przez Konsorcjum Audytel wykaz usług wykonanych nie potwierdza ich spełniania.

Izba uznała za gołosłowne twierdzenia Odwołującego, iż wykazane w poz. 1 wykazu usług doświadczenie „nie ma nic wspólnego z przedmiotem zamówienia”. Jak wynika z treści warunku określonego w rozdziale VI pkt 4)a) tiret pierwsze SWZ, Zamawiający określił wymagania, aby usługa obejmowała „standaryzację lub analizę” „danych lokalizacyjnych i danych dotyczących sieci telekomunikacyjnych lub innych obiektów technicznych

powiązanych ze sobą topologicznie”, zatem potwierdzenie wykonania „analizy danych” jest wystarczające do potwierdzenia tego wymagania. W pozostałym zakresie Konsorcjum Audytel potwierdziło w wykazie wszystkie wymagania, a dowody na okoliczności przeciwnie nie zostały przez Odwołującego złożone.

W odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w rozdziale VI pkt 4)a) tiret drugie SWZ, Izba ustaliła, że Konsorcjum Audytel potwierdziło w poz. 2 wykazu usług wykonanych, że wykonało na rzecz Szybkiej Kolei Miejskiej Sp. z o.o. „*usługę programistyczną lub projekt w zakresie integracji bazodanowej danych pochodzących z różnych źródeł, zgromadzonych w relacyjnej bazie danych, w zbiorze składającym się z co najmniej pięciu milionów unikalnych rekordów, o wartości nie mniejszej niż 100 00000 PLN brutto (z podatkiem VAT) (słownie: sto tysięcy złotych, 00/100 groszy)*”. Konsorcjum Audytel w opisie wykonanej usługi wskazało na „*Przeprowadzenie analizy przedwdrożeniowej i wdrożenia systemu informatycznego Eco Driving opartego na integracji bazodanowej źródeł danych przewoźnika kolejowego. W zakres projektu wchodziła integracja bazodanowa danych pochodzących z różnych źródeł, zgromadzonych w relacyjnej bazie danych, w zbiorze składającym się z ponad pięciu milionów unikalnych rekordów.*”

Powyższy opis usługi zawarty w poz. 2 wykazu potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt 4)a) tiret drugie SWZ. Podkreślić należy, że wykonawca złożył wymagany wykaz usług wykonanych wraz dokumentem potwierdzającym jej należyte wykonanie, tj. zgodnie z wymaganiem Zamawiającego. Zamawiający nie wymagał dodatkowych dokumentów, które dodatkowo miałyby udowodnić czy też uprawdzić zakres i charakter wykonanych usług, zatem złożone dokumenty należy uznać za prawidłowe. Odwołujący twierdził, że „Doświadczenie to nie ma nic wspólnego z przedmiotem zamówienia.”, jednak okoliczności tych nie wykazał. Izba uznała, że w ten sposób sformułowany zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 5

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z § 5 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18.12.2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 2434) w zw. z art. 18 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez udostępnienie Odwołującemu dokumentacji postępowania dotyczącej Konsorcjum Audytel w taki sposób, że Odwołującemu utrudniono złożenie odwołania od czynności wyboru oferty tego podmiotu.

Zgodnie z art. 74 ust. 1 Pzp, protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. W ust. 2 przewidziano, że załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:

1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie,

2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków

– przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Zgodnie z § 5 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18.12.2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół postępowania niezwłocznie.

Odwołujący złożył wniosek o udostępnienie dokumentacji postępowania (załączników do protokołu postępowania) w zakresie dotyczącym Konsorcjum Audytel w dniu, w którym Zamawiający opublikował informacje o wyniku postępowania, tj. 9 grudnia 2021 r. (czwartek). Zamawiający nie udostępnił dokumentacji w dniu 10 grudnia 2021 r. (piątek) lecz w poniedziałek, tj. 13.12.2021r. o godz. 9.30.

Odwołujący podnosił, że udostępnienie dokumentacji nastąpiło dopiero po 4 dniach, jednak należy mieć na uwadze, że nastąpiło to czwartego dnia o godz. 9.30 rano, a ponadto wśród tych 4 dni dwa dni stanowiły dni wolne od pracy. Udostępnienie dokumentacji w drugim dniu roboczym od daty złożenia wniosku nie narusza wymogu niezwłoczności, o którym mowa w § 5 ust. 4 ww. rozporządzenia. Zauważyć należy przy tym, że termin „niezwłocznie” należy rozumieć jako „bez zbędnej zwłoki”, a Odwołujący nie wykazał okoliczności, które mogłyby potwierdzić, że Zamawiający zwlekał z udostępnieniem dokumentacji, tj. że z przyczyn nieuzasadnionych organizacyjnie lub technicznie nie udostępnił dokumentacji w dniu następnym po złożeniu wniosku, tj. 10 grudnia 2021 r.

Zarzut nr 6

W konsekwencji potwierdzenia się zarzutu nr 4 Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez wybór oferty Konsorcjum Audytel jako najkorzystniejszej. Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Konsorcjum Audytel do uzupełnienia wykazu usług wykonanych (lub wykonywanych) w formie załącznika nr 3 do SWZ w zakresie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej określonego w rozdziale VI pkt 4) a) tiret pierwsze SWZ.

Uwzględniając stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w

sentencji, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit.a i b Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....