

WYROK

z dnia 28 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Magdalena Grabarczyk
Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie **21 grudnia 2016 r.** w Warszawie odwołań wniesionych **12 grudnia 2016 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców:

Asseco Poland S.A z siedzibą w Rzeszowie (sygn. akt KIO 2339/16)

Comarch Polska S.A z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 2352/16)

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa oraz rozwój e-usług i narzędzi w ramach projektów CAPAP, ZSIN Faza II i K-GESUT wraz z szkoleniami* (nr postępowania BO-ZP.2610.41.2016.IZ.CAPAP.ZSIN Faza II.K-GESUT)

prowadzonym przez zamawiającego: **Główny Urząd Geodezji i Kartografii z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego:

A. Intergraph Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2339/16)

B. Sygnity S.A z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2339/16 i KIO 2352/16)

– po stronie odwołującego:

C. GeoTechnologies sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt KIO 2352/16)

– po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2339/16 i nakazuje zamawiającemu, Głównemu Urzędowi Geodezji i Kartografii z siedzibą**

1

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

w Warszawie, dokonanie zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

1.1. w § 7 ust. 6 wzoru umowy – skreślenie słowa „jedynie”;

1.2. w § 9 wzoru umowy – ograniczenie odpowiedzialności z tytułu gwarancji do nieprawidłowości działania Systemu SIG, które są związane z modyfikacjami tego systemu przez wykonawcę.

1.3. Oddać odwołanie w pozostałym zakresie.

- 2. Oddać odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2352/16.**

- 3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2339/16 obciąża zamawiającego – Główny Urząd Geodezji i Kartografii z siedzibą w Warszawie i:**

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – Asseco Poland S.A z siedzibą w Rzeszowie** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego – Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego – Asseco Poland S.A z siedzibą w Rzeszowie kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

- 4. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2352/16 obciąża odwołującego – Comarch Polska S.A z siedzibą w Krakowie i:**

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego –**

Comarch Polska S.A z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,
4.2. zasądza od odwołującego – Comarch Polska S.A z siedzibą w Krakowie
na rzecz **zamawiającego – Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii z siedzibą w Warszawie** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni

2

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

3

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

Uzasadnienie

Zamawiający, Główny Urząd Geodezji i Kartografii z siedzibą w Warszawie {dalej również: „GUGiK”}, prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Budowa oraz rozwój e-usług i narzędzi w ramach projektów CAPAP, ZSIN Faza II i K-GESUT wraz z szkoleniami* (nr postępowania BO-ZP.2610.41.2016.IZ.CAPAP.ZSIN Faza II.K-GESUT).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 1 grudnia 2016 r. pod nr 2016/S_232-422781, Zamawiający zamieścił również ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.gugik.gov.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

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

{KIO 2339/16}

12 grudnia 2016 r. Odwołujący – Asseco Poland z siedzibą w Rzeszowie {dalej również: „Asseco”} wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji.

Odwołujący Asseco zarzucił na wstępie Zamawiającemu zbiorczo naruszenia następujących przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie zaznaczono inaczej}: art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1a, art. 29 ust. 1 i 2, art. 91 ust. 1, 2c i 2d, art. 353 1, art. 58 § 1, art. 473, art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego {dalej również: „KC”, „k.c.” lub „kc”} w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 oraz art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, które mogą w konsekwencji doprowadzić do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7.

Odwołujący Asseco wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian SIWZ i ogłoszenie o zamówieniu w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania sprecyzowano naruszenia przez skonkretyzowanie zarzutów odnośnie poszczególnych postanowień specyfikacji.

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

W szczególności w ramach zarzutów, które nie zostały do zamknięcia rozprawy wycofane, podano następujące okoliczności faktyczne i prawne dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{pkt 1. – Wzór umowy: § 1 Definicje}

Zarzuty wycofane.

{pkt 2. – Wzór umowy: § 6 Wynagrodzenie w związku z Załącznikiem nr 2 i 3}
Zarzuty wycofane.

{pkt 3. – Wzór umowy: § 7 Kary umowne}

Odwołujący zrelacjonował, że § 7 pn. „Kary umowne” Zamawiający uregulował zarówno kwestię kar umownych – ich wysokości oraz podstaw i przesłanek naliczania, jak i w ogóle odpowiedzialność wykonawcy z tytułu realizacji umowy.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający odstąpił od uregulowania odpowiedzialności wykonawcy z tytułu realizacji umowy na zasadach odpowiedzialności kontraktowej określonej w przepisach Kodeksu cywilnego (gdzie zasadą wynikają z art. 471 kc jest odpowiedzialność dłużnika za okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność, przy jednoczesnym wzmocnieniu pozycji wierzyciela dzięki ustawowemu domniemaniu winy dłużnika). Według Odwołującego nie istnieją żadne racjonalne powody, aby Zamawiający – jako podmiot publiczny, który zobowiązany jest do równego traktowania wszystkich uczestników rynku – dyskryminował dostawców rozwiązań informatycznych przez rozszerzanie zakresu ich odpowiedzialności także na okoliczności, za które dany wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.

Po pierwsze, Odwołujący zarzucił, że w § 7 ust. 6 umowy {Odpowiedzialność Stron z tytułu nienależytego wykonania lub nie wykonania Umowy wyłączają jedynie zdarzenia losowe związane z działaniem siły wyższej} przez dodanie wyrazu „jedynie” Zamawiający uregulował odpowiedzialność kontraktową wykonawcy wręcz na zasadzie ryzyka, co wskazuje na naruszenie art. 29 ust. 1 pzp przez nieokreślenie w sposób jednoznaczny i precyzyjny wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty.

Po drugie, Odwołujący zarzucił, że przejawem ustanowienia odpowiedzialności wykonawcy niezależnej od winy jest określenie w § 7 umowy, że kara umowna jest należna za opóźnienie, a nie za zwłokę.

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

Odwołujący dodał, że umowne rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika poza zakres odpowiedzialności określony w art. 471 kc dopuszczalne jest jedynie w przypadku wskazanym w art. 473 § 1 kc, według którego dłużnik może przez umowę przyjąć na siebie odpowiedzialność za okoliczności, za które z mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi, tylko w odniesieniu do oznaczonych okoliczności. Zdaniem Odwołującego Zamawiający – nie wskazując w umowie takich „oznaczonych okoliczności”, a jednocześnie rozszerzając odpowiedzialność wykonawcy – naruszył art. 473 § 1 kc (w zw. z art. 14 i art. 139 pzp).

Niedopuszczalność takiego rozszerzenia odpowiedzialności wykonawców potwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 września 2013 roku, sygnatura akt I CSK 748/12: „Może zatem rozszerzyć swoją odpowiedzialność kontraktową przyjmując odpowiedzialność także za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy z przyczyn od niego niezależnych, np. z powodu siły wyższej. Słusznie jednak wskazuje się w literaturze i orzecznictwie, że jeżeli strony chcą rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika, to zgodnie z art. 473 §1 k.c. muszą w umowie wskazać (oznaczyć, wymienić), za jakie inne - niż wynikające z ustawy - okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność (porównaj wskazany wyżej wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010 r., II CSK 180/10). Okoliczności te zatem muszą być w umowie wyraźnie określone.

W związku z powyższym w ocenie Odwołującego konieczne jest usunięcie w § 7 ust. 6 słowa „jedynie” oraz zamiana w całym § 7 słów „opóźnienie” na „zwłoka”.

Ponadto Odwołujący zarzucił, że takie postanowienia umowy naruszają również zasadę ekwiwalentności świadczeń stron wynikających z umowy wzajemnej wyrażoną w art. 487 § 2 kc (w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy pzp), co stanowi również naruszenie art. 5 i art. 58 § 1 i 2 kc (w zw. z art. 14 i art. 139 pzp). Według Odwołującego trudno mówić o ekwiwalentności świadczeń w sytuacji, w której wykonawca kalkulując cenę swojej oferty nie jest w stanie odnieść jej do dających się przewidzieć: ryzyka wykonania umowy oraz zakresu odpowiedzialności z tytułu nienależytego jej wykonania, skoro zgodnie z § 7 umowy ponosi odpowiedzialność za działania i zaniechania osób trzecich oraz Zamawiającego, za których zgodnie z Kodeksem cywilnym odpowiedzialności nie ponosi. A ponoszenie przez wykonawcę odpowiedzialności w przypadku, gdy nie ponosi winy, jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa oraz zasadami współżycia społecznego.

Odwołujący powołał się na to, że pogląd o niemożności naliczenia kary umownej w przypadku braku winy potwierdzany był wielokrotnie przez Sąd Najwyższy. Przykładowo już w wyroku z 20 marca 1968 r., sygn. akt II CR 419/67: (...) *jeżeli wykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 Kc), kary umownej nie nalicza się.*

6

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

Jak i obecnie w najnowszych orzeczeniach, np. w wyroku z 27 września 2013 r., sygn. akt I CSK 748/12: *Kara umowna stanowi odszkodowanie umowne i przysługuje wierzycielowi jedynie wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Innymi słowy zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, który zwolniony jest od obowiązku zapłaty kary, gdy wykaze, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Oznacza to, że przesłanka dochodzenia zapłaty kary umownej jest winą dłużnika w postaci co najmniej niedbalstwa.* Wyro ten potwierdza ugruntowaną obecnie już linię orzecniczą Sądu Najwyższego (choćby wyrok z 26 stycznia 2011 r., sygn. akt II CSK 318/10, wyrok z 6 października 2010 r., sygn. akt II CSK 180/10, wyrok z 11 stycznia 2008 r., sygn. akt V CSK 362/07, wyrok z 21 września 2007 r., sygn. akt V CSK 139/07, wyrok z 11 marca 2004 r., sygn. akt V CSK 369/03, wyrok z 11 czerwca 2003 r., sygn. akt III CKN 50/01, wyrok z 27 czerwca 2003 r., sygn. akt IV CKN 300/01).

Odwołujący zaakcentował, że również według stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z 21 maja 2014 r. (sygn. akt KIO 923/14) kara umowna może być zastrzeżona wyłącznie w przypadku zwłoki wykonawcy: *Odnosząc się to tego zarzutu Izba wskazuje; że kara umowna jest rodzajem sankcji cywilnoprawnej zastrzeżonej na wypadek szkód powstałych w wyniku niewłaściwego wykonania umowy. (...) Odnosząc się do podnoszonego zarzutu, Izba stwierdza, że zarzut jest zasadny w zakresie zakwestionowania ustanowienia i powiązania kar umownych z okolicznościami, za których powstanie wykonawca nie odpowiada. Instytucja kar umownych zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym w bogatym orzecnictwie SN (m.in. wyrok powoływany w odwołaniu) wiąże się z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązań w zwykłym wymiarze. Jak stwierdzono ponadto w wyroku Sądu Najwyższego z dnia z dnia 21 września 2007 r. (sygn. akt: V CSK 139/07): „Zgodnie z art. 383 § 1 i art. 384 § 1 k.c., zastrzeżona przez strony stosunku obligacyjnego kara umowna należy się wierzycielowi tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 k.c.). To oznacza, że kara umowna zastrzeżona na wypadek nieterminowego spełnienia świadczenia należy się jedynie w razie zwłoki dłużnika (476 k.c.), nie przysługuje natomiast, jeżeli dłużnik obali wynikające z art. 471 in fine k.c. domniemanie, iż opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność”. Dlatego też zamawiający winien ustalić obowiązek zapłaty kar umownych w przypadku zwłoki wykonawcy.*

Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza orzekła w wyroku z 14 marca 2012 (sygn. akt

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

KIO 399/12): *Zarzut jest zasadny w zakresie zakwestionowania ustanowienia i powiązania kar umownych z okolicznościami, za których powstanie wykonawca nie odpowiada. (...) Natomiast instytucja kar umownych zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie SN (m.in. wyrok powoływany w odwołaniu) wiąże się z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązań w zwykłym wymiarze.*

Po trzecie, Odwołujący zarzucił, że nieuzasadnione, a wręcz niezrozumiałe, jest postanowienie § 7 ust. 7 umowy {Dla uniknięcia wątpliwości Strony zgodnie oświadczają, że przy dochodzeniu kar umownych Zamawiający nie ma obowiązku wykazywania poniesionej szkody.}. Odwołujący zwrócił uwagę, że nie istnieje konieczność regulowania tej kwestii w umowie, gdyż jest ona tak powszechnie przyjmowana i uregulowana przez zasadę prawa – uchwałę siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 6 listopada 2003 r., sygn. akt III CZP 61/03, zgodnie z którą: *Zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody.*

Według Odwołującego powstaje jednak pytanie, czy zamiarem Zamawiającego nie było ograniczenie stosowania instytucji miarkowania kary umownej uregulowanej w art. 484 § 2 kc. W takim przypadku takie postanowienie nie powinno ostać się w SIWZ, gdyż instytucja miarkowania kary jest instytucją prawa sędziowskiego i za każdym razem to dany sąd, rozpatrując ewentualne zarzuty, samodzielnie i niezależnie uznaje, czy zaistniały przesłanki do miarkowania kary umownej.

Odwołujący zarzucił, że powyższa wątpliwość odnośnie treści SIWZ wskazuje na naruszenie art. 29 ust. 1 pzp, gdyż nie określono w SIWZ w sposób jednoznaczny i precyzyjny wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty.

Po czwarte, Odwołujący zarzucił, że w całym § 7 umowy przy określeniu wysokości kar umownych Zamawiający w żaden sposób nie ograniczył ich wysokości. Co więcej, w przypadku kar umownych dotyczących zobowiązań gwarancyjnych, czy też odstąpienia od części umowy, Zamawiający jako podstawę kar podał za każdym razem całość wynagrodzenia umownego, a nie – wartość usługi (części umowy), w stosunku do której miało miejsce niewykonanie lub nienależyte wykonanie. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że w większości przypadków Zamawiający jako podstawę naliczania kar umownych wskazał właśnie odpowiednią część wynagrodzenia – wynagrodzenie za Zlecenia czy za dany Etap Zarządczy.

Według Odwołującego swoboda umów pozwala na umieszczenie takich postanowień, jednak wykonawca, w szczególności jeśli jest spółką giełdową mającą zobowiązania wobec akcjonariuszy, musi rzetelnie wycenić ryzyko tak wysokich kar, wyceniając odpowiednio wysoko świadczone usługi. Odwołujący nie rozumie, jaki jest cel takich postanowień.

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

Zdaniem Odwołującego należy sobie zadać też pytanie, czy Zamawiający ma świadomość wpływu tego typu postanowień na cenę oferty. Odwołujący zakłada, że pierwszoplanowym celem Zamawiającego jest uzyskanie od wykonawcy zlecanych usług na oczekiwanym poziomie, a nie – uzyskanie przychodów dzięki karaniu wykonawcy. Obecna konstrukcja zasad karania działa demotywująco, skłaniając bądź to do niezłożenia oferty, bądź złożenia jej z bardzo wysoko wycenionym ryzykiem.

Odwołujący zarzucił, że przedmiotowe postanowienia umowy mogą stać w sprzeczności z zasadą dokonywania wydatków publicznych wyrażoną w art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych, według którego powinny one być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz doboru optymalnych środków. Zamawiający może co prawda starać się przerzucić całe ryzyko realizacji danego zamówienia na wykonawców, ale musi się liczyć z tym, że takie dodatkowe ryzyka (w tym przypadku związane z nieograniczoną wysokością kar umownych) wpłyną na określenie przez wykonawców ceny ofertowej. Teoretycznie, gdyby Odwołujący zdecydował się na złożenie oferty przy takim brzmieniu SIWZ, musiałby

wziąć pod uwagę bardzo wysoki poziom ryzyk i próbować wycenić je w ofercie.

Po piąte, Odwołujący zarzucił, że niezrozumiałe jest postanowienie § 7 ust. 1 pkt 1) umowy, w którym Zamawiający konstatuje karę umowną z tytułu *opóźnienia w realizacji przedmiotu Umowy w stosunku do terminu wskazanego w § 3 ust 1* (które z kolei brzmi: *Umowa realizowana będzie od dnia zawarcia Umowy do dnia 31 sierpnia 2018 r., zgodnie z podziałem na Etapy Zarządcze wskazane w Załączniku nr 1 do Umowy, z zastrzeżeniem ust 4-6.*)

Według Odwołującego należy zatem wnioskować, że kara wskazana w § 7 ust. 1 pkt 1) umowy ma być karą z tytułu niedochowania terminu 31 sierpnia 2018 r., jednak nie wiadomo, jaki właściwie przedmiot umowy ma wykonać wykonawca do tej daty, gdyż umowa bynajmniej tego nie określa. Przedmiot umowy dzieli się obecnie na 2 rodzaje: 2 etapy zarządcze, które mają być wykonane w terminach wskazanych w załączniku nr 1; oraz Zlecenia, które mają być wykonywane w przypadku ich zlecenia przez Zamawiającego oraz w terminach określonych osobno dla danego Zlecenia. Obecne brzmienie SIWZ nie przewiduje w ogóle wykonania żadnego z elementów przedmiotu umowy na 31 sierpnia 2018 r., który jest jedynie datą obowiązywania umowy, po której wykonawca nie będzie już świadczyć żadnych usług.

Odwołujący zwrócił uwagę, że sam Zamawiający wyraźnie wskazuje, że terminy wskazane w załączniku nr 1 do umowy nie są wiążące (np. w § 3 ust. 4: *Terminy przypisane w Załączniku nr 1 do Umowy dla 3 Etapu Zarządczego są terminami oczekiwanymi, a rzeczywisty czas wykonania poszczególnych Modyfikacji wynikać będzie ze Zleceń*). Skoro

9

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

zatem czas wykonania Modyfikacji wynikać będzie ze Zleceń, nie wiadomo, czy którekolwiek Zlecenie będzie się odwoływać do daty 31 sierpnia 2018 r. Co więcej, ze względu na konstrukcję umowy przyjętą przez Zamawiającego możliwe jest, że Zamawiający w ogóle nie zleci żadnego Zlecenia, a zatem do 31 sierpnia 2018 r. nie zostanie wykonana też żadna Modyfikacja. Jednakże wobec brzmienia § 7 ust. 1 pkt 1) umowy powstaje wątpliwość, czy w takim przypadku, tj. braku wykonania jakiejkolwiek Modyfikacji do 31 sierpnia 2018 r. (wobec braku Zlecenia) lub też wykonania tylko jednej Modyfikacji (wobec tylko 1 Zlecenia od Zamawiającego), Zamawiający uzna, że spełniła się przesłanka z tego postanowienia i naliczy karę umowną.

Odwołujący dodał, że interesy Zamawiającego odnośnie terminowej realizacji poszczególnych elementów przedmiotu umowy są chronione, gdyż § 7 przewiduje karę umowną zarówno w przypadku realizacji Etapu Zarządczego (§ 7 ust. 1 pkt 2), jak i w przypadku opóźnienia w realizacji danego Zlecenia (§ 7 ust. 1 pkt 4).

Odwołujący zarzucił, że wobec takiej konstrukcji umowy jej § 7 ust. 1 pkt 1 narusza wskazane powyżej przepisy ustawy pzp i Kodeksu cywilnego, a także, że powyższa wątpliwość odnośnie treści SIWZ wskazuje na naruszenie art. 29 ust. 1 pzp, gdyż nie określono w SIWZ w sposób jednoznacznie jasny i precyzyjny wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Wykreślenia w § 7 słowa „opóźnienie” i zastąpienie go odpowiednio słowem „zwłoka”.
2. Wykreślenia w § 7 ust. 6 słowa „jedynie”.
3. Wykreślenia § 7 ust. 7 lub według wyboru Zamawiającego nadania mu brzmienia: *Dla uniknięcia wątpliwości Strony zgodnie oświadczają, że przy dochodzeniu kar umownych Zamawiający nie ma obowiązku wykazywania poniesionej szkody, co nie wyłącza stosowania art. 484 § 2 KC.*
4. Wykreślenia w § 7 ust. 1 brzmienia pkt 1) w całości.
5. Wykreślenia w § 7 ust. 1 dotychczasowego brzmienia pkt 6) i wpisania w to miejsce: *za odstąpienie w całości lub części od Umowy przez Zamawiającego lub Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – karę w wysokości 20% wartości Umowy, od której następuje odstąpienie.*
6. Wykreślenia w § 7 ust. 1 dotychczasowego brzmienia pkt 5) i wpisania w to miejsce: *z tytułu opóźnień w usuwaniu wad i usterek Oprogramowania lub Dokumentacji w okresie gwarancji w stosunku do terminów wskazanych w Załączniku nr 4 do Umowy i rękojmi w stosunku do terminu, o którym mowa w § 9 ust. 10 – w wysokości 0,01 %*

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

{pkt 4. – Wzór umowy: § 8 Majątkowe prawa autorskie}

Zarzuty wycofane.

{pkt 5. – Wzór umowy: § 9 Gwarancja w związku z Załącznikiem nr 5 do Umowy Warunki gwarancyjne}

Odwołujący zrelacjonował, że zgodnie z § 2 ust. 1) przedmiotem umowy jest wykonanie Projektu Architektury oraz świadczenie Usług Rozwoju i Usług Dodatkowych – zwanych łącznie Usługami (definicja Usług w § 1 pkt 33 umowy). W wyniku świadczenia Usług Rozwoju i Usług Dodatkowych powstawać będą Modyfikacje, która (zgodnie z definicją zawartą w § 1 pkt 21 umowy) stanowi przedmiot Usług stanowiący komplet Produktów lub Produktów dodatkowych wykonanych przez Wykonawcę na podstawie Zlecenia.

Do tak sformułowanego przedmiotu Umowy odnosi się określony przez Zamawiającego w § 9 ust. 1 zakres gwarancji: *Wykonawca udziela gwarancji na Projekt Architektury i na każdy Produkt Modyfikacji od dnia podpisania Protokołu Odbioru Projektu lub Protokołu Odbioru Jakościowego Modyfikacji do upływu okresu 24 miesięcy od dnia podpisania ostatniego Protokołu Odbioru Końcowego Modyfikacji.*

Jednocześnie Zamawiający zawarł w SIWZ postanowienia rozszerzające ww. zakres gwarancji:

- W § 9 ust. 4: *Wykonawca, w ramach udzielonej gwarancji; ponosi pełną odpowiedzialność za prawidłowe działanie Systemu SIG. W przypadku wystąpienia nieprawidłowości w działaniu Systemu SIG, Wykonawca jest zobowiązany do ich usunięcia w terminach i na zasadach określonych dla gwarancji w Załączniku nr 4 do Umowy. (nota bene – odwołanie do wadliwego załącznika, powinno być odwołanie do załącznika nr 5);*
- W załączniku nr 5 w pkt 1.2: *Wykonawca w ramach udzielonej gwarancji, o której mowa w ust 1 ponosi pełną odpowiedzialność za prawidłowe działanie Systemu SIG w związku ze świadczonymi Usługami oraz za kompletność Dokumentacji. W przypadku wystąpienia nieprawidłowości w działaniu Systemu SIG lub nieprawidłowości Dokumentacji, Wykonawca jest zobowiązany do ich usunięcia w terminach i na zasadach określonych w niniejszym Załączniku.*

Po pierwsze, Odwołujący zarzucił, że powyższe postanowienia wprowadzają niejasność co do rzeczywistego zakresu gwarancji, gdyż można je uznać za rozszerzające

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

zakres gwarancji wskazany w § 9 ust. 1 umowy. Zgodnie z definicją w § 1 pkt 1 SIG to *zbiór oprogramowania i narzędzi składających się na poszczególne Systemy, dostarczonych w ramach projektów realizowanych na rzecz Zamawiającego na podstawie odrębnych umów*, czyli całość systemów działających u Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że wykonanie Systemu SIG nie jest objęte przedmiotem zamówienia, gdyż został on już uprzednio wykonany na podstawie uprzednio zawartych szeregu umów. Stąd gwarancja udzielona na podstawie niniejszej umowy nie może obejmować Systemu SIG, w szczególności wykonawca nie może ponosić pełnej odpowiedzialności za prawidłowe jego działanie i zobowiązać do świadczenia na swój koszt gwarancji w zakresie określonym w pkt 1.2. załącznika nr 5.

Odwołujący zarzucił, że powyższe postanowienia naruszają art. 29 ust. 1 pzp, gdyż wprowadzają niejasne postanowienia co do zakresu gwarancji udzielanej na podstawie umowy. Wykonawca nie posiada wiedzy odnośnie stanu Systemu SIG na dzień złożenia oferty, istniejących w nim błędów itp. A zatem nie jest możliwe sporządzenie oferty w zakresie świadczenia usług gwarancyjnych dla całego Systemu SIG. Co więcej, struktura

wynagrodzenia przewidziana przez Zamawiającego uniemożliwia objęcie ceną oferty świadczenie takiej gwarancji. Wykonawca tylko wtedy mógłby się zobowiązać świadczyć usługi naprawy błędów w Systemie SIG, gdyby z tego tytułu miał otrzymywać stałe wynagrodzenie ryczałtowe (np. miesięczne). Tymczasem jedyne wynagrodzenie, jakie będzie otrzymywał wykonawca na podstawie umowy, to wynagrodzenie z tytułu wykonania Usług wycenionych w CFP.

Dla Odwołującego oczywiste jest, że wykonanie danej Modyfikacji może wpłynąć na działanie Systemu SIG. Jednakże kwestia poprawności działania Systemu SIG po dokonanej Modyfikacji nie powinna być regulowana przez wprowadzenie gwarancji na System SIG, ale powinna być weryfikowana przez Zamawiającego przy odbiorze danej Modyfikacji. Jeśli dana Modyfikacja powoduje nieprawidłową pracę Systemu SIG, nie powinna po prostu zostać odebrana jako wykonana w sposób nieprawidłowy. Z kolei sam zakres odpowiedzialności wykonawcy z tytułu gwarancji został prawidłowo i wystarczająco określony w § 9 ust. 1 umowy. W § 9 ust. 2 umowy Zamawiający wyraźnie wskazał, że udzielona gwarancja obejmuje: *poprawne działanie Oprogramowania, zgodnie z wymaganiami funkcjonalnymi, technicznymi i organizacyjnymi określonymi w Umowie, w tym w Załączniku nr 1 do Umowy i w Zleceniach oraz poprawność i kompletność Dokumentacji odzwierciedlającej stan rzeczywisty Systemu SIG.*

Po drugie, Odwołujący, zakwestionował, że pomimo wskazania w załączniku nr 5 pkt 1.6. trybu opracowania zasad obsługi gwarancyjnej *{Po podpisaniu Umowy, Wykonawca po konsultacji z Zamawiającym proponuje procedury obsługi awarii i wad Dokumentacji*

12

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

(uwzględniające sposoby ich zgłaszania, usuwania oraz dokumentowania). Procedury obsługi będą podlegały akceptacji ze strony Zamawiającego, a w szczególnym przypadku mogą być one przez niego określone... } oraz w pkt 2 precyzyjnych zapisów dotyczących czasów rozwiązania Problemów – Zamawiający w § 9 ust. 10 umowy wprowadził postanowienie, z którego wynika, że naprawy gwarancyjne będą dokonywane w terminie przez niego wyznaczonym *{W przypadku żądania przez Zamawiającego usunięcia wad i usterek w przedmiocie Umowy w ramach gwarancji, Wykonawca jest zobowiązany do ich nieodpłatnego usunięcia w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, liczonym od daty pisemnego zawiadomienia Wykonawcy przez Zamawiającego o tych wadach i usterek.}*, wprowadzając w ten sposób sprzeczne ze sobą postanowienia.

Według Odwołującego nie jest możliwy do określenia ich wzajemny stosunek. Wykonawca może się spodziewać, że postanowienie § 9 ust. 10 wprowadza dodatkowy tryb obsługi gwarancyjnej, realizowany w nieokreślonych w SIWZ terminach, narzucanych jednostronnie przez Zamawiającego. W praktyce oznacza to, że wykonawca na etapie przygotowywania oferty nie jest w stanie precyzyjnie określić swoich zobowiązań, a tym samym właściwie skalkulować ceny oferty. Jednocześnie takie zapisy wprowadzają do umowy trudne do oszacowania ryzyko i uniemożliwiają wykonawcy przygotowanie wyceny kosztów obsługi gwarancyjnej, która musi być uwzględniona w stawce 1 CPF. Zdaniem Odwołującego przedmiotowe postanowienie umowy jest błędne, a wystarczające do należytego wykonywania zobowiązań gwarancyjnych są zacytowane postanowienia załącznika nr 5.

Odwołujący zarzucił, że powyższe postanowienia SIWZ naruszają art. 29 ust. 1 pzp, gdyż zakres obowiązków wykonawcy jest nieostry, zaś SIWZ nie zawiera wszystkich informacji niezbędnych do przygotowania oferty.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Wykreślenia § 9 ust. 4 umowy.
2. Wykreślenia w załączniku nr 5 do Umowy pkt 1.2.
3. Wykreślenia § 9 ust. 10 umowy.

{pkt 6. – Warunki udziału w postępowaniu – SIWZ: Rozdział V „Warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia” Warunki podmiotowe pkt 1.2.3. ppkt 1.2.2.2. lit. f Specjalista w zakresie wymiarowania oprogramowania oraz Ogłoszenie: Sekcja III. Punkt 1.3.2.f}

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

{pkt 7. – Kryterium oceny oferty „Cena” w związku z treścią Załącznika nr 8: cena 1 CFP = 1 COSMIC FUNCTION POINT przy braku określenia Strategii Wymiarowania}

Zarzuty wycofane.

{pkt 8. – Kryterium oceny oferty „Wydajność”}

Zarzuty wycofane.

{pkt 9. – Warunki udziału w postępowaniu – posiadanie doświadczenia w zakresie usługi trwającej co najmniej 12 miesięcy, w trakcie której wykonawca wykonał prace o łącznej liczbie co najmniej 3500 CFP – Sekcja III Punkt 1.3.1.8 Ogłoszenia, SIWZ: Rozdział V „Warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia” pkt 1.2.3. ppkt 8)}

Zarzuty wycofane.

{KIO 2352/16}

12 grudnia 2016 r. Odwołujący – Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie {dalej również: „Comarch”} wniósł w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) wobec postanowień specyfikacji.

Odwołujący Comarch zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie zaznaczono inaczej}:

1. Art. 29 ust. 1 oraz art. 25 ust. 1 pzp i § 13 ust. 1 pkt. 1 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. z 2016 r., poz. 1126) {dalej również: „rozporządzenie o dokumentach”} oraz art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 3 – przez wymaganie załączenia do oferty próbki oprogramowania, które ma być wytworzone przez wykonawcę na etapie realizacji umowy i nie jest oprogramowaniem standardowym, gotowym na etapie składania ofert.
2. Art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewystarczający, a także przez dokonanie tego opisu oraz kryterium

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

oceny ofert w zakresie oceny próbki w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

3. Art. 29 ust. 1 pzp – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niewystarczający i uniemożliwiający wykonawcy dokonanie rzetelnej wyceny świadczenia.
4. Art. 24 w zw. z art. 91 ust. i § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia o dokumentach – przez sformułowanie w SIWZ nieznannej ustawie pzp podstawy wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy w ramach jednego z kryteriów oceny ofert (oceny próbki) wykonawca otrzyma zbyt małą ilość punktów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian specyfikacji w sposób określony w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania sprecyzowano naruszenia przez skonkretyzowanie zarzutów odnośnie poszczególnych postanowień specyfikacji.

W szczególności w ramach zarzutów, które nie zostały do zamknięcia rozprawy wycofane podano następujące okoliczności faktyczne i prawne dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{ad pkt 1 listy zarzutów}

Odwołujący przywołał następujące postanowienia specyfikacji:

- zgodnie rozdziałem XI pkt 8 SIWZ na ofertę składa się formularz oferty oraz próbka;
- według rozdziału XIV SIWZ ocena próbki stanowi jedno z kryteriów oceny oferty („kryteria techniczno-jakościowe próbki” o wadze 30%), ma być dokonywana na podstawie oceny spełnienia wymagań opisanych w załączniku nr 9 do SIWZ, który określa wymagania co do próbki;
- zgodnie z załącznikiem nr 9 do SIWZ Zamawiający w ramach zadania próbnego wymaga realizacji trzech scenariuszy testowych dotyczących: 1) wykonania prototypu usługi OpenLS, 2) usługi WPS analiz przestrzennych (kontrola jakości danych), 3) udzielenie odpowiedzi na pytania Zamawiającego dotyczące przekazanych zbiorów danych z wykorzystaniem języka SPARQL/GeoSPARQL z wykorzystaniem LOD.

Po pierwsze, Odwołujący zarzucił, że wszystkie z trzech opisanych w załączniku nr 9 scenariuszy testowych wymagają użycia oprogramowania, które nie jest gotowe na dzień składania ofert, a przynajmniej nie jest oprogramowaniem gotowym, standardowym, oferowanym przez wykonawców z branży. Stąd w celu wykonania próbki (przeprowadzenia

15

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

scenariuszy) wykonawcy muszą opracować to oprogramowanie.

Po drugie, Odwołujący zarzucił, że każdy z trzech scenariuszy jest elementem zakresu planowanych usług w ramach realizacji przedmiotu zamówienia.

{ad 1)}

Prototyp usługi OpenLS, wymagany w pierwszym scenariuszu testowym próbki, w swym zakresie pokrywa się w pełni z wymaganiem SIWZ oraz załącznikiem nr 1 do SIWZ na usługę nr 6, opisaną ogólnie w tabeli nr 1 rozdziału 6.1.1 opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ) {dalej również: „OPZ” lub „SOPZ”}.

Odwołujący sprecyzował, że nowa funkcjonalność, o której mowa w tej tabeli, reverse geocoding (odwrotne geokodowanie) jest tożsame z wymaganiem z punktów testowych PT.0101, PT.0102, PT.0103.

{ad 2)}

Scenariusz testowy nr 2 – wymaganie dotyczące usługi WPS analiz przestrzennych (kontrola jakości danych) i zapisane wymagania zadań próbnych są elementami budowy nowej usługi dla Systemu CAPAP („Usługa podniesienia jakości danych zewnętrznego dysponenta danych”) oraz rozbudowy usługi oceny integralności i spójności danych sieci uzbrojenia terenu dla Systemu K-GESUT.

Odwołujący sprecyzował, że punkty testowe PT.0203, PT.0205 oraz związane z nimi wymagania są tożsame z wymaganiami dotyczącymi powyższej nowej usługi oraz funkcjonalności weryfikacji danych w oparciu o słowniki oraz zatwierdzone ontologie, które są dokładnie opisane w wymaganiach CAPAP.F.078, CAPAP.F.079 oraz CAPAP.F.081 zamieszczonych w załączniku nr 5 do SOPZ.

{ad 3)}

Scenariusz testowy nr 3 – udzielenie odpowiedzi na pytania Zamawiającego dotyczące przekazanych zbiorów danych z wykorzystaniem języka SPARQL/GeoSPARQL z wykorzystaniem LOD, również jest elementem przedmiotu zamówienia.

Odwołujący sprecyzował, że:

- W załączniku nr 5 do SOPZ Zamawiający uszczegółowił w „Części III – wykaz planowanych wymagań pozafunkcyjnych i funkcjonalnych w zakresie wykorzystania technologii Linked Data”, w tabeli na str. 155 (bez określonego numeru i nazwy), jakie usługi całości przedmiotu zamówienia mają wykorzystywać język SPARQL/GeoSPARQL, co wprost koresponduje z wymaganiami zadania próbnego z załącznika nr 9 do SIWZ i wymaganiem: *W ramach próbki Oferent przygotowuje środowisko w technologii Linked Open Data pozwalające na udzielenie odpowiedzi na pytania Zamawiającego dotyczące przekazanych zbiorów danych z wykorzystaniem języka SPARQL/GeoSPARQL.*
- Określone w załączniku nr 9 w punkcie testowym PT.0301 – przekazanie danych do

16

Zamawiającego wymagania pokrywają się całościowo z wymaganiami dla „Usługi kompozycji danych krajowej bazy GESUT dla wybranego obszaru”, a częściowo dla pozostałych usług, wszędzie tam, gdzie Zamawiający wymaga w opisie przedmiotu zamówienia wykonania usług w technologii LOD lub tryb LOD (Linked Open Data).

– Opisany w załączniku nr 9 do SIWZ punkt testowy PT.0302 – wykonanie zapytania SPARQL wskazanego przez Zamawiającego, wprost koresponduje z wymaganiami utworzenia tzw. „endpoint” SPARQL, umieszczonymi w większości usług powyżej przywoływanej tabeli.

– Opisany w załączniku nr 9 do SIWZ punkt testowy PT.0303 – wykonanie zapytania GeoSPARQL wskazanego przez Zamawiającego, wprost koresponduje z wymaganiami dotyczącymi możliwości prowadzenia analiz przestrzennych z wykorzystaniem języka GeoSPARQL realizowanego w usłudze analiz przestrzennych powyżej przywołanej tabeli powyższej tabeli.

Odwołujący podsumował, że Zamawiający wymaga od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, aby opracowali próbkę, która obrazować będzie wykonanie przez nich usług, które następnie będą elementem przedmiotu zamówienia, co *de facto* oznacza konieczność wykonania części przedmiotu zamówienia na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia i wykracza w związku z tym poza prawnie dopuszczalny zakres próbki w rozumieniu § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia o dokumentach.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (między innymi w wyrokach z: 28 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 469/09, 7 listopada 2008 r., sygn. KIO/UZP 1173/08, KIO/UZP 70/08) § 6 ust. 1 pkt 1 poprzednio obowiązującego rozporządzenia o dokumentach (stanowiący odpowiednik wskazanego powyżej przepisu) stanowi podstawę wymagania od wykonawców załączenia do oferty próbki oferowanego systemu, jednakże wyłącznie w zakresie systemów gotowych (bądź gotowych, standardowych elementów, stanowiących części systemów dedykowanych). Zamawiający nie mogą wymagać, aby wykonawcy realizowali czynności objęte zamówieniem już na etapie składania ofert.

Według Odwołującego nie ma przy tym decydującego znaczenia fakt, że ocenie w ramach próbki będzie podlegać wykonanie określonego produktu „zgodnie ze standardami OGC”, a więc otwartymi standardami, opracowanymi przez Open Geospatial Consortium (OGC), gdyż słowo „standard” nie oznacza bynajmniej w tym kontekście „powszechnie przyjętego na rynku rozwiązania”, a technologię realizacji produktów, do której powinno się dążyć. Odwołujący wyjaśnił, że OGC to międzynarodowe konsorcjum, zrzeszające ponad 522 firm, agencji rządowych i uczelni uczestniczących w procesie uzgadniania i rozwoju publicznie dostępnych standardów interfejsu dostępu do danych przestrzennych. Standardy

OGC wspierają implementację rozwiązań geoprzestrzennych dla usług sieciowych, co umożliwia twórcom technologii informatycznych tworzenie usług informacji przestrzennej dostępnej i używanej do wszelkiego rodzaju zastosowań przetwarzania informacji geograficznej.

Odwołujący sprecyzował, że standardy, których zachowania podczas wykonania produktów objętych próbką żąda Zamawiający, to: 1) OpenGIS Location Services (OpenLS); Core Services w wersji 1.2 z 9 września 2008 oraz schematami aplikacyjnymi; 2) Web Processing Service OGC (WPS) w wersji 2.0 Interface Standard Corrigendum 1 z 5 października 2015 oraz schematami aplikacyjnymi; 3) GeoSPARQL {w odniesieniu do każdego z nich w odwołaniu wklejono linki}. A OGC prowadzi proces certyfikacji zgłaszanych rozwiązań do zgodności z konkretną wersją standardu, na swoich stronach informując o uzyskaniu takowego standardu i zgłoszeniu przez dowolnego producenta.

Odwołujący podniósł, że na stronie wyszukiwarki OGC (<http://www.opengeospatial.org/resQimie/products>) żadnego oprogramowania standardowego certyfikowanego przez OGC, które posiada implementację standardów wymaganych przez Zamawiającego zgodnie z treścią załącznika nr 9 do SIWZ. Według

Odwolującego oznacza to, że standard OGC jest standardem, którego Zamawiający może wymagać w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, nie może jednak wymagać, aby w tym standardzie opracowane zostały jakiekolwiek produkty przedstawiane do oceny w ramach próbki.

Po trzecie, Odwołujący zarzucił, że wymagania dotyczące próbki preferują ewentualnego wykonawcę, który już dokonał implementacji wymienionych w załączniku nr 9 do SIWZ standardów w swoich produktach, a tym samym narusza zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

Po czwarte, Odwołujący zarzucił, że ograniczeniem konkurencyjności realizacji zadania próbnego jest określone w pkt 1 załącznika nr 9 do SIWZ wymaganie: *Oferowane przez Oferenta docelowe rozwiązanie musi być wykonane w technologii takiej samej, jak prezentowana Próbką lub równoważnej przy jednoczesnej akceptacji odstępowania przez Zamawiającego.*

Odwolujący zarzucił, że jest to jednoznaczny przykład obarczenia wykonawcy bardzo dużym ryzykiem, w szczególności finansowym, gdyż aby spełnić to wymaganie potencjalny wykonawca musi wykonać duży zakres prac projektowych celem ustalenia, jakiego oprogramowania może użyć w celu realizacji wszystkich usług objętych przedmiotem zamówienia – zarówno nowych, jak i rozbudowy obecnie posiadanych już przez Zamawiającego.

Odwolujący podkreślił, że Zamawiający nie przekazał wykonawcom w SIWZ

18

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

informacji o zakresie posiadanych przez siebie licencji (wymienił tylko ich listę, ale nie zakres), nie zawarł żadnego postanowienia, z którego można byłoby wnioskować, że wykonawca realizujący zamówienie będzie mógł korzystać z jakiegokolwiek oprogramowania już eksploatowanego przez Zamawiającego. Wręcz przeciwnie, w SIWZ zawarte są postanowienia nakładające na wykonawcę obowiązek zapewnienia wszystkich niezbędnych licencji koniecznych do realizacji zamówienia. Przedstawiona przez Zamawiającego lista zawiera ponad 1000 pozycji dotyczących licencji, bez podania które z nich i w jakiej ilości wykonawca będzie zobowiązany zabezpieczyć na potrzeby realizacji zamówienia. Biorąc pod uwagę ilość i potencjalny koszt tych licencji, nie jest możliwe rzetelne (a właściwie jakiegokolwiek) oszacowanie ceny oferty w tym zakresie. A problem ten nie dotyczy jedynie poprzednich wykonawców, którzy te licencje posiadają.

Odwolujący stwierdził, że jedynym względnie bezpiecznym rozwiązaniem byłoby zatem zaoferowanie wykonania zamówienia, a tym samym wykonanie próbki, w oparciu o oprogramowanie tych firm, które są wymienione w spisie oprogramowania wykorzystywanego do realizacji obecnych rozwijanych usług z załącznika nr 1 do SOPZ (Integrat, ESRI, GisPartner, Asseco itp.). Względnie bezpiecznym, ponieważ realizacja scenariuszy testowych w ramach próbki wymagałaby użycia oprogramowania podmiotów trzecich, które, jak wskazano powyżej, jest niecertyfikowane przez OGC pod kątem wymaganych przez Zamawiającego w ramach próbki standardów OGC. Nie jest zatem pewne, czy rzeczywiście uda się zrealizować scenariusze testowe z wykorzystaniem powołanych standardów przy użyciu wskazanego oprogramowania, jak również czy użycie tego oprogramowania nie zostanie potraktowane przez Zamawiającego jako niezgodnie z OPZ.

Dodatkowo, wyłącznie w celu realizacji próbki wykonawca musiałby ponieść koszt zakupu licencji wskazanego oprogramowania (około 220.000 zł netto – w zależności od sposobu licencjonowania). Oprócz kosztów licencji należałoby także uwzględnić nakład pracy, jaki musiałby ponieść wykonawca celem realizacji niniejszych zadań testowych (Odwolujący ocenił ten zakres prac na minimum 140 dni roboczych). W kontekście ram czasowych narzuconych przez pzp wymaga to od wykonawcy powołania kilkuosobowego zespołu specjalistów (charakter wymaganych standardów) realizującego implementację technologiczną standardów oraz przedmiotu próbki. Tak postawione zadanie mocno ogranicza możliwości złożenia oferty oraz konkurencyjność postępowania.

Odwolujący w związku z powyższymi zarzutami wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Usunięcia z załącznika nr 9 do SIWZ wymagania, aby rozwiązanie docelowe musiało być wykonane w technologii takiej samej jak prezentowana próbka.

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

Odwołujący dodał, że w standardzie OGC dlatego jest realizowany proces certyfikowany w stosunku do wielu aplikacji producentów, aby niezależnie od aplikacji, w której został zaimplantowany, funkcjonował identycznie według założeń standardu. Stąd zapytanie skonstruowane według standardu X (np. WMS, WFS czy WPS), zadane dowolnemu certyfikowanemu oprogramowaniu, zawsze zwróci tę samą odpowiedź – zgodną ze schematem standardu. Dlatego też jeśli Zamawiający chce sprawdzić umiejętności wykonawcy w obsłudze standardów OGC, nie ma znaczenia, jakiego wykonawca narzędzia użyje w tym celu – wyniki użycia zawsze mają być te same. Realizacja przedmiotu zamówienia dotyczy usług rozbudowywanych, które wykonawca ze względów ekonomicznych zapewne będzie chciał zrealizować w technologii wykorzystywanej przez już eksploatowane systemy. Natomiast nowe usługi powinny być realizowane w technologii, którą wykonawca sam wybierze w wyniku analizy zagadnienia. W obecnej sytuacji, ze względu na kwestionowane postanowienie, wykonawca nie ma takiej możliwości.

2. Usunięcia z załącznika nr 9 do SIWZ wszystkich trzech scenariuszy testowych i zastąpienie ich innymi, nieograniczającymi konkurencji i możliwymi do realizacji przez wiele dostępnych technologii informatycznych.

Odwołujący dodał, że we wcześniejszych postępowaniach przetargowych prowadzonych przez Zamawiającego, opracował on zasady przygotowania próbki w sposób postępowania i niepreferujący nieograniczający konkurencyjności dotychczasowych wykonawców {w odwołaniu wskazano przykładowo nazwy i oznaczenia dwóch postępowań}.

{ad pkt 2 listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że zgodnie z postanowieniami załącznika nr 1 do SIWZ, (zmienionymi 5 grudnia 2016 r.) rozdziału 9 „Dodatkowe zobowiązania Wykonawcy” w pkt 4 wykonawca został zobowiązany do zapewnienia (...) *infrastruktury technicznej (sprzętu oraz systemów operacyjnych oraz licencji na infrastrukturę programową (bazy danych i aplikacje) dla środowiska deweloperskiego, które będzie wykorzystywał do tworzenia produktów.*

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający przerzucił w ten sposób konieczność posiadania środowiska deweloperskiego na wykonawcę, co w przypadku rozbudowywanych systemów oznacza niemożność jego zbudowania bez koniecznych do tego licencji, wskazanych w załączniku nr 1 do SOPZ – Rejestrze licencji, zawierającego pozycje z oprogramowaniem własnym dotychczasowych producentów Systemów SIG, (Asseco Poland S.A., GisPartner sp. z o.o., GeoTechnologies sp. z o.o. oraz Intergraph Polska sp. z

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

o.o.), których licencje nie są dostępne na rynku wcale, bądź dostępne są tylko teoretycznie, przez co skutecznie blokowany jest udział w postępowaniu podmiotów innych, niż wskazane powyżej lub podmiotów powiązanych z nimi kapitałowo. Ponieważ wykonawcy ci są konkurentami Odwołującego, zrozumiałe jest, że nie są zainteresowani w udostępnieniu tych licencji na takich warunkach, aby Odwołujący miał realne szanse uzyskania zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że realizacja usług, zarówno rozwojowych, jak dodatkowych, może się wiązać z dostawą licencji z załącznika nr 1 do SOPZ na technologie niedostępne dla szerszego grona wykonawców, identycznie jak przy wymogu dotyczącym środowiska deweloperskiego.

Odwołujący zarzucił, że nie jest możliwe oszacowanie, ile i jakich licencji należy dostarczyć na potrzeby rozwijanych e-usług i narzędzi, by spełnić wymagane w SIWZ parametry ich dostępności, gdyż Zamawiający nie dostarcza w opisie przedmiotu zamówienia żadnych informacji pozwalających wykonawcy rzetelnie oszacować możliwości rozbudowy i ich pracochłonność, w szczególności w opisie brak jest dokumentacji Systemów SIG, w tym architektury technicznej, aktualnego obciążenia serwerów, wysycenia licencjami, kodów źródłowych itp.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ rozdział 5.1 „Inicjatywa SIG” *Zamawiający posiada dokumentację poszczególnych komponentów*, jak twierdzi w kolejnych rozdziałach, *wskazano rodzaj dokumentacji będącej w posiadaniu Zamawiającego dla każdego z komponentów wraz z określeniem pojemności tej dokumentacji*, jednak w rezultacie nawet tych informacji nie zamieszczono. Według Odwołującego udostępnienie wykonawcy dokumentacji po zawarciu umowy byłoby zasadne w przypadku, gdyby przedmiotowe postępowania prowadzone byłoby w celu zawarcia umowy ramowej.

Odwołujący podkreślił, że dostawa technologii równoważnych w przypadku rozbudowywanych usług i narzędzi, ze względu na złożoność Systemów SIG, ich liczbę, koszty wykraczające dalece poza zakładany w postępowaniu budżet oraz termin realizacji przedmiotu zamówienia (31 sierpnia 2018 r.), jest raczej teoretyczną możliwością. Zakładaną funkcjonalność (załącznik nr 5 do SOPZ), nie tylko dla rozwijanych e-usług i narzędzi, ale także dla nowych, da się osiągnąć przy wykorzystaniu technologii, w oparciu o które aktualnie zbudowane są systemy SIG, co zresztą sam Zamawiający zakładał, planując realizację projektów z POPC.

Odwołujący wywiódł, że w tym kontekście zapewnienie niezbędnych do realizacji zamówienia licencji, o ile nie są powszechnie dostępne na rynku, na równych warunkach – winno być obowiązkiem Zamawiającego, gdyż tylko w ten sposób postępowanie dostępne będzie dla wszystkich wykonawców bez naruszenia zasady określonej w art. 29 ust. 2 i art. 7 ust 1 pzp.

21

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

Tymczasem zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ – Wzór Umowy § 8 „Majątkowe prawa autorskie” pkt 10 wykonawca musi oświadczyć, że „uzyskał zgodę producenta na korzystanie z oprogramowania standardowego, w tym na przekazywanie dokumentów zawierających warunki licencji. Wykonawca ubiegający się o zamówienie musi zatem uzyskać zgodę swoich konkurentów na korzystanie z ich oprogramowania w celu realizacji zamówienia. Konieczność uzyskania takiego oświadczenia potwierdza potencjalne problemy, jakie mogą się pojawić dla wykonawcy Spoza grona dotychczasowych wykonawców, systemy dla GUGiK. aby korzystać wykonujących Przykładowo, z powszechnie dostępnego oprogramowania jak Oracle DataBase czy ArcGIS for Server czy innego oprogramowania standardowego nie ma konieczności uzyskiwania zgody ich producenta na korzystanie z nich – pod warunkiem wykupienia lub posiadania odpowiednich licencji, a dostęp do nich nie jest blokowany.

Odwołujący zarzucił, że kolejnym elementem ograniczającym konkurencyjność postępowania jest określone w załącznik nr 1 do SIWZ rozdziale 6.3. „Administracja techniczna” wymaganie, że (...) *w ramach prac Wykonawcy nie mogą być podejmowane działania, których skutkiem może być utrata gwarancji na systemy/elementy systemów, dla których obowiązuje gwarancja świadczona przez inne podmioty*, przy czym nie podano warunków świadczenia gwarancji przez podmioty trzecie.

Odwołujący stwierdził, że co prawda postanowienie to odnosi się do usługi Administracji Technicznej, ale dość logiczne jest, że wszelkie próby podejmowane w kierunku rozbudowy systemów SIG wymaganej przedmiotem zamówienia, powinny doprowadzić do utraty gwarancji świadczonych przez podmioty trzecie, chyba że wykonawcą zostaną te podmioty trzecie, które świadczą gwarancję (lub wykonawca, który z tymi podmiotami odpowiednio się porozumie).

{Odwołujący przedstawił w odwołaniu okres obowiązywania gwarancji na poszczególne Systemy SIG za rysunkiem 23 SOPZ}

Odwołujący podniósł, że biorąc pod uwagę termin realizacji zamówienia (31 sierpnia 2018 r.) oraz wskazane okresy obowiązywania gwarancji na poszczególne systemy SIG, dla systemów KSZBDOT oraz ZSIN wykonawca nie będzie mógł podjąć żadnych działań bez porozumienia z ich producentem, a dla części z nich (Geoportal, Szyna Usług Geoportal) będzie to możliwe dopiero za rok (pod warunkiem oczywiście, że uzyska wcześniej stosowne zgody producentów i licencje).

Odwołujący podsumował, że powyższe okoliczności sprawiają, że w tym postępowaniu złożyć ofertę, uzyskać zamówienie i zrealizować je z prawdopodobieństwem sukcesu może jedynie: po pierwsze – konsorcjum złożone z dotychczasowych producentów,

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

z wszystkimi dotychczasowymi producentami (i zapewnił sobie uzyskanie uprawnień licencyjnych, pozwalających na realizację zamówienia).

Odwołujący podkreślił, że posiada wszelkie wymagane doświadczenie i kompetencje, by zrealizować przedmiot zamówienia na technologiach stosowanych dotychczas w systemach SIG, jednak w związku z powołanymi wymaganiami (zapewnienia licencji i zgody producentów na korzystanie z oprogramowania standardowego, w szczególności w zakresie produktów własnych producentów systemów SIG), możliwość ta jednak została wyłączona, bądź co najmniej tak ograniczona, że szansa na uzyskanie zamówienia przez Odwołującego jest wyłącznie teoretyczna.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. Zmianę SIWZ polegającą na usunięciu postanowień zobowiązujących wykonawcę do porozumienia się z konkurującymi o to samo zamówienie wykonawcami dla uzyskania ich zgody na korzystanie z oprogramowania tych wykonawców, eksploatowanego przez Zamawiającego, w celu realizacji zamówienia, a zapewnienie niezbędnych do wykonania rozbudowy systemów SIG licencji oprogramowania podmiotów trzecich będzie leżało po stronie Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że:

- W ramach Projektów CAPAP, ZSIN Faza II oraz K-GESUT planuje się do realizacji na podstawie odrębnych umów szereg zadań w zakresie dostawy infrastruktury (załącznik nr 1 do SIWZ, rozdział V, pkt 5.4 „Infrastruktura techniczna”) prawdopodobnie do poziomu serwerów aplikacyjnych. W ramach przedmiotowego postępowania zobowiązano wykonawcę do wskazywania każdorazowo w dokumentacji, (...) *jaka powinna być przygotowana infrastruktura sprzętowa, aby zapewnić wydajność, przepustowość oraz dostępność narzędzi i usług* (załącznik nr 1 do SIWZ, rozdział 9. „Dodatkowe zobowiązania Wykonawcy”, pkt.3). Ta sama procedura mogłaby obejmować również oprogramowanie standardowe (z udostępnionego w załączniku nr 1 do SOPZ Rejestru licencji).
- Niniejsze postępowanie poprzedzone było dialogiem technicznym, podczas którego w odniesieniu do problemu związanego z brakiem konkurencyjności postępowania przetargowego w kontekście łączenia postępowania z koniecznością dostawy, wsparcia czy nowych licencji na określone produkty standardowe, Odwołujący proponował zastosowanie procedury tzw. umowy ramowej. Wiązałoby się to z ogłoszeniem postępowania przetargowego na dostawę aktualizacji i wsparcia do oprogramowania standardowego. Zaletą takiego rozwiązania byłaby możliwość zawarcia umowy z większą liczbą wykonawców, a Zamawiający mógłby, ale nie musiałby zamówić

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

określony w SIWZ przedmiot zamówienia. Na etapie dialogu technicznego przesłano Zamawiającemu przykładowy SIWZ, który swego czasu ogłosiło Centrum Projektów Informatycznych. W tamtym przypadku zamawiający, żeby nie kupować z góry dużej ilości licencji czy sprzętu, zamawiał je na bieżąco w stosunku do potrzeb projektowych. Zamawiający nie skorzystał jednak do tej pory z takiej możliwości, ogłaszając typowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowokując w ten sposób opisane powyżej problemy.

- Rozwiązaniem części z nich byłoby również podpisanie umowy korporacyjnej na dostawę oprogramowania standardowego z ich producentami. Przykładowo firma ESRI stosuje umowę ELA, z których w Polsce korzysta już w podobnym przypadku wiele dużych podmiotów, w tym centralne podmioty publiczne (np. IMGW, BULIGL). Niewykluczone, iż możliwe byłoby wypracowanie podobnych umów z innymi dostawcami oprogramowania standardowego.

2. Usunięcie wymagania, aby wykonawca nie mógł podejmować działań, których skutkiem

może być utrata gwarancji na systemy/elementy systemów, dla których obowiązuje gwarancja świadczona przez inne podmioty.

Według Odwołującego to Zamawiający powinien zadbać o braku utraty gwarancji przy rozbudowie systemów, bądź o odpowiednie procedury autoryzacji przez gwaranta zmian w jego oprogramowaniu, dokonywanych przez inny podmiot.

{ad pkt 3 listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że zgodnie z treścią rozdziału XIII SIWZ wykonawca ma obliczyć cenę na formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ. W pkt III tego załącznika Zamawiający wymaga od wykonawcy złożenia oświadczenia o wycenie oferty opartej na tzw. punkcie funkcyjnym. Wykonawca wycenia *de facto* wyłącznie wartość punktu funkcyjnego, a cena oferty wynika z przemnożenia liczby podanych przez Zamawiającego punktów funkcyjnych (12895) przez cenę punktu funkcyjnego określoną przez wykonawcę.

Odwołujący zarzucił, że przyjęty przez Zamawiającego sposób obliczenia ceny uniemożliwia rzetelne oszacowanie kosztów realizacji zamówienia, gdyż rozliczanie z wykonawcą za jego pracę ma się odbywać w punktach funkcyjnych za zrealizowane zlecenie, jednakże na wykonawcę przerzucono odpowiedzialność za dostawę wszystkich e-Usług i Narzędzi, o których mowa w rozdziale III SIWZ („Opis przedmiotu zamówienia”), o wymaganej funkcjonalności (załącznik nr 5 do SOPZ), w czasie wskazanym terminem realizacji zamówienia. Nie ma zaś żadnej gwarancji, że Zamawiający będzie składał wykonawcy zamówienia na prace, nie ma też wskazanego żadnego gwarantowanego,

24

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

minimalnego poziomu, który Zamawiający zobowiązany jest zamówić. Oznacza to, że wykonawca już na etapie przygotowania oferty zobowiązany jest zsumować wszystkie koszty realizacji zamówienia (w tym licencje, koszty szkolenia, koszty cateringu, czyli koszty, których nie wycenia się co do zasady w narzuconej przez Zamawiającego metodzie COSMIC). Może się natomiast okazać, że taka metoda będzie całkowicie błędna, jeśli Zamawiający nie zamówi całości prac objętych zamówieniem,

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu usunięcia z SIWZ metody rozliczenia wg punktów funkcyjnych i wprowadzenie postanowień zobowiązujących wykonawców do określenia ceny za realizację zamówienia, a Zamawiającego – do zapłaty tej ceny za wykonanie przez wykonawcę zamówienia.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający zamierza korzystać z przywilejów umowy ramowej, po pierwsze – nie prowadząc postępowania w celu zawarcia umowy ramowej, po drugie – wadliwie narzucając obowiązek wliczania do punktu funkcyjnego w ramach metody COSMIC kosztów (np. cateringu, licencji), które nie mogą być do tego punktu zaliczone (kosztów wykraczających poza samą czasochłonność prac przy tworzeniu oprogramowania).

{ad pkt 4 listy zarzutów}

Zarzuty wycofane.

{KIO 2339/16, KIO 2352/16}

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie, a na posiedzeniu wskazał, które zarzuty odwołań uznaje, oświadczając jednocześnie, że nie uznaje pozostałych zarzutów odwołań i wnosi o ich oddalenie.

Odwołujący wycofali na posiedzeniu zarzuty, które powyżej nie zostały szerzej zrelacjonowane, w pozostałym zakresie podtrzymując odwołania.

Swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłosili następujący wykonawcy:

A. Intergraph Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2339/16)

B. Sygnity S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2339/16 i KIO 2352/16)

– po stronie odwołującego:

25

C. GeoTechnologies sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt KIO 2352/16)
– po stronie zamawiającego

Wobec zgłoszenia powyższych przystąpień w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu (od przekazania kopii odwołania przez Zamawiającego) i wymogu przekazania jego kopii stronom danego postępowania, a także nie zgłoszono co do nich opozycji, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia ich nieskuteczności.

Ponieważ odwołania nie zawierały braków formalnych, a wpisy od nich zostały uiszczone – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby którekolwiek z odwołań podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępujących nie zostały również złożone w tym zakresie odmienne wnioski.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołań lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała odwołania w zakresie podtrzymanych zarzutów do rozpoznania na rozprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępujących) postępowania odwoławczego obu spraw, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniach, zgłoszeniach przystąpień, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp 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 legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, o którego udzielenie ma prawo się ubiegać. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp mogą narażać na szkodę Odwołujących, skoro według zarzutów zaskarżone postanowienia s.i.w.z. mogą uniemożliwiać lub utrudniać złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu, a w konsekwencji uzyskanie tego zamówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia

26

faktyczne oraz zakres zarzutów podlegających rozpoznaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie w sprawie KIO 2339/16 zasługuje na uwzględnienie, gdyż potwierdziły się niektóre spośród podtrzymanych zarzutów, natomiast odwołanie w sprawie KIO 2352/16 podlega oddaleniu, gdyż nie potwierdził się żaden z podtrzymanych zarzutów.

W obu odwołaniach podtrzymane zarzuty dotyczą przede wszystkim naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 pzp, a także wskazywany jest art. 7 ust. 1 pzp.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z kolei według art. 29 ust. 2 pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Ten ostatni przepis stanowi uszczegółowienie w odniesieniu do przedmiotu zamówienia jednej z naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

{KIO 2339/16}

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 3 uzasadnienia odwołania Asseco}

W odwołaniu jako przejaw naruszenia art. 29 ust. 1 pzp oraz art. 473 kc w zw. z art. 14 i art. 139 pzp. Zgodnie z art. 473 § 1 kc dłużnik może przez umowę przyjąć na siebie odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Przy czym na mocy art. 471 kc dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. A art. 472 kc określa, że jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności.

Spośród zarzutów sformułowanych w odwołaniu w stosunku do regulacji zamieszczonych w § 7 wzoru umowy, Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący postanowienia, według którego odpowiedzialność stron z tytułu nienależytego wykonania lub niewykonania umowy wyłączają jedynie zdarzenia losowe związane z działaniem siły wyższej.

27

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

Na wstępie zauważyć należy, że w odróżnieniu od pozostałych regulacji zawartych w § 7, które zgodnie z podanym tytułem odnoszą się do kar umownych, powyższa klauzula ma szerszy zakres zastosowania, gdyż reguluje zasadę odpowiedzialności kontraktowej obowiązującej w ramach stosunku zobowiązaniowego wynikłego z tej konkretnej umowy.

Odwolujący trafnie zarzucił, że w ten sposób z naruszeniem art. 473 § 1 kc Zamawiający wprowadził do umowy w sprawie zamówienia publicznego zasadę odpowiedzialności *de facto* wykonawcy na zasadzie ryzyka za nienależyte lub niewykonanie zamówienia. Tego typu klauzula generalna nie czyni zadość dyspozycji powołanego przepisu, gdyż nie wskazuje od strony pozytywnej okoliczności, za które dodatkowo w stosunku do zasad ogólnych ma odpowiadać dłużnik. Konieczność takiego oznaczenia rozszerzonej odpowiedzialności dłużnika nie budzi wątpliwości w orzecznictwie i doktrynie, na co zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 27 września 2013 r. (sygn. akt I CSK 748/12), którego fragment adekwatnie został przytoczony w odwołaniu.

Nie ma zatem powodu, aby w celu przywrócenia zgodności z obowiązującym porządkiem prawnym nie uczynić zadość żądaniu wykreślenia słowa „jedynie” z § 7 ust. 6 wzoru umowy. Izba zdaje sobie sprawę, że po takiej zmianie brzmienie postanowienia może nie odpowiadać intencjom Zamawiającego, gdyż będzie jedynie wskazywać na to, że siła wyższa wyłącza odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Jednakże nie ma przeszkód, aby Zamawiający w sposób zgodny z art. 473 § 1 kc wprowadził rozszerzenie odpowiedzialności, jeżeli będzie w stanie wskazać okoliczności, które to uzasadniają.

Powyższe nie oznacza, że Izba ma podstawę, aby uczynić zadość żądaniu nakazania Zamawiającemu w § 7 wprowadzenia kar umownych za zwłokę, a nie za opóźnienie.

Sformułowany w tym zakresie zarzut oparty jest na błędnym przyjęciu przez Odwołującego, że regulacja zawarta w § 7 wzoru umowy również stanowi przejaw zastosowania art. 473 § 1 kc, wyłącznie z tego powodu, że określone w § 7 ust. 1 pkt 1-5 przesłanki uprawniające Zamawiającego do naliczenia kary umownej dotyczą opóźnienia, a nie zwłoki. Wynika z tego pośrednio, że według Odwołującego w zakresie zastosowania art. 474 § 1 kc *{W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.}* nie mieści się kara umowna za opóźnienie, co jest stanowiskiem błędnym

Izba w pełni podziela stanowisko zaprezentowane przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 16 stycznia 2013 r. (sygn. akt II CSK 331/12), który jest aprobowany w orzecznictwie sądowym i doktrynie prawa cywilnego: (...) *strony mogą*

28

umownie ukształtować zakres odpowiedzialności, kompensacji i rozkład ryzyka ponoszenia skutków niewykonania zobowiązania (...) Od kary umownej odróżnić należy dopuszczalne zastrzeżenie o charakterze gwarancyjnym, nakładające obowiązek zapłaty określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania (niewłaściwego wykonania) zobowiązania wskutek okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, do którego nie stosuje się przepisów o karze umownej. Taki charakter będzie miało postanowienie umowne w brzmieniu „za uchybienie terminu” bez względu na przyczynę niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania. Kara umowna natomiast może być zastrzeżona w kontrakcie zarówno za zwłokę (kwalifikowane opóźnienie zawinione bezpośrednio przez dłużnika bądź osoby, którymi posługiwał się przy wykonywaniu zobowiązania, powstałe z innych przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność), jak i tzw. opóźnienia proste, polegające na niespełnieniu świadczenia w oznaczonym terminie, a w wypadku nieoznaczenia po wezwaniu dłużnika do wykonania przez wierzyciela (...). Brak podstawy do nakładania na strony obowiązku wskazywania w umowie, zastrzegającej karę umowną za opóźnienie, dodatkowych okoliczności (przyczyn) opóźnienia, które miałyby wystąpić po stronie dłużnika, zatem ich wprowadzenie zależy od woli stron (...). Kara umowna co do zasady wpisana jest w reżim odpowiedzialności kontraktowej. Dłużnik może zwolnić się od obowiązku jej zapłaty, wykazując, że niewykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności (...). Jeżeli dłużnik (tu zobowiązany do zapłaty kary umownej) może bronić się zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, to dla zmiany polegającej na poszerzeniu lub ograniczeniu zakresu takiej ochrony niezbędna byłaby podstawa prawna.(...) Konkludując, co do zasady, okolicznością ograniczającą zakres odpowiedzialności dłużnika za nienależyte wykonanie zobowiązania polegające na opóźnieniu świadczenia może być także obiektywnie istniejąca i niezależna od niego przyczyna, czasowo uniemożliwiająca wykonanie zobowiązania.

Ponieważ zarzut zawarty w odwołaniu opiera się wyłącznie na tych dwóch nieuprawnionych założeniach, nie mógł być uznany za zasadny. Odwołujący nie sprecyzował żadnych innych okoliczności niż użycie słowa „zwłoka”, które uzasadniałyby interpretację, przesłanek opisanych w § 7 ust. 1 pkt 1-5 jako umownego nałożenia na wykonawcę obowiązku zapłaty określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania lub niewłaściwego wykonania jego zobowiązań wynikających z umowy wskutek okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, co uzasadniałoby ocenę, że nie znajdują tu zastosowania przepisy o karze umownej.

Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut dotyczący postanowienia zawartego

29

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

w § 7 ust. 7 wzoru umowy, gdyż oparty jest wyłącznie na spekulatywnym przypisywaniu Zamawiającemu intencji ograniczenia możliwości miarkowania kary umownej. W żaden sposób nie wynika to z brzmienia tej regulacji, która, jak sam zauważył Odwołujący, odzwierciedla powszechnie aprobowany w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że dochodzenie zapłaty kar umownych nie wymaga wykazania przez wierzyciela, że poniósł szkodę. Zbędność tego typu regulacji umownej nie stanowi naruszenia jakichkolwiek przepisów, w tym art. 29 ust. 1 pzp.

Jedynie na marginesie można zauważyć, że wysoce wątpliwe jest, aby strony mogły umownie wyłączyć instytucję miarkowania kary umownej, o której mowa w art. 484 § 2 kc.

Odwołujący na rozprawie wycofał się z zarzutu, że w § 7 nie ograniczono wysokości zastrzeżonych kar umownych, podtrzymując jednak zarzuty co do dwóch postanowień, w których wysokość kary umownej odniesiono do całości wynagrodzenia umownego, a nie wartości części umowy niewykonanej lub nienależyte niewykonanej.

Jak sam zauważył Odwołujący, takie określenie wysokości kary umownej jest prawidłowe z punktu widzenia zasady swobody umów, o której mowa w art. 353 § 1 kc. Sam brak zrozumienia przez Odwołującego celu wprowadzenia takiej regulacji nie wskazuje, że narusza ona przepisy prawa. Odwołujący zresztą wskazał w tym zakresie *de facto* jedynie na naruszenie art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych, co do którego orzekanie nie mieści się w kognicji Krajowej Izby Odwoławczej.

Finalnie za niezasadny Izba uznała zarzut, że wprowadzenie w § 7 ust. 1 pkt 1 kary umownej z tytułu opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy w stosunku do wskazanej w § 3 ust. 1 umowy jako termin obowiązywania umowy daty 31 sierpnia 2008 r. narusza art. 29 ust. 1 pzp, czy innych *de facto* niewskazanych konkretnie przepisów pzp i kc. Również ten zarzut oparty jest na spekulatywnych przypuszczeniach Odwołującego, że Zamawiający wprowadził takie postanowienie, aby naliczać kary umowne niezależnie od tego, czy zleci wykonawcy jakiegokolwiek modyfikacje, czyli zamówi produkty rozumiane jako efekt prac wykonawcy powstały w wyniku jej realizacji. Umknęło uwadze Odwołującego, że według § 3 ust. 6 umowy termin przekazania do odbioru ostatniego produktu co do zasady nie może przekraczać terminu 2 miesięcy przed upływem terminu obowiązywania umowy, chyba że Zamawiający uzna inaczej, jednak nie może być późniejszy niż termin końcowy obowiązywania umowy. W sposób oczywisty wynika stąd, że zlecenia muszą być składane z odpowiednim wyprzedzeniem i odpowiednio wcześniej niż 2 miesiące przed upływem terminu obowiązywania umowy, gdyż oczywiste jest, że termin przekazania do odbioru produktu przez wykonawcę nie może być jednocześnie terminem złożenia przez

30

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

Zamawiającego zlecenia na modyfikacje, których realizacja ma się zakończyć takim efektem.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 5 uzasadnienia odwołania Asseco}

Izba uznała za zasadny zarzut niejasnego określenia w s.i.w.z. zakresu odpowiedzialności wykonawcy z tytułu gwarancji, którą ma udzielić zamówienia Zamawiającemu, z uwagi na treść postanowień wzoru umowy i załącznika nr 5 do umowy – Warunki gwarancyjne {których brzmienie adekwatnie zostało przywołane w odwołaniu}.

W ocenie Izby samo uwzględnienie przez Zamawiającego żądania wykreślenia postanowienia § 9 ust. 4 umowy jest niewystarczające, gdyż pozostawiony pkt 1 ppkt 2 Warunków gwarancyjnych również wskazuje, że wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za prawidłowe działanie Systemu SIG. Choć w dalszej części wskazano na związek tej odpowiedzialności ze świadczonymi Usługami (czyli *de facto* Modyfikacjami obejmującymi komplet Produktów wykonanych przez wykonawcę na podstawie Zlecenia Zamawiającego), po wyjaśnieniu przez Zamawiającego, że zdefiniowane w § 1 wzoru umowy (odpowiednio w pkt 1 i 2) terminy „SIG (Systemy Informatyczne GUGiK)” i „System SIG lub SIG” należy traktować jako synonimy, istnieje konieczność jednoznacznego przesądzenia zakresu gwarancji udzielanej przez wykonawcę tego zamówienia. O ile Oprogramowanie oraz Oprogramowanie Standardowe definiujące zakres terminu „System SIG lub SIG” dotyczą oprogramowania dostarczonego lub wykonanego w ramach Usług przez wykonawcę tego zamówienia, o tyle termin „SIG (Systemy Informatyczne GUGiK)” odnosi się do zbioru oprogramowania składającego się na poszczególne Systemy, dostarczonego w ramach projektów zrealizowanych na podstawie odrębnych umów, a więc systemów już funkcjonujących u Zamawiającego.

Taki stan rzeczy uzasadnia nakazanie Zamawiającemu usunięcia tej niejednoznaczności przez wprowadzenie do § 9 umowy, do którego odsyła jej 5. załącznik, postanowienia tego jednoznacznie ograniczającego odpowiedzialności wykonawcy zamówienia z tytułu gwarancji do nieprawidłowości działania Systemu SIG, które są związane z dokonanymi przez niego modyfikacjami tego systemu.

Jednakże Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że kwestia poprawności działania Systemu SIG po dokonanej Modyfikacji nie może być przedmiotem tej gwarancji, gdyż wadliwe działanie Systemu SIG na skutek dostarczonego Oprogramowania Standardowego lub wykonanego Oprogramowania przez wykonawcę, może ujawnić się po dokonaniu odbioru danej Modyfikacji, stąd ustalenie 24-miesięcznego okresu gwarancji od dnia Podpisania ostatniego Protokołu Odbioru Końcowego Modyfikacji należy uznać za uzasadnione.

31

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

Izba uznała za niezasadny zarzut sprzeczności postanowienia § 9 ust. 10 wzoru umowy z postanowieniami pkt 2 ppkt 3 Warunków gwarancji, gdyż w ocenie Izby określenie dla poszczególnych kategorii Problemów (według definicji zawartej w pkt 2 ppkt 1 lit. a Warunków gwarancji stanu Systemu SIG spowodowanego wadami Oprogramowania, w którym część Systemu SIG nie funkcjonuje zgodnie z Dokumentacją, mogący skutkować lub skutkujący ograniczeniem bądź brakiem realizacji dowolnej funkcji Systemu SIG) maksymalnych terminów czasów ich rozwiązania (reakcji i usunięcia awarii), stanowi uszczegółowienie ogólnej klauzuli zawartej w umowie. Ta ostanía odnosi się przecież również do postanowienia pkt 2 ppkt 4 Warunków gwarancji, zgodnie z którym jeżeli Problem dotyczyć będzie oprogramowania dostarczonego, ale niewytworzonego przez wykonawcę, terminy rozwiązania Problemu będą za każdym razem ustalane z Zamawiającym.

{KIO 2352/16}

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 1 odwołania Comarch}

W odwołaniu wskazano na naruszenie przytoczonego powyżej art. 29 ust. 1 pzp, a także art. 25 ust. 1 pzp i § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia o dokumentach. Według art. 25 ust. 1 pkt 1 pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, przy czym takie dokumenty dotyczące spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, wskazuje on w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Natomiast z § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia o dokumentach wynika, że w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, może on żądać w szczególności próbek, opisów, fotografii, planów, projektów, rysunków, modeli, wzorów, programów komputerowych oraz innych podobnych materiałów, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego.

Odwolujący zarzucił, że naruszeniem wszystkich powyższych przepisów, a także art. 7 ust. 1 pzp jest zażądanie przez Zamawiającego złożenia wraz z ofertą próbki oprogramowania, będącej przedmiotem oceny w kryterium techniczno-jakościowym oceny ofert przez pryzmat realizacji trzech scenariuszy testowych, w tym za wykonanie określonego produktu zgodnie ze standardami OGC – gdyż, po pierwsze – wymaga to od wykonawców użycia oprogramowania, które nie jest gotowe i standardowo oferowane na tym

32

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

specjalistycznym rynku, po drugie – każdy z przewidzianych scenariuszy jest elementem zakresu usług będących przedmiotem tego zamówienia, a po trzecie – preferuje ewentualnego wykonawcę, który już dokonał implementacji standardów OGC w swoich produktach. Po czwarte – naruszeniem konkurencji ma być wymaganie, aby zaoferowane rozwiązanie docelowe wykonane było w takiej samej technologii jak próbka, ewentualnie równoważnej, jeżeli Zamawiający zaakceptuje takie odstępstwo, gdyż wymaga od potencjalnego wykonawcy ustalenia, jakiego oprogramowania może użyć w celu realizacji wszystkich usług objętych przedmiotem zamówienia, co naraża na nadmierne koszty związane z zakupem licencji niezbędnych do realizacji zamówienia.

Izba stwierdziła, że powyższe zarzuty są niezasadne, bo co najmniej nieudowodnione przez Odwołującego, na którym według art. 190 ust. 1 pzp spoczywał ciężar udowodnienia powyższych twierdzeń. Odwołujący zgłosił dowody {pod nr od 1a do 1i, z pominięciem litery „f”} wskazujące wyłącznie na fakt, że organizacja Open Geospatial Consortium (OGC) nie ma w swojej informacyjnej bazie danych żadnych produktów certyfikowanych pod względem zgodności z opracowanymi przez nią standardami OpenLS, WPS i GeoSPARQL (w odpowiednich wersjach), względnie stanowiących referencyjną implementację tych standardów, a jedynie w odniesieniu do ostatniego z powyżej wymienionych standardów zgłoszono w ogóle jakikolwiek jego implementację. Czyni to bezprzedmiotowym zarzut potencjalnego preferowania wykonawcy, który dokonał implementacji tych standardów, skoro co do zasady nie sposób stwierdzić, czy tacy wykonawcy w ogóle istnieją.

Przed wszystkim, skoro poza wszelkim sporem jest, że wymaganie przez

Zamawiającego wykonania produktów objętych przedmiotem zamówienia zgodnie ze standardami OGC jest jak najbardziej uzasadnione i racjonalne, gdyż wyznacza technologię realizacji produktów, do której powinno się dążyć, niezasadne jest zarzucanie, że nie można tego samego wymagać od próbki. Na podstawie odwołania nie sposób twierdzić, na czym zasadza się tu zarzut ograniczenia konkurencyjności. Jeżeli jakiś wykonawca realizował już produkty według technologii implementującej otwarte standardy wypracowane przez OGC, to trudno z tego czynić jakikolwiek zarzut Zamawiającemu, tylko z tego powodu, że nie jest nim najwyraźniej Odwołujący.

Powyższy zarzut okazał się być ponadto bezprzedmiotowy (podobnie jak powyższe dowody), gdyż oparty na błędnym założeniu przyjętym przez Odwołującego, a nie znajdującym oparcia w s.i.w.z., że Zamawiający będzie wymagał potwierdzenia certyfikowanej, względnie referencyjnej implementacji standardów według OGC. Tymczasem Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że nie ma takich wymagań, chociażby z tego powodu, że zdaje sobie sprawę z kosztowności procedury certyfikacji, natomiast sam posiada kompetencje do dokonania oceny, czy produkt jest zgodny z wymaganymi standardami,

33

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

gdyż stosuje je od lat.

Ponieważ na tym samym błędnym założeniu zdaje się opierać twierdzenie, że wykonanie próbki wymaga użycia niegotowego i niestandardowego oprogramowania, a nadto nie zostało to dowiedzione, również ten zarzut należy uznać za niezasadny.

Ponadto stwierdzić należy, że powyższy zarzut, jak również pozostałe zarzuty dotyczące relacji pomiędzy próbką a przedmiotem zamówienia, zdają się opierać li tylko na pewnym uogólnieniu wysnutym z dotychczasowego orzecznictwa Izby {przy czym w odwołaniu wskazano *de facto* na dwa orzeczenia z lat 2008-2009}, że zamawiający nie mogą wymagać, aby wykonawcy realizowali przedmiot zamówienia już na etapie składania ofert. Nie negując, że taka generalizacja była uzasadniona w stanach faktycznych, które legły u podstaw rozstrzygnięć, na które powołano się w odwołaniu, w tej sprawie brak było podstaw do stwierdzenia, że zakres próbki jest nieuzasadniony, w szczególności nadmierny w stosunku do całości przedmiotu zamówienia. Odwołanie ogranicza się do zaprezentowania zestawienia wymagań dla usług objętych przedmiotem zamówienia, które znalazły odzwierciedlenie w poszczególnych scenariuszach testowych przewidzianych dla próbki {co zostało przy powyższej prezentacji odwołania przedstawione jedynie w skrócie}. W ten sposób nie zostało jednak wykazane, aby wymagany na potrzeby scenariuszy zakres wykonania pokrywał tak znaczny zakres przedmiotu zamówienia, że nie sposób w tym przypadku mówić, że jest to próbka, prezentacja fragmentu większej całości. Odwołujący w istocie nie poruszył nawet tej kwestii, która ma w tym przypadku zasadnicze znaczenie.

Odwołujący, choć przywołuje stosowne postanowienia s.i.w.z. dotyczące techniczno-jakościowego kryterium oceny ofert, zdaje się nie dostrzegać wynikających z nich konsekwencji. Zażądana próbka nie jest wyłącznie „dokumentem” (według terminologii konsekwentnie podtrzymywanej przez kolejne rozporządzenia o dokumentach) na potwierdzenie zgodności usług z wymaganiami przedmiotu oferowanych opisu zamówienia. Czy, jak zdaje się chciałby Odwołujący, potwierdzeniem zdolności wykonania przez danego wykonawcę usług objętych przedmiotem zamówienia w oderwaniu od samego przedmiotu zamówienia. W tym postępowaniu jest także *sui generis* rzeczowym elementem treści oferty, którego ocena służy przyznaniu punktacji *de facto* oferowanemu rozwiązaniu, którego emanacją jest próbka w zakresie objętym wymaganą prezentacją.

Z uwagi na powyższe nie ma racji bytu również kwestionowanie przez Odwołującego wymagania, aby oferowane rozwiązanie docelowe miało być wykonane w takiej samej technologii jak próbka. W ramach tego zarzutu Odwołujący abstrahuje również od tego, że dopuszczone zostało wykonanie przedmiotu zamówienia w technologii równoważnej do zaprezentowanej w próbce, pod warunkiem zaakceptowania takiego odstępstwa przez Zamawiającego. Uwzględniając te uwarunkowania, samo twierdzenie przez Odwołującego,

34

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

że nie będzie mógł optymalnie dobrać technologii (dla usług rozbudowywanych – dotychczasowej, a dla usług nowych – dobranej przez siebie), nie jest wystarczające.

Podobnie wyłącznie nieweryfikowalnymi twierdzeniami są podane w odwołaniu koszty zakupu licencji koniecznych dla wykonania próbki, tudzież nakład pracy. Stąd nie sposób uczynić zadość, skądinąd ogólnikowemu żądaniu, aby dotychczasowe scenariusze zastąpić innymi, nieograniczającymi konkurencji i możliwymi do realizacji przez wiele podmiotów, ze wskazaniem nazw uprzednio prowadzonych przez Zamawiającego postępowań, w których tak podobno było.

Reasumując, żaden z powyższych zarzutów (okoliczności podniesionych w odwołaniu), zarówno rozpatrywanych odrębnie, jak i łącznie, nie wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego, któregośkolwiek z zarzucanych przepisów. Przy czym w ogóle nie wiadomo, na czym miałyby polegać naruszenie wskazanego również na wstępie odwołania art. 91 ust. 3 pzp, zgodnie z którym kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 2 odwołania Comarch}

W ramach tego zarzutu wskazano na naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 pzp oraz art. 7 ust. 1 pzp.

Jak wynika z odwołania, aktualny opis przedmiotu zamówienia narusza uczciwą konkurencję przez pośrednie ograniczenie kręgu wykonawców do konsorcjum złożonego z producentów systemów SIG, względnie do wykonawcy, który uzyskał od wszystkich tych podmiotów uprawnienia licencyjne do ich oprogramowania. Ma ono polegać, po pierwsze – na wymaganiu od wykonawcy zamówienia zapewnienia środowiska developerskiego, które będzie wykorzystywał do tworzenia produktów {co wynika wprost z adekwatnie zacytowanego w odwołaniu postanowienia pkt 4 rozdziału 9 SOPZ}, powodującym, że dla rozbudowy istniejących systemów wykonawca będzie musiał zakupić licencje na oprogramowanie producentów poszczególnych systemów SIG. Po drugie – na tym, że realizowanie przez wykonawcę usług stanowiących przedmiot zamówienia, zarówno rozwojowych, jak i dodatkowych, również może się wiązać z koniecznością zakupu stosownych licencji od tych podmiotów. Po trzecie – zakazem podejmowania przez wykonawcę zamówienia działań, których skutkiem może być utrata gwarancji na systemy lub ich elementy, dla których obowiązuje gwarancja świadczona przez inne podmioty.

Izba stwierdziła, że powyższe zarzuty są niezasadne, gdyż co najmniej nieudowodnione przez Odwołującego, na którym w tym zakresie spoczywał ciężar

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

udowodnienia okoliczności, z których chciał wywieść skutki prawne (art. 190 ust. 1 pzp). Zgłoszone wnioski dowodowe nie wykazują, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który może naruszać uczciwą konkurencję, którą to zasadę nie można traktować wyłącznie jako abstrakcyjny wzorzec, ale odnieść do uwarunkowań danego postępowania.

W ocenie Izby niczego istotnego do sprawy w kontekście zarzutów sformułowanych w odwołaniu nie wnosi, że:

- na raptem dwa zapytania skierowane drogą mailową do dwóch podmiotów spośród poniżej wskazanych, na jedno nie udzielono odpowiedzi, a w drugim zwrócono uwagę, że przygotowanie oferty cenowej wymaga szerszej analizy {wydruki oznaczone jako dowody nr 2a i 2b};
- w każdym z 5 postępowań w trybie przetargu nieograniczonego dotyczącym rodzajowo zbliżonego przedmiotu zamówienia, w tym 4 prowadzonych przez GUGiK, została złożona tylko jedna oferta przez jeden z poniżej wymienionych podmiotów {wyciągi z dokumentacji postępowań oznaczone jako dowody nr 3a-3e};
- GUGiK dokonał podziału innego zamówienia na części w celu umożliwienia wzięcia udziału w postępowaniu większemu gronu wykonawców i zwiększenia otwarcia na konkurencję na rynku geodezyjnym {oświadczenie oznaczone jako dowód nr 4};
- Comarch w toku dialogu technicznego poprzedzającego aktualnie prowadzone postępowanie proponował GUGiK, aby w zakresie wsparcia czy nowych licencji na określone

produkty standardowe zastosować procedurę umowy ramowej, uznając w tym zakresie za wzorcowe postępowanie przeprowadzone przez Centrum Projektów Informatycznych {wydruk korespondencji elektronicznej oraz wyciągi z dokumentacji postępowania oznaczone zbiorczo jako dowód nr 5};

– 11 postępowań dotyczących świadczenia opieki technicznej, asysty technicznej, wsparcia i serwisu, zmiany modelu licencjonowania oprogramowania itp. było prowadzonych przez różnych zamawiających w trybie zamówienia z wolnej ręki {wyciągi z ogłoszeń oznaczone jako dowody 6a-6k};

Niesporne było, że przedmiotowe zamówienie, co sygnalizuje już sama nazwa prowadzonego postępowania, dotyczy realizacji i rozbudowy w ramach realizowanych przez GUGiK projektów pn.: „Centrum Analiz Przestrzennych Administracji Publicznej” (CAPAP), „Budowa Zintegrowanego Systemu Informacji o Nieruchomościach” (ZSIN – Faza II), „Krajowa Baza Danych Geodezyjnej Ewidencji Sieci Uzbrojenia Terenu (K-GESUT) usług, np. usługi zgłaszania błędów w Państwowym Zasobie Geodezyjnym i Kartograficznym (PZGiK). Ma to zapewnić rozwój systemów i aplikacji rozwijanych w ramach tych projektów: Systemu CAPAP, Systemu Geoportal, Krajowego Systemu Zarządzania Bazą Danych

36

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

Obiektów Topograficznych (KSZBDOT), Systemu Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji (SZNMT), Systemu Uniwersalny Moduł Mapowy, Systemu Moduł SDI Systemu Walidator metadanych, Systemu Edytor metadanych, narzędzia do harmonizacji zbiorów danych przestrzennych, Systemu ZSIN; Systemu K-GESUT. Przy czym wykonawcami (samodzielnie lub w konsorcjum), względnie podwykonawcami poszczególnych systemów byli: Geoportal 2 – Asseco Poland S.A. oraz ESRI Polska sp. z o.o. (podwykonawca GISPartner sp. z o.o.); PZGiK – GeoTechnologies sp. z o.o. (w której 100% udziałów ma GISPartner sp. z o.o.); KSZBDOT – Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne OPEGIEKA sp. z o.o. (podwykonawca – Intergraph Polska sp. z o.o.); SZNMT, ZSIN, Uniwersalny Moduł Mapowy, SDI – Intergraph Polska sp. z o.o.; System K-GESUT – Asseco Poland S.A. {w odwołaniu powyższe bardziej szczegółowo rozpisano w części wstępnej do zarzutu}.

Powyższe uwarunkowania unaoczniają, że przedmiotowe zamówienie nie jest zawieszone w próżni, gdyż dotyczy rozbudowy funkcjonujących i powiązanych ze sobą systemów informatycznych, a nie ich budowy od podstaw. Zamawiający ma zatem uzasadnioną potrzebę, aby wykonawca zapewnił realną możliwość takiej rozbudowy, z uwzględnieniem istniejących uwarunkowań faktycznych i prawnych dotyczących oprogramowania, na którym oparte są poszczególne systemy

Z treści odwołania, co zostało podtrzymane na rozprawie, wynika, że Odwołujący w ogóle uważa, że przedmiotowe postępowanie nie powinno być prowadzone jako postępowanie o udzielenie zamówienia, a jako postępowanie w celu zawarcia umowy ramowej.

Izba uznała za niezasadny zarzut ograniczenia konkurencji przez postanowienie zawarte w pkt 7 rozdziału 6.3 Administracja techniczna załącznika nr 1 do s.i.w.z.

Odwołujący pominął, że zacytowana część postanowienia poprzedzona jest zdaniem, że *Szczegóły i sposób wykonywania prac przez Wykonawcę będą uzgadniane pomiędzy Stronami i opisane w Zleceniu*. Przede wszystkim postanowienie to należy odnieść do kontekstu, w jakim zostało pomieszczone, czyli działań, które wchodzą w zakres Administracji Technicznej, które wyczerpująco wyliczono i opisano w pkt poprzedzającym w lit. a)-f), takich jak: świadczenie wsparcia – związanego z obsługą systemów (w tym zarządzanie użytkownikami), w zakresie bezpośredniej obsługi, konfiguracji, optymalizacji i administracji systemami, instalacji oprogramowania, zasilanie danymi systemów oraz świadczenie pomocy merytorycznej i technicznej w procesie zasilania systemów, organizacja i prowadzenie usług zdalnego wsparcia użytkowników związanego z obsługą systemów czy zapewnienie ciągłego działania systemu, w tym utrzymywanie gotowości do reakcji na zgłaszane incydenty, ich klasyfikacja i rozwiązywanie.

37

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 3 odwołania Comarch}

Odwołujący upatruje naruszenia art. 29 ust. 1 pzp w określonym przez Zamawiającego w s.i.w.z. sposobie obliczenia ceny oferty za całość przedmiotu zamówienia metodą wyceny punktu funkcyjnego (metoda COSMIC), gdyż, po pierwsze nie ma gwarancji, ile faktycznie usług zostanie zamówionych, po drugie metody tej nie stosuje się do wyceny kosztów realizacji zamówienia typu licencje, szkolenia, catering.

Izba zważyła, że tak sformułowany zarzut nie wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego powyższego przepisu, gdyż sprowadza się do twierdzenia, że z uwagi na powyższe przyjęty sposobu obliczenia ceny oferty uniemożliwia rzetelną wycenę oferty.

Odwołujący domaga się zniesienia wyceny ceny oferty metodą punktów funkcyjnych, nie proponując zamiast tego niczego konkretnego. Bezprzedmiotowe jest nakazywanie Zamawiającemu, aby zobowiązał wykonawców do określenia ceny za realizację zamówienia, gdyż istniejący sposób obliczenia ceny, w tym wycena punktu funkcyjnego umożliwia zarówno określenie ceny oferty, jak i przeprowadzenie rozliczeń za faktycznie zrealizowany zakres zamówienia. Izba nie może nakazać żadnemu zamawiającemu, aby wprowadził wynagrodzenie ryczałtowe za maksymalny zakres przedmiotu zamówienia i zapłacił taką cenę niezależnie od zakresu jego realizacji.

Wadliwość wliczania pewnych kategorii kosztów do wyceny punktu funkcyjnego wg. metodologii COSMIC nie przesądza o naruszeniu przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 pzp.

{KIO 2339/16, KIO 2352/16}

Mając powyższe na uwadze, Izba – rozpatrując sprawy w granicach zarzutów zawartych w odwołaniach – stwierdziła, że:

- w sprawie o sygn. akt KIO 2339/16 odwołanie podlega uwzględnieniu, gdyż Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 pzp oraz art. 473 § 1 kc w z art. 139 pzp, co może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia – wobec czego na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy pzp – orzeczono, jak w pkt 1. sentencji;
- w sprawie o sygn. akt KIO 2352/16 odwołanie podlegają oddaleniu – wobec czego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 pzp orzeczono, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaliczając w pierwszej kolejności do tych kosztów uiszczone przez Odwołujących wpisy – zgodnie z § 3

38

Sygn. akt: KIO 2339/16 KIO 2352/16

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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2339/16 obciążono Zamawiającego, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia – zasądzono na rzecz Odwołującego Asseco poniesione przez niego koszty z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, wobec przedłożenia w tym zakresie do zamknięcia rachunku. Natomiast kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2352/16 obciążono Odwołującego Comarch, od którego – zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia – zasądzono na rzecz Zamawiającego, który złożył w tym zakresie odpowiedni rachunek do zamknięcia rozprawy, jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

.....
.....

39