Sygn. akt: KIO 474/19

WYROK
z dnia 2 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2019 r. przez wykonawcę **GMV Innovating Solutions Sp. z o.o., ul. Hrubieszowska 2, 01-209 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie, ul. Nałęczowska 14, 20-701 Lublin,**

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie w części dotyczącej § 2 ust. 2 pkt 6 i 12 załącznika nr 8 do siwz, tj. projektu umowy i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień siwz, w tym projektu umowy, w taki sposób, aby jednoznacznie wskazane było, że przeniesienie praw autorskich oraz dostarczenie kodów źródłowych nie dotyczy oprogramowania standardowego,

2.oddala odwołanie w części dotyczącej pkt 5.5.2.3. siwz i pkt 4.3. ogłoszenia o zamówieniu,

3.umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących pkt 5.5.2.2. siwz i pkt 4.2. ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 10.3.2. załącznika nr 1 do siwz z uwagi na ich uwzględnienie przez zamawiającego,

4.kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie, ul. Nałęczowska 14, 20-701 Lublin** w części ½ oraz odwołującego **GMV Innovating Solutions Sp. z o.o., ul. Hrubieszowska 2, 01-209 Warszawa** w części ½ , i:

4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kwotę **405 zł 90 gr** (słownie: czterysta pięć złotych dziewięćdziesiąt groszy) tytułem kosztów dojazdu odwołującego na rozprawę.

4.2.zasądza od zamawiającego **Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie, ul. Nałęczowska 14, 20-701 Lublin**, na rzecz odwołującego **GMV Innovating Solutions Sp. z o.o., ul. Hrubieszowska 2, 01-209 Warszawa** kwotę **7 702 zł 95 gr** (słownie: siedem tysięcy siedemset dwa złote dziewięćdziesiąt pięć groszy).

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

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 474/19

UZASADNIENIE

Zamawiający - Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie, ul. Nałęczowska 14, 20-701 Lublin,prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie, dostawa, konfiguracja i wdrożenie systemu biletu elektronicznego komunikacji aglomeracyjnej wraz z usługą wsparcia przez okres 48 miesięcy”, nr referencyjny: DZ.381.UE-1/19. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 marca 2019 r., nr 2018/S 047-108844. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”) również została opublikowana w dniu 7 marca 2019 r.

W dniu 18 marca 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę GMV Innovating Solutions Sp. z o.o., ul. Hrubieszowska 201-209 Warszawa (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 41 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań oraz okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, uniemożliwiający odwołującemu złożenie oferty i ubieganie się o udzielenie zamówienia, a także w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zakwestionował prawidłowość następujących postanowień siwz:

1.treść pkt 5.5.2.2. siwz, co odpowiada treści pkt 4.2. ogłoszenia o zamówieniu,
2.treść pkt 5.5.2.3. siwz, co odpowiada treści pkt 4.3. ogłoszenia o zamówieniu,
3.treść pkt 10.3.2 załącznika nr 1 do siwz - opis przedmiotu zamówienia,
4.treść §2 ust. 2 pkt 6 i 12 załącznika nr 8 do siwz – umowa.

W stosunku do ww. postanowień siwz odwołujący podniósł następującą argumentację.

1.treść pkt 5.S.2.2. siwz, co odpowiada treści pkt 4.2. ogłoszenia o zamówieniu.

„W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu zamawiający żąda:

5.5.2 w zakresie warunku określonego w pkt. 5.2.3.

5.5.2.2. zrealizowanie, maksymalnie w ramach dwóch umów w zakresie obsługi operacji związanych z pobieraniem i rozliczaniem opłat w transporcie zbiorowym, transakcji w tym zakresie, o łącznym obrocie minimum 10 000 000,00 zł brutto w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie. (…)

Odnosząc się do pkt 5.5.2.2. SIWZ (pkt 4.2. Ogłoszenia o zamówieniu) podkreślić należy, iż Zamawiający nie zawarł w treści SIWZ regulacji o tym, w jaki sposób należy rozumieć stwierdzenie „obsługa operacji związanych z pobieraniem i rozliczaniem opłat w transporcie zbiorowym”, co powoduje, iż postanowienie jest niejasne oraz zbyt ogólnikowe, czym Zamawiający narusza zasadę przejrzystości. Odwołujący pragnie podkreślić, iż w przypadku, gdy Zamawiający przez „obsługę operacji związanych z pobieraniem i rozliczaniem opłat w transporcie zbiorowym” rozumie realizację usługi sprzedaży biletów w trybie operatorskim, to Zamawiający publikując dokumentację przetargową w takiej formie narusza ewidentnie zasadę proporcjonalności. (…) Znamiennym jest, iż Zamawiający w niniejszym postępowaniu przetargowym wymaga dostawy systemu centralnego, obsługi gwarancyjnej oraz usługi wsparcia w utrzymaniu systemu centralnego (4000 roboczogodzin). Przedmiotem zamówienia nie jest obsługa „operacji związanych z pobieraniem i rozliczaniem

opłat w transporcie zbiorowym", a w konsekwencji postanowienie 5.5.2.2. SIWZ winno być co do zasady usunięte, gdyż określony przez Zamawiającego wymóg uczestnictwa w postępowaniu nie jest w żaden sposób związany z przedmiotem niniejszego postępowania. Ewentualnie w celu zwiększenia konkurencyjności i równego traktowania wykonawców przedmiotowy wymóg powinien być złagodzony poprzez ograniczenie wymogów minimalnych, od których uzależniony jest udział w postępowaniu, jak również wydłużenie okresu w którym wykonawca mógł zdobyć wymagane doświadczenie. Tym samym warunek ten mógłby brzmieć w następujący sposób:
„zrealizowanie, maksymalnie w ramach dwóch dostaw Systemu Centralnego realizującego operacje związane z pobieraniem i rozliczaniem opłat w transporcie zbiorowym, transakcji w tym zakresie, o łącznym obrocie minimum 5 000 000,00 zł brutto w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie".

W związku z tym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenia tego postanowienia bądź jego zmiany.

2.treść pkt 5.5.2.3. siwz, co odpowiada treści pkt 4.3. ogłoszenia o zamówieniu.

„W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu zamawiający żąda:
5.5.2 w zakresie warunku określonego w pkt. 5.2.3. (…)
5.5.2.3. wdrożenie w sposób należyty (tzn. zaprojektowanie, wykonanie i udostępnienie do użytkowania dla klientów za pośrednictwem tzw. marketów udostępniających aplikacje dla urządzeń mobilnych pracujących pod kontrolą przynajmniej 2 systemów operacyjnych: IOS, Android), min. 1 aplikacji mobilnej zawierającej możliwość wnoszenia opłat w publicznym transporcie zbiorowym, za pośrednictwem sposobów płatności dostępnych dla urządzeń mobilnych, realizowanych z poziomu aplikacji, bez konieczności jej opuszczania, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. (…)
Odwołujący wskazuje, iż wskazany w jego treści wymóg jest bezzasadny oraz nieproporcjonalny wobec wskazanego w streści SIWZ opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący pragnie wskazać, iż przedmiotem niniejszego postępowania przetargowego jest wielozadaniowy oraz rozbudowany projekt obejmujący dostawę:

a)ponad 100 biletomatów (stacjonarnych i mobilnych),
b)400 kasowników,
c)50 terminali doładowań,
d)20.000 kart zbliżeniowych,
e)portalu z funkcją sklepu internetowego oraz
f)całego systemu centralnego.

Dostawa aplikacji mobilnej stanowi jedynie niewielki i marginalny ułamek zakresu zamówienia publicznego, a w konsekwencji doświadczenie w jej wdrożeniu nie może być decydujące o możliwości ubiegania się Wykonawcy o zamówienie, którego przedmiot skupia się na szeregu innych czynności. (…)

Wobec powyższego zaznaczyć należy, że Wykonawca, który w sposób prawidłowy i rzetelny zrealizował dużą ilość projektów obejmujących dostawę systemu centralnego, dostarczył niezliczoną ilość biletomatów, portali z funkcją sklepu internetowego umożliwiającego zakup biletów i innych elementów wchodzących w skład systemów biletowych, nie powinien być pozbawiony możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publicznego tylko i wyłącznie z uwagi na brak realizacji do tej pory jednego z marginalnych elementów, jakim jest wdrożenie aplikacji mobilnej. Znamiennym jest, iż profesjonalny Wykonawca - jakim jest Odwołujący, posiadający bogate doświadczenie w zakresie realizacji zbliżonych zamówień nie będzie miał trudności w wykonaniu wymaganej aplikacji mobilnej. Odwołujący się realizował i wdrażał już dużo bardziej złożone i skomplikowane Systemy Centralne oraz portale internetowe umożliwiające zakup biletu (wnoszenie opłat) oraz aplikacje mobilne o innych właściwościach niż te wymagane przez Zamawiającego w pkt 5.5.2.3. SIWZ, a zatem wdrożenie aplikacji mobilnej nie będzie przeszkodą dla takiego Wykonawcy. Niemniej jednak obecne postanowienia SIWZ oraz treść ogłoszenia uniemożliwiają Odwołującemu się jako jednemu z głównych podmiotów funkcjonujących na rynku europejskim oraz polskim w zakresie realizacji przedmiotowych projektów informatycznych złożenie oferty w niniejszym postępowaniu, co w sposób oczywisty i nieuprawniony ogranicza krąg podmiotów — wykonawców mogących wystartować w niniejszym postępowaniu.

Wykonawca mógłby skorzystać z doświadczenia innego podmiotu, który posiada takie doświadczenie, ale byłoby to niecelowe z uwagi na marginalną skalę niniejszego przedsięwzięcia. Okoliczność ponoszenia przez podwykonawcę (udzielającego referencji tylko w zakresie aplikacji mobilnej) współodpowiedzialności za realizację całego projektu znacząco ogranicza lub wręcz eliminuje skorzystanie z takiego rozwiązania z uwagi na niechęć podwykonawców do podejmowania takiego ryzyka. (…)"

W związku z tym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenia tego postanowienia.

3.treść pkt 10.3.2 załącznika nr 1 do siwz - opis przedmiotu zamówienia.

„Postanowienie pkt 10.3.2 Załącznika nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia stanowi, że: „Rozmiary Kasowników EMV nie powinny być większe niż 310 x 200 x 130 mm (wysokość / szerokość / głębokość)". (…)

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie powinien wymagać od wykonawcy dostarczenia kasownika o określonych wymiarach, gdyż w żadnym stopniu nie wpływa to na jego jakość czy też funkcjonalność. Podkreślić przy tym należy, iż Zamawiający określił maksymalne wymiary kasownika, które uwzględniają już funkcjonujące rodzaje kasowników na rynku, preferując tym samym określonych producentów, co tym samym narusza zasadę nakazującą Zamawiającemu zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W przypadku nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą wniosku Odwołującego o usunięcie ww. wymogu, przedmiotowy wymóg powinien zostać zmieniony w ten sposób, że rozmiary kasowników EMV powinny być zwiększone do wymiarów 344 x 181 x 131 mm (wysokość / szerokość / głębokość). Znamiennym jest, iż ograniczenie wskazane przez Zamawiającego nie jest w żaden sposób podyktowane potrzebami Zamawiającego, a narzuca na Wykonawców niepotrzebne ograniczenia. Rozszerzenie wymiarów kasowników nie rodzi dla Zamawiającego żadnych niedogodności, nie ogranicza funkcjonalności kasownika i nie ogranicza jego możliwości instalacji w pojazdach. Zaznaczyć należy przy tym, iż produkowane przez odwołującego kasowniki różnią się od obecnych wymogów określonych przez Zamawiającego jedynie o 34 mm (wysokość) i 1 mm (szerokość), co w żaden sposób nie wpływa na funkcjonalność urządzenia, a jednocześnie uniemożliwia Odwołującemu zaoferowanie produkowanego przez siebie i sprawdzonego urządzenia."

W związku z tym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenia tego postanowienia bądź jego zmiany.

4.treść §2 ust. 2 pkt 6 i 12 załącznika nr 8 do siwz – umowa.

„Zamawiający postanowił, iż zgodnie z §2 ust. 2 pkt 6 oraz pkt 12 Załącznika nr 8 do SIWZ - Umowa:
„W ramach realizacji przedmiotu Umowy Wykonawca zobowiązuje się do:
2.6 przeniesienia praw autorskich majątkowych do wykonanych w ramach Umowy utworów,

2.12 dostarczenia kodów źródłowych do wykonanych w ramach Umowy utworów." (…)

Odnosząc się do treści §2 ust. 2 pkt 6 Załącznika nr 8 do SIWZ - Umowa oraz treści §2 ust. 2 pkt 12 Załącznika nr 8 do SIWZ - Umowa oraz żądania Odwołującego wykreślenia tego postanowienia bądź jego zmiany, to należy zauważyć, iż Wykonawca nie może przenieść praw autorskich majątkowych do całości wykonanych w ramach Umowy utworów, jak również dostarczyć kodów źródłowych do wykonanych w ramach Umowy utworów. Wykonawca może przenieść prawa autorskie jedynie do utworów, którymi będzie sporządzona w trakcie realizacji zamówienia dokumentacja, jednakże Wykonawca nie może wyrazić zgody na przeniesienie praw autorskich do dostarczonego oprogramowania, które stanowi „know-how" Wykonawcy. Wskazać bowiem należy, że oprogramowanie, które będzie zastosowane przy realizacji przedmiotu niniejszej umowy stanowi oprogramowanie systemowe, które jest wdrażane przez wykonawcę w innych realizowanych przez niego projektach. W sytuacji gdyby Wykonawca przeniósłby majątkowe prawa do całości wykonanych w ramach umowy utworów to tym samym pozbawiłby się całego swojego dorobku intelektualnego. Wskazać należy, iż wystarczającym i powszechnie praktykowanym sposobem w tego typu realizacjach jest udzielenie przez Wykonawcę stosownych licencji na określonych polach eksploatacji.

Konkretną wiedzę techniczną Wykonawcy (tajemnicę przedsiębiorstwa, „know-how") stanowią również kody źródłowe, których przekazanie w niepowołane ręce, w szczególności podmiotom konkurencyjnym mogłoby wywołać niepowetowane szkody dla wykonawcy. Dostarczenie kodów źródłowych powinno odbyć się na ściśle określonych przez Zamawiającego zasadach (np. przekazanie kodów źródłowych na zasadach depozytu notarialnego stanowiącego o możliwości uzyskania dostępu do kodów źródłowych przez Zamawiającego w ściśle określonych sytuacjach jak postawienie Wykonawcy w stan upadłości, uchylanie się przez Wykonawcę od usuwania usterek). Dalszą rozbudowę systemu centralnego Zamawiający może zapewnić sobie poprzez rządzenie możliwościami dostępu do danych zapisanych w systemie, dostarczenie zdefiniowanych interfejsów, dokumentacji opisującej strukturę danych oraz interfejsów.

Powyższe postanowienia powinny być zatem usunięte przez Zamawiającego bądź stosownie zmienione. Odwołujący wskazuje ponownie, iż wystarczającym i powszechnie praktykowanym sposobem w tego typu realizacjach jest udzielenie przez Wykonawcę stosownych licencji na określonych polach eksploatacji."

W związku z tym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wykreślenia tych postanowień bądź ich zmiany.

Pismem z dnia 25 marca 2019 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której w szczególności podniósł, co następuje.

W pierwszej kolejności zamawiający uwzględnił zarzuty odwołującego dotyczące:

1)pkt 5.5.2.2. siwz i pkt 4.2. ogłoszenia o zamówieniu i postanowił usunąć ten warunek w pełnym zakresie,

2)pkt 10.3.2. załącznika nr 1 do siwz - opis przedmiotu zamówienia i postanowił dokonać zmian w zakresie rozmiarów kasowników EMV poprzez wskazanie: „Rozmiary Kasowników EMV nie powinny być większe niż 344 x 200 x 131 mm (wysokość / szerokość / głębokość)".

W zakresie pozostałych zarzutów zamawiający wniósł o ich oddalenie i podniósł w szczególności, co następuje.

Ad. 2.treść pkt 5.5.2.3. siwz, co odpowiada treści pkt 4.3. ogłoszenia o zamówieniu.

„Przechodząc do analizy powyższego zarzutu nie sposób zgodzić się z twierdzeniami zawartymi przez Odwołującego w treści uzasadnienia odwołania, gdzie w sposób marginalny odnosi się do znaczenia aplikacji mobilnej. W tym miejscu Zamawiający pragnie wyjaśnić i podkreślić Wykonawcy, iż aplikacja mobilna, a tym samym określony w pkt 5.5.2.3. SIWZ warunek stanowi element bardzo istotny dla całości przedmiotu zamówienia i jest podstawowym narzędziem w zamawianym systemie. Aplikacja mobilna stanowić będzie alternatywę dla fizycznego nośnika (karty) oraz umożliwi klientowi realizację dodatkowych funkcji niedostępnych dla klasycznego nośnika tj.:

- założenie i obsługa przez klienta własnego konta użytkownika w Systemie;
- zakup biletów zgodnie z taryfą przystankową check-in/out (niedostępne z poziomu karty);
- zakup biletów okresowych na dowolną zadaną ilość dni;
- doładowanie tzw. portmonetki za pośrednictwem dostępnych płatności elektronicznych;
- wygenerowanie i okazanie do kontroli biletów prezentowanych w formie QR-code;
- wygenerowanie biletów dla uczestników imprez masowych, zgodnie z procedurą opracowaną przez Zamawiającego
- obsługę realizowanych transakcji (przesyłanie) w trybie on-line.

Zamawiający w dobie rozwoju innowacji technologicznej wychodzi naprzeciw oczekiwaniom rynku, dlatego też w treści SIWZ wyjaśnił potencjalnym Wykonawcom znaczące aspekty jej działania oraz postawił odpowiednie wymogi. Zgodnie z treścią pkt 7.4.1 i nast. Opisu Przedmiotu Zamówienia - Załącznik nr 1 do s.i.w.z.- Zał. 1 do umowy:

„7.4.1. Aplikacja Mobilna będzie posiadać możliwość dokonywania zakupów biletów w Aplikacji za pomocą współcześnie stosowanych technik pobierania płatności elektronicznych, przy czym będą to techniki właściwe dla urządzeń mobilnych. Funkcje Aplikacji Mobilnej muszą umożliwiać pobranie środków płatniczych od klienta/Użytkownika bez opuszczania Aplikacji, z ewentualnym przyjęciem autoryzacji poprzez SMS.

7.4.2.Aplikacja Mobilna musi umożliwiać zarówno dokonanie płatności w ciężar karty płatniczej, której dane zostały wprowadzone do Aplikacji, jak i w ciężar rachunku bankowego, którego szczegóły podano w Aplikacji, a także w ciężar konta elektronicznej portmonetki zrealizowanej w Aplikacji Mobilnej, którą Użytkownik może wcześniej zasilić środkami płatniczymi.

7.4.3.Aplikacja musi umożliwiać przekazywanie środków z płatności bezgotówkowych na odrębne konta bankowe zdefiniowane w systemie centralnym dla różnych usług (pozycji taryfowych).

7.4.4.Aplikacja Mobilna musi umożliwiać dodanie oraz usunięcie danych karty płatniczej lub danych konta bankowego.

7.4.5.Aplikacja Mobilna musi zapewniać odpowiednią autoryzację dostępu do konta lub karty płatniczej Klienta/Użytkownika, tak aby możliwa była realizacja płatności.

7.4.6.Aplikacja musi zapewnić infrastrukturę umożliwiającą podłączenie do systemu płatności dowolnego operatora płatności. Wykonawca musi przekazać Zamawiającemu pełną dokumentację sposobu tego podłączenia."

Jak wynika z powyższych zapisów wymagana przez Zamawiającego aplikacja mobilna stanowić będzie dla pasażera narzędzie umożliwiające mu zarządzanie dostępnymi dla niego funkcjonalnościami związanymi z korzystaniem z komunikacji miejskiej z poziomu własnego smartfona. Posługując się aplikacją mobilną pasażer będzie mógł:

- dokonać zakupu biletów realizując opłatę za pomocą współcześnie stosowanych technik pobierania płatności elektronicznych, właściwych dla urządzeń mobilnych (płatności w ciężar karty płatniczej, rachunku bankowego oraz konta elektronicznej portmonetki zasilonej wcześniej środkami płatniczymi):
- zaplanować podróż,
- skalkulować koszt biletu okresowego ważnego przez dowolną ilość dni, który planuje zakupić;

- sprawdzić stan środków w portmonetce elektronicznej oraz okres ważności wcześniej nabytego biletu
- umożliwić służbom kontroli biletów sprawdzenie ważności biletu;
- skonfigurować własne konto w systemie w oparciu o uprawnienia do ulgi, ustalenie „ulubionych" najczęściej kupowanych biletów;
- zamówić fakturę za zrealizowaną transakcję;
- sprawdzić treści informacyjne, regulaminy, aktualne komunikaty.

Mając na względzie powyższą argumentację w ocenie Zamawiającego nieuprawnione jest stwierdzenie przez Odwołującego, że zamawiana aplikacja mobilna stanowi jedynie „niewielki i marginalny ułamek zakresu zamówienia publicznego, a w konsekwencji doświadczenie w jej wdrożeniu nie może być decydujące o możliwości ubiegania się Wykonawcy o zamówienie".

Świadczyć może również o tym fakt, że inne elementy zamawianego systemu, w tym stacjonarne automaty biletowe, portal klienta i sklep www posiadać będą funkcjonalności dedykowane do obsługi konta w aplikacji mobilnej (doładowanie, sprawdzenie itp.). Zamawiana aplikacja jest produktem innowacyjnym, złożonym, dedykowanym dla zamawiającego decydującym o innowacyjności całego systemu. Niezwykle istotne jest zagwarantowanie bezpieczeństwa transakcji dokonywanych za jej pośrednictwem oraz zabezpieczenie środków finansowych przekazanych przez pasażera w ramach tzw. elektronicznej portmonetki oraz dostępu do środków zgromadzonych na rachunkach bankowych pasażera poprzez podpięte karty bankowe.

Aplikacja musi gwarantować pełna transparentność transakcji i prawidłowy ich przebieg, szczególnie z uwagi na fakt że są to przychody z biletów, które stanowią środki publiczne.

Ponadto należy podkreślić, że specyfika pobierania opłat za przejazdy komunikacją publiczną cechuje duża ilość równocześnie przeprowadzanych transakcji oraz konieczność ich szybkiej realizacji. (…)

Dostrzeżenia wymaga, że celem postępowania o udzielenie zamówienia nie jest dopuszczenie do możliwości oferowania wszystkich towarów i usług obecnych na rynku, ale takich produktów, które są niezbędne zamawiającemu, z uwagi na jego uzasadnione obiektywnie potrzeby. Taka niekwestionowana potrzeba w tym konkretnym przypadku okazała się konieczność wdrożenia aplikacji mobilnej."

Ad. 4. treść § 2 ust. 2 pkt 6 i 12 załącznika nr 8 do siwz – umowa.

„Zamawiający nie zgadza się z tak sformułowanym zarzutem Odwołującego i wyjaśnia, iż przeniesienie majątkowych praw autorskich dotyczy jedynie elementów autorskich dostarczonych na potrzeby niniejszej umowy tj. dokumentacji oraz oprogramowania dedykowanego (aplikacyjnego w zakresie systemu centralnego, aplikacji mobilnej oraz strony www z portalem pasażera). Przy czym przez elementy autorskie, zgodnie z § 1 pkt 25 Umowy zamawiający rozumie utwory stworzone przez Wykonawcę na potrzeby Umowy, w tym analiza przedwdrożeniowa, dokumentacja opracowana przez Wykonawcę, oprogramowanie dedykowane- aplikacje. Przez oprogramowanie dedykowane zamawiający rozumie modyfikacje, kastomizacje, rozszerzenia i wszelkie inne zmiany oprogramowania standardowego dokonane w ramach realizacji Umowy lub opracowane na potrzeby Umowy, dedykowane dla Zamawiającego oprogramowanie komputerowe (zgodnie z § 1 pkt 23 Umowy). Tym samym zgodnie z pkt 2.6 Umowy przeniesienie autorskich praw majątkowych dotyczy jedynie elementów autorskich dostarczonych przez Wykonawcę na potrzeby niniejszej Umowy.

W odniesieniu do kodów źródłowych Zamawiający, zgodnie z § 6 ust. 2 Umowy wymaga ich dostarczenia w formie elektronicznej dla: oprogramowania aplikacyjnego w zakresie Systemu Centralnego, aplikacji mobilnej oraz strony www z portalem pasażera.

Zamawiający zgodnie z opisem zawartym w w s.i.w.z. wraz z załącznikami wymaga, aby oprogramowanie systemu było dedykowane na potrzeby zamawianego projektu.

Tym samym zamawiający wymaga aby oprogramowanie zostało zaprojektowane pod konkretne potrzeby Zamawiającego określone w s.i.w..z. uwzględniające m.in. specyfikę zakładanej taryfy biletowej, raportowania i rozliczania transakcji, kontroli biletów.

Powyższe znajduje potwierdzenie w opisie przedmiotu zamówienia, zgodnie z którym zamawiany system musi integrować funkcjonalności dotychczas stosowanych u zamawiającego systemów tj. systemu windykacji mandatów, systemu karty biletu elektronicznego, oraz systemu centralnego „(kasownikowego)" gdzie m.in.:

1. W pkt. 3.2. ppkt 4: „Oprogramowanie systemu Karty Biletu Elektronicznego umożliwiaw sposób jawny (za pośrednictwem plików płaskich w formacie *.xml o znanej Zamawiającemu strukturze) import i eksport podstawowych danych dotyczących zarówno systemu taryfowego stosowanego u Zamawiającego, jak również import danych o transakcjach z zewnętrznych punktów sprzedaży. Umożliwia ponadto import danych z innych urządzeń np. kasowników; punktów dystrybucji itp. (za pośrednictwem plików płaskich *.xml). Struktura pliku jest znana Zamawiającemu."

2. W pkt 3.3. ppkt 1 i 5:

„1. Webservice do wymiany danych - obsługujący wymianę danych z innymi systemami - struktura i protokoły wymiany danych są znane zamawiającemu i zostaną dostarczone po podpisaniu umowy."

„5. Oprogramowanie systemu centralnego umożliwia w sposób jawny (za pośrednictwem plików płaskich w formacie *.xml o znanej Zamawiającemu strukturze) import i eksport podstawowych danych dotyczących zarówno systemu taryfowego stosowanego u Zamawiającego, jak również import danych o transakcjach z zewnętrznych punktów sprzedaży oraz kasowników. Umożliwia ponadto import danych z innych urządzeń np. kasowników; punktów dystrybucji itp. (za pośrednictwem plików płaskich *.xml) oraz Webservice. Struktura przekazywanych danych jest znana Zamawiającemu."

3.Dodatkowo w zamawianym systemie centralnym musi być możliwość zarządzania, w tym zawarte w pkt 4.1.OPZ:

„Dostarczony w ramach zamówienia system winien umożliwiać kompletne zarządzanie wszystkimi funkcjonalnościami i aplikacjami systemu oraz urządzeniami dostarczonymi w ramach zamówienia a także pozwalać na dodawanie kolejnych urządzeń w dowolnym, późniejszym terminie (również po zakończeniu etapu wdrożenia systemu) - w tym dostarczone przez inne podmioty niż Wykonawca, dopuszczone na podstawie odrębnych zleceń bądź umów. Obsługa poszczególnych procesów przez Operatorów Systemu musi odbywać się intuicyjnie i musi posiadać system podpowiedzi (z danych słownikowych) oraz ma być zaprojektowana tak by realizować poszczególne operacje przy jak najmniejszej ilości kroków.

Poprzez zarządzanie rozumie się:

1.ewidencję urządzeń i aplikacji,

2.dobieranie (z zewnętrznych systemów zarządzanych przez Zamawiającego poprzez udokumentowane API lub pliki bazodanowe, których struktura jest mu znana), generowanie i wgrywanie do urządzeń m.in.: taryf, numerów inwentarzowych pojazdów, przebiegu tras komunikacyjnych. numerów linii, numerów i nazw przystanków, listy kart

do doładowania, listy zablokowanych nośników (kart / aplikacji mobilnych).
3.projektowanie ekranów urządzeń,
4.projektowanie wyglądu (szaty graficznej) biletów,
5.diagnostykę (monitorowanie stanu) urządzeń i alerty,
6.zdalne zarządzanie urządzeniami w systemie,
7.ewidencję zdarzeń transakcyjnych,
8.definiowanie raportów,
9.ustawianie automatycznego generowania wybranych raportów,
10.nadawanie uprawnień dostępu do systemu Operatorom systemu,
11.konfigurację okien systemowych: dodawanie i odejmowanie pól edycji danych, nakładanie masek na pola, zarządzanie słownikami,
12.definiowanie schematów wymiany danych z zewnętrznymi systemami,
13.definiowanie okresów przechowywania danych, ich zakresu, momentu usunięcia i anonimizacji.

5.Ponadto na dedykowany charakter oprogramowania wskazuje fakt, że zgodnie z pkt 4.2.1. i 4.2.2. lit. b) i c) OPZ i Zał. nr 8 do s.i.w.z. zamawiający wymaga wykonania przez wykonawcę analizy przedwdrożeniowej, która stanowić będzie podstawę zamawianego systemu, w tym:

„4.2.2. Przed uruchomieniem Systemu Wykonawca zobowiązany jest do:
(...) b. przedstawienia Zamawiającemu do akceptacji, w terminie z nim uzgodnionym sposobu:
a)migracji danych osobowych oraz transakcyjnych z dotychczas obsługiwanego systemu do nowego w momencie inicjacji przez Klienta (złożenie Wniosku o wprowadzenie do Systemu Karty imiennej wydanej i funkcjonującej przed dniem uruchomienia Systemu) - szczegóły migracji zostaną uzgodnione po podpisaniu umowy,
b)bezpiecznego mapowania Kart przy wykorzystaniu dostarczonego przez Wykonawcę oprogramowania i propozycji odpowiednich procedur organizacyjnych.
c)Ustalenia z Zamawiającym sposobu zabezpieczeń Kart przed nieuprawnionym kopiowaniem i kodowaniem.
c. zaprojektowania oprogramowania w sposób umożliwiający bezpieczne przeniesienie danych osobowych i transakcyjnych z obecnie funkcjonującego systemu oraz import tych elementów do nowego Systemu Centralnego, zgodnie z zaakceptowanym przez Zamawiającego sposobem, o którym mowa powyżej.

5. O dedykowanym charakterze świadczy również pkt 7.1.1. -7.1.3. OPZ 7.1.1.
7.1.1. Wykonawca zaprojektuje specjalne API umożliwiające automatyczną wymianę danych z innymi podmiotami współpracującymi w ramach LOP.
7.1.2.API będzie umożliwiało udostępnienie i wymianę z systemem centralnym zamawiającego wszystkich informacji potrzebnych do zakupu wszystkich rodzajów biletów wskazanych przez zamawiającego, dedykowanych dla tego kanału dystrybucji oraz danych potrzebnych do prawidłowego zrealizowania transakcji z tym związanych dla zewnętrznych aplikacji.
7.1.3.Wykonawca ma przygotować API tak, żeby można było wprowadzić dowolną inną aplikację. API musi zawierać komplet usług pozwalających na odczytanie z systemu centralnego wszystkich niezbędnych danych potrzebnych do przeprowadzenia transakcji oraz zapisania w systemie centralnym kompletu danych po transakcyjnych.

Kolejnym elementem świadczącym o tym że zamawiany system jest dedykowany świadczą zapisy pkt 12.1.2.-12.1.3. OPZ:
„12.1.2. W przypadku ujawnienia pasażera nie posiadającego ważnego biletu/stosownego uprawnienia czytnik umożliwiał będzie wystawienie wezwania do zapłaty i przesłanie go do systemu windykacyjnego Zamawiającego.
12.1.3.Zamawiający posiada API umożliwiające wymianę danych z systemem windykacyjnym, które zostanie udostępnione wykonawcy po podpisaniu umowy."

Należy podkreślić, że przeniesienie autorskich praw majątkowych oraz dostarczenie przez Wykonawcę kodów źródłowych jest szczególnie istotne dla Zamawiającego z uwagi na fakt, że zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, zamawiane oprogramowanie jest oprogramowaniem dedykowanym, tj. zaprojektowanym z uwzględnieniem indywidualnych potrzeb Zamawiającego w celu realizacji projektu. Przeniesienie wskazanych praw wraz z kodami źródłowymi umożliwi Zamawiającemu w przyszłości samodzielna modyfikacje oprogramowania dedykowanego, bądź jej zlecenie innemu podmiotowi z zachowaniem zasad konkurencyjności określonych w Prawie zamówień publicznych. Brak przeniesienia autorskich praw majątkowych oraz kodów źródłowych uniemożliwia Zamawiającemu samodzielne dokonanie w/w czynności lub zlecenie ich podmiotowi wybranemu z zachowaniem zasad określonych w Prawie zamówień publicznych, a tym samym uzależnia go w tym zakresie od Wykonawcy. Powyższe stoi w sprzeczności z zasadami konkurencyjności oraz racjonalnego i prawidłowego wydatkowania środków publicznych obowiązujących podmioty sektora finansów publicznych.

Dodatkowo brak w umowie postanowień dotyczących przeniesienia autorskich praw majątkowych oraz dostarczenia kodów źródłowych może narazić Zamawiającego na utratę dofinansowania projektu. Zgodnie bowiem z § 22 umowy Nr POPW.02.01.00-06-0002/16-00 o dofinansowanie projektu Nr POPW.02.01.00-06-0002/16-00 „Niskoemisyjna sieć komunikacji zbiorowej dla północnej części LOF wraz z budową systemu biletu elektronicznego komunikacji aglomeracyjnej", w ramach której realizowane jest finansowanie projektu - „W przypadku zlecenia części zadań w ramach Projektu wykonawcy, obejmujących opracowanie utworu Beneficjent zobowiązuje się do zastrzeżenia w umowie z wykonawcą, że autorskie prawa majątkowe do tego utworu przysługują Beneficjentowi."

Podkreślenia wymaga również fakt, że wskazane zapisy umowne są zgodne z wytycznymi określonymi w rekomendacjach opublikowanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. (…)"

Pismem z dnia 29 marca 2019 r. zamawiający przekazał potwierdzenie dokonania zmian ogłoszenia o zamówieniu i siwz w zakresie:
1)pkt 5.5.2.2. siwz i pkt 4.2. ogłoszenia o zamówieniu,
2)pkt 10.3.2. załącznika nr 1 do siwz - opis przedmiotu zamówienia.

W związku z uwzględnieniem zarzutów dotyczących ww. postanowień siwz, postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlega umorzeniu.
W trakcie posiedzenia i rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska co do pozostałych (nieuwzględnionych przez zamawiającego) zarzutów. Tym samym odwołanie podlega rozpoznaniu w zakresie zarzutów dotyczących pkt 5.5.2.3. siwz i pkt 4.3. ogłoszenia o zamówieniu oraz § 2 ust. 2 pkt 6 i 12 załącznika nr 8 do siwz – projektu umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego treści § 2 ust. 2 pkt 6 i 12 projektu umowy Izba w pierwszej kolejności ustaliła, że istota sporu pomiędzy odwołującym i zamawiającym dotyczy tego, jaki jest zakres żądania przez zamawiającego przeniesienia praw autorskich i kodów źródłowych. Z odwołania i stanowiska odwołującego przedstawionego na rozprawie wynika, że kwestionuje on prawo żądania przez zamawiającego przeniesienia praw autorskich i kodów źródłowych do oprogramowania standardowego, ponieważ jest ono obecnie stosowane przez odwołującego we wszystkich realizowanych przez niego zamówieniach, a po przeniesieniu praw autorskich i kodów źródłowych na zamawiającego, tej praktyki odwołujący nie będzie już mógł kontynuować. Z kolei zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i stanowisku przedstawionym na rozprawie stwierdził, że w zakresie oprogramowania oczekuje przeniesienia praw autorskich i kodów źródłowych jedynie do oprogramowania dedykowanego, tym samym postawiony przez niego wymóg w ogóle nie dotyczy oprogramowania standardowego. Z powyższego wynika, że nie jest sporne między stronami, że obowiązek przeniesienia praw autorskich i kodów źródłowych nie powinien dotyczyć oprogramowania standardowego. Sporne jest natomiast to, czy projekt umowy przewiduje powyższy obowiązek w stosunku do oprogramowania standardowego, czy nie.

W celu rozpatrzenia sporu Izba dokonała analizy postanowień projektu umowy dotyczących ww. kwestii i ustaliła, że ich treść przewiduje, co następuje:

§ 1 pkt 7: System Centralny – oprogramowanie posadowione na serwerach Zamawiającego, realizujące funkcję bazy danych Użytkowników Systemu, bazy danych transakcyjnych, bazy danych wszystkich urządzeń wchodzących w jego skład oraz umożliwiające zarządzanie i rejestrowanie wszystkich operacji dokonywanych przez urządzenia Systemu,

§ 1 pkt 21: Oprogramowanie - Aplikacja oraz Oprogramowanie standardowe i dedykowane,

§ 1 pkt 22: Oprogramowanie standardowe - oprogramowanie nie będące Aplikacją, niezbędne do funkcjonowania Systemu, w szczególności oprogramowanie bazodanowe, systemowe oraz aplikacyjne,

§ 1 pkt 23: Oprogramowanie dedykowane - modyfikacje, kastomizacje, rozszerzenia i wszelkie inne zmiany Oprogramowania standardowego dokonane w ramach realizacji Umowy lub opracowane na potrzeby Umowy, dedykowane dla Zamawiającego oprogramowanie komputerowe,

§ 1 pkt 25: Elementy autorskie – utwory stworzone przez Wykonawcę na potrzeby Umowy, w tym analiza przedwdrożeniowa, dokumentacja opracowana przez Wykonawcę, oprogramowanie dedykowane, Aplikacje,

§ 2 ust. 2: W ramach realizacji przedmiotu Umowy Wykonawca zobowiązuje się do:

2.6.przeniesienia praw autorskich majątkowych do wykonanych w ramach Umowy utworów,

2.12.dostarczenia kodów źródłowych do wykonanych w ramach Umowy utworów,

§ 7 ust. 1: W ramach wynagrodzenia, o którym mowa w § 18 Umowy Wykonawca przenosi (sprzedaż) na Zamawiającego majątkowe prawa autorskie do elementów autorskich, dostarczonych w ramach niniejszej umowy (w przypadku oprogramowania przeniesienie praw dotyczy oprogramowania aplikacyjnego w zakresie Systemu Centralnego, aplikacji mobilnej oraz strony www z portalem pasażera - w formie elektronicznej) na wszystkich znanych polach eksploatacji, w tym polach obejmujących: (…).

Analiza ww. postanowień projektu umowy wykazała, że:

1)O tym, że projekt umowy nie przewiduje obowiązku przeniesienia praw autorskich i kodów źródłowych do oprogramowania standardowego świadczy treść § 7 ust. 1 projektu umowy, z którego wynika, że majątkowe prawa autorskie mają być przeniesione do elementów autorskich, dostarczonych w ramach niniejszej umowy. W § 1 pkt 25 elementy autorskie zostały zdefiniowane poprzez wymienienie m.in. oprogramowania dedykowanego, w definicji tej brak jest oprogramowania standardowego. Tym samym na podstawie § 7 ust. 1 w zw. z § 1 pkt 25 projektu umowy należałoby przyjąć, że zamawiający ograniczył swój wymóg tylko do oprogramowania dedykowanego.

2)O tym, że projekt umowy przewiduje obowiązek przeniesienia praw autorskich i kodów źródłowych do oprogramowania standardowego świadczy:

a)treść § 2 ust. 2 pkt 6 i 12 projektu umowy, które odwołują się do praw autorskich i kodów źródłowych do wykonanych w ramach umowy utworów. „Utwór" wprawdzie nie został w projekcie umowy zdefiniowany, ale zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1191 ze zm.) jest nim każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (utwór). Tym samym należy przyjąć, że w niniejszej sprawie utwór obejmuje (poza innymi elementami zamówienia) zarówno oprogramowanie standardowe, jak i dedykowane, a co za tym idzie – obowiązek przeniesienia praw autorskich i dostarczenia kodów źródłowych dotyczy obu rodzajów oprogramowania,

b)treść § 7 ust. 1 projektu umowy, który wprawdzie (jak wskazano w pkt 1) odwołuje się do elementów autorskich, ale zawiera też nawias, w którym wpisano, że w przypadku oprogramowania przeniesienie praw dotyczy oprogramowania aplikacyjnego w zakresie Systemu Centralnego. W § 1 pkt 22 zawierającym definicję oprogramowania standardowego wskazano m.in. oprogramowanie aplikacyjne, jako część właśnie oprogramowania standardowego. Ponadto system centralny obejmuje także oprogramowanie standardowe, co nie jest sporne pomiędzy stronami. Tym samym z § 7 ust. 1 w zw. z § 1 pkt 22 projektu umowy wynika, że wykonawca ma obowiązek przenieść prawa autorskie także do oprogramowania standardowego. (Na marginesie jedynie należy zauważyć, że nie są zasadne argumenty zamawiającego przedstawione na rozprawie dotyczące opisania Aplikacji w załączniku nr 1 do siwz. „Aplikacja" w świetle postanowień projektu umowy nie jest tym samym, co „oprogramowanie aplikacyjne", co wynika choćby z § 1 pkt 21, gdzie Aplikacja została wskazana jako element Oprogramowania, obok oprogramowania standardowego i dedykowanego, zaś zgodnie z § 1 pkt 22 oprogramowanie aplikacyjne jest częścią oprogramowania standardowego nie będącego Aplikacją).

Z powyższej analizy postanowień projektu umowy wynika, że więcej jest tych, które wskazują na obowiązek przeniesienia praw autorskich i dostarczenia kodów źródłowych do oprogramowania standardowego. Jednak niezależnie od ilości określonych postanowień, należy zwrócić uwagę, że projekt umowy nie jest w tym zakresie precyzyjny i nie stwierdza jednoznacznie, czy ww. obowiązek dotyczy oprogramowania standardowego, czy nie. W ocenie Izby, niejednoznaczne postanowienia siwz, w tym projektu umowy, nie mogą obciążać wykonawcy. Tym samym Izba uznała, że zarzuty zawarte w odwołaniu są zasadne i odwołujący słusznie domaga się modyfikacji postanowień projektu umowy. Dlatego też w zakresie zarzutu dotyczącego § 2 ust. 2 pkt 6 i 12 projektu umowy odwołanie zostało uwzględnione. W konsekwencji, opierając się na argumentacji stron przedstawionej na rozprawie, która ujawniła, co w istocie jest

przedmiotem sporu, Izba nakazała zamawiającemu dokonanie takiej zmiany siwz, w tym projektu umowy, z której jasno będzie wynikać, że przeniesienie praw autorskich i dostarczenie kodów źródłowych nie dotyczy oprogramowania standardowego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego pkt 5.5.2.3. siwz i pkt 4.3. ogłoszenia o zamówieniu, należy zauważyć, że zgodnie z ich treścią: w ramach zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy mają wykazać wdrożenie w sposób należyty (tzn. zaprojektowanie, wykonanie i udostępnienie do użytkowania dla klientów za pośrednictwem tzw. marketów udostępniających aplikacje dla urządzeń mobilnych pracujących pod kontrolą przynajmniej 2 systemów operacyjnych: IOS, Android), min. 1 aplikacji mobilnej zawierającej możliwość wnoszenia opłat w publicznym transporcie zbiorowym, za pośrednictwem sposobów płatności dostępnych dla urządzeń mobilnych, realizowanych z poziomu aplikacji, bez konieczności jej opuszczania, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.

W zakresie tego zarzutu Izba w pierwszej kolejności ustaliła, że odwołujący w odwołaniu powołał jedynie przepisy ustawy Pzp dotyczące przedmiotu zamówienia, nie powołał zaś przepisów dotyczących warunków udziału w postępowaniu, a takim warunkiem jest warunek opisany w pkt 5.5.2.3. siwz i w pkt 4.3. ogłoszenia o zamówieniu. Powyższe, w ocenie Izby, nie stoi na przeszkodzie uznaniu, że zarzut dotyczący treści warunku udziału w postępowaniu został przez odwołującego postawiony poprzez przytoczenie argumentacji odwołującego skupiającej się na stwierdzeniu, że aplikacja mobilna stanowi marginalną część zamówienia, a zatem doświadczenie w jej wdrożeniu nie powinno przesądzać o możliwości ubiegania się wykonawcy o zamówienie.

Niezależnie od powyższego należy podnieść, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, natomiast art. 180 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz ew. naruszonych przez niego przepisów ustawy, nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania. W przedmiotowej sprawie odwołujący w odwołaniu podniósł argumentację dotyczącą nieistotności aplikacji mobilnej dla realizacji zamówienia. Natomiast na rozprawie przedstawił stanowisko, zgodnie z którym dostęp do zamówienia utrudnia mu wymóg, aby aplikacja mobilna była zrealizowana w publicznym transporcie zbiorowym. Odwołujący w trakcie rozprawy wskazywał, że nie ma znaczenia charakter działalności (w tym wypadku – transport zbiorowy), dla której realizowana była wykazywana przez wykonawcę aplikacja mobilna oraz że funkcję takiej aplikacji może spełniać także portal internetowy. Należy jednak zauważyć, że ww. okoliczności i argumenty dotyczące realizacji aplikacji w transporcie zbiorowym i portalu internetowego, nie były zawarte w treści odwołania. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z art. 192 ust. 7 w zw. z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto w razie uwzględnienia okoliczności nie podniesionych w odwołaniu doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Dlatego też Izba, rozpoznając odwołanie, pominęła podniesione przez odwołującego na rozprawie argumenty dotyczące charakteru działalności, w zakresie której miała być realizowana aplikacja mobilna oraz ewentualnej przydatności dla wykonywania płatności portalu internetowego, które to argumenty nie były zawarte w treści odwołania.

Na marginesie jedynie należy podnieść, że w ocenie Izby, zamawiający odpierając ww. argumenty odwołującego (poznane dopiero na rozprawie) wykazał, że działalność w zakresie transportu zbiorowego różni się od innych działalności (np. wypożyczanie rowerów / hulajnóg), a jej specyfika polega przede wszystkim na dużej liczbie biletów kupowanych w tym samym czasie, konieczności sprawdzania biletu w czytniku kontrolerskim, czy kilku różnych taryfach do wyboru.

Ponadto, odnosząc się do argumentu podniesionego w odwołaniu, tj. nieistotności aplikacji mobilnej, zamawiający przywołał w odpowiedzi na odwołanie wyżej cytowane postanowienia siwz, które świadczą o dużym znaczeniu tejże aplikacji dla wykonania zamówienia. Aplikacja mobilna będzie umożliwiać pasażerom realizację funkcji niedostępnych dla klasycznego nośnika oraz zabezpieczać środki finansowe pasażera w tzw. elektronicznej portmonetce i umożliwiać dostęp do środków zgromadzonych na rachunkach bankowych pasażera poprzez podpięte karty bankowe. Także inne elementy zamawianego systemu, w tym stacjonarne automaty biletowe, portal klienta i sklep www posiadać będą funkcjonalności dedykowane do obsługi konta w aplikacji mobilnej. Powyższe świadczy o tym, że aplikacja mobilna to podstawowe narzędzie w budowanym przez zamawiającego systemie i zasadne jest wymaganie, aby wykonawcy ubiegający się o niniejsze zamówienie posiadali doświadczenie w zakresie wykonania takiej aplikacji. Dlatego też odwołanie w tym zakresie zostało oddalone.

Wydając postanowienie w przedmiocie kosztów postępowania odwoławczego, Izba uwzględniła treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Zgodnie z § 5 ust. 4 ww. rozporządzenia w przypadkach nieuregulowanych w ust. 1—3 Izba orzeka o kosztach postępowania, uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" (J.J., Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: D. W., J. J., S. M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI).

Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot „stosownie do jego wyniku" należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314, stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzieleniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości, w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości, co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku, w jakim strony

utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział, zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawiez dnia 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16 oraz postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17. Także skarga na wyrok KIO 630/18 dotycząca podziału kosztów pomiędzy strony została oddalona postanowieniem Sądu Okręgowego w Warszawie (sygn. akt XXIII Ga 830/18).

W niniejszej sprawie Izba częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Kosztami postępowania po połowie obciążono zamawiającego i odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł, koszt pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600 zł, koszt dojazdu odwołującego na rozprawę w wysokości 405,90 zł oraz koszt pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600 zł, co łącznie daje kwotę w wysokości 22.605,90 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 19.005,90 zł (wpis + wynagrodzenie pełnomocnika + dojazd), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11.302,95 zł (22.605,90 zł : 2 = 11.302,95). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7.702,95 zł (19.005,90 – 11.302,95 = 7.702,95), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Kierując się ww. rozważaniami, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1, § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrówz dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U.z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący ...……..