

WYROK

z dnia 1 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 27 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego 16 września 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Wykonawcę: Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Wykonanie i wdrożenie Platformy edukacyjnej SmartPWSZ w Chełmie w ramach realizacji projektu pn. „Program rozwojowy PWSZ w Chełmie” (nr postępowania K-ZP.251.18.2019)

prowadzonym przez Zamawiającego: Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa w Chełmie

przy udziale Wykonawcy: American Systems sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie żądania wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, z uwagi na wycofanie odwołania w tym

zakresie.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów

postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone tytułem wpisu od odwołania.

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

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa w Chełmie prowadzi

na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) (dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. Wykonanie

i wdrożenie Platformy edukacyjnej SmartPWSZ w Chełmie w ramach realizacji projektu pn. „Program rozwojowy PWSZ w Chełmie” (nr postępowania K-ZP.251.18.2019).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 14 czerwca 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S_113 pod poz. 277642.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

4 września 2019 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez American Systems sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu {dalej również: „American Systems”}.

16 września 2019 r. Odwołujący Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie {dalej również: „Comarch Polska”} wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od zaniechania odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza, a także od zaniechania wykluczenia American Systems z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 - przez zaniechanie odrzucenia oferty American Systems, pomimo że nie odpowiada ona treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również:

„specyfikacja”, „SWZ” lub „s.i.w.z.”}.

2. Art. 24 ust. 1 pkt 17 - przez zaniechanie wykluczenia American Systems, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

3. Art. 90 ust. 1 - przez zaniechanie wezwania American Systems do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jako że zaoferowana cena wydają się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego {z uwagi na wycofanie tego zarzutu w dalszej części uzasadnienia pominięto podnoszone na jego poparcie okoliczności, a także okoliczności podnoszone przez stronę przeciwną sporu}.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w odniesieniu do części I zamówienia:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Odrzucenie oferty American Systems z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści

specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

3. Wykluczenia American Systems, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

4. Wezwania American Systems do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 pzp.

5. Ponownej oceny oferty i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów w szczególności przez podanie

następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie i wdrożenie Platformy edukacyjnej

SmartPWSZ w Chełmie {dalej również: „Platforma”}, w tym zintegrowanie jej z użytkowanym przez Zamawiającego Zintegrowanym System Informatycznym „ZSI Egeria” {dalej również: „ZSI Egeria” lub „ZSI”}.

Zamawiający nie dopuszcza wymiany oprogramowania ZSI Egeria, czyli zastąpienia go innym oprogramowaniem, dostarczonym przez wykonawcę.

Według Odwołującego z treści udzielonych odpowiedzi na pytania wykonawców

(w tabeli pn. „Załącznik do odpowiedzi na pytania 2” opublikowanej na stronie internetowej Zamawiającego), Zamawiający wymaga rozbudowy, modyfikacji i rekonfiguracji modułów ZSI Egeria, skoro przykładowo:

- (pytanie dot. wymagania nr 8 z rozdziału 2.5.2., str. 25) Zamawiający wymaga rozbudowy i rekonfiguracji modułu kadrowo-płacowego systemu ZSI Zamawiającego (str. 4 tabeli);
- (pytanie dot. wymagań nr 6 i 8 z rozdziału 2.5.1., str. 24) Zamawiający wymaga, by wszelkie dokumenty finansowe zostały wprowadzone do systemu ZSI Zamawiającego. Wszelkie rozliczenia studenta muszą być widoczne w modułach finansowoksiegowych obecnego systemu ZSI (str. 3 tabeli);
- (pytanie dot. wymagania nr 4 z rozdziału 2.5.3., str. 26) Nota odsetkowa ma zostać dodana w module Należności zobowiązania systemu ZSI (str. 4 tabeli);
- pytanie dot. wymagania nr 4 z rozdziału 2.7., str. 27 Na potrzeby opracowania wyceny przez Wykonawców prosimy o określenie liczby raportów jakie mają zostać zmodyfikowane na potrzeby Zamawiającego w ramach Zintegrowanego Systemu Informatycznego Zamawiającego) Dokładna liczba raportów zostanie uzgodniona na etapie analizy nie więcej niż 30 raportów (str. 5 tabeli).

Odwołujący dodał, że przedmiot zamówienia zakłada także przeprowadzenie przez wykonawcę prac dostosowujących posiadany przez Zamawiającego system ZSI Egeria do kodowania UTF8 wymaganego dla bazy danych Platformy, a jednocześnie Zamawiający wymaga wykorzystania posiadanych już baz danych i zapewnienia komunikacji z użytkowym ZSI, skoro zgodnie z postanowieniami OPZ:

- (rozdział 2.2. ust. 8, str. 6-7) Nowe moduły Systemu muszą wykorzystywać posiadane przez Zamawiającego bazy danych kontrahentów, pracowników administracyjnych i naukowych, studentów, struktury organizacyjne, ewidencję środków trwałych i wyposażenia, dane kadrowo-płacowe oraz dane dziekanatowe. Za komunikację (przywrócenie komunikacji) z posiadanym przez Zamawiającego Systemem (ERP) odpowiada dostawca oprogramowania.
- (rozdział 2.2. ust. 9, str. 7) System ma składować dane produkcyjne w relacyjnej bazie danych, preferowana baza Oracle 11g (odpowiednie licencje posiada Zamawiający). Kodowanie bazy UTF8.
- (rozdział 2.3. ust. 13, str. 10) System musi obsługiwać wielojęzyczność - poza polską wersją systemu, dla użytkownika musi zostać udostępniona możliwość wyboru języka: angielskiego, niemieckiego, rosyjskiego i ukraińskiego, co oznacza, że przetłumaczone zostaną: komunikaty, powiadomienia, alerty, elementy interfejsu użytkownika (w zestawie tłumaczenie na język angielski).
- (rozdział 2.4.1. ust. 2 i 3, str. 11) System musi pozwalać na zgłaszanie tematu pracy dyplomowej przez studenta w module do obsługi studentów (z uwzględnieniem znaków narodowych języka ukraińskiego, rosyjskiego, niemieckiego). System musi pozwalać na zgłaszanie tematu pracy dyplomowej w tłumaczeniu na język obcy przez studenta w module do obsługi studentów.
- (rozdział 2.4.1. ust. 1, str. 11-12) System musi pozwalać na definiowanie ścieżki obsługi procesu, w którego skład wchodzi elementy: (...) b. zgłoszenie tłumaczenia na język obcy tematu pracy dyplomowej przez studenta, (...) q. uzupełnienie danych do wydruku suplementu w tłumaczeniu na język obcy oraz wydruk suplementu w tłumaczeniu na język obcy.
- (rozdział 2.4.3. ust. 40, str. 17) Informacje otrzymania stypendium Rektora dla najlepszych studentów powinny być automatycznie tłumaczone oraz drukowane w suplementcie w tłumaczeniu na język obcy.
- (rozdział 2.4.4. ust. 4 i 13, str. 18 i 19): Możliwość definiowania oferty praktyk na bazie listy firm/instytucji wraz z określaniem: (...) g. miejsca odbywania praktyki w tłumaczeniu na język obcy (...). Informacje o odbyciu praktyk w tym miejscu i wymiar praktyki powinny być automatycznie tłumaczone oraz drukowane w suplementcie w tłumaczeniu na język obcy.
- (rozdział 2.4.7. ust. 30, str. 22): Platforma studenta musi posiadać dedykowany interfejs

(w tym dla urządzeń mobilnych) przyjazny dla użytkownika, zaprojektowany z wykorzystaniem współczesnych technik informatycznych, zgodnie ze sztuką, Interfejs wielojęzyczny: min; w językach polskim, angielskim, ukraińskim, rosyjskim, niemieckim.

- (rozdział 2.4.10 ust. 1, str. 24) System musi zapewniać możliwość definiowania i obsługę formularzy rekrutacyjnych w wersjach wielojęzycznych obsługujących m. in. język polski, angielski, ukraiński, rosyjski, itp.

- (pytanie dot. wymagania nr 1 z rozdziału 2.7., str. 26) Zamawiający potwierdza że wymaganie zostanie spełnione tj. „Dostosowanie wydruków do bieżących przepisów i wymogów Zamawiającego: - Plan studiów, obsady zajęć, księga dyplomów, księga albumów, studenci studiujący na więcej niż jednym produkcie” w momencie zapewnienia przez Wykonawcę dostosowania obecnych raportów do bieżących przepisów i wymogów Zamawiającego w ramach mechanizmu raportowania dostępnego w module Wydawnictwa ZSI Zamawiającego.

- (pytanie dot. wymagania nr 2 z rozdziału 2.7., str. 27) Zamawiający potwierdza że wymaganie zostanie uznane za spełnione tj. „Możliwość wyszukiwania i raportowania studentów na wskazanym ostatnim aktywnym semestrze” w momencie zapewnienia przez Wykonawcę dostosowania obecnych raportów do bieżących przepisów i wymogów Zamawiającego w ramach mechanizmu raportowania dostępnego w module Wydawnictwa ZSI Zamawiającego.(str. 5 tabelki)

- (pytanie dot. wymagania nr 4 z rozdziału 2.7., str. 27 Na potrzeby opracowania wyceny przez Wykonawców prosimy o określenie liczby raportów jakie mają zostać zmodyfikowane na potrzeby Zamawiającego w ramach Zintegrowanego Systemu Informatycznego Zamawiającego Dokładna liczba raportów zostanie uzgodniona na etapie analizy nie więcej niż 30 raportów.

- (pytanie dot. rozdziału 2.4.6., str. 17) 1 i 2) Platforma edukacyjne musi uwzględniać wprowadzone sprawy i zapewniać historię obsługi. Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie Platformy edukacyjnej działającej niezależnie od wcześniejszych procesów na

uczelni. (str. 2 tabelki)

- (pytanie dot. wymagań nr 6 i 8 z rozdziału 2.5.1., str. 24) Zamawiający wymaga, by wszelkie dokumenty finansowe zostały wprowadzone do systemu ZSI Zamawiającego. Wszelkie rozliczenia studenta muszą być widoczne w modułach finansowoksięgowych obecnego systemu ZSI.”

- (pytanie dot. pkt 9 rozdziału 2.2.,str. 4 Zamawiający wymaga, aby baza danych była kodowana przy wykorzystaniu zestawu znaków UTF8. Pragniemy zauważyć, że część danych jest integrowana z systemami zewnętrznymi. Istnieje możliwość konwersji ASCII na UTF, natomiast mogą występować istotne problem w konwersji UTF8 na ASCII. W związku z tym czy Zamawiający jest w stanie zagwarantować, że systemy, do których przesyłane są dane z oferowanego systemu, obsługują zapisy kodowane w UTF8? Jeżeli nie czy Zamawiający dopuści możliwość zastosowania kodowania ISO lub MSWIN1250 w okresie przejściowym do momentu, w którym nie będzie istotnego ryzyka związanego z tym, że dane tworzone po stronie oferowanego systemu będą w prawidłowy sposób integrowane z systemami zewnętrznymi. Oczywiście późniejsza konwersja bazy z zestawu znaków ASCII na UTF8 będzie zrealizowana w ramach usługi gwarancyjnej bez dodatkowych kosztów dla Zamawiającego.) Zamawiający dopuszcza możliwość zastosowania kodowania ISO lub MSWIN1250 w okresie przejściowym do momentu, w którym nie będzie istotnego ryzyka związanego z tym, że dane tworzone po stronie oferowanego systemu będą w prawidłowy sposób integrowane z systemami zewnętrznymi w trakcie trwania projektu wdrożeniowego, jednakże nie później niż na miesiąc przed wdrożeniem Platformy edukacyjnej na środowisko produkcyjne.

Odwolujący wyjaśnił, że w uproszczeniu kodowanie bazy danych systemem UTF8 umożliwia m.in. przechowywanie danych w językach ukraińskim, rosyjskim i niemieckim itp. (kodowanie bazy UTF8 pozwala na przechowywanie danych posiadających specyficzne znaki narodowe). Przy czym obecnie wykorzystywana baza danych ZSI Egeria pracuje w oparciu o kodowanie EE8ISO8859P2 i jest dostosowana do przechowywania danych w języku polskim i angielskim i nie umożliwia przechowywania danych m.in. w językach ukraińskim, rosyjskim i niemieckim.

Odwolujący stwierdził, że ponieważ w ramach zamówienia wykonawca jest zobligowany dostarczyć System pracujący na bazie danych kodowanej w systemie UTF8, a jednocześnie System ten musi wykorzystywać bazy danych, które Zamawiający już posiada, tj. bazy danych na których pracuje system ZSI Egeria, aby wykonać przedmiot zamówienia wykonawca musi dokonać modyfikacji bazy danych Systemu ZSI Egeria

i zakodować ją za pomocą systemu UTF8. Co istotne Zamawiający wymaga wielojęzyczności nie tylko w stosunku do dostarczanego Systemu, ale także w stosunku do istniejących procesów i funkcjonalności w ramach posiadanego przez Zamawiającego

Zintegrowanego Systemu Informatycznego Egeria.

Odwolujący podał, że Zamawiający posiada licencje na korzystanie z oprogramowania ZSI Egeria, którego producentem jest Comarch S.A. {dalej również: „Comarch”}, udzielone mu na podstawie umowy nr 10/ZP/2013 (CAGK/87/U/2013) z 29 stycznia 2013 r., zawartej z Comarch Polska, który wdrożył ten system u Zamawiającego w wąskim zakresie, obejmującym bezterminowe korzystanie z ZSI Egeria przez określoną w OPZ liczbę użytkowników (ust. 6.1. umowy).

Odwolujący podniósł, że ani Zamawiający, ani podmioty trzecie nie mogą w sposób określony w aktualnie prowadzonym postępowaniu modyfikować oprogramowania ZSI Egeria, gdyż Zamawiający nie posiada do niego autorskich praw majątkowych i nie przysługuje mu także prawo zezwalania na korzystanie z autorskich praw zależnych (opracowań) programu i rozporządzanie tymi opracowaniami (art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o Prawie autorskim i prawach pokrewnych) {dalej również: „Prawo autorskie” lub „Pr. aut.”}. Ponieważ Comarch posiada wyłączne autorskie prawa majątkowe do oprogramowania ZSI Egeria, taka modyfikacja tego oprogramowania nie jest możliwa bez

jego zgody i udzielenia przez niego licencji w przedmiotowym zakresie. Zgodnie z art. 41 ust. 2 Pr. aut. umowa o korzystanie z utworu, zwana dalej „licencją”, obejmuje pola eksploatacji wyraźnie w niej wymienione, a pole eksploatacji obejmujące modyfikację

oprogramowania nie zostało wymienione w powyższej umowie. Z kolei według art. 46 Pr. aut.

jeżeli umowa nie stanowi inaczej, twórca zachowuje wyłączne prawo zezwalania na wykonywanie zależnego prawa autorskiego, mimo że w umowie postanowiono o przeniesieniu całości autorskich praw majątkowych, a takiego postawienia w tej umowie nie ma.

Z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący podniósł, że nie jest możliwe wywiedzenie z jakichkolwiek okoliczności dorozumianej licencji w zakresie modyfikacji czy upoważnienia do zezwalania na wykonywanie prawa zależnego na rzecz Zamawiającego, gdyż konstrukcja dorozumianej (zawartej konkludentnie) licencji spotykana w orzecznictwie (zob. np. wyroki SN z: 14 września 2005 r. sygn. III CK 124/05, opubl. Biul. SN 2005, nr 12,

s. 8 i 24 marca 2011 r. sygn. I CSK 450/10, opubl. LEX nr 798235) w odniesieniu do licencji niewyłącznej, gdyż opiera się ona na braku wygania przez Pr. aut. formy pisemnej dla udzielenia licencji niewyłącznej, a dla umów w sprawie zamówień publicznych art. 139 ust. 2 pzp zastrzega taką formę pod rygorem nieważności.

W konsekwencji wg Odwołującego ewentualne zmiany w oprogramowaniu ZSI Egeria mogą być realizowane przez Zamawiającego co najwyżej na podstawie art. 75 ust. 1 Pr. aut. tj. w zakresie niezbędnym do korzystania z ZSI Egeria zgodnie z przeznaczeniem (na podstawie tzw. uprawnień legalnego użytkownika), co ogranicza zakres dopuszczalnych na tej podstawie zmian.

Po pierwsze, nie jest niezbędne do korzystania zgodnie z przeznaczeniem dokonywanie takich zmian oprogramowaniu, które zmierzają do jego ulepszenia lub rozbudowy (zob. A. Nowicka, Prawnoautorska i prawnopatentowa ochrona..., s. 80, Z. Okoń [w:] D. Flisak (red.), Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz, Warszawa 2014, s. 999), a zmiany ZSI Egeria wymagane przez Zamawiającego cechują się takim charakterem.

Po drugie, przepis ten zezwala wyłącznie na ingerencję w uprawnienie przewidziane w art. 74 ust. 4 pkt 2 Pr. aut., ale już nie w uprawnienie przewidziane w art. 2 ust. 2 Pr. aut., czyli zezwala na wprowadzanie określonych zmian do oprogramowania, ale już nie na korzystanie z dokonanego w wyniku wprowadzonych zmian utworu zależnego (opracowania) i rozporządzania takim utworem zależnym. Oznacza to, że legalny użytkownik może na podstawie art. 75 ust. 1 Pr. aut. dokonać jedynie takich zmian, które nie prowadzą do powstania utworu zależnego, a więc nie odznaczają się twórczością. W praktyce, z uwagi na fakt, że poziom twórczości wymagany w orzecznictwie dla powstania utworu zależnego jest bardzo niski, oznacza to jedynie możliwość dokonywania bardzo prostych zmian, takich jak zmiany pojedynczych instrukcji kodu lub pojedynczych parametrów. Jeżeli więc w wyniku wprowadzonych do ZSI zmian doszłoby do powstania opracowania programu, korzystanie z niego przez Zamawiającego bez uzyskania zgody Comarchu stanowiłoby naruszenie jego autorskich praw majątkowych przez Zamawiającego. „Korzystaniem” jest tu podejmowanie jakichkolwiek czynności mieszczących się w granicach autorskich praw majątkowych, a więc m.in. zwielokrotnienia, do jakich dochodzi w związku z instalacją i uruchamianiem zmienionej

wersji ZSI lub jego fragmentów w systemie informatycznym Zamawiającego.

W opinii Odwołującego Zamawiający jest w pełni świadomy braku posiadania uprawnień do modyfikacji oprogramowania ZSI Egeria, gdyż w grudniach 2017 i 2018 r. ogłaszał przetargi o wartości poniżej 30 tys. € w trybie zapytania o cenę na świadczenie usług wsparcia i asysty technicznej oprogramowania ZSI Egeria odpowiednio na rok 2018 i 2019. W § 2 ust. 3 opisu przedmiotu zamówienia dla tych postępowań zastrzegł, że: Usługi o których mowa w ust. 1 (tj. usługi asysty technicznej, które obejmują m.in. usuwanie błędów, co wiąże się z modyfikacją oprogramowania) może realizować TYLKO Wykonawca który jest dysponentem praw majątkowych kodów źródłowych Systemu.

Ponadto Zamawiający wystosował do Comarchu zapytanie o to, czy któryś z wykonawców zwrócił się do niego z prośbą o uzyskanie licencji i uprawnień do modyfikacji ZSI Egeria, o którym mowa dalej.

Odwołujący zrelacjonował, że we wzorze umowy Zamawiający wymaga:

- dostarczenia oprogramowania wolnego od wad prawnych i wprowadza pełną odpowiedzialność wykonawcy z tego tytułu (§ 11 ust. 4 i 6),
- złożenia przez wykonawcę oświadczenia o braku naruszeń praw m. in. autorskich

w przekazywanych utworach oraz zaspokojenia przez wykonawcę wszelkich roszczeń osób trzecich wynikających z takiego naruszenia (§ 5 ust. 4 i 7).

Z kolei American Systems nie podjął żadnej próby uzyskania uprawnień do modyfikowania ZSI Egeria, gdyż nie zwracał się do Comarchu z prośbą o udzielenie licencji na modyfikację tego oprogramowania ZSI Egeria, udzielenie zgody na dokonanie takiej modyfikacji czy też o dokonanie jej przez Comarch.

W konsekwencji nawet gdyby American System wprowadził zmiany do ZSI z naruszeniem praw Comarchu, nie może skutecznie przenieść praw do wykonanych zmian na Zamawiającego, którego nie chronią przed tym powyżej przywołane postanowienia wzoru umowy.

Zdaniem Odwołującego American Systems, jako profesjonalista, powinien

zagwarantować sobie wszelkie wymagane licencje, aby móc zrealizować przedmiot zamówienia i wziąć udział w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił, że American Systems albo nie będzie w stanie spełnić wymagań SIWZ, gdyż oferta nie obejmuje całości świadczeń objętych przedmiotem zamówienia z uwagi na brak uprawnień do modyfikacji ZSI Egeria i wykonywania praw zależnych względem tego oprogramowania, albo będzie usiłować je spełnić naruszając prawa autorskie Comarchu, co z kolei narusza przywołane powyżej wymagania określone we wzorze umowy.

Odwołujący zrelacjonował, że 7 sierpnia 2019 r. Zamawiający drogą elektroniczną zapytał Comarch, czy zwróciła się do niego jakaś firma z prośbą o: 1) przygotowanie oferty na wykonanie przez Comarch modyfikacji w ZSI Egeria użytkowanego przez PWSZ w Chełmie; 2) udzielenie licencji bądź uzyskanie w inny sposób uprawnień do modyfikacji ZSI Egeria, użytkowanego przez PWSZ w Chełmie.

Przy czym Zamawiający sam dodał, że przekazane informacje będą jednym z kryterium pozwalającym stwierdzić czy Wykonawcy którzy złożyli ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia są w sposób nie budzący żadnej wątpliwości zrealizować zamówienie, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w opisie przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi z 9 sierpnia 2019 r. Comarch podał, że jedynie Comarch Polska zwrócił się do niego z takimi prośbami i otrzymała ofertę wraz ze stosownymi uprawnieniami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że już w chwili złożenia oferty przez American Systems (tj. 31.07.2019 r.) wiedział, że American Systems nie ma uprawnień do

modyfikowania ZSI Egeria, a zatem zaoferowało przedmiot umowy sprzeczny z SIWZ.

Odwołujący podał również, że 7 sierpnia 2019 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 1 pzp wezwał American Systems do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, w tym dokumentów na potwierdzenie, że oferowane usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, tj.: szczegółową specyfikację, opis lub inny dokument, z którego w sposób niebudzący żadnej wątpliwości Zamawiającego winno

wynikać, iż oferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w opisie przedmiotu zamówienia (pkt 6 wezwania).

W odpowiedzi 14 sierpnia 2019 r. American Systems przedstawiło szczegółową specyfikację systemu (załącznik nr 7 do pisma), która nie wskazuje, w jaki sposób planuje dokonać modyfikacji ZSI, do której nie ma uprawnień.

23 sierpnia 2019 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 87 ust. 1 pzp American Systems do wyjaśnienia treści złożonej oferty, wobec wątpliwości Zamawiającego wynikających z przedstawionej specyfikacji technicznej systemu. Ponadto Zamawiający zażądał od American Systems potwierdzenia, że posiada prawa udzielone przez producenta ZSI Egeria do modyfikacji tego oprogramowania.

W odpowiedzi z 30 sierpnia 2019 r. American Systems oświadczyło jedynie że przedstawiło ofertę, której treść jest zgodna z treścią SIWZ, a ponadto stwierdziło, że Zamawiający żąda informacji wykraczających ponad zapisy SIWZ.

W ocenie Odwołującego wezwanie Zamawiającego było prawidłowe (nie wykraczało poza SIWZ) i uzasadnione (wobec wiedzy powziętej dzięki powyżej opisanej korespondencji z Comarch S.A.), a American Systems nie uczynił mu zadość.

Odwołujący zarzucił, że odpowiedź udzielona przez American Systems mogła wprowadzić Zamawiającego w błąd, co miało wpływ na podejmowane przez niego decyzje w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego American Systems nie dołożyło należytej staranności określonej dla uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności (z mocy art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego). American Systems miało świadomość tego, że nie uzyskało odpowiednich uprawnień od producenta oprogramowania ZSI Egeria, a mimo to na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień odnośnie posiadanych uprawnień do modyfikacji tego oprogramowania, w odpowiedzi oświadczyło, że jego oferta jest zgodna z SIWZ. Takie zachowanie zdecydowanie odbiega od właściwego miernika staranności wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne, co uzasadnia przypisanie American Systems przynajmniej winy nieumyślnej.

Jednocześnie informacja przekazana przez American Systems wprowadziła w błąd Zamawiającego, gdyż wywołała w jego świadomości Zamawiającego wyobrażenie o rzekomej zgodności treści oferty z SIWZ, a także mogła mieć istotny wpływ na decyzję o dokonaniu wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

W odpowiedzi na odwołanie z 26 września 2019 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający oświadczył, że zorganizowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego jest wyrazem jego przeświadczenia

o możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia przez dowolnego wykonawcę. Zamawiający dodał, że opierał swoje działania na wiedzy o dysponowaniu uprawnieniami, które daje mu posiadana licencja do korzystania z ZSI Egeria (nabyta na podstawie umowy nr 10/ZP/2013 z Comarch Polska S.A.) oraz wynikające z ust. 9.2. tej umowy zobowiązanie Comarch Polska S.A. (W przypadku zaprzestania świadczenia usług wdrożeniowych, rozwojowych i gwarancyjnych ZSI lub w przypadku upadłości, Wykonawca zobowiązuje się do przekazania bezkosztowo aktualnych kodów źródłowych Zamawiającemu, z prawem do modyfikacji i bezterminowego użytkowania), a także uregulowanie zawarte w 17.1. tej umowy (Z chwilą dostarczenia odpowiednich Rezultatów Prac, Wykonawca przenosi na Zamawiającego całość autorskich praw majątkowych lub udziela licencji na korzystanie z Rezultatów Prac, stanowiących utwory w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, Dz. U. 2006 nr 90 poz. 631 z późniejszymi zmianami, na poniższych zasadach).

Stąd Zamawiający nie miał wątpliwości co do możliwości prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia przez American Systems. Nawet jeżeli pełna analiza przedwdrożeniowa, do której Wykonawca będzie zobowiązany, wykazałaby konieczność modyfikacji oprogramowania ZSI Egeria w zakresie szerszym, niż wynika to z aktualnych uprawnień Zamawiającego, tj. posiadanej licencji oraz uprawnień art. 75 ust. 2 pkt 3 ustawy o prawie autorskim, Zamawiający dysponuje możliwościami wynikającymi z przywołanych powyżej postanowień.

Zamawiający poinformował Izbę, że 17 września 2019 r. przekazał kopię odwołania drogą elektroniczną pozostałym wykonawcom.

20 września 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie elektronicznej zgłoszenie przez American Systems sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania powyższego zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) - Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania jako w całości bezzasadnego.

W pierwszej kolejności Przystępujący stwierdził, że spółki z grupy Comarch, choć formalnie działają jako niezależne podmioty, są w istocie jednym organizmem i tak powinny być traktowane. Odwołujący zwrócił uwagę na powoływanie się przez Comarch Polska w odwołaniu na wiedzę o okolicznościach dotyczących Comarchu, takich jak: treść korespondencji elektronicznej z Zamawiającym, znajomość warunków licencji, czy kwestia występowania przez American Systems z wnioskiem o uprawnienia do modyfikowania ZSI Egeria.

Dla Przystępującego oczywiste jest, że Comarch lepsze warunki licencji niż jakimkolwiek innemu podmiotowi zaproponuje Comarch Polska. Gdyby każdy oferent zainteresowany złożeniem oferty w tym postępowaniu musiał uzyskać licencję od Comarchu, oznaczałoby to, że wygrać może tylko jakaś spółka z grupy Comarch, tyle że wówczas nie byłby to przetarg nieograniczony, a zamówienie z wolnej ręki.

Takie zaplanowanie przetargu, że Comarch udziela licencji oferentom a nie Zamawiającemu, pozwalałoby bowiem tej spółce wpływać na wyniki przetargu. Producent systemu ZSI Egeria każdemu oferentowi proponowałby inną ceną za uzyskanie licencji. W przeciwnym razie przedstawiłby przecież publiczni jedną, taką samą ofertę dla wszystkich oferentów chcących wziąć udział w przetargu.

W rzeczywistości zdaniem Przystępującego wykonawcy zainteresowani tym przetargiem nie musieli uzyskiwać licencji od Comarchu z uwagi na uprawnienie wynikające z licencji ustawowej dla legalnego użytkownika, czyli w tym przypadku Zamawiającego.

Przystępujący zwrócił uwagę na to, że w odwołaniu pominięto art. 75 ust. 2 pkt 3 Prawa autorskiego, zgodnie z którym nie wymaga zezwolenia uprawnionego zwielokrotnianie kodu lub tłumaczenie jego formy w rozumieniu art. 74 ust. 4 pkt 1 i 2, jeżeli jest to niezbędne do uzyskania informacji koniecznych do osiągnięcia współdziałania niezależnie stworzonego programu komputerowego z innymi programami komputerowymi. Przy czym z mocy art. 76 Prawa autorskiego przywołany powyżej przepis nie może być wyłączony w umowie licencji.

W art. 74 ust. 4 pkt 2 Prawa autorskiego mowa jest o przystosowywaniu, zmianie układu czy jakichkolwiek innych zmianach w programie komputerowym.

Stąd według Przystępującego Zamawiający, jak każdy uprawniony licencjobiorca, może dokonywać szeregu czynności na licencjonowanym systemie w celu osiągnięcia

współdziałania systemu ZSI Egeria z innymi systemami Zamawiającego. Przetarg ogłoszony przez Zamawiającego dotyczy właśnie wykonania nowego systemu i jego wdrożenia, czyli

m.in. dokonania jego integracji z ZSI Egeria. Integracja, to nic innego niż osiągnięcie współdziałania, o którym mowa w art. 75 ust. 2 pkt 3 Prawa autorskiego. W celu dokonania integracji licencjonowanego systemu z nowym system, który zostanie wykonany, Zamawiający może system ten przystosowywać, zmieniać jego układ i dokonywać innych zmian, pod warunkiem, że jest to podyktowane koniecznością dokonania integracji. Czynności dokonywane na dotychczasowym systemie, o których mowa w odwołaniu, związane są właśnie z integracją systemów (osiągnięcia współdziałania), nie jest więc

konieczne uzyskiwanie dodatkowej licencji od producenta ZSI Egeria.

Przystępujący stwierdził, że nieprawdą jest, że z SIWZ wynika wymóg uzyskania przez oferenta uprawnień od producenta ZSI Egeria wynika SIWZ. Według Przystępującego Zamawiający jest zobowiązany do zapewnienia wykonawcy prawnej możliwości

dokonywania modyfikacji i rozbudowy systemu autorstwa Comarch, jeżeli taka konieczność wystąpi (do decyzji Zamawiającego należy wówczas, czy będzie opierał się na licencji ustawowej wynikającej z art. 75 Prawa autorskiego czy uzyska umowne uprawnienie od Comarchu)

Przed wszystkim Zamawiający jest zobowiązany zapewnić Wykonawcy możliwość integracji przedmiotu Umowy z innymi systemami informatycznymi, w zakresie określonym w Umowie i Załączniku nr 1 do SIWZ. Ustalenie kosztów integracji o którym mowa powyżej jest obowiązkiem Wykonawcy, a koszty integracji są częścią kosztów przedmiotu Umowy

(§ 5 ust. 12 wzoru umowy). Oznacza to, że Zamawiający ma obowiązek zawrzeć stosowną

umowę z Comarch (jeżeli takiej umowy nie zawarł wcześniej lub takie uprawnienie nie

wynika z umowy na dostawę oprogramowania), która umożliwi Zamawiającemu i wybranemu

wykonawcy dokonanie stosownej integracji z systemem ZSI Egeria oraz w razie potrzeby dokonania niezbędnej modyfikacji lub rozbudowy tego systemu.

Natomiast do wykonawcy należy poniesienie kosztów związanych z faktyczną integracją oferowanego systemu z system Comarchu, na przykład koszty programistów, architektów i projektantów systemów oraz ewentualnie koszty uzyskania wsparcia ze strony Comarchu dla ułatwienia dokonania takiej integracji.

Odwolujący próbuje przenieść na wykonawcę obowiązek, który zgodnie z dokumentacją przetargową miał zrealizować Zamawiający (powinien on przedstawić dokumenty zapewniające, że w razie potrzeby, bez narażania się na ryzyko naruszenia przepisów Prawa autorskiego, American Systems będzie mógł dokonać niezbędnych modyfikacji systemu Comarchu S.A. (choć w ocenie Przystępującego taka konieczność nie wystąpi).

Zdaniem Przystępującego potwierdzeniem trafności jego stanowiska jest pismo z 27 czerwca 2019 r., będące elementem dokumentacji przetargowej, w którym Comarch zapewnia, że udzieli pomocy wszystkim wykonawcom biorącym udział w przetargu w wykonaniu prac integracji systemów. W piśmie tym nie ma mowy o tym, że Comarch zamierza udzielić wykonawcom niezbędnych uprawnień i zapewnić prawną możliwość dokonania integracji, gdyż obowiązek nabycia stosownych uprawnień leży po stronie Zamawiającego (lub też istnieje do tego uprawnienie z mocy ustawy), a nie wykonawców.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony - podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości, sprawa - z wyjątkiem zarzutu dotyczącego naruszenia art. 90 ust. 1 pzp, który został wycofany przez Odwołującego na posiedzeniu (z tego względu w tym zakresie orzeczono, jak w pkt 1. sentencji) - została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę. W konsekwencji Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty American Systems czy też wykluczenia Przystępującego

z postępowania uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

Załącznik nr 1 do s.i.w.z. - w szczególności następująco opisuje przedmiot zamówienia:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie i wdrożenie Platformy edukacyjnej - SmartPWSZ w Chełmie, (zwanej dalej Platformą), w tym zintegrowanie z posiadanymi przez Zamawiającego systemami użytkowanymi produkcyjnie. Wdrożenie Platformy obejmuje następujące obszary funkcjonalne, a w tym następujące moduły: 1. Obszar obsługi dziekanatowej w zakresie: a. Obsługi procesu zarządzania procesem dyplomowania studentów (Dyplomowanie) b. Obsługi wniosków i decyzji (Sprawy) c. Obsługi stypendiów (Stypendia) d. Obsługi praktyk studenckich (Praktyki) e. Obsługi programów studiów (Programy kształcenia) 2. Obszar obsługi spraw studenckich w zakresie: a. Obsługi studenta (Platforma studenta) b. Obsługi ankietowania (Ankietowanie) c. Obsługi wykładowcy (Platforma wykładowcy) d. Obsługi Akademickiego Biura Karier (Biuro Karier) 3. Obszar administracji w zakresie: a. Obsługi domu studenckiego (Akademiki) b. Obsługi spraw pracowniczych (kadrowo-płacowych) c. Obsługi spraw finansowo-księgowych 4. Obszar integracji z systemami zewnętrznymi w zakresie: a. Komunikacji i wymiany danych studenckich i pracowników naukowodydaktycznych z System Informacji o Nauce i Szkolnictwie Wyższym (POLON) b. Komunikacji i wymiany danych z Jednolitym Systemem Antyplagiatowym (JSA) c. Komunikacja i wymiana danych z Ogólnopolskim Repozytorium Pisemnych Prac Dyplomowych (ORPPD)

(.)

1.4. Na przedmiot zamówienia składa się: 1. Dostarczenie Platformy (nowych modułów Systemu) i bezterminowych licencji na moduły. 2. Wykonanie instalacji Platformy w infrastrukturze informatycznej Zamawiającego. 3. Wykonanie analizy przedwdrożeniowej i sporządzenie dokumentacji projektowej, w tym: Koncepcji Wdrożenia, Harmonogramu Wdrożenia i podziału czynności w ramach wdrożenia. 4. Wykonanie konfiguracji, parametryzacji oraz modyfikacji Platformy, w tym nowych modułów. 5. Wdrożenie nowych funkcjonalności w poszczególnych modułach, wg Harmonogramu wdrożenia, opracowanego przez Wykonawcę zgodnie z ust. 1.5. 6. Wykonanie integracji Platformy z obecnie używanym przez Zamawiającego Zintegrowanym Systemem Informatycznym (Comarch ERP Egeria) oraz z wskazanymi w ust. 2.6 systemami zewnętrznymi. 7. Przeszkolenie Administratorów

Zamawiającego w jego siedzibie do samodzielnego zarządzania, konfigurowania i nadzoru nad eksploatacją Platformy. 8. Opracowanie i dostarczenie kompletnej dokumentacji technicznej i użytkowej (Administracja i obsługa dla użytkownika końcowego) dla wszystkich dostarczanych modułów. 9. Przeprowadzenie Startu Produktywnego dla wszystkich rozbudowanych obszarów, którego efektem będzie samodzielna praca Użytkowników Zamawiającego i jego Kontrahentów (w tym studentów). 10. Zapewnienie 40-tu osobodni właściwych zasobów ludzkich Wykonawcy do dodatkowego nakładu pracy wynikającego z wdrożenia funkcjonalności, które mogą wynikać w czasie wdrożenia Platformy a które to nie zostały opisane w niniejszym opisie, 11. Świadczenie Asysty Technicznej i usług gwarancyjnych przez okres min. 36 miesięcy od daty podpisania protokołu odbioru końcowego przedmiotu zamówienia bez wad i zastrzeżeń.

(...)

Odnosnie pkt 1.4.6. zostały zadane następujące pytania: 1a. Czy Zamawiający w

niniejszym punkcie ma na myśli integrację Platformy z systemem finansowo-księgowym ERP Egeria firmy Comarch? 1b. Czy Zamawiający posiada dokumentację systemu Egeria i wystawi wszystkie dane wymagane do integracji? 1c. Jaki jest oczekiwany zakres integracji? 1d. Z jakich źródeł możliwe będzie pobieranie danych do integracji? 1e. Jaki miałby być „kierunek” integracji?

W wyjaśnieniach treści s.i.w.z. z 10 lipca 2019 r. Zamawiający odpowiedział: na pierwsze z tych pytań twierdząco, na ostatnie, że wymaga integracji dwukierunkowej, a na pozostałe, że zgodnie z OPZ.

Ponadto 10 lipca 2019 r. Zamawiający dodał w treści załącznika nr 1 do s.i.w.z.

w części wstępnej następujące „Wyjaśnienia dla Wykonawców”:

Dokumentacja techniczna Zintegrowanego Systemu Informatycznego jest w posiadaniu Zamawiającego i składa się z dokumentów opisujących konstrukcję systemu, strukturę danych systemu, diagramów modułów podstawowych oraz opisu struktur schematów bazy danych Oracle odpowiedzialnych za ewidencje i przetwarzanie danych transakcyjnych systemu.

Z uwagi na poufny charakter informacji oraz bezpieczeństwo ZSI dokumentacja techniczna ZSI nie może zostać upubliczniona. Na potrzeby umożliwienia dokonania rzetelnej wyceny kosztów pracochłonności wykonania prac wdrożeniowych przez Wykonawcę, Zamawiający

udostępni w/w dokumentację techniczną na wniosek zainteresowanego Wykonawcy na etapie trwania postępowania przetargowego w wyznaczonym terminie po wcześniejszym podpisaniu oświadczenia o zachowaniu poufności przez Wykonawcę.

Zamawiający wymaga, aby Platforma została zintegrowana z obecnie funkcjonującym u Zamawiającego Zintegrowanym Systemem Informatycznym w zakresie:

- 1) Wymiany danych z modulem do zarządzania uprawnieniami Zintegrowanego Systemu Informatycznego do obsługi czynności administracyjnych: tworzenia i modyfikowania kont użytkowników, nadawania haseł dostępowych, tworzenia polityki bezpiecznych haseł, tworzenia i modyfikowania grup uprawnień do nowych modułów i poszczególnych formularzy menu oraz funkcji systemu poprzez zarządzanie funkcjami użytkowymi i profilami, definiowania maksymalnej liczby dopuszczalnych sesji użytkownika w ramach Platformy.
- 2) Wymiany danych kontrahentów, pracowników administracyjnych i naukowych, oraz studentów z Centralną Kartoteką Kontrahentów i modulem Dziekanat Zintegrowanego Systemu Informatycznego na potrzeby zapewnienia jednego wspólnego zbioru kontrahentów z pełną weryfikacją formalną poprawności i unikalności danych w zakresie umożliwiającym pełną obsługę dokumentów finansowo-księgowych, obsługę zgód na otrzymywanie e-faktur, rozliczeń finansowych, windykacji przeterminowanych należności, obsługi zapotrzebowań i zamówień, centralnego zarządzania danymi osobowymi na potrzeby spełnienia wymogów przepisów dot. RODO.
- 3) Wymiany danych struktury organizacyjnej z Centralnym Słownikiem Systemowym Zintegrowanego Systemu Informatycznego w zakresie umożliwiającym zachowanie spójnej struktury organizacyjnej obecnego systemu i Platformy oraz centralnego zarządzania słownikami systemowymi.
- 4) Wymiany danych dot. ewidencji środków trwałych i wyposażenia z modulem Środki Trwałe w zakresie umożliwiającym ewidencję środków trwałych i wyposażenia oraz pełną inwentaryzację używanych środków trwałych i wyposażenia przez pracowników naukowych i administracyjnych.
- 5) Wymiany dokumentów finansowych faktur, korekt do faktur, załączników do dokumentów finansowych, przypisów, wezwań do zapłaty i not odsetkowych z modułów Sprzedaż, Należności i zobowiązania, Dziekanat, Stypendia pomiędzy Zintegrowanym Systemem Informatycznym, a Platformą.
- 6) Wymiany danych kadrowo-płacowych pracowników administracyjnych i naukowych z modulem Ewidencja Kadrowa, Płace i e-Deklaracje na potrzeby zapewnienia ewidencji danych kadrowych, rozliczenia pensum i naliczania listy płac wynagrodzeń oraz zapewnienia ewidencji dorobku naukowego pracowników.
- 7) Wymiany danych finansowych i ewidencji środków trwałych i wyposażenia z modułów Sprzedaż, Należności i zobowiązania, Centralna Kartoteka Kontrahentów, Środki trwałe i Gospodarka magazynowa na potrzeby zapewnienia funkcjonalności obsługi domu studenckiego (Akademiki).
- 8) Wymiany danych zaewidencjonowanych w nowych modułach Platformy z Zintegrowanym Systemem Informatycznym na potrzeby zapewnienia centralnego mechanizmu sprawozdawczości i raportowania.
- 9) Wymiany danych na potrzeby zapewnienia integracji z centralnym systemem powiadomień Zintegrowanego Systemu Informatycznego oraz serwerami e-mail dotyczącymi wysyłania komunikatów/powiadomień na konta zalogowanych użytkowników w systemie oraz skrzynki pocztowe e-mail użytkowników.
- 10) Wymiany danych w zakresie praktyk studenckich w tym informacji o praktykodawcach, ofertach praktyk, oraz realizacji praktyk (dziennik praktyk) z modulem Dziekanat Zintegrowanego Systemu Informatycznego w celu zaliczenia realizacji praktyki.

11) Wymiany danych z modulem Dziekanat Zintegrowanego Systemu Informatycznego w zakresie planu studiów w tym: słownika przedmiotów, słownika grup przedmiotów, informacji o obligatoryjności przedmiotu, sposobie obieralności przedmiotu, przypisania do rodzaju grup studenckich, będącego elementem obsługi programów studiów opracowywanych w Platformie.

12) Wymiany danych w zakresie definicji spraw studenckich z modułami Dziekanat oraz Stypendia Zintegrowanego Systemu Informatycznego.

13) Wymiany danych w zakresie harmonogramu zajęć z modulem Dziekanat ZSI w celu prowadzenia ankiety ewaluacji zajęć w module Ankiety Platformy.

14) Wymiany danych w zakresie pracy dyplomowej w tym o wersji elektronicznej pracy, promotorze, recenzencie, ocenach recenzji i egzaminie dyplomowym z modulem Dziekanat ZSI.

15) Wymiany danych z modulem Dziekanat ZSI w zakresie wyboru zajęć dodatkowych dokonanego przez studenta za pośrednictwem Platformy.

16) Wymiany danych z modulem Dziekanat ZSI w zakresie dokumentów przydziałów zajęć i sprawozdań z wykonania zajęć z modulem Wykładowca Platformy.

Zintegrowany System Informatyczny Zamawiającego działa w oparciu o jedną, wspólną bazę danych Oracle Standard Edition. Zamawiający w ramach projektu wymaga wykonania integracji danych pomiędzy Platformą, a Zintegrowanym Systemem Informatycznym w sposób zapewniający pełną integralność danych aktualnych i historycznych składowanych w ZSI, w sposób zapobiegający przypadkowemu zniekształceniu danych podczas odczytu, zapisu, transmisji lub magazynowania.

Zamawiający wymaga, by Wykonawca zapewnił integrację Platformy z Zintegrowanym Systemem Informatycznym w zakresie określonym powyżej w sposób gwarantujący poprawność przetwarzania danych w ramach obecnych procesów obsługiwanych w

Zintegrowanym Systemie Informatycznym oraz zapewnił poprawność raportowania danych i sprawozdawczości z uwzględnieniem obecnych i nowych danych ewidencjonowanych w bazie danych Oracle.

Na potrzeby realizacji przedmiotu postępowania Zamawiający udostępni wyłoniłemu Wykonawcy wymaganą ilość maszyn wirtualnych działających na klastrze wysokiej dostępności obsługiwanych przez oprogramowanie VMware. Maksymalne udostępnione zasoby: 32 rdzenie, 128GB pamięci RAM, 500GB pamięci do składowania danych. Wirtualne maszyny bazują na serwerach Dell R6415 (procesor AMD EPYC 7351P, 128GB RAM, 2 licencje RHEL, 1 baza danych Oracle) oraz macierzy do składowania danych Dell SC3020 z przestrzenią danych 1,5TB.

Zamawiający zakłada integrację danych poprzez bezpośrednią wymianę danych w ramach bazy danych Oracle systemu ZSI z wykorzystaniem tabel transakcyjnych, widoków danych i procedur składowanych po stronie bazy danych Oracle.

Producent ZSI Egeria deklaruje udzielenie pomocy Wykonawcom biorącym udział w niniejszym postępowaniu tj. w przygotowaniu oferty i wykonaniu prac integracji dostarczanego rozwiązania z ZSI Egeria, w przypadku wygrania postępowania przetargowego. Deklaruje, również iż każdy potencjalny Wykonawca, który się do Niego zwróci o wsparcie otrzyma odpowiednią ofertę.

Zamawiający dopuszcza i wyraża zgodę na przeprowadzenie, na życzenie Wykonawcy biorącego udział w niniejszym postępowaniu, wizji lokalnej w siedzibie Zamawiającego (w godzinach pracy Zamawiającego, po wcześniejszym uzgodnieniu terminu z kierownikiem Centrum Informatycznego: tel. 825643722, mail:) w celu zapoznania się z dokumentacją i funkcjonowaniem ZSI, infrastrukturą i platformą sprzętową dedykowaną na potrzeby realizacji niniejszego postępowania, po wcześniejszym podpisaniu oświadczenia o zachowaniu poufności przez Wykonawcę.

Zgodnie z brzmieniem § 5 ust. 12 wzoru umowy: Zamawiający jest zobowiązany zapewnić Wykonawcy możliwość integracji przedmiotu Umowy z innymi systemami informatycznymi, w zakresie określonym w Umowie i Załączniku nr 1 do SIWZ. Ustalenie kosztów integracji o którym mowa powyżej jest obowiązkiem Wykonawcy, a koszty integracji są częścią kosztów przedmiotu Umowy.

Reasumując, z powyższych postanowień wynika, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie Platformy, czyli zupełnie nowego systemu informatycznego, który dodatkowo ma być zintegrowany z użytkownym przez Zamawiającego systemem informatycznym klasy

ERP Egeria produkcji Comarchu, który został wdrożony przez Comarch Polska. Przy czym dopiero w toku wyjaśnień treści s.i.w.z. na skutek pytań wykonawców zamawiający sprecyzował zakres wymaganej integracji. Natomiast od początku Zamawiający jako strona umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia zobowiązał się zapewnić wykonawcy Platformy możliwość integracji z innymi posiadanymi systemami informatycznymi, a zatem i z systemem Egeria. Wobec braku ograniczenia tego zobowiązania należy uznać, że odnosi się ono zarówno do aspektów prawnych, jak i faktycznych takiej integracji, czyli zapewnienia, aby pod względem prawnym i faktycznym taka integracja była możliwa.

Niezależnie od powyższego trudno zakładać, że Zamawiający, który chce udzielić przedmiotowego zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego nie opisał jego przedmiotu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, jak wymaga tego art. 29 ust. 1 pzp, czy też opisał go w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, jak zabrania tego art. 29 ust. 2 pzp. Skoro nigdzie w s.i.w.z., w tym w ramach opisu przedmiotu zamówienia, wprost nie wskazano, że dla jego wykonania w zakresie integracji z użytkowymi przez Zamawiającego innymi systemami informatycznymi konieczne jest uzyskanie uprawnień czy licencji od podmiotów trzecich, bezpodstawne jest wywodzenie tego pośrednio z treści postanowień lub udzielonych wyjaśnień treści s.i.w.z. zacytowanych w odwołaniu, które też wprost na to nie wskazują.

W rozdziale IX s.i.w.z. w pkt I.2. ppkt 10 lit. a Zamawiający określił, że przed udzieleniem zamówienia wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia - jako dokumentu na potwierdzenie, że oferowane usługi spełniają jego wymagania - szczegółowej specyfikacji, opisu lub innego dokumentu, z którego w sposób niebudzący wątpliwości Zamawiającego wynikać będzie, że oferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w opisie przedmiotu zamówienia.

W wezwaniu z 7 sierpnia 2019 r. skierowanym do American Systems Zamawiający sprecyzował, że

W ramach powołanej specyfikacji/opisu należy uwzględnić następujące m. in. następujące opisy:

1. szczegółową specyfikację funkcjonalną oferowanego Systemu wraz z instrukcją użytkownika potwierdzającą sposób realizacji wymagań Zamawiającego zgodnie z OPZ,
2. koncepcję integracji i szczegółową specyfikację interfejsów dwukierunkowej wymiany danych pomiędzy oferowanym Systemem, a Zintegrowanym Systemem Informatycznym Zamawiającego potwierdzającą sposób realizacji wymagań Zamawiającego w zakresie OPZ,
3. opis architektury oferowanego Systemu potwierdzający spełnienie wymagań ogólnych dla Systemu oraz wymagań technicznych w tym dla obsługi spraw studenckich potwierdzającą sposób realizacji wymagań Zamawiającego w zakresie OPZ z uwzględnieniem wymagania Zamawiającego w zakresie kodowania UT8 i mechanizmów wielojęzyczności Systemu,
4. sposób realizacji wymagań określonych poniżej z uwzględnieniem wyjaśnienia posiadanych przez wykonawcę uprawnień do wykonania rozbudowy Systemu ZSI Zamawiającego:
 - a. obsługi spraw pracowniczych (kadrowo-płacowych),
 - b. obsługi spraw finansowo-księgowych,
 - c. dostosowania wydruków do bieżących przepisów i wymogów Zamawiającego w zakresie: Plan studiów, obsady zajęć, księga dyplomów, księga albumów, studenci studiujący na więcej niż jednym produkcie
 - d. zapewnienia możliwości modyfikacji obecnych i tworzenia nowych raportów (wydruków) w oparciu o najnowsze stabilne oprogramowanie i narzędzia (w tym iReport) zapewniające zgodność (poprawny wydruk) z poziomem Systemu,
 - e. zapewnienia raportu o ukończonym kierunku i specjalności na studiach I stopnia (dotyczy studentów II stopnia)
5. koncepcji wykonania usługi wdrożenia Systemu zgodnie z wymaganiami Zamawiającego,
6. koncepcji raportowania danych z uwzględnieniem wymagania Zamawiającego do zapewnienia spójności danych transakcyjnych i słownikowych - zapewnienia spójnej i jednolitej bazy danych na w zakresie umożliwiającej prawidłowe działanie systemu ZSI

i mechanizmów raportowania danych.

Ponadto Zamawiający wnosi o potwierdzenie od Wykonawcy że posiada prawa udzielone przez producenta ZSI Egeria do jego modyfikacji w zakresie o których mowa w pkt 4.

W przypadku stwierdzenia wątpliwości co do przedstawionych dokumentów, Zamawiający w celu wyeliminowania wątpliwości dopuszcza zastosowanie dodatkowej prezentacji wg poniższego scenariusza.

I. Wykonanie prezentacji próbnej instalacji i integracji nowych modułów stanowiących przedmiot rozbudowy Zintegrowanego Systemu Informatycznego używanego przez Zamawiającego zgodnie z wymaganiami poniżej.

1) Wymaga się aby w czasie prezentacji w celu zademonstrowania kompleksowej budowy dostarczonego oprogramowania i poprawnego działania oraz integracji Wykonawca zainstalował na infrastrukturze informatycznej Zamawiającego wybrane moduły:

a) obsługi wniosków i decyzji,

b) dyplomowania studentów,

c) obsługi wykładowcy,

2) Wykonawca powinien zademonstrować poprawnie działające próbnie zainstalowane moduły stanowiące przedmiot rozbudowy Zintegrowanego Systemu Informatycznego w podstawowym zakresie funkcjonalnym prezentując następujące elementy:

a) przydzielenie uprawnień do uruchomienia każdego z modułów dla losowo wskazanych przez Zamawiającego pracowników Zintegrowanego Systemu Informatycznego zewidencjonowanych w bazie danych systemu,

b) zalogowanie się za pomocą przydzielonych danych do modułu obsługi wykładowcy i wypełnienie przykładowego protokołu ocen przez wykładowcę, wydruk protokołu na przykładowym szablonie dokumentu,

c) zalogowanie się za pomocą przydzielonych danych do modułu obsługi wniosków i decyzji i wykonanie następujących operacji: przegląd listy studentów Zintegrowanego Systemu Informatycznego, zmiana wskazanych danych wybranego studenta, prezentacja stanu rozliczeń wskazanego studenta zalegającego z płatnościami, założenie wskazanej sprawy dla wybranego podczas prezentacji studenta;

d) rejestracja recenzji pracy dyplomowej przez promotora i recenzenta w module obsługi wykładowcy, wygenerowanie protokołu egzaminu dyplomowego - z obliczoną średnią ocen z całego toku studiów, oceną z pracy dyplomowej, na egzaminie mają być zarejestrowane 3 pytania komisji oraz ocena odpowiedzi na te pytania w skali ocen 2-5. Wydruk protokołu egzaminu dyplomowego. Nadanie nr dyplomu. Wydruk księgi dyplomów.

II. Data i miejsce prezentacji zostanie wskazane przez Zamawiającego w ramach zaproszenia do prezentacji.

III. Łączny czas instalacji i prezentacji przez Wykonawcę nie może przekroczyć 4 godzin zegarowych.

Pismem z 23 sierpnia 2019 r. Zamawiający wezwał w trybie art. 87 ust. 1 pzp American Systems do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty, dotyczących:

1. opisu koncepcji integracji i szczegółowej specyfikacji interfejsów dwukierunkowej wymiany danych pomiędzy oferowanym Systemem, a Zintegrowanym Systemem Informatycznym Zamawiającego potwierdzającej sposób realizacji wymagań Zamawiającego w zakresie OPZ,

2. opisu architektury oferowanego Systemu potwierdzającego spełnienie wymagań ogólnych dla Systemu oraz wymagań technicznych dla obsługi spraw studenckich potwierdzającego sposób realizacji wymagań Zamawiającego w zakresie OPZ z uwzględnieniem wymagania Zamawiającego w zakresie kodowania UT8 i mechanizmów wielojęzyczności Systemu

3. opisu sposobu realizacji funkcjonalności (OPZ, 2.5. Obszar administracji) i wymagań określonych poniżej z uwzględnieniem wyjaśnienia posiadanych przez wykonawcę uprawnień do wykonania rozbudowy Systemu ZSI Zamawiającego tj. systemu ERP Egeria w zakresie: a. obsługi spraw pracowniczych (kadrowo-płacowych) b. obsługi spraw finansowo-księgowych c. dostosowania wydruków do bieżących przepisów i wymogów Zamawiającego w zakresie: Plan studiów, obsady zajęć, księga dyplomów, księga albumów, studenci studiujący na więcej niż jednym kierunku d. zapewnienia możliwości modyfikacji

obecnych i tworzenia nowych raportów (wydruków) w oparciu o najnowsze stabilne oprogramowanie i narzędzia (w tym iReport) zapewniające zgodność (poprawny wydruk) z poziomem Systemu e. zapewnienia raportu o ukończonym kierunku i specjalności na studiach I stopnia (dotyczy studentów II stopnia).

4. opisu koncepcji wykonania usługi wdrożenia Systemu zgodnie z wymaganiami Zamawiającego,

5. opisu koncepcji raportowania danych z uwzględnieniem wymagania Zamawiającego do zapewnienia spójności danych transakcyjnych i słownikowych zapewnienia spójnej i jednolitej bazy danych w zakresie umożliwiającym prawidłowe działanie systemu ZSI Egeria i mechanizmów raportowania danych

Ponadto Zamawiający wnosi o wyjaśnienia dot. potwierdzenia, że posiada prawa udzielone przez producenta ZSI Egeria do jego modyfikacji w zakresie, o którym mowa w pkt. 4.

W piśmie z 30 sierpnia 2019 r. American Systems następująco odpowiedziało na powyższe wezwanie:

Zgodnie z art. 25 ust. 1 PZP Zamawiający może żądać wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, które musi wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ. Zamawiający musi poinformować wszystkich wykonawców, jakich dokumentów będzie żądał — przed złożeniem przez wykonawców ofert.

Następnie, zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp — Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, a więc dokumentów, o których wcześniej poinformował w ogłoszeniu o zamówieniu lub siwz. Oznacza to, że Zamawiający, po złożeniu ofert przez wykonawców, nie może żądać na podstawie art. 26 ust. 1 PZP od wykonawcy z najwyżej ocenioną ofertą — dokumentów, które nie były wcześniej wskazane przez Zamawiającego w SIWZ.

Powyższa zasada jest jednym z fundamentów Prawa zamówień publicznych i wydaje się, że nie wymaga szerszego uzasadnienia. Istotą jej jest zakaz zmieniania wymogów stawianych wykonawcom już po złożeniu ofert.

W Wezwaniu do wyjaśnienia treści złożonej oferty z dnia 23 sierpnia 2019 r. Zamawiający żąda dalszego uszczegółowienia przedstawionej „Szczegółowej specyfikacji systemu” - żądając podania informacji, które nie były wymagane i nie były zawarte w SIWZ. Żądania przedstawione w piśmie są więc bezprzedmiotowe i nieuzasadnione, a Wykonawca nie ma obowiązku przedstawiania ich na obecnym etapie.

Zamawiający jako pretekstu do żądania dodatkowych dokumentów używa art. 87 ust. 1 Pzp. Instytucja „wyjaśnień treści oferty” została użyta w sposób nieprawidłowy i nie może mieć zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym. Należy wskazać, że dokumenty dotyczące oferowanego systemu, zostały opisane przez Zamawiającego w Rozdziale IX pkt I ppkt 10 SIWZ, jako dokumenty składane na potwierdzenie, że oferowane usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Wydaje się zatem, że jeśli Zamawiający oczekuje wyjaśnień co do złożonej specyfikacji oferowanego systemu właściwą podstawą prawną do wzywania wykonawcy winien być art. 26 ust. 4 Pzp.

Niezależnie o powyższego Wykonawca w celu wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego oświadcza co następująco:

1. Zaproponowane rozwiązanie informatyczne - System, spełnia wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej. W tym celu Wykonawca przedstawił w swojej ofercie szczegółową specyfikację oferowanego systemu.
2. Zamawiający w przedmiotowym wyzwaniu do złożenia wyjaśnień oczekuje od Wykonawcy dokumentów i informacji, które zgodnie z postanowieniami SIWZ, w szczególności Załącznika nr 6 „Wzór Umowy” mają zostać wykonane przez Wykonawcę na etapie realizacji zamówienia. Potwierdza to przygotowana przez Zamawiającego dokumentacja przetargowa:
 - 1) Załączniku nr 1 „Opis przedmiotu zamówienia” wskazał:
 1. OPZ
 - (...) „3. Wykonanie analizy przedwdrożeniowej i sporządzenie dokumentacji projektowej, w tym: Koncepcji Wdrożenia, Harmonogramu Wdrożenia i podziału czynności w ramach wdrożenia”. (...)
 - 2) Załączniku nr 6 „Wzór umowy”:

a) §3 umowy ust. 1 Zamawiający wskazał:

„1. Strony ustalają, iż wszystkie prace związane z przedmiotem Umowy zostaną zrealizowane do dnia 30 września 2020 r., z następującymi zastrzeżeniami:

1) Analiza Przedwdrożeńiowa, której wynikiem będzie Dokument Analizy Przedwdrożeńiowej, zostanie wykonana i dostarczona Zamawiającemu w terminie 7 dni

roboczych od daty zawarcia niniejszej Umowy;” oraz

b) §2 umowy definiując pojęcie Analizy przedwdrożeńiowej” Zamawiający wskazał: „Dokument Analizy Przedwdrożeńiowej zawiera kluczowe wymagania funkcjonalne, harmonogram realizacji prac wdrożeńiowych, oraz opis koncepcji wdrożenia tj. raport, zawierający mapy docelowych procesów w organizacji Zamawiającego oraz wytyczenie

głównych zadań dla poszczególnych obszarów z uwzględnieniem specyfiki wymagań Zamawiającego oraz standardowych mechanizmów i najlepszych praktyk;”

Wykonawca przedstawił ofertę, której treść jest zgodna z treścią SIWZ.

Reasumując, z powyższych okoliczności wynika, że Zamawiający w treści s.i.w.z. nie sprecyzował, czego konkretnie oczekuje w ramach potwierdzenia zgodności treści oferty z treścią opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności w aspekcie integracji oferowanej Platformy z użytkowanym systemem klasy ERP Egeria. Dopiero w treści wezwania skierowanego do American Systems zamawiający sprecyzował swoje oczekiwania w tym zakresie. W odpowiedzi Wykonawca trafnie zauważył, że z art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp wynika obowiązek sprecyzowania przez Zamawiającego żądania co do potwierdzenia zgodności przedmiotu oferty z opisem przedmiotu zamówienia w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zarzuty odwołania są niezasadne z następujących powodów.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Za utrwalone w doktrynie i orzecznictwie należy uznać pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego - co do zasady - porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. - jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obowiązuje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10 i 16 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 10a ust. 5 pzp) {w poprzednim stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności}, a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu

zamówienia. W szczególności zamawiający może oczekiwać sprecyzowania specyfikacji technicznej oferowanego systemu informatycznego, w której zostanie sprecyzowany sposób spełnienia poszczególnych parametrów opisu przedmiotu zamówienia.

Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp konieczne jest również jednoznaczne uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a specyfikacją (zwykle opisem przedmiotu zamówienia) zamawiającego polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi postanowieniami s.i.w.z.

W rozstrzyganej sprawie Odwołujący nie był w stanie wskazać żadnego takiego postanowienia, w istocie wywodząc rzekomą niezgodność treści oferty Amercian Systems ze swojej oceny prawnej sytuacji Zamawiającego jako strony umowy zawartej z Comarch Polska na wdrożenie systemu Egeria produkcji Comarch. Okoliczność, że jak wynika z przebiegu rozprawy, Zamawiający i Odwołujący mają odmienne zapatrywania na zakres uprawnień przysługujących Zamawiającemu z tej umowy, jest bez znaczenia dla kwestii zgodności treści oferty złożonej w tym postępowaniu z treścią s.i.w.z., która z oczywistych względów nie wymagała od wykonawców zainteresowanych udziałem w przetargu nieograniczonym wklania się ten spór. Zupełnie nieprzekonujące jest wskazanie na postanowienia wzoru umowy zobowiązujące wykonawcę do dostarczenia przedmiotu umowy bez wad (w tym prawnych), gdyż oczywiste jest, że Zamawiający nie może oczekiwać od wykonawcy tego zamówienia usunięcia wad prawnych wynikłych z ewentualnego nienależytego przygotowania przez niego otoczenia prawnego wymaganej od wykonawcy integracji jego oprogramowania z oprogramowaniem podmiotów trzecich, które Zamawiający użytkuje.

Natomiast zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się de facto do uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, do którego wprost odesłano również w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty. W rezultacie odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy lub nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru. Poprawienie jest zatem dopuszczalne w takim zakresie, w jakim nie stanowi naruszenia zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Podkreślić należy, że wyjaśnienia z art. 87 ust. 1 pzp nie mogą służyć uzyskaniu informacji czy dokumentów, które nie zostały zażądane w treści s.i.w.z. Stąd Zamawiający bezpodstawnie domagał się od American Systems w tym trybie informacji, których podania nie oczekiwał ani w treści oferty ani w ramach dokumentu zażądanego na zasadzie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp (o czym bardziej szczegółowo poniżej).

W ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieścić się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w s.i.w.z.) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Niezamknięty katalog tych dokumentów został określony w § 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 126) (dalej: „rozporządzenie”). Dokumenty te co do zasady należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć potwierdzenie w dokumentach pochodzących co do zasady od niezależnego od wykonawcy podmiotu zewnętrznego (co wprost wskazano przy określeniu rodzaju dokumentów wyliczonych w § 13 ust. 1 pkt 2-5 rozporządzenia), względnie w próbkach, opisach, fotografiach, planach, projektach, rysunkach, modelach, wzorach, programach komputerowych oraz innych podobnych materiałach, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego (rodzaje środków dowodowych wymienione w § 13 ust. 1 pkt 1

rozporządzenia).

W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym - niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym - niewykazaniu zgodności oferowanych rzeczy z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć

potwierdzenie w tych dokumentach. Przy czym konieczne jest, aby składane dokumenty dotyczyły tych samych rzeczy, które zostały sprecyzowane w ofercie. Resumując, konsekwencją niezłożenia dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji, z zastrzeżeniem zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 pzp, jeżeli nie prowadzi to do zmiany treści oferty. Tryb ten nie może służyć bowiem obejściu braku należytego sprecyzowania treści oferty, gdyż dokumenty te służą potwierdzeniu treści oferty, a nie jej rekonstruowaniu na ich podstawie. W szczególności w systemie oceny ofert, w którym dokumenty te nie są składane wraz z ofertą, ale na późniejszym etapie, prowadziłoby to do obejścia zakazów wynikających z art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp, a w konsekwencji naruszeniu zasad wynikających z art. 7 ust. 1 pzp.

Podkreślić jednocześnie należy, że zakres potwierdzenia zażądanego na zasadzie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp nigdy nie powinien być szerszy niż zakres uprzednio oczekiwanej treści oferty, gdyż w przeciwnym razie dochodziłoby do sprecyzowania treści oferty po upływie terminu składania ofert. Stąd skoro w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający oczekiwał w treści oferty wskazania ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, nie może następnie od wykonawcy wymagać sprecyzowania treści oferty w ramach dodatkowego potwierdzenia zgodności treści oferty z treścią opisu przedmiotu zamówienia, dodatkowo w sytuacji, gdy zakres oczekiwanych informacji konkretyzuje dopiero w treści wezwania skierowanego na zasadzie art. 26 ust. 1 pzp.

Wobec powyższego oczywiście niezasadny jest również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp (zgodnie z którym z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie), gdyż potwierdzenie przez Amercian Systems w ramach wyjaśnień, że złożyło ofertę zgodną z s.i.w.z. nie mogło wprowadzić w błąd Zamawiającego. Po pierwsze dlatego, że nic nie wskazuje na to, aby obiektywnie stan rzeczy przedstawiał się inaczej. Po drugie, trudno sobie wyobrazić, w jaki sposób Wykonawca miałby wprowadzić w błąd Zamawiającego, który jednocześnie według

treści odwołania doskonale zdaje sobie sprawę z uwarunkowań prawnych związanych z użytkowaniem systemu ZSI Egeria.

Na marginesie Izba zauważa, że okoliczności podnoszone przez Odwołującego mogłyby co najwyżej stanowić uzasadnienie dla stawiania zarzutu, że przedmiotowe postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zwanie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wobec jednoznacznego określenia w odwołaniu, na czym polega interes Odwołującego, a także żądań związanych z zarzutami wskazanymi konkretnie przepisów ustawy pzp, Izba nie miała podstaw do rozpatrzenia tych okoliczności pod tym kątem.

Z tych względów Izba - działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 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) - obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.