

Sygn. akt: KIO 1714/20

WYROK

z dnia 11.08.2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 07 sierpnia 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23.07.2020 r. przez wykonawcę Asseco Data Systems S.A., ul. Podolska 21, 81-321 Gdynia w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Jagielloński, ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków

przy udziale wykonawcy "PCG ACADEMIA" Sp. z o.o., Jasionka 954F, 36-002 Jasionka zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Asseco Data Systems S.A., ul. Podolska 21, 81-321 Gdynia i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczonych przez odwołującego 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 2019 r., poz. 1843) na niniejsze orzeczenie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1714/20

UZASADNIENIE

Uniwersytet Jagielloński, ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków, dalej zwany „zamawiającym „ prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wyłonienie Wykonawcy w zakresie dostawy i wdrożenia oprogramowania LMS dla Wydziału Prawa i Administracji UJ (nr sprawy: 80.272.238.2020)". Ogłoszenie zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 lipca 2020 roku pod nr 2020/S 133-325912.

Postępowanie znajduje się na etapie przekazania potencjalnym wykonawcom treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Od opublikowanej treści SIWZ potencjalny wykonawca Asseco Data Systems S.A., ul. Podolska 21, 81-321 Gdynia, dalej zwany "odwołującym" wniósł odwołanie od treści postanowień SIWZ ustalonej przez zamawiającego.

W wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 22 ust. 1a Pzp w związku z art. 22 ust. 1b pkt 3 Ustawy oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 PZP, poprzez postawienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego wykonawcy oraz w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji;

2. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 29 ust. 1, 2 lub 3 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niepełny, niejednoznaczny, mało wyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, lub w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję lub przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów;

3. naruszenie art. 14 Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z naruszeniem art. 353(1) Kodeksu cywilny, art. 354 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. oraz 29 ust. 1, 2 Pzp, przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niepełny, niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez przerzucenie na wykonawcę niemożliwych do oszacowania ryzyka związanych z realizacją zamówienia, a także w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję;

4. naruszenie art. 7 ust. 1 PZP w związku z art. 471 i 472 Kodeksu cywilnego poprzez niejednoznaczne określenie zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej i wprowadzenie kar umownych za „opóźnienie” w realizacji umowy o zamówienie publiczne.

Wnosząc o uwzględnienie odwołania odwołujący podniósł żądania nakazania zamawiającemu:

1) dokonania modyfikacji SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, a następnie dokonanej zmianę SIWZ przekazał niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ, oraz zamieścił zmianę SIWZ na stronie internetowej, na której SIWZ jest udostępniana,

2) dokonał modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej,

3) przedłużył termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach, zgodnie z art. 12a ust. 2 pkt 1 PZP,

4) niezwłocznie po przekazaniu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, zamieścił informację o zmianach w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej.

Na wstępie uzasadnienia zarzutów podał, że w dniu 13 lipca 2020 roku zamawiający zamieścił na stronie internetowej ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ, w którym to opisał przedmiot zamówienia oraz sformułował wszystkie konieczne warunki do ubiegania się o zamówienie oraz warunki jego realizacji. Odwołujący kwestionuje zasadność i zgodność z prawem niektórych postanowień SIWZ odnośnie warunków udziału w postępowaniu oraz wymagań, które ma spełniać przedmiot zamówienia lub wykonawca realizując przedmiot zamówienia.

Na wstępie prezentacji stanu faktycznego sprawy oraz stanowisk stron i przystępującego wskazać należy, że odwołujący w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił część zarzutów w całości, niektóre częściowo jednakże na etapie rozprawy nastąpił pomiędzy stronami spór co wykładni treści zmienionych postanowień. W związku z tym na wniosek pełnomocnika zamawiającego Izba wyraziła zgodę, aby co do części zarzutów w których występują wątpliwości interpretacyjne, zamawiający mógł dokonać wyjaśnień rozumienia przez niego postawionych wymagań bezpośrednio po omówieniu danego zarzutu przez odwołującego. Przeciwno takiemu stanowisku Izba oponował pełnomocnik przystępującego uważając, że prowadzi to w ostateczności do negocjacji w zakresie zarzutów odwołanie. Izba nie uwzględniła stanowiska przystępującego wskazując, że odnośnie się na tym etapie postępowania do instytucji z art. 87 ust. 1 Pzp, gdzie ustawodawca zakazuje negocjacji treści oferty jest nieadekwatne, gdyż na tym etapie przedmiotowego postępowania nie mamy złożonych ofert.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w zakresie uwzględnionych zarzutów podał, że częściowo uwzględnia zarzut odwołującego w zakresie:

- warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego wykonawcy oraz w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, określonego w pkt 5 SIWZ ppkt 3, to jest zarzut opisany w punkcie 1). w tym ppkt 1a i ppkt 1b Odwołania:
- opisu przedmiotu zamówienia określonego w punkcie 2 SIWZ ppkt. 2.1 oraz w § 2 ust.2 pkt. 2.1 Załącznika nr 3 do SIWZ „Wzoru umowy”, to jest zarzut opisany w punkcie 2 w tym ppkt 2a Odwołania:
- warunku udostępnienia platformy edukacyjnej, określonego w pkt 4 SIWZ ppkt 1.1. oraz w § 6 ust. 1 Załącznika nr 3 do SIWZ „Wzoru umowy”, to jest zarzut opisany w punkcie 2b Odwołania;
- warunku odnoszącego się do obowiązku przedłożenia wraz z ofertą filmu potwierdzającego spełnienie wymagań opcjonalnych, to jest zarzut opisany w punkcie 2c Odwołania:
- warunków odstąpienia od umowy określonych w § 13 ust. 2 lit. c). Załącznika nr 3 do SIWZ „Wzoru umowy”, to jest zarzut opisany w punkcie 3b Odwołania:
- warunków obciążenia Wykonawcy karami umownymi określonych w § 8 ust. 2 Załącznika nr 3 do SIWZ „Wzoru umowy”, to jest zarzut opisany w punkcie 4 Odwołania.

Zamawiający w całości uwzględnia zarzut Odwołującego w zakresie:

- warunku realizacji przedmiotu umowy określonego w § 2 ust. 6 Załącznika nr 3 do SIWZ „Wzoru umowy”, to jest zarzut opisany w punkcie 3a Odwołania:
- warunków wypowiedzania umowy określonych w § 13 ust. 8 Załącznika nr 3 do SIWZ „Wzoru umowy”, to jest zarzut opisany w punkcie 3e Odwołania.

Przechodząc do kwestii omawiania stanowisk stron co do zasadności podniesionych zarzutów wskazać należy, że odnosząc się do odpowiedzi na odwołanie i wyjaśnień zamawiającego odwołujący na etapie rozprawy wycofał zarzut oznaczony w uzasadnieniu odwołania numerem 1 ppkt 1a i 1 ppkt 1b; 3a i 3c, znajdujące się na stronie 15-18 uzasadnienia; zarzut 2a str. 11 odwołania; zarzut z pkt 3b; zarzut 4 str. 18 uzasadnienia.

Wobec powyższego Izba uznała, że zaistniały pomiędzy stronami spór w zakresie zarzutów uwzględnionych w całości przez zamawiającego i wycofanych przez odwołującego wygasł i tym samym uznała niezasadność prezentacji w tym zakresie stanu faktycznego oraz stanowisk uczestników postępowania odwoławczego.

W odniesieniu do zarzutu z pkt 2 ppkt 2a str. 11-12 uzasadnienia odwołujący podniósł zarzut wobec wymagania wykonania zamówienia w sposób „natywny” lub „natywne (bez konieczności używania dodatkowych wtyczek czy narzędzi zewnętrznych)”, opisany w:

- 1) pkt 3 SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia: pkt 2.1.4, pkt 2.1.5, pkt 2.1.6, pkt 2.1.7, pkt 2.1.8;
- 2) Załączniku nr 1 do SIWZ „Formularz ofertowy”, pkt 3 - Tabela (kolumna „Opis”): pkt 1, pkt 6, pkt 7, pkt 24;
- 3) „Część II” Załącznika A do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia” (definicja pojęcia „natywne”), „Część II” Załącznika A do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”: pkt 2.4.2, pkt 2.5.2, pkt 2.8.4, pkt 2.8.5, 2.28.10; 4)
- 4) Załącznika nr 3 do SIWZ „Wzór umowy”: §2 ust. 2: pkt 2.1.4, pkt 2.1.5, pkt 2.1.6, pkt 2.1.7, pkt 2.1.8.

W tym zakresie odwołujący podał, że zamawiający narzucił wykonawcom sposób wykonania zamówienia w ten sposób, że oczekuje aby platforma edukacyjna była „natywna” lub „natywne (bez konieczności używania dodatkowych wtyczek czy narzędzi zewnętrznych). Takie działanie rażąco narusza zasadę uczciwej konkurencji, preferując rozwiązanie informatyczne, które musi być rozwiązaniem w pełni zintegrowanym. Odwołujący podnosi, że platformy edukacyjne są nie są rozwiązaniami standardowymi i nie muszą mieć charakteru zintegrowanego. Zasadą budowy systemów informatycznych

przyjęty przez odwołującego jest modułowość systemu, co oznacza, że istnieje jego podstawowa wersja, która w zależności od wymogów danego kontrahenta, jest obudowywana dodatkowymi modułami. Takie rozwiązania działają równie dobrze jak systemy w pełni zintegrowane, spełniają wszystkie funkcjonalności oczekiwane przez Zamawiającego. Działanie zamawiającego ma charakter dyskryminacyjny i ma na celu wyłącznie preferowanie jednego rozwiązania informatycznego oprogramowania BlackBoard. Tymczasem uprawnienie zamawiającego nie może narzucać technologii wykonania zamówienia, a jedynie określić wymagania funkcjonalne zamawianego systemu. Powyższe oznacza, że w przedmiotowym stanie faktycznym, zamawiający przekroczył swojej uprawnienie i narusza tym samym normę prawną wyrażoną w art. 29 ust. 2 Pzp, bowiem rażąco narusza uczciwą konkurencję.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu usunięcia z treści SIWZ:

1) definicji pojęcia natywne w wskazanej w Części II Załącznika A do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” o treści: Poprzez NATYWNE rozwiązania i funkcjonalności rozumie się takie, które są w pełni zintegrowane i zoptymalizowane do działania z platformą, zostały przygotowane przez Wykonawcę i tworzą jednorodne (producentckie) środowisko pracy i interfejs, nie następuje wymiana danych z „zewnętrzną dostawcą (podwykonawcą) danej funkcjonalności.”

2) sformułowania „natywne” lub „natywna (bez konieczności używania dodatkowych wtyczek czy narzędzi zewnętrznych)” z:

a) pkt 3 SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia: pkt 2.1.4, pkt 2.1.5, pkt 2.1.6, pkt 2.1.7, pkt 2.1.8;

b) Załączniku nr 1 do SIWZ „Formularz ofertowy”, pkt 3 Tabela (kolumna „Opis”): pkt 1, pkt 6, pkt 7, pkt 24;

c) „Części II” Załącznika A do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”: pkt 2.4.2, pkt 2.5.2, pkt 2.8.4, pkt 2.8.5, 2.28.10 „Część II” Załącznika A do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”;

d) Załącznika nr 3 do SIWZ „Wzór umowy”: §2 ust. 2: pkt 2.1.4, pkt 2.1.5, pkt 2.1.6, pkt 2.1.7, pkt 2.1.8.

W kolejnym zarzucie oznaczonym 2b. dotyczącym warunku udostępnienia platformy edukacyjnej w terminie 10 dni od zawarcia umowy - warunek określony w pkt 4 SIWZ „Termin wykonania zamówienia” w ppkt 1.1 oraz w §6 ust. 1 Załącznika nr 3 do SIWZ „Wzór umowy”, odwołujący wskazuje, że zamawiający określił w sposób nieproporcjonalny i nieadekwatny termin wykonania części zamówienia, wymagając aby platforma edukacyjna była udostępniona zamawiającemu w terminie 10 dni od dnia zawarcia umowy. Odwołujący podniósł, że jednocześnie zamawiający określił termin realizacji zamówienia na 6 miesięcy (z możliwością skrócenia przez danego wykonawcę do 3 miesięcy - gdyż termin realizacji zamówienia stanowi kryterium oceny ofert). Jednakże zdaniem odwołującego nie ma żadnego uzasadnienia faktycznego dla postawienia 10 dniowego terminu, gdyż ocenie i odbiorowi końcowemu podlega dopiero wykonanie całego zamówienia, o czym stanowi § 6 ust. 1 Załącznika nr 3 do Umowy „Wzór umowy”. Ten dysonans pomiędzy terminem wykonania zamówienia (który zdaniem Odwołującego jest realny, a terminem udostępnienia platformy edukacyjnej) stanowi rażąco niekonsekwencję zamawiającego. Jego jedynym wytłumaczeniem jest nieuzasadnione preferowanie jedyne go możliwego do zaoferowania oprogramowania BlackBoard. Niezależnie od powyższego odwołujący podnosi, że dopiero wykonanie całego zamówienia (wdrożenia) pozwoli zamawiającemu na wykorzystanie zamawianego rozwiązania informatycznego. Określenie terminu, który w kontekście warunków wykonania danego zamówienia, stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i jest rażąco naruszeniem przepisów, znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, także organów zajmujących się naruszeniami dyscypliny finansów publicznych. Biorąc powyższe pod uwagę odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu usunięcie z treści SIWZ: w całości warunku określonego w pkt 4 SIWZ „Termin wykonania zamówienia” w ppkt 1.1; oraz w §6 ust. 1 Załącznika nr 3 do SIWZ „Wzór umowy” sformułowania „w ciągu 10 dni od zawarcia umowy Wykonawca udostępni platformę, która będzie spełniała wymagania określone w załączniku A do SIWZ”.

W zakresie zarzutu 2c dotyczącego tego, że w Części II Załącznika A do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” o treści: „Zamawiający zastrzega, iż wszystkie poniższe wymagane i opcjonalne (jeśli są oferowane) funkcjonalności winny zostać włączone wraz z dostarczeniem systemu, a okres wdrożenia platformy służy konfiguracji i optymalizacji ustawień wedle zdiagnozowanych potrzeb Zamawiającego” wraz z treścią pkt 10.2 SIWZ, pkt 4 Załącznika nr 1 do SIWZ „Formularz oferty” oraz sformułowaniem „Załącznik nr 10 -

dokument z dostępem do filmów poglądowych prezentujących działanie funkcjonalności opcjonalnych platformy (oznaczonych poprzez O w załączniku A do SIWZ i deklarowanych w formularzu oferty), zawierający adres URL z danymi dostępowymi" wniosk o nakazanie zamawiającemu z powyższej treści, sformułowania warunku określonego w Części II Załącznika A do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia" o treści: „Zamawiający zastrzega, iż wszystkie poniższe wymagane i opcjonalne (jeśli są oferowane) funkcjonalności winny zostać włączone wraz z dostarczeniem systemu, a okres wdrożenia platformy służy konfiguracji i optymalizacji ustawień wedle zdiagnozowanych potrzeb zamawiającego." Uzasadniając powyższe podał, że zarzut ten jest konsekwencją podniesionego zarzutu ozn. jako 2b. Stwierdził, że postawiony przez zamawiającego powyższy warunek w sposób rażąco ogranicza uczciwą konkurencję, umożliwiając złożenie oferty wyłącznie z oprogramowaniem BlackBoard.

Konsekwencją stanowiska, że wykonawca realizujący zamówienie ma czas na wykonanie przedmiotu zamówienia przez cały okres realizacji zamówienia, jest konieczność stwierdzenia, że także warunki opcjonalne wskazane w Załączniku A do Umowy „Opis przedmiotu zamówienia" winny zostać wykonane w terminie realizacji zamówienia, co oznacza, że wykonawca nie jest zobowiązany posiadać ich na etapie składania oferty. Z tej przyczyny odwołujący wnosi o usunięcie wszystkich postanowień odnoszących się do obowiązku przedłożenia wraz z ofertą filmu potwierdzającego spełnienie wymagań opcjonalnych.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający nie wymaga takich filmów dla wymagań podstawowych, ograniczając się do przedłożenia dokumentacji.

W związku z powyższym odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu usunięcia pkt 10.2 SIWZ, pkt 4 Załącznika nr 1 do SIWZ „Formularz oferty" oraz sformułowania „Załącznik nr 10 - dokument z dostępem do filmów poglądowych prezentujących działanie funkcjonalności opcjonalnych platformy (oznaczonych poprzez O w załączniku A do SIWZ i deklarowanych w formularzu oferty), zawierający adres URL z danymi dostępowymi".

Omawianą na rozprawie była też kwestia zarzutu dotycząca wysokości kar umownych, jakie zamawiający może nałożyć na wykonawcę z powodu odstąpienia o realizacji umowy zgodnie z projektem i wskazanymi terminami. Sformułowany zarzuty przez odwołującego dotyczył tego, iż zamawiający dokonał podwyższenia kar, gdyż pierwotnie zamawiający ustalił karę umowną za odstąpienie od umowy w wysokości 10%, czego odwołujący nie kwestionował, to po dokonanej zmianie zamawiający podwyższył tę karę do 40% i, to zdaniem odwołującego, jest karą wygórowaną. Jednakże odwołujący przyznał, że kwestionowania tego postanowienia SIWZ nie objął odwołaniem. Tym samym dalsze argumentowanie tej kwestii jest niezasadne.

Zamawiający w odpowiedzi na zarzuty odwołania wobec częściowego uwzględnienia zarzutów odwołującego, w ocenie zamawiającego zasadna jest:

1. zmiana warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego wykonawcy oraz w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, określonego w pkt 5 SIWZ ppkt 3, w następujący sposób:

„3. Zdolność techniczna lub zawodowa - o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykażą, że: posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, tzn.: w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali należycie co najmniej dwie dostawy (dwa odrębne kontrakty) edukacyjnej platformy e-learningowej, a łączna kwota wykazanych dwóch dostaw wynosi co najmniej 1 000 000,00 zł brutto.

3.1 dysponują osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, tj.

3.1.1 co najmniej jednym Kierownikiem Projektu, posiadającym doświadczenie w

zakresie dotyczącym wdrażania LMS (oprogramowania edukacyjnych platform e-learningowych), który powinien wykazać się doświadczeniem związanym z prowadzeniem co najmniej 2 projektów dotyczących wdrożenia oprogramowania edukacyjnych platform e-learningowych dla co najmniej 3 000 użytkowników, o łącznej wartości dwóch projektów nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto, realizowanych na rzecz szkół wyższych, posiadającym przynajmniej jeden certyfikat z obszaru zarządzania projektami, np. CAPM, PRINCE2, PMP, AGILE lub równoważny;

3.1.2 co najmniej jedną osobą, która obejmie funkcję Konsultanta, posiadającą

doświadczenie we wdrożeniu platform szkoleniowych, która pełniła rolę konsultanta w przynajmniej 2 projektach zrealizowanych w sektorze szkolnictwa wyższego, w których do jej obowiązków należało wdrożenie edukacyjnej platformy e-learningowej, przy czym,

przedmiotem przynajmniej dwóch z nich było wdrożenie platformy edukacyjnej wraz z aplikacją mobilną oraz przeszkolenie administratorów."

2. zmiana opisu przedmiotu zamówienia określonego w punkcie 2 SIWZ ppkt. 2.1 oraz w § 2 ust. 2 pkt. 2.1 Załącznika nr 3 do SIWZ „Wzoru umowy” w następujący sposób:

- pkt 2 SIWZ ppkt 2.1: Dostawa licencji na zintegrowaną edukacyjną platformę e-learningową (dalej LMS), na którą składają się:

2.1.1. Responsywna platforma do nauczania online, zgodna ze standardami dostępności WCAG 2.1,

2.1.2. Dostęp do najnowszej wersji platformy w modelu chmurowym (SaaS) i jej aktualizacja, która winna być dostępna niezwłocznie od jej opublikowania,

2.1.3. Wsparcie gwarancyjne i obsługa w modelu 24/7/365,

2.1.4. Natywne, w pełni zintegrowane repozytorium przechowywania treści materiałów dydaktycznych,

2.1.5. Natywne, w pełni zintegrowane narzędzie do przeprowadzania webinarów/ wirtualnych spotkań i telekonferencji online,

2.1.6. Natywne, w pełni zintegrowane narzędzie monitorujące zaangażowanie studentów w proces dydaktyczny, ich obecność i czas spędzony na wykonaniu zadania,

2.1.7. Natywne, w pełni zintegrowana aplikacja mobilna dla osób korzystających z platformy, w tym dla Wykładowców oraz Studentów.

- § 2 ust. 2 pkt. 2.1 Załącznika nr 3 do SIWZ „Wzoru umowy”: Dostawa licencji na zintegrowaną edukacyjną platformę e-learningową (dalej LMS), na którą składają się:

2.1.1. Responsywna platforma do nauczania online, zgodna ze standardami dostępności WCAG 2.1,

2.1.2. Dostęp do najnowszej wersji platformy w modelu chmurowym (SaaS) i jej aktualizacja, która winna być dostępna niezwłocznie od jej opublikowania,

2.1.3. Wsparcie gwarancyjne i obsługa w modelu 24/7/365,

2.1.4. Natywne, w pełni zintegrowane repozytorium przechowywania treści materiałów dydaktycznych,

2.1.5. Natywne, w pełni zintegrowane narzędzie do przeprowadzania webinarów/ wirtualnych spotkań i telekonferencji online,

2.1.6. Natywne, w pełni zintegrowane narzędzie monitorujące zaangażowanie studentów w proces dydaktyczny, ich obecność i czas spędzony na wykonaniu zadania,

2.1.7. Natywne, w pełni zintegrowana aplikacja mobilna dla osób korzystających z platformy, w tym dla Wykładowców oraz Studentów.

3. zmiana warunku udostępnienia platformy edukacyjnej określonego w pkt 4 SIWZ ppkt

1.1. oraz w § 6 ust. 1 Załącznika nr 3 do SIWZ „Wzoru umowy” w następujący sposób:
pkt 4 SIWZ ppkt 1.1: „W ciągu 30 dni od dnia zawarcia umowy Wykonawca udostępni platformę, która będzie posiadała wszystkie wymagane w załączniku A do SIWZ funkcjonalności ogólne - Część I oraz szczegółowe i

opcjonalne, w zakresie w jakim zostały zaoferowane - Część II (oznaczone w Załączniku odpowiednio jako „W” i „O”), a następnie rozpocznie okres wdrażania platformy.”

§ 6 ust. 1 Załącznika nr 3 do SIWZ „Wzoru umowy”: „Umowa jest zawierana na okres do 31.12.2022 r. przy czym w ciągu 30 dni od zawarcia umowy Wykonawca udostępni platformę, która będzie spełniała wymagania określone w załączniku A do SIWZ, a wdrożenia oprogramowania i dostawy licencji w terminie do ... miesięcy od dnia zawarcia umowy. Za dzień, w którym nastąpiła dostawa i wdrożenie oprogramowania licencji uznaje się dzień, w którym Zamawiający podpisze protokół odbioru bez zastrzeżeń.”

4. zmiana warunku odnoszącego się do obowiązku przedłożenia wraz z ofertą filmu potwierdzającego spełnienie wymagań opcjonalnych (filmu dla wszystkich funkcjonalności) w następujący sposób określonego w pkt 3 SIWZ ppkt 10 w następujący sposób:

pkt 3 SIWZ ppkt 10: : „Zamawiający zastrzega sobie prawo sprawdzenia pełnej zgodności oferowanych produktów z wymogami SIWZ. Ocena techniczna zostanie przeprowadzona w drodze analizy przedstawionej do oferty dokumentacji funkcjonalności:

10.1 W zakresie funkcjonalności wymaganych (oznaczonych poprzez W załączniku A do SIWZ) opis techniczny, instrukcja obsługi, opis konfiguracji, karty produktu lub wydruk/i ze stron internetowych, bądź katalog/i producenta/ów, materiały szkoleniowe, certyfikaty (o ile zostały wydane), potwierdzające zgodność z wymaganymi normami, itp.

10.2 W zakresie funkcjonalności opcjonalnych platformy (oznaczonych poprzez

O w załączniku A do SIWZ i deklarowanych w formularzu oferty), dokumentacja jak dla funkcjonalności wymaganych opisanych w punkcie

10.1 oraz filmy poglądowe prezentujące działanie funkcjonalności opcjonalnych do funkcji oznaczonych w formularzu oferty numerem 5, 12 i 24, jeśli te funkcje są oferowane - do oferty należy dołączyć dokument z dostępem do filmów poglądowych, zawierający adres URL z danymi dostępowymi w języku angielskim. Zamawiający zastrzega sobie prawo weryfikacji spełnienia funkcjonalności wymaganych i opcjonalnych przez oferowany przedmiot zamówienia w oparciu o przedstawioną dokumentację, opisaną w punktach 10.1 i

10.2 powyżej, w tym filmy poglądowe prezentujące działanie funkcjonalności opcjonalnych platformy w zakresie wymaganym opisanym w punkcie 10.2 powyżej, stąd przedstawiona dokumentacja winna pozwolić zamawiającemu na ocenę zgodności oferowanej platformy i jej parametrów z wymaganiami SIWZ. Zamawiający w dniu otwarcia ofert dokona pobrania filmów poglądowy i w oparciu o pobrana wersje dokona weryfikacji spełnienia funkcjonalności wymaganych i opcjonalnych przez oferowany przedmiot zamówienia.

5. zmiana zapisu § 13 ust. 2 lit. c wzoru umowy i nadaje mu nowe brzmienie:

„c) Wykonawca przekroczył termin realizacji umowy o 14 dni z przyczyn leżących po jego stronie, lub dostarczył produkt nieodpowiadający istotnym warunkom umowy i w dodatkowym, wyznaczonym przez Zamawiającego terminie nie dłuższym niż 14 dni nie wykonał umowy zgodnie z jej zapisami.”

6. zmiana zapisu § 13 ust. 8 wzoru umowy i nadaje mu nowe brzmienie:

„8. Zamawiającemu przysługuje prawo do rozwiązania Umowy za wypowiedzeniem ze skutkiem natychmiastowym z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w przypadku:

a) co najmniej 14 dniowego opóźnienia w rozpoczęciu realizacji Umowy, powodującego niemożność zrealizowania przedmiotu Umowy w przewidywanym terminie;

b) gdy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, nie kontynuuje on realizacji Umowy, pomimo upływu terminu wyznaczonego dodatkowo przez Zamawiającego w wezwaniu skierowanym do Wykonawcy, nie krótszego niż 3 dni robocze (przez dni robocze rozumie się dni od poniedziałku do piątku z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy)

c) wadliwego lub sprzecznego z Umową wykonywania przez Wykonawcę Umowy, mimo upływu terminu wyznaczonego przez Zamawiającego w wezwaniu do zaprzestania naruszeń lub zmiany postępowania Wykonawcy - nie krótszego niż 14 dni.”

Wobec uwzględnienia w całości zarzutów Odwołującego, w ocenie Zamawiającego zasadna jest:

1. zmiana warunku realizacji przedmiotu umowy określonego w § 2 ust. 6 Załącznika nr 3 do SIWZ „Wzoru umowy” poprzez jego wykreślenie.

2. zmiana zapisu § 8 ust. 2 wzoru umowy i nadaje mu nowe brzmienie:

”2. Wykonawca, z zastrzeżeniem ust. 5 niniejszego paragrafu, za wyjątkiem okoliczności za które odpowiada Zamawiający zapłaci Zamawiającemu karę umowną w poniższej wysokości w przypadku:

a) w przypadku uchybienia przez Wykonawcę terminu realizacji przedmiotu umowy określonego w § 6 ust. 1, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu 0,5% wynagrodzenia określonego w § 5 ust. 2, Wykonawcy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki

b) w przypadku odstąpienia przez Wykonawcę od realizacji całości umowy albo odstąpienia przez Zamawiającego od całości umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 40% wynagrodzenia Wykonawcy.

c) w przypadku nieusunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze w terminie określonym w § 7 ust. 5 Umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,5% wartości brakującego lub wadliwego oprogramowania za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,

d) w przypadku niedotrzymania terminu, o których mowa w § 2 ust. 2.3.1 Umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 2

0, 00 zł, za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki,

e) w przypadku niedotrzymania terminu, o których mowa w § 2 ust. 2.3.3 Umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1 000,00 zł, za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki,

f) w przypadku niedotrzymania terminu, o których mowa w § 2 ust. 2.3.4 Umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości

500.0 zł, za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki

g) w przypadku niedotrzymania terminu, o których mowa w § 2 ust. 2.3.5 Umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1000,00 zł, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,

h) w przypadku niedotrzymania terminu, o których mowa w § 2 ust. 2.3.6 Umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 500.0 zł, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,

i) za każdy dzień zwłoki w przypadku nieprzedstawienia szczegółowych kalkulacji, o których mowa w § 11 ust. 3 w wysokości 500,00 zł, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.

Wobec powyższych zmian postanowień SIWZ zamawiający wniósł o oddalenie Odwołania w części dotyczącej pozostały zarzutów, w tym zarzutu wyrażonego w punkcie 2 i 2a Odwołania.

Odnosząc się do stanowiska o potrzebie oddalenia zarzutu z pkt 2 i 2a podał, że przedmiotem sporu w niniejszej sprawie jest to, czy zamawiający opisując przedmiot zamówienia, jego cechy techniczne, funkcjonalności, zakresy i właściwości użytkowe przedmiotu umowy oraz sposób realizacji przedmiotu umowy mógł tego dokonać działając w swoim uzasadnionym interesie. Zwrócił uwagę na linię orzecniczą w zakresie opisu przedmiotu zamówienia wskazując, że każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców obecnych na rynku i dyskryminując innych. Konieczność zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa opisać przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego osobiste potrzeby. Nikt też nie odbiera zamawiającemu prawa, jako gospodarzowi postępowania do wskazania swoich potrzeb poprzez takie ustalenie parametrów sprzętu aby sprzęt ten służył jego specyficznym potrzebom. Uwzględniając powyższe orzecznictwo stwierdził, że opis przedmiotu w zakresie natywności rozwiązania informatycznego będącego przedmiotem niniejszego zamówienia publicznego, jest podyktowany potrzebami zamawiającego oraz jego dużym doświadczeniem w pracy z oprogramowaniem niecechującym się natywnością, co wywoływało szereg problemów w codziennej pracy Uczelni. Zamawiający wykazał, iż niezasadny jest zarzut odnoszący się do wymagania przez zamawiającego natywności oprogramowania jako rzekomo nadmiernie ograniczającej konkurencję, a w konsekwencji mogącej naruszać zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Poniżej zostały zamieszczone rozważania o charakterze merytorycznym, dowodzące bezzasadności podniesionego powyżej przez odwołującego zarzutu. Rozwiązania natywne występują w SIWZ i stanowią one istotny element oceny jakości zamawianej platformy LMS, zostały wykazane w postępowaniu głównie jako opcje (wymagania oznaczone literą O w załączniku A do SIWZ). Wynika to z faktu, że funkcjonalności „wymagane” (oznaczone jako W) należą do standardowych w ramach systemów LMS - również tych darmowych, niemal każda platforma e-learningowa przeznaczona dla uczelni wyższej posiada zestaw podobnych funkcjonalności, a to co je odróżnia to ilość własnych, niezależnych, innowacyjnych, natywnych rozwiązań. Modułowa budowa oprogramowania nie wyklucza stosowania rozwiązań natywnych i jest podyktowana możliwością wyboru określonej oferty handlowej - rozwiązania natywne (opcjonalne) są najczęściej droższe, stąd ich wyróżnienie w kryteriach oceny. Dostawcy platform LMS umożliwiają wybór pomiędzy natywnymi (droższymi) jak i nienatywnymi (często bezpłatnymi) rozwiązaniami.

Podkreślił, że niemal każdy punkt SIWZ narzuca wykonanie określonej funkcjonalności w jakiejś technologii, poczynając od najważniejszej - czyli dostarczenia systemu LMS w technologii chmurowej jako SaaS lub obsługi platformy przez przeglądarkę internetową. W wypadku „natywności rozwiązania” zamawiający oczekuje, że zamawiana platforma nie będzie korzystała z rozwiązań, które zwiększają ryzyko korzystania z platformy,

które nie są w pełni zintegrowane i zoptymalizowane do działania jako jeden system. Technologia wykonania nie ma tu znaczenia, wykonawca może posłużyć się dowolną techniką programowania lub protokołami, może wykorzystać istniejące rozwiązania (np. fragmenty kodu open source, udostępnione narzędzie innego dostawcy), ale jedynie do chwili, gdy to rozwiązanie zostało w pełni przystosowane do oferowanego LMS i jest wbudowane w system - jest oferowane jako kompleksowe rozwiązanie. Decydujące jest tutaj zachowanie jednorodnego środowiska pracy i interfejsu użytkownika, płynność działania, brak konieczności pobrania „dodatkowych” sterowników przez użytkownika. Użytkownik nie powinien zauważyć zmiany. Natywność rozwiązania umożliwia uzyskanie określonej funkcjonalności bez tworzenia specjalnych „dodatków” integrujących różne systemy, nie następuje zbędna wymiana danych osobowych do podmiotów trzecich oraz nie skutkuje nieprzewidzianymi modyfikacjami - rozwiązanie nienatywne pozwala w istocie zmienić zaoferowany system wideokonferencyjny na inny. Z pozoru funkcjonalności pozostaną te same - to wciąż będzie system wideokonferencyjny, ale poszczególne rozwiązania, sposób działania, wygląd interfejsu, nazewnictwo funkcji są na tyle różne, że spowodują nieuzasadnione dodatkowe koszty po stronie zamawiającego na przykład: szkolenie z obsługi nowego rozwiązania. Decyzja o wyborze „zamiennika” byłaby poza kompetencjami zamawiającego. Zamawiający posiada doświadczenie z korzystania z rozwiązań informatycznych zarówno nienatywnych jak i natywnych dostarczanych razem z głównym system i napotkał szereg problemów, do których należy między innymi zaliczyć skuteczność integracji systemów lub trwałość rozwiązania nienatywnego (okres wspierania). Wybór natywności rozwiązania jest oczywistym ograniczeniem konkurencji, ale w pełni uzasadnionym potrzebami uczelni wyższej i proporcjonalnym.

Zdaniem zamawiającego, nie można zgodzić się ze stawianym w punkcie 2a odwołania zarzutem rzekomego naruszeniu art. 7 ust. 1 Pzp w związku z art. 29 ust. 1, 2 lub 3 Pzp i stawianej tezie: „Tymczasem uprawnienie Zamawiającego nie może narzucać technologii wykonania zamówienia, a jedynie określić wymagania funkcjonalne zamawianego systemu. Powyższe oznacza, że w przedmiotowym stanie faktycznym,

Zamawiający przekroczył swojej uprawnienie i narusza tym samym normę prawną wyrażoną w art. 29 ust. 2 PZP, bowiem rażąco narusza uczciwą konkurencję.”

Zamawiający wyjaśnił, iż przedmiotem zamówienia jest platforma LMS oferowana w systemie SAAS (Software-as-a-Service) lub równorzędnym. Oznacza to, że zamawiający z góry wykluczył możliwość tworzenia dedykowanych, przeznaczonych tylko dla niego rozwiązań i oczekuje tym samym gotowej usługi, która wymaga jedynie konfiguracji w oparciu o przeprowadzoną diagnozę. Popularność usług typu SAAS wzrasta z roku na rok i do ich głównych zalet można zaliczyć:

1. kompleksowość usługi - dostarczana jest aplikacja oraz niezbędna infrastruktura,
2. oszczędności dzięki ograniczeniu nakładów na uruchomienie infrastruktury IT,
3. brak konieczności zarządzania infrastrukturą przez pracowników zamawiającego,
4. usługa jest dostarczana znacznej liczbie odbiorców, co oznacza, że Wykonawca posiada doświadczenie w realizacji określonych rozwiązań,
5. usługa jest taka sama lub bardzo podobna do oferowanych dla konkurencyjnych podmiotów korzystających z konkretnego rozwiązania wyrównuje to poziom konkurencji i ułatwia rywalizację na określonym polu.

Wybór rozwiązania SAAS determinuje kolejne ułatwienia dla zamawiającego we wdrożeniu poszukiwanego rozwiązania:

1. Zamawiane rozwiązanie może zostać ocenione na etapie weryfikacji złożonych ofert pod względem występowania konkretnych funkcjonalności, zarówno w drodze przedstawionej próbki oprogramowania jak i materiałów poglądowych.
2. Rozwiązanie SAAS jest wykorzystywane przez szereg klientów Wykonawcy, którzy mogą przedstawić odpowiednie referencje dla konkretnego rozwiązania lub funkcjonalności.
3. Zamawiający może ocenić czy konkretne rozwiązania będą dla niego przydatne, istnieje możliwość utworzenia kont demonstracyjnych danego rozwiązania, które pozwalają lepiej sformułować wymagane funkcjonalności w postępowaniu przetargowym.

Wszystkie powyższe przyczyny wskazują, że osiągnięcie tych samych rezultatów w

drodze przygotowania dedykowanego oprogramowania jest właściwie niemożliwe, a każde długotrwale, skomplikowane wdrożenia oprogramowania, które nie zostało sprawdzone, niesie ze sobą ryzyko awarii lub wycieku danych. Warto podkreślić, że rozwój konkretnych rozwiązań IT trwa latami. Zwłaszcza w przypadku rozbudowanych funkcjonalności, które łączą różne wyspecjalizowane zadania w jednym spójnym systemie (na przykład wideokonferencje). Postępowanie zamawiającego jest podyktowane chęcią uzyskania wysokiej jakości rozwiązania, które będzie z powodzeniem rywalizowało z systemami LMS dostępnymi w konkurencyjnych jednostkach w Polsce, ale również wyrówna szanse w rywalizacji z jednostkami zagranicznymi, które podobne systemy już posiadają. Wpływ na wybór omawianego modelu miał aktualny dostęp zamawiającego do infrastruktury sieciowej i serwerowej oraz zasoby ludzkie konieczne do wdrożenia dedykowanego rozwiązania (innego niż SAAS). Oczywistym jest zdaniem zamawiającego, że wybór funkcjonalności wymaganych w SIWZ musi w naturalny sposób ograniczyć konkurencyjność i tak naprawdę uniemożliwia skuteczne złożenie oferty przez wykonawców nie posiadających rozwiązań, które są oczekiwane przez Zamawiającego, co jest zgodne z prawem. Specyfika uczelni wyższych powoduje, że wymagania co do platformy e-learningowej ulegają ujednoliceniu, wynika to ciągłego procesu podnoszenia jakości kształcenia, chęci posiadania tych samych rozwiązań i uzyskiwania niezależności od podwykonawców oferujących nienatywne komponenty. Tak rozumiana natywność jest ważnym elementem podnoszącym jakość i komfort użytkownika, które z oczywistych powodów są trudno mierzalne. Warto tutaj podnieść te kryteria, które sprawiają, że komfort użytkownika może być wyższy, a są zapewniane przez natywne, jednorodne rozwiązania. Natywność zatem jest elementem wpływającym na „jakość oprogramowania”, wysoki poziom usability będzie decydował o tym, że użytkownik nie będzie zaskakiwany przez oprogramowanie na przykład przez włączenie zewnętrznego modułu Zamawiający wydłuża termin na spełnienie warunku udostępnienia platformy edukacyjnej z 10 dni od zawarcia umowy do 30 dni od zawarcia umowy. Udostępnienie platformy ma umożliwić Zamawiającemu lepsze przygotowanie się do wdrożenia platformy.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku podstaw załączenia do oferty filmu mającego za cel zademonstrowanie zamawiającemu funkcjonalności oferowanego systemu. Podał, że przygotowanie poglądowych filmów nie powinno stanowić problemu dla doświadczonego wykonawcy, który dostarczył podobne lub takie same rozwiązania innym podmiotom. Zamawiający oczekuje dostarczenia systemu w wersji chmurowej SaaS, co oznacza, że określone funkcjonalności opcjonalne są oferowane innym klientom. Taki wymóg mieści się w ustawowym uprawnieniu zamawiającego polegającym na możliwości żądania od Wykonawców składania oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Zamawiający podnosi, że wymagany film to nic innego jak próbka oferowanego systemu to specyficzny rodzaj "dokumentu" potwierdzającego spełnienie oferowanych funkcjonalności podlegający ocenie zamawiającego jak każdy inny dokument.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca "PCG ACADEMIA" Sp. z o.o., Jasionka 954F, 36-002 Jasionka, w pisemnym stanowisku przedłożonym Izbie oraz stanowisku prezentowanym podczas rozprawy, wniósł o oddalenie odwołania, gdyż jego zdaniem dokonane przez zamawiającego zmiany postanowień SIWZ idą dużo dalej w kierunku złagodzenia wymagań stawianym wykonawcom niż to wynika z ewentualnych zagrożeń konkurencji. Wskazuje, że z wypowiedzi odwołującego, w szczególności dot. kwestii terminów wynika, iż zamawiający wymaga zaofiarowania systemu „z półki”, czyli takiego, który na rynku funkcjonuje, jest sprawdzony, a odwołujący biorąc pod uwagę wypowiedzi, raczej takim nie dysponuje i tym samym podnosi zarzuty w tym zakresie. Podkreśla, że jego zdaniem uzasadnione jest stanowisko zamawiającego, gdyż biorąc pod uwagę obecna sytuację epidemiologiczną, brak działającego właściwie systemu, o którym mowa w tym zamówieniu, może mieć bardzo negatywne skutki dla uczelni, gdyż może wystąpić potrzeba nauczania zdalnego, a aby to mogło funkcjonować w sposób prawidłowy, musi być do tego użyty odpowiedni system. Odnosząc się do kar umownych, podaje, że jego zdaniem zarzuty i obawy wykonawcy są niezasadne, gdyż zamawiający po części uwzględniając zarzuty tego odwołania, nadto zawęził zakres kar, oraz ustalił, że kary będą naliczane tylko za zawinione działanie lub zaniechanie wykonawcy i dlatego też fakt, iż zamawiający podniósł wysokość jednej z kar odnoszącej się do odstąpienia wykonawcy od umowy ma ewidentne znaczenie prewencyjne, a wykonawca, który zamierza prawidłowo wykonać zamówienie, nie powinien się tego obawiać.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego wyrażone na piśmie i w stanowisku prezentowanym na rozprawie uznała, iż odwołanie jest niezasadne i w związku z tym zostaje oddalone.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie wykazał spełnianie przesłanek posiadania interesu o których mowa w art. 179 ust.1 Pzp.

Również Przystępujący zdaniem Izby wypełnił przesłanki interesu występowania w sprawie po stronie zamawiającego.

Na wstępie Izba uznaje za zasadne przypomnienie, że postępowanie odwoławcze służy do zbadania poprawności czynności i zaniechań zamawiającego w zakresie wyznaczonym podniesionymi zarzutami, ocenianymi przez pryzmat wymagań stawianych w postępowaniu o zamówienie publiczne i z uwzględnieniem instrumentów, jakie zamawiający przewidział w nim dla zbadania ofert.

Odwołujący jest podmiotem mogącym ubiegać się o udzielenie rozpoznawanego zamówienia publicznego. Sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Na tym etapie postępowania - odwołania od treści postanowień SIWZ, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje niemalże każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcy mogącego wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Treść postanowień SIWZ stanowi podstawę do oceny czynności zamawiającego w ramach wnoszonych środków ochrony prawnej. Przy czym wskazać należy, iż w przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ obejmujących opis przedmiotu zamówienia, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem sformułowanych żądań co do jego nowej treści. To podmiot odwołujący formułując swoje żądania wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie proponuje nowe zapisy SIWZ, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Pzp. Na tym etapie postępowania - odwołania od treści postanowień SIWZ, nie określają kręgu podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia. Odwołanie i przystąpienie może być wniesione przez każdego potencjalnego wykonawcę zainteresowanego realizacją tego zamówienia. Krąg tych podmiotów przy odwołaniu od postanowień SIWZ, co do zasady nie podlega badaniu przez Izbę.

Biorąc pod uwagę treść zarzutów uwzględnionych w całości i części przez zamawiającego, a także wycofanych przez odwołującego na rozprawie spowodował sytuację, iż odwołujący bronił tylko zarzutu w zakresie kwestionowania potrzeby zaoferowania zamawiającemu natywności dostarczanego rozwiązania informatycznego, utrzymania nadal terminu udostępnienia platformy edukacyjnej w terminie 30 dni (po zmianie) od zawarcia umowy, oraz dostarczenia wraz z ofertą filmu (jako próbki) pokazującą funkcje zaoferowanego rozwiązania informatycznego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego natywności oferowanego systemu odwołujący podnosił, iż taki wymóg jest nadwymiarowy i naruszający konkurencję w postępowaniu, gdyż opisanie tych wymagań nie zapewnia konkurencyjności postępowania. Podkreślił, że odwołującemu nie chodzi o możliwość złożenia jakiegokolwiek oferty, lecz oferty, która będzie miała realną szansę na konkurowanie z ofertą na oprogramowanie BlackBoard. Nadto zamawiający narzucił wykonawcom sposób wykonania zamówienia w ten sposób, aby platforma edukacyjna była „natywa” lub „natywne”. Dodał, że zamawiający nie może narzucać technologii wykonania zamówienia, a jedynie określić wymagania funkcjonalne zamawianego systemu. Stwierdził, że dla spełnienia wymagań zamawiającego wystarczyłoby rozwiązanie modułowe, a nie konieczne natywne.

Izba odnosząc się do wymaganej kwestii natywności wymaganego systemu wskazuje za stanowiskiem zamawiającego i przystępującego, że poprzez natywne rozwiązania i funkcjonalności rozumie się takie, które są w pełni zintegrowane i zoptymalizowane do działania z platformą, zostały przygotowane przez Wykonawcę i tworzą jednorodne (producentnie) środowisko pracy i interfejs i nie następuje wymiana danych z zewnętrznym dostawcą (podwykonawcą) danej funkcjonalności. Oczekiwana przez zamawiającego natywność oznacza nic innego jak wymóg, żeby określone funkcjonalności dostarczanego rozwiązania informatycznego były jednorodne, właściwe danemu środowisku informatycznemu. Podkreślono, że natywność rozwiązań informatycznych jest pojęciem obiektywnym, dostępnym bez ograniczeń dla wszystkich wykonawców działających na rynku. Powyższe nie oznacza oczywiście, że każdy z wykonawców dysponuje rozwiązaniami natywnymi. Niemniej jednak fakt, że odwołujący nie zdecydował się na rozwój i wdrażanie tego rodzaju rozwiązań (uznanych jak wskazuje zamawiający przez Uczelnie wyższe na całym świecie) nie oznacza, że odwołujący ma prawo narzucić rozwiązania własne, które wymogu natywności nie spełniają. Zdaniem Izby nie istniały żadne obiektywne przeszkody dla tworzenia tego rodzaju rozwiązań przez odwołującego. Nadto z treści okoliczności przedmiotowego odwołania wynika, że tylko odwołujący kwestionuje to rozwiązanie, gdyż

przy szerokiej liczbie potencjalnych podmiotów mogących złożyć ofertę w tym postępowaniu, tylko odwołujący kwestionuje prawo zamawiającego do wymagania natywności zaoferowanej platformy informatycznej. Na rynku dostawców usług informatycznych dla sektora usług szkolnictwa wyższego tylko odwołujący kontestuje treść SIWZ.

Izba oceniając zaprezentowane przez zamawiającego stanowisko co do uzasadnionych potrzeb postawienia wymogu natywności systemu uznaje je za zasadne. Zamawiający położył nacisk na jednorodność rozwiązania, jego pełną integrację, która nie sprawia wrażenia, że użytkownik obsługuje zewnętrzny system lub dodatek. Specyfika uczelni wyższych powoduje, że wymagania co do platformy e-learningowej ulegają ujednoliceniu, co wynika z ciągłego procesu podnoszenia jakości kształcenia, chęci posiadania tych samych rozwiązań i uzyskiwania niezależności od podwykonawców oferujących nienatywne komponenty. Tak rozumiana natywność jest ważnym elementem podnoszącym jakość i komfort użytkownika. Nadto zasadnie zdaniem Izby zamawiający podniósł kwestię, iż wymagania zamawiającego to wynika także ze specyficznej sytuacji w jakiej znajdują się uczelnie wyższe w dobie koronawirusa. Niewątpliwym jest, zdaniem Izby, że w dobie pandemii posiadanie niezawodnego, sprawdzonego narzędzia do wideokonferencji jest kluczowe do zapewnienia ciągłości kształcenia. Potrzeba prowadzenia szkolenia w sposób zdalny wymaga, aby udostępniony system by niezawodny, budził zaufanie użytkowników, a równocześnie był przyjazny dla użytkownika. Tym samym Izba uznała, że postawienie takiego wymagania przez zamawiającego znajduje uzasadnienie zarówno co do potrzeb nowoczesnej uczelni, jak i obecnej sytuacji społecznej. Zauważyć należy, że odwołujący częściowo złagodził pierwotne wymagania w tym zakresie. Odnalazło to także odzwierciedlenie w stanowisku odwołującego, który referując do stanowiska zamawiającego zawartego na str. 12-13 odpowiedzi na odwołanie podał na rozprawie, iż skłonny byłby uznać zasadność wymagania zamawiającego i cofnąć zarzut, gdyby zamawiający stanowisko zawarte na ww. stronach, dodał do opisu pojęcia natywności znajdującego się w OPZ zał. „A” do SIWZ. Jednakże do wycofania zarzutu nie doszło, gdyż odwołujący zażądał wykreślenia z powyższej treści jednego zdania, na co zamawiający nie wyraził zgody. Podał, że wnioskowane do wykreślenia zdanie, samo w sobie nie niesie żadnych treści, a odnosi się wprost do treści wcześniej opisanej, tym samym nie można wrywać z kontekstu opisu jednego zdania, które spowoduje, że treść odpowiedzi będzie niejednoznaczna. Izba uznała za zasadne oczekiwanie zamawiającego, że oferowany system posiadający cechy natywności winien być już w posiadaniu wykonawcy, gdyż osiągnięcie tych samych rezultatów w drodze przygotowania dedykowanego oprogramowania jest właściwie niemożliwe, a każde długotrwałe, skomplikowane wdrożenia oprogramowania, które nie zostało dotychczas sprawdzone u innych użytkowników, niesie ze sobą ryzyko awarii lub wycieku danych.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba przedmiotowy zarzut uznała za niezasadny.

W kolejnym zarzucie, w sposób ścisły związanym z zarzutem powyższym jest kwestia wymagania zamawiającego, aby udostępnienie platformy edukacyjnej nastąpiło w terminie 10 dni od zawarcia umowy. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zmienił po części to wymaganie, gdyż termin 10 dniowy zastąpił terminem 30 dniowym od daty zawarcia umowy. Jednakże odwołujący żądał wykreślenia tego terminu z SIWZ. Nadmienić należy, że w tym zakresie występował drugi termin wskazujący, iż zamawiający określił termin realizacji zamówienia na max 6 miesięcy (termin realizacji zamówienia stanowi kryterium oceny ofert), od daty podpisania umowy. Zdaniem odwołującego nie ma żadnego uzasadnienia wymagania zamawiającego dla postawienia 10 (po zmianie 30) dniowego terminu, gdyż ocenie i odbiorowi końcowemu podlega dopiero wykonanie całego zamówienia. Tak więc wydłużenie terminu dostawy platformy z 10 do 30 dni nie miało dla odwołującego żadnego znaczenia, gdyż oczekiwał on pozostawienia tylko jednego wymaganego terminu, tj. tylko 6 miesięcznego terminu realizacji zamówienia.

Odnosząc się do powyższego zamawiający podał, że nie jest możliwa rezygnacja z pierwszego z ww. terminów, a dotyczącego udostępnienia platformy, gdyż jest to czas w którym zamawiający musi zapoznać się z oferowaną platformą i w szczególności sprawdzić, czy oferowana platforma rzeczywiście zawiera wymagane funkcjonalności. W powyższym zakresie Izba uznała, że wymagania zamawiającego jest uzasadnione, gdyż można wyobrazić sobie sytuację, iż po podpisaniu umowy i dokonaniu wdrożenia platformy może okazać się, że pomimo opisu zawartości platformy w treści oferty, brak będzie wymaganych przez zamawiającego funkcjonalności. Nadto wskazać należy, że zamówienie jest współfinansowane ze środków zewnętrznych i nie uruchomienie platformy w oferowanym terminie, spowoduje utratę dofinansowania. Natomiast termin max 6 miesięcy to termin w którym wykonawca dokona wdrożenia platformy, czyli dokona wprowadzenia np. danych użytkowników umożliwiających pełne korzystanie z platformy, itp.

Kolejną rzeczą kwestionowaną nadal przez odwołującego był wymóg przygotowania poglądowych filmów, na potwierdzenie że określone funkcjonalności dostarczony system

informatyczny zawiera. Odwołujący zarzucał na rozprawie zamawiającemu, że zrobienie takiego filmu jest czasochłonne i kosztowne, a jest zupełnie zamawiającemu niepotrzebne, gdyż zakres funkcjonalności jakie zawiera oferowany system znajduje się w składanej dokumentacji. Zdaniem Izby powyższy zarzut jest niezasadny, gdyż jak stwierdził zamawiający nie jest oczekiwane wytworzenie jakiegokolwiek filmu, lecz wykonawca ma dostarczyć próbkę systemu na którą mają składać się utrwalone na filmie zrzuty ze stron ekranu monitora komputera, obrazujące funkcje jaki dany system oferuje. Nadto wskazać należy, że powyższy wymóg jest wymogiem kryterium oceny ofert, więc przekazanie nawet nieudolnie zmontowanej próbki nie wyklucza wykonawcy z postępowania, a ma wpływ tylko na uzyskaną punktację w ramach tego kryterium.

W zakresie kwestii dotyczącej kar umownych zauważyć należy, iż zmiany dokonane przez zamawiającego odwołujący akceptował za wyjątkiem jednej, dotyczącej podwyższenia w wyniku zmiany SIWZ kary za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy do wysokości 40%. Podkreślono, że wysokość tej kary ma ewidentne znaczenie przewencyjne. Jednakże Izba uznała, że nie może rozpatrywać tego zarzutu, gdyż podwyższenie wysokości kary miało miejsce w wyniku zmiany SIWZ, a tym samym nie było objęte zarzutami odwołania. Wykonawcy na tą czynność zamawiającego przysługuje prawo wniesienia nowego odwołania.

Reasumując Izba uznała, że głównym problemem zamawiającego, podnoszonym w zarzutach odwołania jest kwestia, że odwołujący nie posiada w swoich zasobach oprogramowania-platformy, noszącej wyartykułowane w SIWZ cech natywności i tym samym po pierwsze kwestionował potrzebę wymagania zaoferowania takiego systemu, po drugie kwestionował 30 dniowy termin dostarczenia platformy, a po trzecie kwestionował potrzebę złożenia ww. filmu, gdyż nie mając wymaganej platformy nie miał możliwości wykonania próbki - filmu w oparciu o zrzuty ze stron Internetowych.

Podkreślenia wymaga także fakt, że zamawiający wielokrotnie podkreślał, że oczekuje zaoferowania systemu informatycznego już funkcjonującego na rynku, a nie wytworzonego na potrzeby tego postępowania. Wobec powyższego wymagania, zasadnym byłoby wykazanie przez odwołującego, iż taki system posiada, czego nie uczynił, czym potwierdził, że nie jest możliwe, aby na zasadach oczekiwanych i podanych w odwołaniu mógł wziąć udział w tym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że nie zostało wykazane, że zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów prawa wskazanych w odwołaniu, w szczególności w sposób, który miałby wpływ na wynik postępowania.

Nadto odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji o których mowa w art. 7 ust.1 Pzp wskazać należy, że przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wprowadza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że tak sformułowane warunki udziału i opis przedmiotu zamówienia uniemożliwiają mu złożenie oferty, gdyż inni wykonawcy są faworyzowani w sposób niezgodny z zasadą przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Nadmienić należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie musi być w takim samym stopniu dostępne dla każdego wykonawcy. Na rynku funkcjonują wykonawcy bardziej lub mniej doświadczeni w wykonywaniu, danego rodzaju zamówień i dlatego też samo postawienie warunków udziału w postępowaniu powoduje eliminację pewnej grupy wykonawców z postępowania. Tym samym w przedmiotowej sytuacji Izba nie stwierdza naruszenie zasad z art. 7 ust1 Pzp.

Izba orzekła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Nie zasądono zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, gdyż pomimo zgłoszonego wniosku w tym zakresie do protokołu rozprawy nie został złożony rachunek.

