

WYROK
z dnia 15 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2015 r. przez wykonawcę Nextbike Polska Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasto Szczecin w Szczecinie

przy udziale wykonawcy BIKEU Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Nextbike Polska Sp. z o.o. w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Nextbike Polska Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Nextbike Polska Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz Gminy Miasta Szczecin kwotę 894 zł 00 gr (słownie: osiemset dziewięćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione w związku z dojazdem pełnomocnika na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Szczecin – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Rozbudowa kompleksowego systemu wypożyczania rowerów - Szczeciński Rower Miejski - Bike_S-II etap), kompatybilnego z obecnie funkcjonującym systemem Bike_S”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w 2015/S 246-446916 w dniu 19 grudnia 2015 r. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako: „siwz” została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 21 grudnia 2015 r. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

31 grudnia 2015 r. wykonawca Nextbike Polska Sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie wobec treści siwz. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 1 Pzp przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania zamawiającego oraz uniemożliwiający dokonanie wyceny przedmiotu oferty;
- 2) art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;

- 3) art. 7 ust. 1 Pzp przez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 4) art. 39 z związku z art. 10 ust. 1 Pzp przez prowadzenia postępowania w trybie pozornie konkurencyjnym.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści siwz w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania oraz zmiany terminu składania ofert, jeśli okaże się to niezbędne.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp odwołujący wskazał, że zamawiający w Rozdziale 15 pkt 2 lit A ppk 7 i 10 siwz ustalił, że w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi m.in.: zapewnienie kompatybilności systemu z już istniejącym sprzętem do obsługi i kontroli Bike_S, który stanowi wyposażenie Centrum Kontroli i Kontakt z nowymi elementami systemu Bike_S - II etap w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego oraz zapewnienie kompatybilności Bike_S - II etap z już istniejącym oprogramowaniem oraz licencjami do kompleksowej obsługi w tym administrowania systemem. Zamawiający zastrzegł również, że rowery, stacje rowerowe oraz sprzęt niezbędny do prawidłowego funkcjonowania Bike_S - II etap stanowią własność Zamawiającego. Zastrzeżeniem tym nie objął jednak licencji oprogramowania do obsługi i administrowania systemem. Nie jest zatem jasne, czy zamawiający jest w posiadaniu kodów źródłowych oprogramowania oraz czy jest uprawniony do dysponowania oprogramowaniem do obsługi systemu w sposób umożliwiający zintegrowanie go z innym systemem.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w siwz nie zawarł żadnych istotnych informacji pozwalających odwołującemu uzyskać niezbędną wiedzę o działającym systemie, wystarczającą do określenia możliwości dostosowywania własnego oprogramowania i sprzętu do oprogramowania i sprzętu działającego już u zamawiającego, jak również do wyceny kosztów pracy, które musiałby ponieść w celu dostosowania oprogramowania lub sprzętu, którym dysponuje odwołujący do oprogramowania lub sprzętu funkcjonującego u zamawiającego.

Podkreślił, że za wystarczający opis systemu informatycznego nie można uznać informacji zawartych w Rozdziale XV lit B ppkt 7 siwz (na stronie 21 i 22 siwz). Opis ten bazuje na ogólnikowych informacjach o typie oprogramowania funkcjonującego u zamawiającego, pozbawiony jest natomiast jakichkolwiek szczegółowych, technicznych informacji pozwalających na ocenę jakie rozwiązania techniczne i zmiany w posiadanym przez odwołującego oprogramowaniu pozwolą na spełnienie podstawowego wymagania zamawiającego, jakim jest zapewnienie kompatybilności z aktualnie funkcjonującym w Bike_S oprogramowaniem.

Odwołujący wskazał, że tożsama sytuacja dotyczy sprzętu, z którym zgodnie z wytycznymi zamawiającego ma być kompatybilny sprzęt oferowany przez wykonawców w niniejszym postępowaniu. Zamawiający nie opisał sprzętu, którym obecnie dysponuje nakładając jednocześnie na wykonawców obowiązek zapewnienia kompatybilności systemu z już istniejącym sprzętem do obsługi i kontroli Bike_S (Rozdział 15 pkt 2 lit A ppkt 7 i 10 siwz).

Odwołujący zarzucił, że w SIWZ brak informacji i zażądał zmodyfikowania Rozdziału XV siwz poprzez uzupełnienie go o informacje, które są niezbędne, aby potencjalny

wykonawca mógł przeprowadzić test kompatybilności obecnego sprzętu i oprogramowania z potencjalnym nowym sprzętem i oprogramowaniem, a także dokonać wyceny pracy przeznaczonej na odpowiednie przygotowanie sprzętu i oprogramowania:

1. Funkcjonalna kopia obecnego systemu Bike_S z pełnym dostępem do warstwy administracyjnej i przykładowej aplikacji dla użytkownika (komunikującej się z testowym systemem). Kopia systemu będzie umożliwiała modyfikację/nadpisanie plików źródłowych i zawartości bazy danych w celach testowych. Opis systemu informatycznego Bike_S zawarty w siwz jest ogólny i nie pozwala w żaden sposób nawet przystąpić do prac związanych z zapewnieniem kompatybilności systemów i ich wyceną;
2. Szczegóły techniczne i informatyczne obecnego istniejącego oprogramowania stacji, w tym m.in. charakterystyki bazy danych, specyfikacji serwerów, oprogramowania administracyjnego, oprogramowania do obsługi cali centre, oprogramowania obsługi technicznej oraz obsługi księgowej, w tym do API i protokołów źródłowych oprogramowania;

3. Pełna specyfikacja techniczna całego istniejącego sprzętu, który ma działać i być kompatybilny ze sprzętem i oprogramowaniem wykonawcy;
 4. Pełna dokumentacja techniczna języka aplikacji (API) systemu Bike_S, wraz ze strukturą bazy danych stacji, użytkowników oraz danych statystycznych i informacji o systemie, wraz z przykładową porcją danych z okresu minimum 1 miesiąca. Są to dane niezbędne m.in. do dopasowania do struktury bazy danych istniejącego systemu Bike_S informacji pobieranych przez system;
 5. Informacja na temat wymaganego do implementacji zewnętrznego systemu płatności wraz z dokumentacją techniczną języka aplikacji (API) lub bezpośrednim kontaktem do działu technicznego obsługującego wskazany zewnętrzny system płatniczy (gdzie będzie można uzyskać wymaganą specyfikację techniczną);
 6. Zestaw plików źródłowych interfejsów użytkownika umożliwiających wykonawcy zachowanie spójności interfejsu z istniejącym systemem Bike_S;
 7. Kopia bazy danych z pełnym opisem schematu jej tworzenia, komunikacji (procesów, API wymaganych do synchronizacji danych) wraz ze wskazaniem rocznego (w podziale na miesiące) przyrostu bazy danych oraz dostępem do web-serwisów, jeśli są używane, wraz z ich specyfikacją;
 8. Udostępnienie pełnej dokumentacji zawierającej charakterystykę infrastruktury teleinformatycznej, w tym m.in. sygnałów wyjściowych oraz modele przetwarzania danych analogowych na cyfrowe;
 9. Opis wszystkich wyjść oraz wejść jednostki sterującej wraz z opisem zakresu parametrów z wyszczególnieniem wartości granicznych sygnału przy zastosowanym rodzaju złącza;
-

10. Specyfikacja urządzeń peryferyjnych wraz z modułami przejściowymi (z czym komunikuje się jednostka sterująca, jakie stosowane są elementy pośrednie itp.);
 11. Szczegółowy opis architektury systemu ze wskazaniem podmiotów i ich zakresu kompetencji, zarządzających systemem lub jego elementami;
 12. Specyfikacja zawierająca dane odnośnie środowiska systemu (język programowania, gotowe aplikacje, wykorzystane protokoły, biblioteki);
 13. Skalowalność systemu - zdefiniowanie zdolności do rozbudowy systemu w przypadku zapotrzebowania na zwiększenie wydajności;
 14. Specyfikacja systemów kolejkowych (jeśli istnieją);
 15. Wskazanie pełnych opisów procedur i procesów w przypadku wystąpienia błędów krytycznych lub błędów uniemożliwiających korzystania z systemu. Zdefiniowanie obecnych poziomów SLA systemu operatora dostarczającego system/oprogramowanie;
 16. Specyfikacja wymaganego poziomu bezpieczeństwa stawianych dla systemu Bike_S etap II: polityka bezpieczeństwa informacji - zestaw zasad i procedur bezpieczeństwa związanych z przetwarzaniem, przesyłaniem i przechowywaniem informacji (zgodnych z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (Dz.U. z 2012 r. poz. 526)). Powyższe rozporządzenie zakłada spełnienie wymagań bezpieczeństwa informacji we wskazanym zakresie w każdym systemie teleinformatycznym podmiotu służącym do realizacji zadania publicznego;
 17. Specyfikacja wymaganego poziomu zasad dostępności dla osób niepełnosprawnych stawianych dla systemu Bike_S etap II (wg. standardów zgodnych z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (Dz.U. z 2012 r. poz. 526)). Powyższe rozporządzenie ma także wpływ na dobór technologii, w jakiej wykonana jest warstwa z interfejsem użytkownika;
 18. Poziom wykorzystania/obciążenia Platformy Microsoft Azure w ciągu sezonu (z podziałem na miesiące) oraz parametry techniczne wykorzystywanej obecnie platformy Windows Azure: jednostki transakcji elastycznych baz danych (edtu) na pulę, maksymalna pojemność magazynu na pulę, maks. liczba baz danych na pulę, maks. liczba jednostek edtu na bazę danych. Informacja ta niezbędna jest m.in. do oceny przewidywanego obciążenia systemu Azure oraz optymalizacji szybkości działania systemu (przy założeniu, że rozbudowa systemu do poziomu etap II będzie wymagała wykorzystania platformy Microsoft Azure);
-

19. Warunki posiadanej przez zamawiającego licencji na oprogramowanie wraz z informacją na temat uprawnień i zgody Licencjodawcy na ewentualną modyfikację dotychczasowego oprogramowania oraz elementów sprzętu tak, aby cały system działał w sposób kompatybilny.

Wykonawca BIKEU Sp. z o.o. w Warszawie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 12 stycznia 2016 r. wskazał, że podziela co do zasady stanowisko odwołującego, że opis przedmiotu zamówienia mógł być za mało wyczerpująco określony, jednakże jest to konsekwencją wyłącznie istniejącego stanu faktycznego związanego z aktualnie funkcjonującym w Szczecinie systemem wypożyczania rowerów. Kierując się zasadą gospodarności i celowości wydatkowania finansów publicznych opis przedmiotu zamówienia na rozbudowę systemu nie może być dokonywany w oderwaniu od istniejących i poniesionych już nakładów oraz wiedzy i uprawnień, które zostały nabyte w pierwszym postępowaniu, które nie było prowadzone przez Urząd Miasta Szczecin, tylko przez operatora systemu wypożyczania rowerów - Nieruchomości i Opłaty Lokalne Sp. z o.o.

Wskazał, że szczeciński operator nie jest właścicielem oprogramowania do kompleksowej obsługi w tym administrowania Bike_S, korzysta jedynie z sublicencji udzielonej przez dostawcę systemu Bike_S firmę BIKEU. Z kolei firma BIKEU wykorzystwała oprogramowanie zewnętrzne podmiotu - firmy HOMEPOR, co wyraźnie wskazano w siwz. Powyższe powoduje, iż nie są zamawiającemu znane pełne rozwiązania techniczne i informatyczne dotyczące budowy i funkcjonowania systemu do kompleksowej obsługi w tym administrowania Bike_S. W związku z powyższym literalne spełnienie żądań w rozdziale IV pkt 1-19 odwołania z uwagi na brak odpowiednich licencji i kodów źródłowych nie jest możliwe, a ewentualne nakazanie przez Krajową Izbę Odwoławczą dokonania takiej zmiany siwz *per analogiam* do przepisu art. 387 § 1 kodeksu cywilnego byłoby niewykonalne.

Podniósł zamawiający, że możliwe jest jednak zastosowanie jedyne istniejącego kompromisowego rozwiązania, przez taką modyfikację siwz, aby umożliwić wszystkim zainteresowanym wykonawcom wdrożenie swojego systemu informatycznego albo - po uzyskaniu odpowiednich licencji od firmy HOMEPOR - zaproponowanie ich rozszerzenia.

Zamawiający wyjaśnił, że dokonał w 11 stycznia 2016 r. modyfikacji treści SIWZ w niezbędnym zakresie oraz, że zmodyfikował, także siwz przez dodanie załącznika nr 11 tj. dokumentacji fotograficznej istniejącej infrastruktury Bike_S. Podkreślił, że wymogi

techniczne sprzętu zostały już w wystarczającym zakresie opisane w siwz, czego odwołujący nie kwestionuje.

W odniesieniu do punktu 19 żądań odwołania zamawiający wyjaśnił, że oprogramowanie systemu Bike_S Szczecin, chronione jest prawem. Przedmiotem sublicencji jest wyłącznie korzystanie z sublicencji, a nie sprzedaż praw autorskich. Sublicencja wyłączna została udzielona na czas określony tj. do dnia 22 sierpnia 2019 r. i obejmuje swoim zakresem prawo do korzystania z oprogramowania zgodnie z jego przeznaczeniem, wyłącznie w zakresie niezbędnym dla prawidłowego funkcjonowania systemu Bike_S oraz w zakresie zgodnym z protokolarnym odbiorem ilościowym z dnia 20.08.2014 r. Sublicencjobiorca zobowiązał się do zaniechania wszelkich działań, które mogłyby wpłynąć na niestabilną pracę systemu pod rygorem cofnięcia sublicencji.

Zamawiający podkreślił, że nie oczekuje złożenia ofert w przedmiocie identycznym jak system, który posiada, tylko kompatybilny z posiadanym. W opinii zamawiającego odwołanie zostało uwzględnione w maksymalnie szerokim zakresie poprzez dokonanie modyfikacji SIWZ, w pozostałym zakresie podlegać powinno oddaleniu.

Przystępujący w piśmie z 14 stycznia 2016 r. złożonym na posiedzeniu wywodził, że z uwagi na zmianę siwz dokonaną przez zamawiającego 11 stycznia 2016 r. żądania odwołania nie mogą być rozpatrzone.

Odwołujący w piśmie z 13 stycznia 2016 r. zarzucił, że zmiana SIWZ ma charakter pozorny oraz, że wyegzekwowanie licencji na rozbudowę systemu oraz przedstawienie przez zamawiającego licencji HOMEPOR jest konieczne. Nadto wywodził, że uzyskanie od

przystępującego specyfikacji technicznej systemu jest możliwe.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W Rozdziale 15 pkt 2 lit A ppkt 7 i 10 (str. 17 siwz), którego postanowienia kwestionował odwołujący zamawiający ustalił odpowiednio, że wykonawca w ramach przedmiotu zamówienia zapewni kompatybilność systemu z już istniejącym sprzętem do obsługi i kontroli Bike_S, który stanowi wyposażenie Centrum Kontroli i Kontakt z nowymi elementami systemu Bike_S-II etap w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego oraz, że zapewni kompatybilność Bike_S –II etap z już istniejącym oprogramowaniem oraz licencjami do kompleksowej obsługi w tym administrowania systemem.

Natomiast w Rozdziale XV lit B ppkt 7 siwz (na stronie 21 i 22 siwz) zamawiający sformułował wymagania dla systemu informatycznego do kompleksowej obsługi - w tym administrowania Bike_S - II etap:

1) Wykonawca dostarczy, kompatybilne z aktualnie funkcjonującym w Bike_S, oprogramowanie w języku polskim wraz z licencją do kompleksowej obsługi - w tym administrowania - Bike_S - II etap. Obecnie funkcjonujące w systemie Bike_S oprogramowanie do obsługi jest oprogramowaniem firmy Homeport i opiera się na centralnej bazie danych umieszczonej w systemie połączonym za pomocą sieci GSM lub łącza Wi-Fi ze wszystkimi stacjami w sieci. Informacje ze stacji są przekazywane do bazy danych, częściowo automatycznie, a częściowo drogą interakcji z użytkownikami.

Dane przesyłane przez użytkowników: przy wypożyczaniu rowerów, informacje na temat użytkownika są wysyłane do serwera, gdzie następuje zatwierdzenie lub odrzucenie wypożyczenia. Po zatwierdzeniu, następuje realizacja wypożyczenia, a właściwe dane dotyczące wypożyczenia przez danego użytkownika są wysyłane do serwera. Kolejną grupą danych są dane usługi. Operator określa ich treść i zakres. Im więcej danych jest przesyłanych, tym wyższa opłata jest pobierana przez dostawcę połączenia -podstawową zasadą jest przekazywanie minimalnej ilości danych niezbędnych do funkcjonowania i eksploatacji systemu, tj. informacji o stanie akumulatora, firmware modemu i CPU, zajętości stacji itd.

Dane zawarte w centralnej bazie danych są zarządzane z poziomu aplikacji KITE Homeport System, co umożliwia kompleksowe zarządzanie danymi i zapewnia wszelkie narzędzia niezbędne do eksploatacji systemu wypożyczania rowerów. System jest oferowany w oparciu o oprogramowanie jako model dostarczania usług, w którym koszty eksploatacji systemu zależą od stopnia użytkowania.

Część aplikacji dla użytkownika opiera się na Microsoft SiWerlight, część serwerowa i bazodanowa korzysta z platformy Windows Azure.

Windows Azure to elastyczna platforma chmurowa, która umożliwia szybkie tworzenie, wdrażanie, skalowanie i zarządzanie aplikacjami w globalnej sieci datacenter Microsoft. 2) Specyfikacja systemu informatycznego Bike_S - II etap:

Funkcje związane z naliczaniem, poborem i rozliczaniem płatności za korzystanie z Bike_S - II etap:

a) Identyfikacja klienta w stacji rowerowej odbywać się będzie przynajmniej poprzez Identyfikator Klienta i PIN, Szczecińską Kartę Aglomeracyjną, Kartę Miejską funkcjonującą w Wydziale Parkowania i Roweru Miejskiego w Szczecinie oraz elektroniczną legitymację studencką (karty typu MIFARE® lub MIFARE®PLUS);

b) System zapewni możliwość integracji z zewnętrznymi systemami płatniczymi które umożliwią dokonywanie płatności za pomocą przelewu bankowego, karty kredytowej i płatniczej;

c) Obsługa płatności za wypożyczenie roweru opartych o stawki progresywne związane z czasem użytkowania roweru z dokładnością do jednej minuty na podstawie różnicy czasu pomiędzy wypożyczeniem i zwrotem roweru. W szczególności powinna być możliwość ustalenia stawki zero (wypożyczenie nieodpłatne) dla krótkiego okresu wypożyczenia, np. do 20 minut;

- d) Możliwość stosowania zróżnicowanej taryfy w zależności od długości okresu wypożyczenia (stosowania taryfy stałej za każdy ustalony minimalny okres wypożyczenia lub opłaty degresywnej bądź opłat progresywnych);
 - e) Premiowanie wybranych grup klientów (np. studentów lub pracowników danej organizacji, która podpisała umowę z Bike_S);
 - f) Możliwość modyfikacji przez Zamawiającego wszystkich parametrów określających powyższe modele płatności;
 - g) Blokowanie dostępu do systemu/wypożyczenia osobom które np. zostały zidentyfikowane, jako niszczące system, zalegające z opłatami, będące sprawcami kradzieży roweru;
 - h) Komunikacja pomiędzy stacjami rowerowymi a systemem oparta o protokół GPRS, EDGE lub UMTS;
 - i) Możliwość tworzenia raportów o działaniu systemu oraz informacji statystycznych o działaniu Bike_S i klientach. Przekazywane informacje będą umożliwiały tworzenie wielowymiarowych statystyk zawierających między innymi dominujące źródła i cele ruchu, sposoby płatności, obciążenie poszczególnych wypożyczalni. Informacje te służyć będą do oceny zasad funkcjonowania systemu, optymalizacji działania systemu, badań i określania dalszych kierunków rozwoju Bike_S;
- 3) Bike_S - II etap zapewni możliwość zatrzymania okresu naliczania opłat lub zwrotu opłaty za pobranie roweru z powodu awarii oraz możliwość awaryjnego zwrotu roweru w przypadku awarii stacji;
- 4) W czasie trwania licencji Zamawiający nie będzie ponosił kosztów związanych z aktualizacją oprogramowania do kompleksowej obsługi w tym administrowania systemem.
- 5) Korzystanie z wszelkich funkcjonalności systemu informatycznego Bike_S - II etap nie będzie wiązało się z dodatkowymi opłatami na rzecz Wykonawcy;

11 stycznia 2016 r. zamawiający zmienił treść siwz, w ten sposób, że:

1. dodał załącznik nr 11 do siwz – dokumentację fotograficzną istniejącej struktury

Bike_S;

2. dodał załącznik nr 12 do siwz – koszty stacji;

3. w Rozdziale XV lit. B pkt 7 ppkt 1 SIWZ dodał lit. a o treści:

„a) Zamawiający dopuszcza rozwiązanie polegające na dostawie nowego oprogramowania, które zastąpi oprogramowanie aktualnie funkcjonujące i będzie służyło do kompleksowej obsługi w tym administrowania Bike_S w zakresie określonym w SIWZ. Nowe oprogramowanie zastępujące oprogramowanie aktualnie funkcjonujące musi być z nim równoważne tj.: oprogramowanie użytkowe systemu powinno zapewniać klientom swobodną i prostą obsługę w zakresie rejestracji, wypożyczenia i zwrotu roweru. Oprogramowanie zarządzające Bike_S cechować się musi wysokim stopniem niezawodności, w szczególności w odniesieniu do gromadzenia i przetwarzania danych o korzystaniu z Bike_S przez klientów, wynikających z tego zobowiązań finansowych i rozliczeń oraz do generowania raportów i danych do rozliczeń. Oprogramowanie obsługi Bike_S musi prowadzić i przechowywać tzw. log dostępu do systemu i jego funkcji a zwłaszcza do chronionych danych osobowych klientów Bike_S. Oprogramowanie powinno zapewniać bezpieczeństwo danych osobowych klientów.”

4. W rozdziale XIII siwz „Zawarcie umowy, zabezpieczenie należytego wykonania umowy” w punkcie 1 dodał się ppkt 3 o treści:

„3) Wykonawca wyłoniony podczas postępowania, dostarczy Zamawiającemu najpóźniej do dnia podpisania umowy, wypełniony załącznik nr 12 do siwz.”

5. W załączniku nr 6 do siwz - wzór umowy § 2 ust 2 lit. m – otrzymał brzmienie:

„m) dostarczenie zaktualizowanego oprogramowania wraz z licencją do kompleksowej obsługi Bike_S - II etap albo dostarczenie nowego oprogramowanie niezbędnego do kompleksowej obsługi Bike_S I etap oraz II etap. Oprogramowanie musi zapewniać prawidłową obsługę istniejącej i nowej infrastruktury oraz spełniać wymagania określone w Rozdziale XV lit. B pkt 7 ppkt 1 lit a).”

6. W załączniku nr 6 do siwz - wzór umowy, w § 4, ust 4, lit. a dodał tiret o następującej treści:

„Wykonawca dostarczy Zamawiającemu zaktualizowane oprogramowanie wraz z licencją do kompleksowej obsługi Bike_S - II etap albo nowe oprogramowanie niezbędnego do kompleksowej obsługi Bike_S I etap oraz II etap w terminie do 30 dni kalendarzowych od

daty podpisania Umowy."

7. W załączniku nr 6 do siwz - wzór umowy § 4 ust. 4, lit. b dodał tiret o następującej treści:

„Wykonawca dostarczy rowery, elementy stacji rowerowych, przystosuje Centrum Kontroli i Kontakt z oprogramowaniem do obsługi Bike„S oraz wykona montaż

urządzeń stacji rowerowych Bike_S - II etap po zatwierdzeniu przez Zamawiającego projektów i dokumentacji określonych w SIWZ, na co najmniej 15 dni, przed upływem terminu określonego w §4 ust. 1. Umowy i zgłosi Zamawiającemu gotowość do uruchomienia Bike_S - II etap".

Przywołane postanowienia siwz wyczerpują materiał dowodowy zgromadzony w sprawie.

Izba odmówiła mocy dowodowej dokumentom złożonym przez odwołującego na rozprawie.

Dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania bezwartościowe są zdjęcia elektrozamka, adaptera, czytnika RFID oraz poszczególnych elementów komputera stanowiących elementy systemu oferowanego przez odwołującego. Różnice w systemach oferowanych przez konkurujących wykonawców są faktem powszechnie znanym, a z samych zdjęć nie wynika dlaczego zaspokojenie żądań odwołania jest odwołującemu niezbędne do złożenia oferty.

Dla rozstrzygnięcia odwołania dokumenty dotyczące postępowań w Poznaniu i Bielsku Białej, prowadzonych przez innych zamawiających są całkowicie bez znaczenia, zwłaszcza że przedmiot tych postępowań był inny, niż w badanym postępowaniu, którego przedmiotem jest dostawa. W postępowaniu prowadzonym przez ZTM w Poznaniu była nim dostawa i uruchomienie oraz zarządzanie i utrzymanie systemu Poznańskiego Roweru Miejskiego, a w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Bielsko-Biala zorganizowanie, uruchomienie, zarządzanie i kompleksowa eksploatacja uzupełnienia Systemu Bezobsługowych Wypożyczalni Rowerowych w Bielsku-Białej.

Również siwz z postępowania prowadzonego przez spółkę zamawiającego – Nieruchomości i Opłaty Lokalne Sp. z o.o. w Szczecinie nie stanowi dowodu potwierdzającego zasadność podniesionych zarzutów. Wskazywane przez odwołującego postanowienia nie pozostają w sprzeczności z twierdzeniami zamawiającego zawartymi w odpowiedzi na odwołanie, gdyż mają charakter ogólny i nieostry. Wbrew twierdzeniom odwołującego nie wynika z nich możliwość wyegzekwowania licencji od wykonawcy Szczecińskiego Roweru Miejskiego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Dla oceny zasadności odwołania znaczenie miała zmiana siwz dokonana przez zamawiającego 11 stycznia 2016r.. Zmiana ta nie była zgodna z żądaniami odwołania i na rozprawie strony wdały się w spór, co do tego, czy jest ona wystarczająca dla złożenia oferty przez odwołującego. Tymczasem roztrząsanie w tym postępowaniu odwoławczym, czy skutkiem zmiany siwz opis przedmiotu zamówienia odpowiada wymaganiom art. 29 ust. 1 i 2 Pzp jest niedopuszczalne. Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie wnosi się wobec czynności lub zaniechania przez zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zarzuty podnoszone w postępowaniu odwoławczym konkretyzowane są przez okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania (arg. z art. 180 ust. 3 *in fine* Pzp), zatem badanie przez Izbę nowych okoliczności faktycznych (w tym przypadku nowych postanowień SIWZ) nastąpiłoby z przekroczeniem granic wyznaczonych przez zarzuty odwołania i naruszałoby art. 192 ust. 7 Pzp.

Zmiana SIWZ jest nową czynnością dokonaną przez zamawiającego w postępowaniu, wobec której wykonawcy mogą podnieść zarzuty podlegające rozpoznaniu w nowym postępowaniu odwoławczym.

Dostrzec jednak trzeba, że zachowanie zamawiającego polegające na zmianie SIWZ po wniesieniu odwołania w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu ma znaczenie procesowe.

Zamawiający na rozprawie prezentował stanowisko, że umożliwienie wykonawcom posłużenia się dla potrzeb wykonania umowy własnym oprogramowaniem stanowi maksymalne możliwe uwzględnienie odwołania, a w pozostałym zakresie odwołanie powinno podlegać oddaleniu.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zna instytucji uwzględnienia odwołania w części, zatem uwzględnienie odwołania może być jedynie kwalifikowane jako przyznanie okoliczności faktycznych objętych zarzutami odwołania. W konsekwencji należy je zakwalifikować jako niesporne, gdyż Izba nie ma wątpliwości, że przyznanie zamawiającego jest zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, tj. że kwestionowana odwołaniem treść SIWZ uniemożliwiała odwołującemu złożenie oferty (art. 190 ust. 5 Pzp).

Prowadzi to do konkluzji, że zamawiający formułując wymagania w zakresie oprogramowania naruszył art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Konstatacja ta nie może jednak przynieść skutku w postaci uwzględnienia odwołania. Dokonana przez zamawiającego 11 stycznia 2016 r. zmiana SIWZ spowodowała, że naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania, co z mocy art. 192 ust. 2 Pzp jest warunkiem koniecznym uwzględnienia odwołania.

Zamawiający dokonując zmiany SIWZ zmienił treść naruszającą prawo, a zgodność dokonanej zmiany z wymaganiami art. 29 ust. 1 i 2 Pzp może być kwestionowana przez odwołującego wyłącznie w kolejnym postępowaniu odwoławczym.

Odwołanie podlega oddaleniu również w zakresie żądań zmiany SIWZ w zakresie sprzętu, których udostępnienia domaga się odwołujący.

§ 34 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964) stanowi, że wyrok powinien zawierać rozstrzygnięcie o żądaniach odwołującego. Ponieważ formułowanie żądań będących niezbędnym elementem formalnym odwołania jest samodzielną dyspozytywną czynnością odwołującego, jego rzeczą jest sformułowanie żądań w sposób konkretny i możliwy do wyegzekwowania. Izba nie może bowiem nakazać zamawiającemu dokonania w postępowaniu czynności naruszających prawo, ani takich które z powodu ich ogólnego opisu nie byłyby możliwe do wykonania w konkretny sposób. Trzeba mieć na uwadze, że na mocy art. 197 ust. 1 Pzp orzeczenie Izby, po stwierdzeniu przez sąd jego wykonalności, ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu, zatem w razie uwzględnienia odwołania powinno zawierać jasne wskazanie co do nakazanemu zamawiającemu zachowania.

Wynikająca z art. 192 ust. 7 Pzp zasada związania Izby zarzutami, a nie żądaniami odwołania nie może być wykładana w ten sposób, że w każdym przypadku Izba powinna zastąpić odwołującego, jeśli ten sformułował swe żądania zbyt ogólnie lub sprzecznie z prawem. O ile bowiem możliwa jest korekta błędu wykonawcy polegającego na błędnym wskazaniu żądanej czynności np. odrzucenia oferty, gdy wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia, o tyle już w kwestiach technicznych to odwołujący powinien zgłosić konkretne żądanie.

Przenosząc te rozważania na grunt okoliczności sporu Izba zważyła, że żądania odwołania dotyczące sprzętu zostały sformułowane zbyt ogólnie. Ich konkretyzacja na rozprawie polegała wyłącznie na wymienieniu elementów sprzętu: elektrozamka, czytnika RFID oraz komputera sterującego. Odwołujący ani nie wykazał minimalnego zakresu niezbędnych mu danych, ani nie wywiódł, dlaczego dane opisane w siwz są niewystarczające.

Konkludując Izba uznała, że naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 39 ust. 1 Pzp w zakresie oprogramowania nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania, a w pozostałym zakresie zarzuty odwołania nie zostały udowodnione, co przyniosło skutek oddalenia odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: