

WYROK/POSTANOWENIE*
z dnia 3 lipca 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Ryszard Tetzlaff

Renata Tubisz

Protokolant: Dorota Witek

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie * w dniu / w dniach * .30 czerwca 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **MENNICA POLSKA S.A z siedzibą w Warszawie, ul. Pereca 21** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Wrocław we Wrocławiu, ul. Pl. Nowy Targ 1/8** protestu / protestów * z dnia 6 czerwca 2008r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego przez **Konsorcjum firm ASEC S.A z siedzibą w Krakowie, ul. Olszańska 5 – Lider Konsorcjum, On Track Innovations Ltd. ZHR Industrial Zone Konsulting z siedzibą w Izraelu P.O. Box 32 Rosh Pina 12000, Link Consulting Technologies de Informacao SA z siedzibą w Portugalii Lizbona Av. Doque de Avila 23** - po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1 . oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża MENNICA POLSKA S.A z siedzibą w Warszawie, ul. Pereca 21 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy)

1

z kwoty wpisu uiszczanego przez **MENNICA POLSKA S.A z siedzibą w Warszawie, ul. Pereca 21**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **2 212 zł 60 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwanaście złotych sześćdziesiąt groszy) przez **MENNICA POLSKA S.A z siedzibą w Warszawie, ul. Pereca 21** na rzecz **Gminy Wrocław we Wrocławiu, ul. Pl. Nowy Targ 1/8**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zwrotu uzasadnionych kosztów dojazdu i noclegu.

- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 00 gr** (słownie: xxxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,

- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **MENNICA POLSKA S.A z siedzibą w Warszawie, ul. Pereca 21**

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wrocław prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wdrożenie i obsługę systemu Wrocławskiej Karty Miejskiej”. Postępowanie to zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2007/S 206-250532 z dnia 25 października 2008r.

W postępowaniu oferty złożyły oferty dwa podmioty – Mennica Polska S.A. oraz Konsorcjum firm ASEC S.A. z Krakowa, On Track Innovations Ltd. ZHR Industrial Zone

Konsulting z Izraela, Link Consulting Technologies de Informacao SA z Portugalii – zwane dalej Konsorcjum ASEC.

W dniu 10 grudnia 2007r. Zamawiający powołał biegłych Andrzeja Kasprzaka, Michała Woźnika z Politechniki Wrocławskiej oraz Krzysztofa Krawca z Politechniki Poznańskiej. Biegli złożyli oświadczenie w trybie art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655 – zwanej dalej ustawą) na druku ZP-11.

W dniu 14 grudnia 2007r. biegli Andrzej Krawiec i Michał Woźniak wydali opinię, w której stwierdzili, że Odwołujący nie spełnia wymogów siwz zezwalających na przyznanie mu punktów w kryteriach: Czy funkcja terminala odpowiadająca za obsługę Aplikacji Elektronicznego Biletu jest zaimplementowana w wydzielonej strukturze oprogramowania

2

(framework), która jest niezależna od sprzętu i możliwa do zainstalowania w urządzeniach różnych dostawców (otwarta architektura oprogramowania) oraz Czy architektura Oprogramowania CBD zaimplementowana jest z zastosowaniem wydzielonej struktury oprogramowania (framework), która umożliwia zarządzanie użytkowaniem zasobami CBD przez niezależnych dostawców Kolejnych Aplikacji (otwarta architektura oprogramowania), natomiast uznali, że oferta Konsorcjum ASEC takie wymagania spełnia.

W dniu 16 grudnia 2007r. identyczną, co do wniosków wydał opinię Krzysztof Krawiec.

W dniu 20 grudnia 2007r. Zamawiający powiadomił Mennicę Polską S.A. o wyborze najkorzystniejszej oferty – Konsorcjum ASEC oraz o wykonawcach wykluczonych – Mennicy Polskiej S.A. Wykluczenie nastąpiło w wyniku uznania, że w uzupełnieniu dokumentów nie potwierdzono warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Konsorcjum ASEC przyznano następującą punktację :

- łącznie 90,20 pkt
- w kryterium ceny 51 pkt
- w kryterium oceny technicznej 39,2 pkt

W ramach poszczególnych parametrów oceny technicznej :

- prędkość transferu 3 pkt
- funkcja terminala 20 pkt
- architektura oprogramowania CBD 25 pkt
- czytniki kart WKM 50 pkt.

W wyniku powyższego w dniu 27 grudnia 2007r. Mennica Polska S.A. – zwana dalej Odwołującym złożyła protest w którym wskazała, że jej wykluczenie z postępowania było bezzasadne oraz na wybór oferty Konsorcjum ASEC oraz zaniechanie wykluczenia Konsorcjum i odrzucenia jego oferty.

Odnosnie oferty Konsorcjum Odwołujący zarzucił, że złożone kopie dokumentów są niepotwierdzone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, przedstawione osoby, które będą wykonywać zamówienie nie spełniają warunku postawionego przez Zamawiającego, gwarancje bankowe PEKAO S.A. i Fortis Bank Polska SA są wystawione wyłącznie dla ASEC SA, a z ich treści nie wynika, żeby dotyczyły oferty składanej przez ASEC wraz z innymi podmiotami, Konsorcjum nie przedłożyło wymaganych dokumentów: zaświadczeń z ZUS lub KRUS oraz informacji z KRK lub ich odpowiedników dla członka Konsorcjum mającego siedzibę za granicą oraz zarzut odmowy udostępnienia części oferty Konsorcjum mimo, że dane w tej części zawarte zdaniem Odwołującego nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa.

3

Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygnęła postępowanie wyrokiem z dnia 11 lutego 2008r. wydanym w sprawie sygn. akt KIO/UZP 32/08. Izba wyrokiem tym nakazała unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy Mennica Polska S.A. oraz odrzucenia jego oferty, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Izba w uzasadnieniu wyroku wskazała, że odnośnie zarzutów związanych z koniecznością przedstawienia dokumentów na potwierdzenie nie zalegania ze składkami ubezpieczeniowym i zdrowotnymi, jak również zaświadczeń o niekaralności – odwołujący nie udowodnił faktów występowania takich dokumentów w państwie Izrael. W dokumentacji

postępowania – ofercie Konsorcjum ASEC znajduje się dokument wystawiony przez ambasadę Izraela w dniu 3 grudnia 2007r. podpisany przez Avi Friedmana – Radcę Ministra, Radcę Handlowego Ambasady Izraela, z którego wynikało, że wymagane dokumenty nie są wydawane w celu ich przedkładania za granicą. (dowód – oferta Konsorcjum ASEC – str. 000199). Nadto stwierdziła, iż w ocenie Izby informacje zawarte w załączniku nr 3 mogą w istocie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa – a Zamawiający nie może dokonać odrzucenia oferty Konsorcjum ASEC z powodu utajnienia tej części oferty. Należało również uznać, że interpretacja uchwały Sądu Najwyższego dokonana przez odwołującego mogłaby być słuszna tylko w przypadku „oczywistości”, bezzasadności utajnienia informacji o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, natomiast co do zasady przedmiotowa uchwała wskazała na konieczność dokonywania odtajnienia informacji nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z powyższym zarzut dotyczący konieczności odrzucenia oferty Konsorcjum ASEC z powodu utajnienia informacji „cenotwórczych” w ofercie należało uznać za nieuzasadniony.

Na ten wyrok wniosło skargę Konsorcjum ASEC i w dniu 5 maja 2008r. Sąd Okręgowy we Wrocławiu w sprawie sygn. akt X Ga 75/08 oddalił skargę.

W dniu 20 maja 2008r. Zamawiający powołał biegłego spośród rzeczoznawców Polskiego Towarzystwa Informatycznego – Mirosława Abramowicza, który złożył oświadczenie na druku ZP-11 i wydał opinię o takich samych wnioskach jak dwie wcześniejsze opinie w dniu 29 maja 2008r.

Zamawiający wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej dokonał ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 30 maja 2008r. Ponownie za najkorzystniejszą uznał ofertę Konsorcjum ASEC, zaś ze streszczenia oceny i porównania badanych ofert wynika, że w kryterium oceny technicznej Odwołujący uzyskał w poszczególnych podkryteriach następującą punktację :

1. Prędkość transferu (pisanie i odczyt) danych pomiędzy kartą elektroniczną (Standardową Kartą WKM) a czytnikiem Kart WKM – pkt 3

4

2. Czy funkcja terminala odpowiadająca za obsługę Aplikacji Elektronicznego Biletu jest zaimplementowana w wydzielonej strukturze oprogramowania (framework), która jest niezależna od sprzętu i możliwa do zainstalowania w urządzeniach różnych dostawców (otwarta architektura oprogramowania) – pkt 0

3. Czy architektura Oprogramowania CBD zaimplementowana jest z zastosowaniem wydzielonej struktury oprogramowania (framework), która umożliwia zarządzanie użytkowaniem zasobami CBD przez niezależnych dostawców Kolejnych Aplikacji (otwarta architektura oprogramowania) – pkt 0

4. Czy czytniki Kart WKM, zainstalowane we wszystkich urządzeniach technicznych wchodzących w skład Pozostalej Części Systemu WKM, z wyłączeniem czytników kontrolerskich oraz komputerów pokładowych, które proponuje Wykonawca w ramach wykonywania Umowy, posiadają możliwość obsługi płatności bezstykowych, według standardów międzynarodowych instytucji rozliczeniowych: MasterCard PayPass M/Chip VISA qVSDC – pkt 50

Natomiast w tych samych podkryteriach Konsorcjum ASEC otrzymało następującą punktację:

1. Prędkość transferu (pisanie i odczyt) danych pomiędzy kartą elektroniczną (Standardową Kartą WKM) a czytnikiem Kart WKM – pkt 3

2. Czy funkcja terminala odpowiadająca za obsługę Aplikacji Elektronicznego Biletu jest zaimplementowana w wydzielonej strukturze oprogramowania (framework), która jest niezależna od sprzętu i możliwa do zainstalowania w urządzeniach różnych dostawców (otwarta architektura oprogramowania) – pkt 20

3. Czy architektura Oprogramowania CBD zaimplementowana jest z zastosowaniem wydzielonej struktury oprogramowania (framework), która umożliwia zarządzanie użytkowaniem zasobami CBD przez niezależnych dostawców Kolejnych Aplikacji (otwarta architektura oprogramowania) – pkt 25

4. Czy czytniki Kart WKM, zainstalowane we wszystkich urządzeniach technicznych

wchodzących w skład Pozostałej Części Systemu WKM, z wyłączeniem czytników kontrolerskich oraz komputerów pokładowych, które proponuje Wykonawca w ramach wykonywania Umowy, posiadają możliwość obsługi płatności bezstykowych, według standardów międzynarodowych instytucji rozliczeniowych: MasterCard PayPass MChip VISA qVSDC – pkt 50

Zamawiający uzasadnił przyznanie Odwołującemu punktów w podkryteriach w następujący sposób :

Ad. 1 - wykonawca zaproponował rozwiązanie polegające na modyfikacji firmware, co jest ingerowaniem w najniższą warstwę oprogramowania danego urządzenia. Jest to niewskazane ze względu na możliwość naruszenia integralności systemu operacyjnego

5

urządzenia, a czasem niemożliwe z uwagi na zastrzeżenia licencyjne. Grozi nieprawidłowe działanie systemu, utrata gwarancji i wsparcia producenta, co prowadzi do uzależnienia Zamawiającego od podmiotu dokonującego modyfikacji, a to przesądza o braku otwartości systemu.

Ad. 2 oferta Mennicy Polskiej S.A. prezentuje rozwiązanie architektury Systemu WKM w oparciu o scentralizowany system serwerowy z urządzeniami końcowymi (terminalami) w postaci „cienkiego klienta”. Wynika z tego, że na terminalu zaimplementowane będą tylko funkcje podstawowe polegające np. na prezentacji danych i dostarczeniu określonego interfejsu, natomiast cała funkcjonalność terminala związana z Systemem WKM zawarta będzie na serwerze. Powyższe jest niezgodne z wymogami warunkującymi przyznanie Wykonawcy punktów według podkryterium.

Ad. 3 - zawarte w opisie Mennicy Polskiej S.A. informacje są informacjami bardzo ogólnymi i nie spełniają wymogu Zamawiającego, ponieważ nie wynika z nich w jaki sposób i przy pomocy jakich rozwiązań funkcja terminala jest zaimplementowana we frameworku.

Ad. 4 – zastosowanie protokołu autorskiego powoduje całkowite uzależnienie Zamawiającego od twórcy tego protokołu. Powyższe przesądza o braku otwartości systemu. Mennica Polska SA nie wykazała jednak w opisie Bazy Danych Systemu Centralnego Mennicy oraz CBD żadnego konkretnego rozwiązania, które miałyby zostać zaimplementowane w oparciu o ten wzorzec.

- nie zawarto opisu architektury oprogramowania CBD wymaganego dla przyznania punktów w omawianym podkryterium oceny technicznej.

Ponadto Zamawiający stwierdził, że z analizy omawianych wyżej opisów dołączonych do oferty MENNICY POLSKIEJ S.A. wynika, że w razie wyboru oferty tego Wykonawcy doszłoby do niezgodności wykonanej usługi z bezwzględными wymogami Zamawiającego zawartym w treści SIWZ, co przejawia się to w następujących aspektach:

1) zgodnie z treścią Tomu 2 SIWZ (Wzór Umowy o świadczenie kompleksowe w zakresie Wdrożenia i obsługi Systemu Wrocławskiej Karty Miejskiej) , Załącznik nr 4 (Wymagania dotyczące Centralnej Bazy Danych), punkt 3 i 4, Centralna Baza Danych winna być zainstalowana w środowisku teleinformatycznym Zamawiającego z zastosowaniem wydzielonego systemu serwerowego opartego o motor bazy danych DB2. Mennica Polska S.A. w swojej ofercie, na stronach 24 – 27, zamieściła opis Systemu CBD. Z opisu części bazodanowej (strona 25) oraz zamieszczonego schematu graficznego (strona 26) wynika, że Wykonawca ten nie przewidział lokalizacji Centralnej Bazy Danych (CBD) w wydzielonym systemie serwerowym Zamawiającego. Mennica Polska S.A. proponuje natomiast, aby część bazodanowa oparta była o jeden „klastery niezawodnościowy składający się z dwóch węzłów” (na rysunku oznaczonych jako Serwer SQL). Brak jest oddzielonej od infrastruktury Wykonawcy Bazy Danych Osobowych, jako części CBD, która zgodnie z wymaganiami

6

Zamawiającego, określonymi w SIWZ, winna być fizycznie ulokowana w systemie serwerowym Zamawiającego (przykładowo: § 83 ust. 1 Wzoru Umowy, punkt 4.3. Załącznika nr 4 do Wzoru Umowy).

2) Wykonawca zaoferował w swoim rozwiązaniu PostgreSQL. Wykonawca nie podał możliwości zaimplementowania Systemu na motorze bazy danych DB2, co było rozwiązaniem wymaganym przez Zamawiającego.

Z powyższego, według Zamawiającego, wynika, że w razie zastosowania opisanych przez Mennicę Polską S.A. rozwiązań doszłoby do niezgodności wykonanej usługi z bezwzględным wymogiem Zamawiającego zawartym w treści SIWZ. Jest to o tyle istotne, że Zamawiający jest już właścicielem motoru bazy danych DB2, który ma zostać wykorzystane w Systemie i zgodnie z podstawowymi założeniami to właśnie Zamawiający, a nie Wykonawca ma być właścicielem tego motoru, jak również całego CBD .

Zamawiający nie uzasadnił w sposób szczegółowy dlaczego Konsorcjum ASEC przyznał wskazane wyżej punkty.

Na tę czynność w dniu 6 czerwca 2008r. złożył protest Odwołujący i zaskarżył czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i uznanie za najkorzystniejszą oferty Konsorcjum ASEC oraz wskazał na naruszenie zasad równego traktowania i jawności postępowania przez wybiórcze ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa – Konsorcjum ASEC, niektórym podmiotom, podczas gdy informacje te nie zostały udostępnione Odwołującemu, rażące naruszenie prawa poprzez poinformowanie o wyborze oferty najkorzystniejszej za pośrednictwem mediów, przed dokonaniem tej czynności w sposób przewidziany w ustawie, naruszenie zasad obiektywizmu i przepisów stanowiących o dokonywaniu w postępowaniu czynności wyłącznie przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Wskazał, że oprotostowane czynności powodowały naruszenie art. 7 ust. 1-3, art. 14 w zw. z art. 56 i 66 § 1 kc, art. 20 ust. 1 ustawy, art. 29 ust. 1 i 2, art. 36 ust. 1 pkt. 13, art. 38 ust. 5, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 – 3, art. 91 ust. 1 i art. 92 poprzez błędne zastosowanie ww. przepisów. Ponadto Odwołujący podniósł, że naruszenie powyższych przepisów prowadzi do naruszenia art. 146 ust. 1 pkt. 5 i 6 ustawy, a więc nieważności umowy w prawie zamówienia publicznego. Interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia Odwołujący upatruje w tym, że gdyby nie doszło do naruszeń jego oferta uznana byłaby za najkorzystniejszą. Odwołujący wniósł o :

1. ujawnienie Odwołującemu treści oferty Konsorcjum ASEC w części wskazanej jako tajemnica przedsiębiorstwa,
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

7

-
3. odrzucenie oferty Konsorcjum ASEC, gdyż nie spełnia wymagań zawartych w siwz,
 4. powtórzenie oceny ofert z wyłączeniem od tych czynności osób, które nie gwarantują bezstronnej obiektywnej oceny,
 5. dokonanie oceny ofert z zachowaniem zasad określonych w siwz tj. kryteriów tam wskazanych i przyznanie ocen uwzględniających brzmienie tych kryteriów z pominięciem nie wyrażonych w siwz oczekiwań Zamawiającego,
 6. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, że :

- a) oceny ofert nie dokonała komisja przetargowa, ale powieliła ona jedynie oceny dokonane przez osoby trzecie,
- b) Zamawiający zastrzegł w pkt X część IV str. 16, że dla potwierdzenia spełniania wymagań przez terminal oraz CBD zastrzega sobie prawo do żądania zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego spełnianie przez terminal oraz architekturę oprogramowania CBD jego wymagań. Odwołujący stanął na stanowisku, że wymogu załączenia zaświadczenia do oferty ten zapis nie zawierał. Załączenie zaświadczenia w innym terminie, nie razem z ofertą jest niemożliwe po upływie terminu składania ofert. W tej sytuacji zapis ten oznaczał, że ocena ofert będzie dokonywana przy skorzystaniu z wiedzy i danych podmiotu uprawnionego do wydawania zaświadczeń. Jednakże Zamawiający dokonał oceny spełniania kryteriów bez udziału podmiotu uprawnionego czym naruszył art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy,
- c) Zamawiający przed ogłoszeniem o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. przed 30 maja

2008r. poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej media. Według Odwołującego Zamawiający stwierdził, że oferta Odwołującego nie zostanie przyjęta. Powołał się na artykuły z Gazety Wyborczej autorstwa Jacka Hałukiewicza. To potwierdza, zdaniem Odwołującego, że wybór został dokonany z pominięciem komisji przetargowej, a nadto prowadzi do naruszenia art. 92 ustawy.

Odnosnie przyznanej mu punktacji to w zakresie :

1. funkcja terminala odpowiadająca za obsługę Aplikacji Elektronicznego Biletu jest zaimplementowana w wydzielonej strukturze oprogramowania (framework), która jest niezależna od sprzętu i możliwa do zainstalowania w urządzeniach różnych dostawców (otwarta architektura oprogramowania)

8

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wskazał w siwz, że punktować będzie określony sposób instalacji frameworka w urządzeniach, a obowiązek wskazania sposobu przerzucił na wykonawców. Odwołujący podał, że dokonał klasyfikacji możliwych do zainstalowania urządzeń i jedynie w grupie urządzeń o niewielkiej mocy obliczeniowej wyposażonych jedynie w firmware może okazać się niezbędne modyfikowanie firmware. Zamawiający nie wskazał ani potencjalnych dostawców ani typów urządzeń, które mogą w przyszłości być wykorzystywane jako terminale WKM, więc to wykonawcy musieli w oparciu o własną wiedzę wyspecyfikować potencjalne urządzenia i określić sposób instalowania frameworka. Modyfikacja dla urządzeń typu wskazanego przez Odwołującego będzie konieczna także dla innych oprogramowań nie tylko dla oprogramowania oferowanego przez Odwołującego, dlatego nie wskazanie tej okoliczności w innej ofercie wskazywać może na pominięcie istnienia takich urządzeń i nie odniesienie się do sposobu, w jaki będzie zapewniona współpraca z nimi. Ten ostatni argument stanowił zadaniem Odwołującego, także przesłankę za odrzuceniem oferty Konsorcjum ASEC. Nie przyznanie punktów za system scentralizowany jest niezgodne z wymogami opisanymi w siwz. W siwz nie ma zakazu oferowania systemu o architekturze zcentralizowanej. Podniósł, że Zamawiający nie może przenosić konsekwencji własnych zaniechań na wykonawcę, a ocen oferty może odbywać się jedynie w świetle kryteriów wyrażonych w siwz, Przeciwny pogląd prowadziłby do naruszenia art. 38 ust. 5 ustawy i zmiany kryteriów oceny ofert w toku dokonywania tej oceny. Zapisy siwz nie nakazują, aby oferowany system miał postać tzw. „grubego klienta” lub aplikacji niezależnej od serwera. Nie można rozumieć pojęcia „funkcja terminala” jako „funkcji będącej integralną częścią aplikacji zainstalowanej w terminalu”, ale jako „funkcja dostępna w terminalu”. Ponadto podniósł, że informacje zawarte w jego ofercie w „opisie zastosowanej technologii w terminalach” nie są informacjami bardzo ogólnymi, ale wystarczającymi i wskazującymi przy pomocy jakich rozwiązań funkcja terminala jest

w zaimplementowana wydzielonej strukturze oprogramowania, zapewniającej

możliwość implementacji w urządzeniach różnych dostawców. Odwołujący wskazał, że funkcja terminala odpowiadająca za obsługę Aplikacji Elektronicznego Biletu jest w takiej strukturze oprogramowania, która jest niezależna od sprzętu i możliwa do zainstalowania na innych urządzeniach. Zamawiający nie określił stopnia szczegółowości danych jakie powinni podać wykonawcy i może jedynie sprawdzać, czy oferta odpowiada siwz. Zamawiający jeśli miał wątpliwości mógł skorzystać z art. 87 ust. 1 ustawy i wezwać Odwołującego do wyjaśnień.

9

2. architektura Oprogramowania CBD zaimplementowana jest z zastosowaniem wydzielonej struktury oprogramowania (framework), która umożliwia zarządzanie użytkowaniem zasobami CBD przez niezależnych dostawców Kolejnych Aplikacji (otwarta architektura oprogramowania)

Zamawiający nie wskazał w siwz metod, jakie mają umożliwić zarządzanie użytkowaniem zasobami CBD przez niezależnych dostawców kolejnych Aplikacji, tym

samym wykonawcy mogli zaproponować dowolne metody, a Zamawiający uznając, że metoda została podana i zarządzanie użytkowaniem zasobami CBD jest możliwe powinien był przyznać punkty w tym podkryterium. Odwołujący w ofercie podał taką metodę i np. jest nią nadanie przez wykonawców dostawcom kolejnych aplikacji uprawnień administratora CBD zarządzającego dostępem wszystkich aplikacji i użytkowników do CBD. Zarzut oferowania autorskiego oprogramowania jest chybiony z tego względu, że siwz nie zabraniała oferowania rozwiązań autorskich, a rozwiązanie autorskie nie przesądza o uzależnieniu Zamawiającego od twórcy tego protokołu ani o braku otwartości systemu. Rozwiązania autorskie nie oznaczają rozwiązania zamkniętego, chronionego tajemnicą firmy, utajnionego, a własne, oryginalne, stworzone samodzielnie. Odwołujący zamierza udostępnić wszelkie informacje specyfikacje protokołów, dokumentację programistyczną, oprogramowanie narzędziowe, które mają zapewnić otwartość systemu dla dostawców Kolejnych Aplikacji i innych urządzeń, co znajduje potwierdzenie w treści oferty na stronie 25. Nie wiadomo, co zaoferowało Konsorcjum ASEC, bo jeśli również oprogramowanie autorskie to powinno też uzyskać zero punktów w tym kryterium. Natomiast jeśli oferowane przez Konsorcjum ASEC oprogramowanie nie jest autorskie, to nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa i stanowi argument przemawiający za wadliwym nie odtajnieniem części oferty przez Zamawiającego.

3. zarzut do oferty Odwołującego, że nie wskazuje w opisie Bazy Danych Systemu Centralnego Mennicy oraz CBD żadnego konkretnego rozwiązania jakie miałyby być zaimplementowane w oparciu o wzorzec MVC, jest nietrafny, gdyż Zamawiający nie określił stopnia szczegółowości opisu, zaś zastosowanie wzorca Model-View-Controller jest dokładnie opisane w literaturze informatycznej, w ofercie jest opis, że dostęp do warstwy danych (Model) jest możliwy za pośrednictwem warstwy Controller, której API może Odwołujący udostępnić potencjalnemu dostawcy kolejnej aplikacji. API umożliwia nie tylko korzystanie z danych zgromadzonych w CBD, ale również tworzenie własnych struktur danych w CBD przez zewnętrzne aplikacje. Zasady organizacji i dostępu do CBD jak również platforma systemowa DB2 tej bazy

10

zostały wyczerpująco i jednoznacznie opisane przez Zamawiającego w siwz i nie było konieczności ich przepisania do oferty, skoro Odwołujący wskazał, że spełnia oczekiwania Zamawiającego w tym zakresie. CBD w siwz została opisana jako repozytorium danych osobowych i analitycznych, natomiast Odwołujący zaproponował i opisał oddzielenie transakcyjnej części warstwy danych od części analitycznej i umieszczenie ich na oddzielnych serwerach. Klaster serwerów aplikacyjno-transakcyjnych posadowiony na platformie PostgreSQL nie może być w żaden sposób traktowany jako substytut CBD ale uzupełnienie systemu o aspekty, których nie zapewni CBD taka jak jest opisana w siwz.

4. Co do twierdzenia Zamawiającego, że w razie wyboru oferowanych przez Odwołującego rozwiązań doszłoby do niezgodności wykonanej usługi z bezwzględnym wymogiem Zamawiającego zawartym w treści SIWZ, to gdyby faktycznie oferta Odwołującego była w swej treści sprzeczna z treścią siwz, to Zamawiający obowiązany był ją odrzucić, a skoro tego nie czyni, to znaczy, że oferta jest zgodna z siwz. Odwołujący w ofercie nie przewidział umieszczenia CBD poza środowiskiem informatycznym Zamawiającego. Schemat graficzny obrazuje System Centralny Mennicy, nie zaś CBD. CBD nie zostało umieszczone w schemacie graficznym, ale jego miejsce jest w logicznej strukturze proponowanego systemu i zostało określone w części opisowej oferty. Motor baz danych PostgreSQL jest silnikiem serwerów transakcyjno-aplikacyjnych, a nie alternatywą dla DB2, który ma być wedle siwz zastosowany dla CBD. Odwołujący w ofercie zapisał, że Baza Danych Systemu Centralnego Mennicy oparta jest o motor PostgreSQL. Odwołujący nie kwestionuje praw własności Zamawiającego do motoru bazodanowego DB2 czy całego CBD. Natomiast w ofercie Konsorcjum ASEC brak jest w ogóle motoru, ale tego nie zauważył Zamawiający.

Oдноśnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ASEC Odwołujący podniósł :

1. funkcja terminala odpowiadająca za obsługę Aplikacji Elektronicznego Biletu jest zaimplementowana w wydzielonej strukturze oprogramowania (framework), która jest niezależna od sprzętu i możliwa do zainstalowania w urządzeniach różnych dostawców (otwarta architektura oprogramowania)

- rozwiązanie przedstawione przez Konsorcjum ASEC potwierdza niezależność od systemu operacyjnego terminala, a nie jak to było w siwz wymagane od sprzętu,

11

- możliwość zainstalowania ww. funkcji w urządzeniach innych dostawców wymaga SDK Embedded Framework, a więc uzależniona jest od warunku, co powoduje, że Zamawiający nieprawidłowo przyznał ofercie Konsorcjum ASEC najwyższą ilość punktów w tym kryterium

2. architektura Oprogramowania CBD zaimplementowana jest z zastosowaniem wydzielonej struktury oprogramowania (framework), która umożliwia zarządzanie użytkowaniem zasobami CBD przez niezależnych dostawców Kolejnych Aplikacji (otwarta architektura oprogramowania)

- według opinii sporządzonych na zlecenie Zamawiającego z oferty Konsorcjum wynika, że wykonawca nie potwierdził, że będzie wykorzystywał wskazany w załączniku nr 4 do umowy silnik bazy danych,

- nie wskazano jaka grupa funkcji jest udostępniana dla programistów oferujących aplikacje dodatkowe, a w siwz wymagano, żeby możliwe było zarządzania zasobami CBD przez niezależnych dostawców.

3. złożenie oferty przez Konsorcjum stanowi czyn nieuczciwej konkurencji poprzez niezgodne z prawem zastrzeżenie informacji, które zostały ujawnione już po wyborze oferty najkorzystniejszej, co utrudnia dostęp do rynku innemu przedsiębiorcy oraz wykonywanie swoich praw w postępowanie o uzyskanie zamówienia publicznego.

4. oferta Konsorcjum ASEC jest sprzeczna z ustawą bo w części tej oferty na str. 11-17 przedstawiono różne warianty realizacji preferowanego rozwiązania, co narusza art. 82 ust. 1 ustawy.

Oдноśnie zarzutów dotyczących innych czynności i zaniechań Zamawiającego

1. Zamawiający zaniechał oceny, czy informacje zastrzeżone przez Konsorcjum ASEC stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa czym naruszył zasadę jawności postępowania i ograniczył dostęp Odwołującego do informacji, co pozbawiło Odwołującego możliwości weryfikacji złożonej oferty. Jednocześnie Zamawiający ujawnił te informacje osobom trzecim, a publikując wyniki pracy osób trzecich na stronie internetowej także ujawnił częściowo informacje stanowiące, według Konsorcjum ASEC, tajemnicę przedsiębiorstwa, co oznacza, że w rzeczywistości te informacje nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający ujawnił zatem zastrzeżone informacje w sposób wybiórczy z pominięciem Odwołującego. W tym miejscu Odwołujący powołał się na uchwałę SN sygn. akt III CZP 74/05, z której wynika obowiązek Zamawiającego do zbadania prawidłowości zastrzeżenia informacji jako

12

tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący żąda ujawnienia całości informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum ASEC.

2. naruszenie zasady obiektywizmu i równego traktowania wykonawców polegało wedle Odwołującego na tym, że Zamawiający dokonał oględzin systemu Karty Miejskiej w Lizbonie i dąży w przedmiotowym postępowaniu do uzyskania takiego systemu. W skład Konsorcjum ASEC wchodzi firma zaangażowana w wykonanie systemu w Lizbonie, to podważa bezstronność Zamawiającego przy przygotowywaniu siwz,

sporządzanej już po dokonanych oględzinach. To oznacza, że celem Zamawiającego był wybór konkretnego systemu, a nie systemu spełniającego wymagania zdefiniowane w siwz. W efekcie zaś prowadzi do bezprawnego eliminowania Odwołującego z postępowania.

W dniu 6 czerwca 2008r. Zamawiający poinformował o wpłynięciu protestu i wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu.

W dniu 9 czerwca 2008r. faksem do postępowania protestacyjnego przystąpiło Konsorcjum ASEC wnosząc o oddalenie protestu. W uzasadnieniu przystąpienia podniosło :

1. zgodnie z art. 21 ust. 4 ustawy Zamawiający ma prawo powołać biegłych w celu wsparcia komisji przetargowej w takim zakresie, w jakim wymagana była wiedza specjalistyczna. Nieuprawnione jest zatem twierdzenie Odwołującego, że oceny ofert dokonywały osoby trzecie, a nie komisja przetargowa. Fakt, że Zamawiający zastrzegł, że może żądać zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego spełnianie przez terminal i architekturę oprogramowania CBD wymagań siwz nie może prowadzić do interpretacji zapisów siwz w sposób wyłącznie korzystny dla Odwołującego i nieuprawniony. Jeśli Odwołujący uważał, że niezgodne z prawem jest żądanie takiego zaświadczenia, to powinien był skarżyć takie postanowienie siwz w terminie przewidzianym w ustawie. Zamawiający nie żądał zaświadczenia, a więc powoływane orzecznictwo Sądu Najwyższego nie znajduje zastosowania w przedmiotowej sytuacji.

2. Odnosnie zarzutu informowania przez Zamawiającego o wyniku postępowania przed wyborem oferty najkorzystniejszej, to Odwołujący manipuluje faktami, gdyż Odwołujący udzielał prasie informacji mających zdyskredytować Konsorcjum ASEC oraz zastraszyć Zamawiającego np. w Pulsie Biznesu z dnia 26 maja 2008r. groził zawiadomieniem CBA, gdyż władze miasta Wrocławia „preferują ASEC”, a „dyskryminują Mennicę”, czynił również insynuacje o sposobie finansowania pobytu przedstawicieli Zamawiającego w Lizbonie. Wypowiedzi prasowe Zamawiającego stanowiły jedynie odniesienie się do bezpodstawnych zarzutów Odwołującego. Inne publikacje prasowe miały charakter indywidualnych opinii i

13

poglądów dziennikarzy, a nie autoryzowanych wypowiedzi Zamawiającego. Zamawiający prawidłowo poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 30 maja 2008r.

3. w zakresie zarzutów dokonania nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego, to z zapisów t. 1, rozdziału XII, cz. A pkt 3 poz. 2 tabeli oraz t. 1, rozdziału X, cz. 4 drugi akapit od góry str. 16 wynikało, że Zamawiający zakładał, że wydzielona struktura oprogramowania (framework) będzie zainstalowana w terminalu, a nie w centralnym serwerze, jako to zaproponował Odwołujący. Wyjaśnił to także Zamawiający w odpowiedzi na zapytania wykonawców z dnia 30 listopada 2008r. Fragment oprogramowania terminala odpowiadający za obsługę Aplikacji Elektronicznego Biletu miał być wydzielony w ten sposób, żeby kod źródłowy tej struktury nie podlegał modyfikacji ze względu na różnice w środowiskach pracy istniejące w urządzeniach różnych dostawców. Ten fragment miał być zainstalowany w terminalu, a nie w serwerze centralnym. U Odwołującego rozwiązanie przewiduje, że terminal jest urządzeniem końcowym (cienkim klientem), zaś wydzielona struktura oprogramowania będzie zainstalowana po stronie centralnej systemu. To potwierdziły opinie instytutów. Opis zawarty w ofercie Odwołującego nie wyjaśnia jak będzie funkcja terminala zaimplementowana we frameworku. Zamawiający nie wymagał, aby wydzielona struktura była zainstalowana w dowolnym terminalu dostępnym na rynku, natomiast wymagał on przedstawienia w jaki sposób funkcja terminala jest zaimplementowana w wydzielonej strukturze oprogramowania terminala tak, aby umożliwić instalację tej wydzielonej struktury w urządzeniach różnych dostawców. Zamawiający nie wymagał zastosowania jako terminali prostych urządzeń posiadających tylko firmware i dlatego nie można uczynić zarzutu do oferty Konsorcjum ASEC, że nie zawiera w swoim opisie konieczności modyfikowania firmware'u urządzeń. Zamawiający w odpowiedzi z dnia 30 maja 2008r. na pytanie 3 odpowiedział „fragment oprogramowania terminala odpowiadający za obsługę Aplikacji Elektronicznego biletu był wydzielony w taki sposób, żeby kod źródłowy tej wydzielonej struktury nie podlegał modyfikacji ze względu na różnice w środowiskach pracy istniejące w

urządzeniach różnych dostawców, co oznacza, że scentralizowana architektura oprogramowania z terminalem pełniącym jedynie funkcję klienta, w stosunku do części centralnej systemu nie spełnia kryterium określonego przez Zamawiającego.

4. Odwołujący w sposób nieuzasadniony powołuje się na ogólne lub nieprecyzyjne zapisy siwz, jeśli uważał, że takie są powinien skorzystać z procedury wyjaśnień w trybie art. 38 ustawy, albo wnieść protest, natomiast w jego proteście na siwz z dnia 5 listopada 2007r. takich zarzutów nie stawia. Lakoniczny zapis w ofercie Odwołującego, że jego oprogramowanie jest strukturą z otwartą architekturą i w przypadku takiej potrzeby dostarczy wszystko to co jest niezbędne dla twórców dodatkowych aplikacji, nie pozwala na dokonanie

14

oceny spełniania kryterium otwartości oprogramowania. Kryterium ocena techniczna było dla Zamawiającego bardzo ważne, bo przyznał mu wagę aż 40%, w związku z tym wykonawca winien był z należytą starannością i rzetelnością przygotować opis techniczny, tak aby Zamawiający miał podstawy do przyznania punktów. Konsorcjum ASEC powołało się w tym miejscu na pogląd M. Płuzańskiego „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz” wyd. 2 Warszawa 2007r. Twierdzenie Odwołującego, że gdyby Zamawiający uznał, że brak jest wystarczającego opisu, to powinien był odrzucić ofertę, jest nieprawidłowy, bo Zamawiający nie zawarł wymogu złożenia opisu pod rygorem odrzucenia, a jedynie opis miał służyć przyznaniu punktacji.

5. w zakresie architektury oprogramowania CBD z wydzielonym frameworkiem, która umożliwia zarządzania użytkowaniem zasobami CBD przez niezależnych dostawców Kolejnych Aplikacji, zarzuty Odwołującego są niezasadne, zdaniem Konsorcjum ASEC. Zamawiający przyznawał punkty, za to aby proponowane rozwiązanie umożliwiało zarządzanie użytkowaniem zasobami CBD przez zastosowanie wydzielonej struktury oprogramowania i aby wykonawcy opisali, w jaki sposób i przy pomocy jakich rozwiązań jest taka możliwość zapewniona. Z oferty Odwołującego nie wynika, w jaki sposób i przy pomocy jakich rozwiązań architektura oprogramowania CBD zaimplementowana jest we wydzielonej strukturze oprogramowania framework. Te opinie podzielili powołani przez Zamawiającego eksperci. Stanowisko Zamawiającego, że przyjęcie oferty Odwołującego spowoduje uzależnienie Zamawiającego od twórcy oprogramowania jest zasadne, bo wbrew swoim twierdzeniom Odwołujący na stronie 25 oferty nie zaoferował udostępnienia dokumentacji protokołu autorskiego. Zamawiający nie dokonywał podziału na oprogramowanie autorskie i nieautorskie, stwierdził jedynie, że autorskie oprogramowanie Odwołującego nie daje podstaw do przyznania mu punktów w podkryterium. Konsorcjum ASEC w ogóle nie wskazywało w swojej ofercie czy rozwiązanie jest autorskie czy też nie, bo nie było to przez Zamawiającego wymagane. Zamawiający nie żądał opisu, jak umożliwić zarządzanie użytkowaniem zasobami Systemu oraz jakie wzorce projektowe zostaną wykorzystane do tworzenia oprogramowania, ale punktował umożliwienie zarządzania użytkowaniem zasobami CBD przez zastosowanie wydzielonej struktury oprogramowania oraz opis w jaki sposób i przy pomocy jakich rozwiązań architektura oprogramowania CBD zaimplementowana jest we wydzielonej strukturze oprogramowania framework, a tego Odwołujący w swojej ofercie nie zawarł. Na stronach 25 – 27 Odwołujący nie zawarł informacji związanych z prezentacją architektury oprogramowania CBD, zaś uznanie, że nie jest niezbędne powtarzanie zapisów siwz, nie uzasadnia braku opisu architektury oprogramowania CBD.

15

6. Konsorcjum ASEC wskazało, że być może przyczyną nieodrżucenia oferty Odwołującego była atmosfera szantażu i niedopuszczalnej presji i dlatego Zamawiający jedynie wskazał, że według jego oceny, w razie wyboru oferty Protestującego doszłoby do naruszenia zapisów siwz, które mogłyby być ewentualną podstawą do odrzucenia oferty protestującego. Z treści protestu wynika, że opis zawarty w ofercie Odwołującego był nieprecyzyjny i błędny, oraz wskazywał, że przedstawione w nim rozwiązanie jest niezgodne z wymogami siwz, w takim zakresie w jakim potwierdził, że CBD nie zostało umieszczone w schemacie graficznym. Podobnie dotyczy to braku wskazania miejsca lokalizacji CBD i uznania w tej sytuacji przez

Zamawiającego, że CBD będzie lokalizowane w zasobach Odwołującego.

7. Zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum ASEC, to są one spóźnione. Wyniki oceny oferty Konsorcjum ASEC były Odwołującemu znane już w dniu 20 grudnia 2007r., mimo to składając swój wcześniejszy protest, Odwołujący nie objął protestem dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty Konsorcjum ASEC, tym samym upłynął termin na wniesie protestu w tym zakresie. Oferta Konsorcjum ASEC spełnia oczekiwania Zamawiającego, także w zakresie przyznawanej punktacji, co potwierdzają trzy opinie ekspertów. Zamawiający nie oceniał metody technologii instalacji oprogramowania do urządzeń innych dostawców, ale zdolność do integracji oprogramowania z systemami operacyjnymi urządzeń różnych producentów. Konsorcjum ASEC zastosowało metodę przy użyciu Software Development Kit lub pakietu rozwoju oprogramowania, co jest powszechnym rozwiązaniem w informatyce. W tym podkryterium Zamawiający mógł przyznać 20 lub zero punktów, nie mógł stopniować punktacji. W tej sytuacji ocena dokonana przez Zamawiającego jest zgodna z siwz i nie narusza zasady równego traktowania. Zamawiający nie oczekiwał by oferta w zakresie opisu architektury oprogramowania CBD potwierdzała zgodną z wymaganiem SIWZ technologię stosowanej bazy danych. Konsorcjum nie wykazało w swoim opisie na technologię baz danych, co jednak nie może przesądzać o wadliwości oferty Konsorcjum. Wskazanie grupy funkcji udostępnionych programistom dodatkowych aplikacji nie było przedmiotem oceny kryterium technicznego i dlatego Zamawiający słusznie pominął w tym zakresie wywody opinii prof. Kasprzaka i dr Woźnika. Złożenie oferty przez Konsorcjum ASEC nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. KIO w orzeczeniu z dnia 11 lutego 2008r. nie podzieliło stanowiska Odwołującego z poprzedniego protestu, a wręcz uznało, że dane zawarte w załączniku nr 3 do oferty Konsorcjum mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. W efekcie podnoszone w tym zakresie zarzuty Odwołującego są ponowieniem już rozstrzygniętych zarzutów i na obecnym etapie nie powinny być brane pod uwagę przy rozstrzyganiu. Wariantowość oferty Konsorcjum, którą zarzuca Odwołujący jest w rzeczywistości przedstawieniem opcji jednego rozwiązania, które umożliwia instalację w terminalu funkcji odpowiadających za obsługę Aplikacji Elektronicznego Biletu w

16

urządzeniach różnych dostawców, także zarzut w tym zakresie jest nietrafny, a Konsorcjum ASEC złożyło jedną ofertę, a warianty wzbogacają jedynie funkcjonalność oferowanego oprogramowania.

8. W zakresie zarzutu naruszenia zasad prawa zamówień publicznych tym obiektywizmu, równego traktowania i jawności postępowania, Konsorcjum ASEC wskazało, że miało prawo zastrzec informacje stanowiące jego tajemnicę przedsiębiorstwa. Osoby opiniujące działały na rzecz i w imieniu Zamawiającego więc nie mogą być uznane za osoby trzecie nieuprawnione do uzyskiwania informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający zgodnie z art. 21 ust. 4 ustawy ma prawo powołać biegłych. Nadto nieuprawnione udostępnienie informacji zastrzeżonych daje jedynie przedsiębiorstwu zastrzegającemu prawo do skorzystania ze środków prawnych przysługujących mu z mocy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale nie powoduje, że inne zastrzeżone informacje tracą przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa. Dodatkowo wskazał, że Zamawiający nie udzielał autoryzowanych wypowiedzi, że preferuje ofertę Konsorcjum, a informacje o zapoznaniu się z systemem funkcjonującym w Lizbonie nie mogą stanowić podstawy do uznania, że Zamawiający naruszył prawo. Fakt pierwotnego wykluczenia Odwołującego zawdzięcza sam sobie z uwagi na późne przedstawianie dowodów potwierdzających jego doświadczenie.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 13 czerwca 2008r. poprzez jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia podniósł :

1. zarzut naruszenia zasad oceny ofert opisanych w siwz i wynikających z ustawy

Zarzuty w części nie mają związku ze sprawą. Odwołujący rozważa, co by się stało gdyby przepisy zostały naruszone, a wobec faktu, że Zamawiający nie żądał zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, to nie zaistniały naruszenia opisane przez Odwołującego w proteście. Z siwz nie wynika, że zaświadczenia wykonawcy mieli składać

wraz z ofertą, ani że Zamawiający zobligował się do skorzystania z żądania zaświadczeń. Jeśli Odwołujący uważał, że w tym zakresie treść siwz wymaga modyfikacji powinien był to zgłosić w terminie 14 dni od dnia 27 października 2007r., to jest od dnia publikacji siwz. Odwołujący protest na siwz złożył w dniu 5 listopada 2007r., ale nie podniósł w nim takiego zarzutu. Zamawiający podnosi, że żądanie dokumentów nie jest jedynym sposobem weryfikacji oświadczeń wykonawców składanych w ofercie. Zamawiający ma także prawo skorzystać z instytucji biegłych zgodnie z art. 21 ust. 4 ustawy, co w przedmiotowym postępowaniu uczynił. Na tę okoliczność Zamawiający powołał pogląd J. Pieroga „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz Warszawa 2007r. str. 98. Osoby trzecie, o których mówi

17

w proteście Odwołujący, to powołani przez Zamawiającego biegli, a komisja przetargowa ma prawo z ich opinii i ekspertyz korzystać przy dokonywaniu samodzielnej oceny ofert. Nie wyklucza to konieczności dokonania krytycznej analizy opinii w sytuacji, gdy są one między sobą sprzeczne. Taka jednak sytuacja nie miała miejsca w postępowaniu, gdyż wnioski wszystkich opinii były te same. Ponadto komisja jest jedynie zespołem pomocniczym Zamawiającego i to Zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o propozycje komisji. Zamawiający prawidłowo poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, gdyż faks do Odwołującego dotarł 30 maja 2008r. o godz. 14:32, a więc przed rozpoczęciem konferencji prasowej. Treść art. 92 ustawy nie wskazuje, że art. 92 ustawy zawiera wyczerpujący katalog form, w jakich może następować informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej. Wykładnia dokonana przez Odwołującego prowadziłaby do ograniczenia dostępu opinii publicznej do informacji Publicznych. Przed 30 maja 2008r. nie było informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej wcześniejsze artykuły prasowe podawały, że przetarg ma być rozstrzygnięty „w najbliższych dniach”, „do końca maja”. To negatywne i nieuprawnione wypowiedzi Odwołującego rozpoczęły wymianę zdań publikowaną na łamach mediów. Zarzut dyskryminacji Odwołującego jest niezasadny.

2. Zarzut wadliwej oceny oferty Odwołującego w kryterium oceny technicznej.

- a) w zakresie funkcji terminala odpowiadającej za obsługę Aplikacji Elektronicznego Biletu zaimplementowanej w wydzielonej strukturze oprogramowania (framework), która jest niezależna od sprzętu i możliwa do zainstalowania w urządzeniach różnych dostawców (otwarta architektura oprogramowania)

Odwołujący zgodnie z str 15 pkt 2 i str. 16 pkt 1 siwz był zobowiązany załączyć do oferty opis terminala. Prawdą jest, że Zamawiający nie wskazał, iż oczekuje jakiegokolwiek konkretnego sposobu, według, którego miałyby się odbywać instalowanie w urządzeniach. Natomiast Zamawiający nie może punktować rozwiązania modyfikującego firmware, bo jest to ryzykowane, a Zamawiający preferował rozwiązania oparte na otwartości systemu. Modyfikowanie oprogramowania autorskiego firmware może ograniczyć możliwość dołączania kolejnych urządzeń. Zamawiający nie może ignorować przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Zamawiający ma prawo ustalić tak kryteria oceny ofert, aby mógł wybrać ofertę, która w najpełniejszy sposób spełnia jego oczekiwania. Na poparcie Zamawiający wskazał pogląd E. Norka „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz” Warszawa 2006 str. 596. Zgodnie z art. 35 ust. 3 ustawy o finansach Publicznych wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych

18

nakładów. Przyjęcie oferty, z której wynika konieczność poniesienia nakładów w ogóle nieokreślonych byłoby naruszeniem dyscypliny finansów Publicznych.

2. w zakresie zarzutu dotyczącego podkryterium architektura Oprogramowania CBD zaimplementowana jest z zastosowaniem wydzielonej struktury oprogramowania (framework), która umożliwia zarządzanie użytkowaniem zasobami CBD przez niezależnych dostawców Kolejnych Aplikacji (otwarta architektura oprogramowania)

Zamawiający wskazał, że nie wskazał w siwz, że system scentralizowany jest niedopuszczalny, a w uzasadnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej podniósł, że przyjęte przez Odwołującego rozwiązanie jest niezgodne z wymogami warunkującymi przyznanie Odwołującemu punktów według podkryterium. Tym samym Zamawiający nie twierdził, że oferta Odwołującego powinna być odrzucona. Odwołujący w swojej ofercie w opisie „Charakterystyka i wymogi dla urządzeń końcowych” wskazuje, że funkcjonalność terminali będzie skupiona po stronie serwerowej, a Zamawiający w siwz wyraźnie wskazał, że preferuje rozwiązanie polegające na framework i implementacji części funkcjonalności w terminalach, co wyraża się premiowaniem i przyznaniem punktów za takie rozwiązanie. Preferencje te są podyktowane modelem pracy systemu, który będzie się kolejnych 10 lat rozwijał. Zgodnie z § 3 ust. 2 wzoru umowy o świadczenie kompleksowe „założeniem Systemu WKM jest możliwość jego wykorzystania w przyszłości do świadczenia przez Zamawiającego lub działające na jego zlecenie podmioty innych usług, poza dostępem do korzystania z usług komunikacji miejskiej, przy użyciu Kart WKM, Bezstykowych Kart Płatniczych oraz Kolejnych Aplikacji. Budowa Systemu WKM, w tym także całość przyjętych rozwiązań technicznych i organizacyjnych powinny być podporządkowane temu celowi i umożliwiać w przyszłości jego realizację.” Zamawiający nie podważa rozwiązania z cienkim klientem i systemem scentralizowanym jak rozwiązania niemożliwego do wykonania czy nieakceptowanego przez Zamawiającego, a jedynie biorąc pod uwagę funkcjonalność całości systemu WKM, uznał za punktowane rozwiązanie oparte o framework i implementację części funkcjonalności w terminalach, co wyraźnie wskazał w siwz. Zamawiający w odpowiedziach z dnia 30 listopada 2007r. wyjaśnił, że „oczekuje jednak, że ta część oprogramowania, która jest odpowiedzialna za obsługę Aplikacji Elektronicznego Biletu zostanie wydzielona w ten sposób, że jej kod źródłowy nie będzie podlegał modyfikacji ze względu na różnice środowiska pracy istniejące w urządzeniach różnych dostawców.” Zatem wydzielona struktura powinna być zainstalowana w terminalu. Stąd też zarzut nie przyznania punktów jest niezasadny.

Opis dołączany do oferty miał to znaczenie, że w razie uznania, że z opisu wynika w jaki sposób i przy pomocy jakich rozwiązań funkcja terminala odpowiadająca za obsługę Aplikacji Elektronicznego Biletu jest zaimplementowana w wydzielonej strukturze oprogramowania (framework) jest niezależna od sprzętu i możliwa do zainstalowania w urządzeniach różnych dostawców, wykonawca powinien otrzymać 20 pkt. Nie dołączenie opisu lub dołączenie opisu, z którego nie wynikają przedmiotowe informacje mogło mieć jedynie skutek nie przyznania wykonawcy punktów. Opis przedstawiony przez Odwołującego nie wskazuje na sposób w jaki Odwołujący zamierza rozbudować system. Odwołujący nie wskazał ani sposobu, ani narzędzi, które zastosuje aby zbudować funkcję terminala odpowiadającą za obsługę Aplikacji Elektronicznego Biletu. Art. 87 ust. 1 ustawy daje Zamawiającemu prawo, ale nie nakłada obowiązku wyjaśniania treści oferty. Ze stwierdzenia Odwołującego, że zamierza udostępnić wszelkie informacje – specyfikacje protokołów, dokumentację programistyczną, oprogramowanie narzędziowe, nie wynika, że system oferowany przez Odwołującego jest otwarty. Nie ma podanych rozwiązań na udostępnienie tych danych czy przeniesienie praw autorskich czy licencji, czy bezpłatnie czy za wynagrodzeniem. Zachodzi zatem obawa, że jest to jedynie deklaracja, która może nie zostać zrealizowana, co przesądza o braku otwartości systemu. Odwołujący, zdaniem Zamawiającego, nie wskazał nawet na jakim motorze baz danych CBD zostanie posadowione. Dodatkowo Odwołujący nie wskazał rozwiązań opartych o wzorzec MVC, na jakich zostanie zaimplementowany w wydzielonej strukturze oprogramowania framework. Zapis oferty Odwołującego „w projektowanym dla systemu WKM rozwiązaniu dane pobierane z urządzeń będą gromadzone w Bazie Danych Systemu Centralnego Mennicy, a oprogramowanie CBD zapewni płynną wymianę danych pomiędzy Bazą Danych Systemu Centralnego Mennicy, a Centralną Bazą Danych (CBD) zgodnie z regułami określonymi w SIWZ” nie pozwala nawet domniemać w jaki sposób i przy pomocy jakich rozwiązań architektura Oprogramowania CBD zaimplementowana jest z zastosowaniem wydzielonej

struktury oprogramowania (framework).

3. W zakresie wadliwości innych zastrzeżeń Zamawiającego do oferty Odwołującego

Odwołujący przewidział w ofercie oparcie części bazodanowej o jeden klaster niezawodnościowy składający się z dwóch węzłów – Serwer SQL. Na schemacie graficznym nie przewidział lokalizacji CBD w wydzielonym systemie serwerowym Zamawiającego. Zamawiający nie mógł ocenić oferty za pomocą dokonania jej interpretacji dopowiadając to czego w niej wyraźnie nie wskazano. Jeśli Odwołujący

20

czegoś nie zrobił, to nie można tego dokonać po upływie terminu do składania ofert, a ewentualne wyjaśnienia Odwołującego zawarte w proteście należy traktować jako niedopuszczalne uzupełnienie oferty. Zamawiający nie twierdzi, że Odwołujący nie ma zamiaru zaimplementowania CBD na motorze bazy danych DB2, ale podtrzymuje swoje twierdzenie, że opis techniczny zawarty w ofercie Odwołującego jest lakoniczny i sugeruje wręcz niespełnienie wymogów siwz. Wywody Odwołującego, są wedle Zamawiającego, spóźnione bądź stanowią próbę nieuprawnionego wyjaśniania i uzupełniania oferty.

4. w zakresie zarzutu nieodrżucenia oferty Konsorcjum ASEC

Protest jest spóźniony, zdaniem Zamawiającego. Oferty SA jawne od chwili ich otwarcia. Pierwsza ocena oferty Konsorcjum ASEC została dokonana w dniu 20 grudnia 2007r., a w proteście z dnia 27 grudnia 2007r. Odwołujący nie kwestionował tej oceny, pomimo tego, że była mu znana. W tym zakresie Zamawiający wskazał na treść art. 181 ust. 6 ustawy, zgodnie z którym wykonawca wnoszący protest i wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3 nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności Zamawiającego dokonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. W tym miejscu powołał się na treść wyroku SO we Wrocławiu oraz wyroku KIO z 11 lutego 2008r., sygn. akt: KIO/UZP 32/08. Nie stanowi wystarczającego argumentu to, że część oferty Konsorcjum ASEC była utajniona. Istotne jest bowiem to, że Odwołujący powołując się na opinie odnosi się do części jawnej oferty Konsorcjum ASEC, co oznacza, że na podstawie jawnych dokumentów mógł podnieść swoje zarzuty. Mimo to Zamawiający uznał swoje stanowisko, co do braku przesłanek odrzucenia oferty Konsorcjum ASEC za prawidłowe. Konsorcjum ASEC wykazał zdolność do integracji oprogramowania, a zastosowanie rozwiązania SDK Embedded Framework nie podważa zainstalowania funkcji terminala w wydzielonej strukturze oprogramowania, jako że określa jedynie technologię integracji oprogramowania i urządzeń. Sam fakt nie wskazania silnika bazy danych nie przesądza o tym, że konsorcjum go nie zastosuje, skoro z żadnego dokumentu oferty Konsorcjum ASEC nie wynikał wniosek przeciwny. Zastrzeżenie jako tajnych części dokumentów z wyłączeniem wskazanych w treści art. 86 ust. 4 ustawy jest prawem wykonawców. Nie można czynić zarzutu wykonawcy, że z tego prawa korzysta. Nieprawidłowe utajnienie dokumentów skutkuje tylko wyłączeniem zakazu ujawnienia zastrzeżonych informacji. Na tę okoliczność Zamawiający powołuje liczne przykłady orzecznictwa zespołów arbitrów. Ponadto zarzut ten był już przedmiotem

21

wyrokovania przez KIO w sprawie sygn. akt: KIO/UZP 32/08 i nie może być przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia. Oferta Konsorcjum ASEC nie jest także ofertą wariantową, a to choćby z tego względu, że zgodnie z art. 2 ust. 7 ustawy ofertą wariantową jest taka oferta, która przewiduje odmienny niż określony przez Zamawiającego sposób wykonania zamówienia. Zamawiający nie przewidział sposobu wykonania zamówienia, a więc złożenie oferty wariantowej jest obiektywnie niemożliwe.

5. Odnośnie zarzutu naruszenia zasad prawa Zamówień Publicznych – Zamawiający

uważa, że w proteście z dnia 27 grudnia 2007r. Odwołujący zarzucał bezprawne utajnienie części oferty Konsorcjum ASEC i w tym zakresie został wydany wyrok KIO z dnia 11 lutego 2008r., który nie nakazywał odtajnienia części oferty Konsorcjum ASEC. Stąd też zarzut w tym zakresie należy uznać za spóźniony. Merytorycznie co do treści zarzutu podnosi, że nie stanowi odtajnienia informacji fakt, że pewien krąg osób wszedł w jej posiadanie i powołał w tym zakresie wyrok SN z 05.09.2001r. sygn. akt: I CKN 1159/00 oraz wyrok Sądu Antymonopolowego z 06.12.1995r. sygn. akt: Amr 2/95. Wskazał, że art. 8 ust. 3 ustawy w związku z art. 86 ust. 4 ustawy nie można wyklądać tak, że wszystkie elementy oferty, które podlegają ocenie w przyjętych kryteriach oceny ofert nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacje jakie nie mogą być utajnione wymienia w sposób zamknięty art. 86 ust. 4 ustawy. Zamawiający natomiast przyznaje, że zgodnie z poglądami orzecznictwa na Zamawiającym ciąży obowiązek zbadania czy zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i w odniesieniu do oferty Konsorcjum ASEC swego obowiązku dopełnił i uznał, że te utajnione informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie oznacza to jednak, że Zamawiający nie może udostępnić tych danych innym osobom niż kierownik Zamawiającego i członkowie komisji przetargowej, wówczas nie mógłby bowiem korzystać z instytucji biegłego. Wszystkie osoby, którym przekazano część niejawną oferty działali jako biegli w postępowaniu, a więc nie były to osoby trzecie. Zamawiający nie naruszył zasady równego traktowania wykonawców przy przygotowywaniu postępowania. Przed wszczęciem postępowania Zamawiający zapoznał się z systemami kart miejskich funkcjonujących w innych miastach europejskich jak np. Lizbona, Oslo, Warszawa, Kraków, Poznań, Kalisz, tak więc wyobrażenie Zamawiającego stworzenia systemu nie jest oparte tylko na analizie systemu stworzonego przez konkurenta Odwołującego i takie twierdzenie Odwołującego jest nieuprawnione. Nadto uszczegółowieniu przedmiotu zamówienia służył w pierwszym unieważnionym postępowaniu dialog konkurencyjny, którego uczestnikami byli Odwołujący i Konsorcjum ASEC, Odwołujący nie wniósł w tym

22

zakresie protestu na siwz, więc zarzut poza oczywistą bezpodstawnością jest wedle Zamawiającego także spóźniony.

W dniu 17 czerwca 2008r. Odwołujący wniósł odwołanie i podtrzymał swoje zarzuty, twierdzenia oraz wnioski podniesione w proteście. Wskazał, że potwierdzenia przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu, że nie miał zamiaru żądać zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdza stanowisko Odwołującego, że podmiot ten miał uczestniczyć przy ocenie ofert. Tego zaś postanowienia siwz Zamawiający nie wypełnił. Wskazał krąg podmiotów, które mogą wydawać takie zaświadczenie jako podmioty tworzące System Kontroli Wytwarzanych do obrotu oraz podmioty wskazane w rozporządzeniach do ustawy o systemie oceny zgodności. Na liście tych podmiotów nie występują podmioty, którymi Zamawiający posłużył się w charakterze biegłych. Odwołujący uważa, że sam Zamawiający przyznając, że nie wskazał w siwz i nie oczekiwał jakiegokolwiek konkretnego sposobu instalowania, zaprzeczył prawidłowości swoich czynności, to jest, że sposób instalacji opisany przez Odwołującego w jego ofercie nie wypełnia oczekiwań wyrażonych w tym kryterium. Subiektywne obawy Zamawiającego, co do ryzykowności rozwiązań proponowanych przez Odwołującego podane jako podstawa nie przyznania punktów są nie poparte żadnym dowodem. Zamawiający może kształtować kryteria tak, aby wybrać najlepszy przedmiot zamówienia, ale to nie oznacza dowolności i dokonywania oceny w świetle wyobrażeń Zamawiającego nie zawartych w siwz. Jeśli Zamawiający uważa, że postawione przez niego kryteria nie dają możliwości prawidłowego wyboru, to powinien unieważnić postępowanie. Zasady przyznawania punktów powinny być jednoznaczne i nie opierać się na ogólnych sformułowaniach wynikających z umowy. Ocena ofert w tym zakresie opiera się wyłącznie intencji Zamawiającego nie wyrażone w siwz. Sam Zamawiający przyznał, że nie nakazywał aby system był rozproszony, tym samym powinien był przyznać punkty. Według Odwołującego twierdzenia Zamawiającego o tym, że z opisu nie wynika w jaki sposób i przy pomocy jakich rozwiązań funkcja terminala jest zaimplementowana we frameworku, są nieuprawnione. Taki opis znajduje się w części oferty „Opis zastosowanej technologii w terminalach” i wynika z niego proponowana architektura

systemu, profile oprogramowania oraz zasady współpracy z urządzeniami zewnętrznymi. Brak precyzji w żądaniach Zamawiającego dotyczących opisu nie pozwala Zamawiającemu następnie oczekiwać informacji na wyobrażonym przez niego poziomie szczegółowości. Odwołujący podkreślił, że możliwość zarządzania systemem przez niezależnych dostawców jest wprost wskazana w kryterium i jako taka nie może być pomijana. Istotą otwartości oprogramowania jest właśnie ta cecha. Sprowadzanie przez Zamawiającego cechy otwartości do implementacji oprogramowania CBD prowadzi do interpretacji kryterium w sposób naruszający równe traktowanie i neutralność technologiczną. Nie można zgodzić się

23

z Zamawiającym, że Odwołujący nie wskazał na jakich zasadach nastąpi udostępnienie informacji, udostępnienie informacji o oprogramowaniu nastąpi przez udostępnienie niezbędnych danych. Odwołujący wskazał, że kryterium nie nakazywało zamieszczenia w ofercie informacji „na jakich zasadach nastąpi to udostępnienie” według samego Zamawiającego są to pytania dodatkowe. Kwestie związane z motorem bazy danych oraz rozwiązań dla budowy baz danych nie mieściły się w kryterium i nie mogły być podstawą odmowy przyznania punktów. Co do nie podania konkretnych rozwiązań dla wzorca MVC, to Zamawiający w rozstrzygnięciu nie wskazuje w jaki sposób opisany fakt jest istotny dla odrzucenia oferty. W ofercie Odwołującego wskazano, że CBD jest zasilana danymi o transakcjach z bazy Systemu Centralnego Mennicy, co ma zapewnić dostępność danych w CBD zgodnie z regulami określonymi w SIWZ. Wymagane zasady organizacji i dostępu do CBD zostały szczegółowo i bez prawa do odstępstw opisane w siwz. Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że nie ma on obowiązku interpretacji oferty. Prawdą jest, że nie wolno mu poddawać ocenie elementów, które w ofercie się nie znajdują, ale jeśli się znajdują, to powinien dokonać interpretacji w sposób odzwierciedlający prawdziwą treść oferty w tym przypadku skonfrontować schemat graficzny z treścią informacji pisemnych. Zamawiający błędnie uważa, że protest co do zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ASEC jest spóźniony, gdyż o okolicznościach stanowiących podstawę protestu Odwołujący dowiedział się w dniu 30 maja 2008r. z zamieszczonych na stronie internetowej opinii i decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Istota informacji stanowiących podstawę protestu jest utajniona i dopiero dane wynikające z opinii ekspertów pozwoliły dokonać oceny prawidłowości wyboru dokonanego przez Zamawiającego. Ponadto obecny wybór oferty najkorzystniejszej jest nową czynnością bo uwzględnia treść opinii wydanych po dacie pierwszej oceny. Wskazał, że w rozstrzygnięciu Zamawiający nie ustosunkował się do wszystkich zarzutów Odwołującego, w tym do tego, że struktura frameworka Konsorcjum ASEC jest niezależna od systemu operacyjnego, a miała być niezależna od sprzętu. Dla Zamawiającego, zdaniem Odwołującego nieuprawnieni, nie stanowi przeszkody dla przyznania punktów Konsorcjum ASEC fakt, że dopiero skorzystanie z rozwiązania programistycznego pozwoli niezależnym programistom na adaptację i integrację komponentów. Zamawiający stwierdzając, że brak potwierdzenia przez Konsorcjum ASEC wykorzystywania wymaganego silnika bazodanowego nie może rodzić dla wykonawcy negatywnego skutku, sam sobie przeczy jednocześnie wywodząc takie skutki dla oferty Odwołującego : brak szczegółowych informacji, lakoniczność opisu. Wskazuje, że wątpliwości ekspertów w przypadku Odwołującego są zawsze rozstrzygane przez Zamawiającego na jego niekorzyść, a odwrotnie w przypadku Konsorcjum ASEC na jej korzyść. Wadliwe utajnienie informacji nie skutkuje odrzuceniem oferty tylko gdy Zamawiający odtajni wadliwie utajnione informacje, a tu ma miejsce sytuacja odmienna,

24

kiedy wykonawca po wyborze uznał za dopuszczalne odtajnienie informacji. Świadczy o tym fakt nie zaoponowania przez Konsorcjum ASEC zamieszczeniu na stronie internetowej opinii ekspertów. Odwołujący nie twierdził, że oferta Konsorcjum ASEC jest ofertą wariantową, ale, że Konsorcjum złożyło więcej niż jedną ofertę i naruszyło art. 82 ust. 1 ustawy.

W dniu 26 czerwca 2008r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Konsorcjum ASEC i wniosło o oddalenie odwołania w całości. Konsorcjum ASEC podtrzymało swoją dotychczasową argumentację i poparło stanowisko Zamawiającego zawarte w rozstrzygnięciu. Wskazuje, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, Sąd Okręgowy

nie unieważnić czynności oceny oferty Odwołującego, bo ta nie była na etapie sporu oceniana. Wskazał, generalnie na to, że zarówno protest jak i odwołanie opierają się na własnej interpretacji siwz przez Odwołującego i obecnie na narzucaniu tej interpretacji Zamawiającemu wbrew jasnych, logicznych wywodów siwz.

Na etapie posiedzenia Zamawiający i Konsorcjum ASEC złożyli wnioski o odrzucenie części zarzutów Odwołującego jako wniesionych z uchybieniem terminów wnoszenia środków ochrony prawnej lub niedopuszczalnych na podstawie art. 181 ust. 6 ustawy. Wnioski te dotyczyły zarzutów podniesionych przeciwko zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum ASEC z powodu sprzeczności treści oferty z treścią siwz, jako czynu nieuczciwej konkurencji, oferty wariantowej oraz zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia w sposób preferujący konkretnego wykonawcę.

Podczas rozprawy Odwołujący złożył ewentualny wniosek o unieważnienie postępowania przez Izbę na podstawie art. 191 ust. 3 zd. 2 ustawy z następujących przyczyn :

1. naruszenia zasady jawności postępowania poprzez udostępnienie części niejawnej oferty Konsorcjum Polskiemu Towarzystwu Informatycznemu, które jest instytucją, a nie biegłym oraz zamieszczenia opinii na stronie internetowej, a odmowę udostępnienia tej części oferty Odwołującemu,
2. naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy poprzez żądanie dokumentu – zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, który nie służył potwierdzeniu warunku, bo warunek nie został w siwz wyartykułowany,
3. błędnego pouczenia wykonawców o braku możliwości wniesienia protestów przez wykonawców, którym zwrócono wadium,
4. zaniechania wykluczenia Konsorcjum ASEC i odrzucenia jego oferty, pomimo tego, że wykonawca przedłożył oświadczenie o niekaralności dla swojego konsorcjanta z

25

Izraela, a powinien był przedłożyć odpowiednik takiego zaświadczenia wydawany w Izraelu przez policję osobom fizycznym. Dodatkowo Konsorcjum ASEC złożył nieprawdziwe oświadczenie w tym przedmiocie świadcząc przed Izbą, w postępowaniu sygn. akt KIO/UZP 32/08, że zaświadczenie o niekaralności w Izraelu nie jest wystawiane.

5.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Przedmiotem zamówienia jest Wdrożenie i obsługa systemu Wrocławskiej Karty Miejskiej, to jest :

- 1) dostawa Kart WKM w ilościach: 3.000.000 sztuk Kart Uproszczonych oraz 200.000 sztuk Kart Standardowych wraz z udzieleniem licencji szczegółowo opisanych w treści Tomu 2 SIWZ – Wzór umowy o świadczenie kompleksowe,
- 2) Wdrożenie Systemu WKM,
- 3) Faza Operacyjna - świadczenie usług związanych z funkcjonowaniem Wrocławskiej Karty Miejskiej oraz obsługi Systemu Elektronicznego Biletu Komunikacji Miejskiej,
- 4) prowadzenie kampanii promocyjnej.

Szczegółowy zakres i opis przedmiotu zamówienia określono we Wzorze Umowy przedstawionym w Tomie 2 SIWZ, który powinien być uwzględniony i zaakceptowany przez Wykonawcę w składanej ofercie. Zatem elementem opisu przedmiotu zamówienia jest wzór umowy, w tym także § 3 ust. 2 wzoru umowy.

Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych lub wariantowych. Wszelkie oferty częściowe oraz wariantowe złożone przez Wykonawców miały być odrzucone bez rozpatrzenia, jako niespełniające warunków siwz.

W zakresie warunków przedmiotowych Zamawiający oczekiwał złożenia do oferty oświadczenia zgodnie z załącznikiem nr 8 nazwanym „Oświadczenie nr 2” oraz opis i certyfikat lub certyfikaty, dla oceny oferty według przedstawionych kryteriów.

Zamawiający w celu oceny ofert w kryterium ocena techniczna zobowiązał wykonawców do załączenia do oferty oświadczenia, co do następujących kwestii:

- 1) prędkości transferu danych (pisanie i odczyt) pomiędzy kartą elektroniczną (Standardową Kartą WKM) a czytnikiem Kart WKM,
- 2) czy funkcja terminala odpowiadająca za obsługę Aplikacji Elektronicznego Biletu jest zaimplementowana w wydzielonej strukturze oprogramowania (framework), która jest niezależna od sprzętu i możliwa do zainstalowania w urządzeniach różnych dostawców (otwarta architektura oprogramowania),

26

- 3) czy architektura Oprogramowania CBD zaimplementowana jest z zastosowaniem wydzielonej struktury oprogramowania (framework), która umożliwia zarządzanie użytkowaniem zasobami CBD przez niezależnych dostawców Kolejnych Aplikacji (otwarta architektura oprogramowania),
- 4) czy czytniki Kart WKM, zainstalowane we wszystkich urządzeniach technicznych wchodzących w skład Pozostalej Części Systemu WKM, z wyłączeniem czytników kontrolerskich oraz komputerów pokładowych, które proponuje Wykonawca w ramach wykonywania Umowy, posiadają możliwość obsługi płatności bezstykowych, według standardów międzynarodowych instytucji rozliczeniowych MasterCard PayPass M/Chip,
- 5) czy czytniki Kart WKM, zainstalowane we wszystkich urządzeniach technicznych wchodzących w skład Pozostalej Części Systemu WKM, z wyłączeniem czytników kontrolerskich oraz komputerów pokładowych, które proponuje Wykonawca w ramach wykonywania Umowy, posiadają możliwość obsługi płatności bezstykowych, według standardów międzynarodowych instytucji rozliczeniowych VISA qVSDC.

W zakresie punktu 4 i 5 do oferty należało dołączyć do oferty stosowne certyfikaty wydane dla Wykonawcy lub Podwykonawcy. Jeśli certyfikat jest wystawiony dla Podwykonawcy, Zamawiający wymagał, aby podmiot ten został wskazany w Załączniku nr 5 do oferty - Wskazanie części zamówienia powierzanych podwykonawcom wraz z wykazem Podwykonawców w części „B” wraz z zakresem dostaw lub usług, których dotyczą certyfikaty, a które zostaną powierzone Podwykonawcy.

Oświadczenie stanowiące załącznik nr 8 do oferty miało być przygotowane zgodnie ze Wzorem Oświadczenia 2 stanowiącym Załącznik nr 7 do Tomu 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na Wdrożenie i Obsługę Wrocławskiej Karty Miejskiej.

Wykonawca zobowiązany był także dołączyć do oferty opis:

- 1) terminala – tak, aby z opisu wynikało w jaki sposób i przy pomocy jakich rozwiązań funkcja terminala odpowiadająca za obsługę Aplikacji Elektronicznego Biletu jest zaimplementowana w wydzielonej strukturze oprogramowania (framework), która jest niezależna od sprzętu i możliwa do zainstalowania w urządzeniach różnych dostawców (otwarta architektura oprogramowania),
- 2) architektury Oprogramowania CBD – tak, aby z opisu wynikało w jaki sposób i przy pomocy jakich rozwiązań architektura Oprogramowania CBD zaimplementowana jest z zastosowaniem wydzielonej struktury oprogramowania (framework), która umożliwia zarządzanie użytkowaniem zasobami CBD przez niezależnych dostawców Kolejnych Aplikacji (otwarta architektura oprogramowania).

27

Zamawiający zastrzegł sobie prawo do żądania zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego spełnianie przez terminal oraz architekturę Oprogramowania CBD opisanych powyżej wymagań.

W ramach kryteriów oceny ofert Zamawiający określił, że oferta będzie oceniana na podstawie :

1. Ceny o wadze 60% - na cenę oferty składały się podkryteria wymienione w punkcie II. Każdemu podkryterium została nadana waga określona w procentach oraz został określony algorytm, według którego będzie obliczana liczba punktów za dane podkryterium.
2. Oceny technicznej o wadze 40% - Na ocenę techniczną składały się podkryteria wymienione w punkcie III. Ocena spełniania poszczególnych podkryteriów odbywała

się w następujący sposób:

- 1) w odniesieniu do podkryterium podanego w punkcie 1 – poprzez przyznanie określonej liczby punktów za spełnianie określonej wartości technicznej sprecyzowanej w tym punkcie,
- 2) w odniesieniu do podkryteriów podanych w punktach: 2, 3, 4 – na zasadzie oceny spełnia/nie spełnia;

W przypadku nie spełniania przez oferowany przez Wykonawcę Przedmiot zamówienia podkryteriów – oferta otrzyma w tym zakresie 0 punktów, w przypadku spełnienia – podaną w części III liczbę punktów.

Z uwagi na fakt, iż pomiędzy stronami nie był sporny sposób punktacji w kryterium cena, Izba pominęła zapisy siwz w tym zakresie.

Szczegółowy sposób oceny kryterium ocena techniczna zawiera pkt III. Postanowiono w nim, co następuje :

1. podkryterium - Prędkość transferu danych (pisanie i odczyt) pomiędzy kartą elektroniczną (Standardową Kartą WKM) a czytnikiem Kart WKM, maksymalna ilość pkt 5, przy czym 242 kbit/s – 1pkt, 424 kbit/s – 3 pkt, 848 kbit/s – 5 pkt. Sposób dokonania oceny oferty : oferta może otrzymać maksymalnie 5 punktów, punkty za poszczególne prędkości nie podlegają sumowaniu,
2. podkryterium – Funkcja terminala odpowiadająca za obsługę Aplikacji Biletu w strukturze Elektronicznego jest zaimplementowana wydzielonej oprogramowania (framework), która jest niezależna od sprzętu i możliwa do zainstalowania w urządzeniach różnych dostawców (otwarta architektura oprogramowania), maksymalna ilość punktów 20. Sposób dokonania oceny oferty : oferta może otrzymać 0 lub 20 punktów, ocena będzie dokonywana metodą – spełnia/nie spełnia, Wykonawca powinien dołączyć do oferty opis rozwiązania w sposób pozwalający na dokonanie oceny spełniania podkryterium,

28

3. podkryterium - Architektura Oprogramowania CBD zaimplementowana jest z zastosowaniem wydzielonej struktury oprogramowania (framework), która umożliwia zarządzanie użytkowaniem zasobami CBD przez niezależnych dostawców Kolejnych Aplikacji (otwarta architektura oprogramowania), maksymalna ilość punktów 25. Sposób dokonania oceny oferty : oferta może otrzymać 0 lub 25 punktów, ocena będzie dokonywana metodą – spełnia/nie spełnia, Wykonawca powinien dołączyć do oferty opis rozwiązania w sposób pozwalający na dokonanie oceny spełniania podkryterium,
4. podkryterium - Czy czytniki Kart WKM, zainstalowane we wszystkich urządzeniach technicznych wchodzących w skład Pozostałej Części Systemu WKM, z wyłączeniem czytników kontrolerskich oraz komputerów pokładowych, które proponuje Wykonawca w ramach wykonywania Umowy, posiadają możliwość obsługi płatności bezstykowych, według standardów międzynarodowych instytucji rozliczeniowych: a) MasterCard PayPass M/Chip, b) VISA qVSDC, maksymalna ilość punktów 50. Sposób dokonania oceny oferty: oferta może otrzymać 0, 25 lub 50 punktów, ocena będzie dokonywana metodą – spełnia/nie spełnia, punkty za spełnianie przez czytniki specyfikacji wymienionych w ppkt a oraz b podlegają sumowaniu, przyznanie punktów uzależnione jest od dostarczenia przez Wykonawcę wraz z ofertą, stosownych certyfikatów zgodnie z opisem zawartym w punkcie X (Opis sposobu przygotowywania ofert) Część IV oraz jeśli certyfikat nie jest wystawiony dla Wykonawcy – wskazania podmiotów, na które certyfikat jest wystawiony jako Podwykonawców.

Zamawiający w § 3 ust. 22 wzoru umowy postanowił „Założeniem Systemu WKM jest możliwość jego wykorzystania w przyszłości do świadczenia przez Zamawiającego lub działające na jego zlecenie podmioty innych usług, poza dostępem do korzystania z usług komunikacji miejskiej, przy użyciu Kart WKM, Bezstykowych Kart Płatniczych oraz Kolejnych Aplikacji. Budowa Systemu WKM, w tym także całość przyjętych rozwiązań technicznych i organizacyjnych powinny być podporządkowane temu celowi i umożliwiać w przyszłości jego realizację.”

W odpowiedzi na pytanie 3 z dnia 30 listopada 2007r. Zamawiający wyjaśnił „Wymaganie

przedstawione w Sekcji VI, punkcie VI.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz w siwz (rozdział X, część IV oraz rozdział XIII pkt A podpunkt III) nie dotyczy kodu wykonanego ale struktury oprogramowania i nie wyklucza kompilacji kodu źródłowego w środowisku zgodnym z warunkami pracy urzędu. Zamawiający oczekuje jednak, że ta część oprogramowania, która odpowiedzialna jest za obsługę Aplikacji Elektronicznego Biletu zostanie wydzielona w

29

ten sposób, że jej kod źródłowy nie będzie podlegał modyfikacji ze względu na różnice środowiska pracy istniejące w urządzeniach różnych dostawców”.

Biegli złożyli oświadczenia na drukach ZP – 11 przy czym tylko Pan Krzysztof Krawiec w dniu 10 grudnia 2007r., zaś pozostali w dniu 20 maja 2008r. Powołani przez Zamawiającego biegli sporządzili trzy opinie, z których wynika, że Odwołujący nie spełnił wymogów siwz, zaś Konsorcjum ASEC wymagania spełniło.

Z oferty Odwołującego wynika, że na str. 23 złożył oświadczenie 2 i w tabelach tego oświadczenia udzielił odpowiedzi twierdzącej. Opis terminala i CBD we wszystkich wierszach odpowiedź tak. Odwołujący załączył do oferty opis zawierający: Opis zastosowanej technologii w terminalach, Charakterystykę i wymogi dla urządzeń końcowych, Charakterystykę urządzeń centralnych, Opis systemu CBD, Baza Danych Systemu Centralnego Mennicy oraz CBD – str. 24 – 27. Załączył także na stronie 22 oświadczenie 1 – załącznik nr 7 udzielając odpowiedzi „tak”.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania to jest z ogłoszeń o zamówieniu publicznym, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, protokołu postępowania wraz z załącznikami, wyjaśnień do siwz, oferty Odwołującego, oferty Konsorcjum ASEC, opinii biegłych powołanych przez Zamawiającego, opinii przedłożonej przez Odwołującego na rozprawie, akt postępowania odwoławczego sygn. akt: KIO/UZP 32/08 oraz wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu sygn. akt: X Ga 75/08, umowy nr 2008/IR/020, pisma Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Izraelu z dnia 19 lutego 2008r. Izba nie dopuściła natomiast dowodu z opinii biegłego sądowego do spraw informatyki na okoliczność w celu oceny prawidłowości złożonych ofert z uwagi na to, że dowód powołany jest jedynie dla zwłoki. Zakreślona przez Odwołującego teza dowodowa wykracza poza zakres rozpoznania Izby i prowadzi do naruszenia zakazu res iudicata. Dopuszczenie dowodu na wskazaną tezę w rzeczywistości prowadziłoby do próby podważenia ostatecznego rozstrzygnięcia protestu dokonanego wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu w sprawie sygn. akt: X Ga 75/08. Izba oddaliła także wniosek w trybie art. 187 ust. 3 ustawy o utajnienie rozprawy w celu ustalenia czy w części tajnej oferty Konsorcjum znajdują się informacje, które powinny skutkować odrzuceniem tej oferty. Powodem oddalenia tego wniosku było to, że wniosek zmierzał w efekcie do zmiany wyroku Izby z dnia 11 lutego 2008r. sygn. akt: KIO/UZP 32/08 stanowiącego ostateczne rozstrzygnięcie protestu w części dotyczącej zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ASEC i odmowy nakazania ujawnienia zastrzeżonych informacji. Izba jest związana wydanym orzeczeniem od chwili jego ogłoszenia. Zmiana lub uchylenie wyroku Izby może nastąpić w drodze wniesienia skargi do sądu okręgowego albo wniesienia skargi kasacyjnej przez Prezesa UZP. W tej

30

sytuacji Izba nie może dopuścić wniosku, którego wykonanie prowadziłoby do zmiany wyroku Izby ostatecznie rozstrzygającego protest.

Izba zważyła, co następuje :

Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu środka ochrony prawnej, albowiem jego oferta została uznana za nie podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy. Została sklasyfikowana na 2 miejscu w rankingu ofert i uzyskała wyższą ilość punktów w kryterium cena. Zatem w przypadku uwzględnienia zarzutów Odwołującego w zakresie punktacji przyznanej w kryterium „ocena techniczna”, lub odrzucenia oferty Konsorcjum ASEC, oferta Odwołującego przedstawiałaby najkorzystniejszy bilans w określonych przez Zamawiającego kryteriach oceny ofert. Interes prawny Odwołującego w przypadku, gdyby zarzuty się

potwierdziły, a nie zostałyby zweryfikowane i zmienione czynności Zamawiającego, doznałby uszczerbku w postaci utraty zamierzonych korzyści z kontraktu.

1. w zakresie naruszenia art. 20 ust. 1 ustawy poprzez to, że oceny ofert nie dokonała komisja przetargowa, ale powieliła ona jedynie oceny dokonane przez osoby trzecie. Izba uznaje zarzut za niezasadny. Zamawiający z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej, zgodnie z art. 21 ust. 4 ustawy ma prawo powołać biegłych, jeśli dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych. W tym przypadku Zamawiający powołał czterech biegłych zatrudnionych w placówkach naukowo – badawczych. Ustawodawca nie określił żadnych szczegółowych wymogów, co to tego w jaki sposób powołanie biegłego ma nastąpić, ani także nie określił minimalnych wymagań co do poziomu wiedzy lub doświadczenia osób powoływanych na biegłych. Nie została także określona ustawowa lista instytucji, z których biegli mogą być powoływani. Prawo zatem pozostawia te kwestie swobodzie wyboru Zamawiającego. Biegli powołani przez Zamawiającego z racji posiadanego wykształcenia oraz uzyskanych tytułów naukowych posiadają wiadomości specjalne z dziedziny programowania informatycznego. Z uwagi na przedmiot postępowania wiedza tych osób mogła być Zamawiającemu potrzebna do pomocy członkom komisji przetargowej przy dokonywaniu oceny ofert, zwłaszcza, że Zamawiający ustalił jednym z kryteriów oceny „ocenę techniczną” związaną z szczegółowymi rozwiązaniami programistycznymi oferowanymi przez wykonawców w ich ofertach. Ustawodawca nie uzależnia prawa do powołania biegłych od uprzedniego zawiadomienia o tym fakcie np. w ogłoszeniu czy siwz. Również nie ma wymogu powołania ich na konkretnym etapie postępowania czy też uzyskania zgody wykonawców na powołanie konkretnych osób na biegłych. Odwołujący nie czyni przedmiotem swoich zarzutów czynności wyboru biegłego,

31

ani tego czy wydane przez biegłych opinie powinny nie być uwzględniane przy ocenie ofert, jako nierzetelne, błędne czy nieobiektywne. Biegli złożyli oświadczenia w trybie art. 17 ust. 1 ustawy – dowód druki ZP-11. Tym samym biegli na mocy art. 18 ust. 2 ustawy stali się osobami, którym Zamawiający powierzył czynności w postępowaniu i przestali być osobami trzecimi, nieuprawnionymi do dokonywania jakichkolwiek czynności w postępowaniu. Wywody Odwołującego odnośnie instytucji, które jego zdaniem powinny być brane przez Zamawiającego pod uwagę przy ustanawianiu biegłych nie znajdują pokrycia w obowiązujących przepisach prawa. Ponadto w rzeczywistości zarzuty, co do powołania biegłych Krzysztofa Krawca, Michała Woźniaka i Andrzeja Kasprzaka, są spóźnione. Biegli ci zostali powołani przez Zamawiającego w dniu 10 grudnia 2007r., a ich opinie zostały wydane w dnia 14 i 16 grudnia 2007r., natomiast w oparciu o zawartą w opiniach wiedzę Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 20 grudnia 2007r. i od tego dnia należało liczyć termin na kwestionowanie czynności podjętych przez tych biegłych, ich kwalifikacji do wydania opinii, czy sposobu doboru biegłych. Izba nie dopatrzyła się w działaniu Zamawiającego naruszenia art. 20 ust. 1 ustawy.

Na marginesie należy wskazać, że podnoszona przez Odwołującego kwestia upublicznienia przez Zamawiającego opinii biegłych na stronie internetowej, a tym samym pośredniego odtajnienia oferty Konsorcjum ASEC, nie ma znaczenia dla oceny zasadności zarzutu. Zamawiający w żadnym dokumencie załączonym do postępowania nie zawarł informacji o odtajnieniu informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum ASEC. Ujawnione opinie odnoszą się do oferty Konsorcjum ASEC tylko w zakresie badanych kryteriów i nie pozwalają na jednoznaczne stwierdzenia, że zostały ujawnione dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednakże nawet jeśli z opinii biegłych dałoby się ustalić, zastrzeżone dane organizacyjne, techniczne, technologiczne lub inne mające wartość gospodarczą (art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), to roszczenia i zarzuty na tym tle nie przysługują Odwołującemu, ale z mocy art. 18 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - Konsorcjum ASEC. Zarzut zmierzał w efekcie do zmiany wyroku Izby z dnia 11 lutego 2008r. sygn. akt: KIO/UZP 32/08 stanowiącego ostateczne rozstrzygnięcie protestu w części dotyczącej zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ASEC i odmowy nakazania ujawnienia zastrzeżonych informacji. Izba jest związana wydanym orzeczeniem od chwili jego ogłoszenia. Zmiana lub uchylenie wyroku Izby może nastąpić w drodze wniesienia

skargi do sądu okręgowego albo wniesienia skargi kasacyjnej przez Prezesa UZP. W tej sytuacji Izba nie może dopuścić wniosku, którego wykonanie prowadziłoby do zmiany wyroku Izby ostatecznie rozstrzygającego protest.

32

2. W zakresie naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy poprzez pominięcie przy ocenie ofert udziału przedstawiciela podmiotu uprawnionego do kontroli jakości.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający w siwz zawarł informacje jedynie o potencjalnej możliwości żądania zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego spełnianie przez terminal oraz architekturę oprogramowania CBD jego wymagań. W żadnym miejscu siwz nie wskazywał, iż oceny ofert w kryterium „ocena techniczna” będzie dokonywał przy udziale przedstawiciela podmiotu uprawnionego do kontroli jakości. Nie określił też, że spośród podmiotów uprawnionych do kontroli jakości będzie powoływał biegłych. Samo zastrzeżenie możliwości żądania zaświadczenia, mogłoby być przedmiotem rozważań Izby, w przypadku gdyby Zamawiający zażądał tego dokumentu po upływie terminu do składania ofert, a przed podpisaniem umowy. Taka sytuacja nie miała jednak miejsca. Natomiast wywody Odwołującego, co do jego przekonań, że przy ocenie ofert będzie brał udział przedstawiciel podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, nie znajdują oparcia w żadnym z zapisów siwz. Jeśli Odwołujący miał wątpliwości co do treści siwz w tym zakresie, lub uważał je za sprzeczne z prawem, mógł skorzystać z instytucji zapytania do siwz, albo wnieść w tym zakresie środki ochrony prawnej, których termin na wniesienie rozpoczął swój bieg od dnia 27 października 2007r. to jest od daty zamieszczenia siwz na stronie internetowej Zamawiającego. Odwołujący z tych możliwości nie skorzystał, a więc Izba uznała, że zarzut ten został podniesiony z uchybieniem terminu określonego w art. 180 ust. 3 pkt 2 ustawy, a tym samym na mocy art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy odwołanie w tym zarzucie zostało wniesione z uchybieniem terminu. Należy wskazać, iż Izba nie dopatrzyła się także podstaw do unieważnienia postępowania z urzędu w trybie art. 191 ust. 3 zd. 2 ustawy. Naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy poprzez żądanie dokumentu zbędnego do prowadzenia postępowania, jest niewątpliwie uchybieniem Zamawiającego. Jednakże nie każde uchybienie Zamawiającego będzie skutkowało unieważnieniem postępowania. Katalog zamknięty przesłanek unieważnienia postępowania zawiera art. 93 ust. 1 ustawy. W przypadku żądania zbędnego dokumentu, mogłaby wchodzić w grę jedynie przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy, a więc katalog okoliczności stanowiących podstawę nieważności umowy – art. 146 ust. 1 ustawy. Izba zbadała zatem, czy żądanie zbędnego dokumentu – zaświadczenia podmiotu upoważnionego do kontroli jakości było naruszeniem przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik tego postępowania – art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy. Pozostałe przesłanki nieważności umowy, w tym przypadku nie mają zastosowania. Izba stwierdziła, że Zamawiający zastrzegł możliwość żądania zaświadczenia od wszystkich podmiotów jednakowo, nie określił jaki podmiot uprawniony do kontroli jakości ma wystawić zaświadczenie, Odwołujący nie

33

wyказаł, że nie dysponuje takim zaświadczeniem, ani, że pozyskanie takiego zaświadczenia od dowolnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości jest utrudnione, czy nadmiernie długotrwałe. Zamawiający, jak już podnoszono powyżej nie zażądał w efekcie tego dokumentu. Zarówno Odwołujący, jak i Konsorcjum ASEC nie złożyli takiego dokumentu. Złożenie zaświadczenia nie przesądzało o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, ani nie było podstawą do przyznania punktacji w ramach kryteriów oceny ofert. Z powodu niezłożenia zaświadczenia, żaden podmiot nie został wykluczony, ani odrzucony z postępowania. Odwołujący nie wykazał, że uchybienie Zamawiającego miało jakikolwiek wpływ na wyniki postępowania.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy przez Zamawiającego.

3. zarzut naruszenia art. 92 ustawy poprzez poinformowanie przez Zamawiającego mediów o wyborze oferty najkorzystniejszej przed dokonaniem takiego wyboru oraz przed poinformowaniem o dokonanej czynności wykonawców.

Zarzut nie został udowodniony. Z mocy art. 14 ustawy w związku z art. 6 kc obowiązek dowodowy spoczywa na Odwołującym. Odwołujący poza twierdzeniem, że przed datą dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej doszło do ujawnienia informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wskazaniem niepełnym nazwy dziennika oraz imienia i nazwiska autora artykułu, nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie swojego twierdzenia. Przede wszystkim nie wykazał, że informacja medialna była upowszechniona przed dniem 30 maja 2008r., gdzie była upowszechniona, w części ogólnopolskiej „Gazety Wyborczej”, czy w dodatku regionalnym, jaki był tytuł artykułu oraz jego treść. W tym stanie rzeczy nie możliwe było zweryfikowanie twierdzeń Odwołującego o zasadności jego zarzutu. Nadto w sposób przeciwny twierdziła (również bez dowodów) strona Zamawiającego. Wobec jednak faktu spoczywania ciężaru dowodowego na Odwołującym i nie przyznania tego faktu przez Zamawiającego, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 92 ustawy przez Zamawiającego.

4. Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 36 ust. 1 pkt. 13, art. 89 ust. 1 pkt. 2, art. 91 ust. 1 ustawy to jest zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ASEC.

Zarzut jest powołany z uchybieniem terminu wynikającego z art. 180 ust. 2 ustawy. W dniu 20 grudnia 2007r. Zamawiający ocenił i wybrał ofertę Konsorcjum ASEC. Oferta ta w kryterium „ocena techniczna” uzyskała identyczną punktację jak w dniu 30 maja 2008r. przy powtarzaniu czynności badania i oceny ofert w wykonaniu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu – wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu. Protest na inną czynność niż ogłoszenie o zamówieniu publicznym, czy treść siwz wnosi się w

terminie 7 dni od dnia, w którym wykonawca powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Czynność Zamawiającego polegająca na ocenie oferty Konsorcjum ASEC została dokonana w dniu 20 grudnia 2007r. i w tym dniu Odwołujący wraz z powiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej otrzymał powiadomienie o wynikach oceny oferty Konsorcjum ASEC. Odwołujący wniósł wprawdzie protest na tę czynność Zamawiającego, ale jego zarzuty dotyczyły czynności wykluczenia jego oferty z postępowania oraz zaniechania wykluczenia Konsorcjum ASEC z uwagi na nie spełnianie warunków podmiotowych, a także na zaniechanie uznania na bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Konsorcjum ASEC. Odwołujący natomiast mimo wiedzy o dokonanej ocenie oferty Konsorcjum ASEC nie kwestionował jej. Nie można zgodzić się także z twierdzeniem Odwołującego, że informacje o podstawach protestu poznał dopiero z opinii biegłych, a te stały mu się znane z chwilą zamieszczenia ich na stronie internetowej Zamawiającego, to jest w dniu 30 maja 2008r. Jak wynika z dokumentacji postępowania opinie biegłych Krzysztofa Krawca, Andrzeja Kasprzaka, Michała Woźniaka były opracowane w dniach 14 i 16 grudnia 2007r. i od dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej tj. od dnia 20 grudnia 2007r. można było się z nimi zapoznać, gdyż zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy. Należy stwierdzić, że na skutek braku zarzutów przedmiotem poprzedniego ostatecznego rozstrzygnięcia protestu nie była ocena oferty Konsorcjum ASEC. Tym samym ta czynność nie była przedmiotem powtórzenia badania i oceny ofert i stała się ostateczna z upływem 27 grudnia 2007r. Podnoszony przez Odwołującego fakt powzięcia wiadomości o wadliwości tej czynności dopiero z dniem upublicznienia na stronie internetowej przez Zamawiającego treści opinii biegłych, nie ma wpływu na ocenę Izby. Nadto również spór stron na tle prawidłowości utajnienia informacji w ofercie Konsorcjum ASEC został ostatecznie rozstrzygnięty z upływem dnia 17 lutego 2008r., to jest z upływem dnia do wniesienia skargi na wyrok Izby z dnia 11 lutego 2008r. wydany w sprawie sygn. akt: KIO/UZP 32/08. Fakt, że jeden z biegłych Michał Abramowicz został powołany w dniu 20 maja 2008r. i wydał opinię w dniu 29 maja 2008r., nie ma znaczenia prawnego dla oceny terminowości wnoszenia środków ochrony prawnej, gdyż jego opinia była zgodna w zakresie wniosków z opiniami powołanych wcześniej biegłych oraz Zamawiający nie zmienił dokonanej już ostatecznie oceny oferty Konsorcjum ASEC. Na gruncie ustawy obowiązuje zasada koncentracji środków ochrony prawnej wyrażona w art. 181 ust. 6 i 7 ustawy. Zasada

ta służy ograniczeniu terminów na wnoszenie środków ochrony prawnej i stoi na straży efektywności i szybkości postępowania o zamówienie publiczne. Sprowadza się ona do tego, że nie podniesienie wszystkich zarzutów, co do danego działania lub

35

zaniechania Zamawiającego skutkuje utratą prawa ich powoływania na dalszym etapie postępowania. Zamawiający ma prawo, ale nie ma obowiązku powoływania biegłego dla oceny ofert, także fakt powołania go przy ocenie oferty Konsorcjum ASEC nie ma wpływu na bieg terminu dla wniesienia środka ochrony prawnej. Izba stwierdza zatem, że Odwołujący stawiając przedmiotowy zarzut, spóźnił się z wniesieniem środka ochrony prawnej, co skutkuje odrzuceniem jego zarzutu z mocy art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się w działaniu Zamawiającego polegającym na ocenie oferty Konsorcjum ASEC naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 36 ust. 1 pkt. 13, art. 89 ust. 1 pkt. 2, art. 91 ust. 1 ustawy.

5. W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 91 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ASEC mimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim Odwołujący nie wskazał jaki czyn w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi złożona oferta. W ocenie Izby zarzut ten stanowi próbę obejścia przepisów dotyczących terminów na wnoszenie środków ochrony prawnej oraz zakazu wnoszenia środków ochrony prawnej na czynności dokonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Z treści tego zarzutu wynika bowiem to, że w rzeczywistości zarzut odnosi się do podnoszonego już w proteście z dnia 27 grudnia 2007r. zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odtajnienia informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum ASEC jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zarzut ten został ostatecznie rozstrzygnięty wyrokiem Izby z dnia 11 lutego 2008r. w sprawie sygn. akt: KIO/UZP 32/08. Izba uznała, że informacje zastrzeżone przez Konsorcjum ASEC mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa i zostały prawidłowo za takie uznane przez Zamawiającego. Obecnie zmiana tego stanowiska nie jest możliwa, a Odwołujący od tej części orzeczenia KIO nie wniósł skargi. Ponownie należy podkreślić, że ujawnienie przez Zamawiającego opinii biegłych nie stanowi odtajnienia oferty Konsorcjum ASEC w części uznanej przez Konsorcjum ASEC za tajemnicę przedsiębiorstwa. Także w aktach postępowania brak dowodu na uznanie przez Zamawiającego zastrzeżonych informacji za wadliwie utajnione, jak i zgody Konsorcjum ASEC na odtajnienie informacji. To Konsorcjum ASEC służy środki prawne jeśli uzna, że jego tajemnica wbrew jego woli została upubliczniona, a nie Odwołującemu. Również podnoszony fakt, zawarcia umowy nie z biegłym Michałem Abramowiczem, ale z Polskim Towarzystwem Informatycznym nie może przemawiać

36

za słuszością argumentacji Odwołującego, że doszło do odtajnienia informacji zastrzeżonych w ofercie Konsorcjum ASEC nieograniczonemu kręgowi podmiotów z wyłączeniem Odwołującego. W przedstawionym przez Zamawiającego wyciągu z umowy nr 2008/IR/020 w § 7 zawarto klauzulę poufności, zgodnie z którą Polskie Towarzystwo Informatyczne jest zobowiązane do zachowania w tajemnicy wszystkich informacji uzyskanych w związku z wykonaniem ekspertyzy oraz do nie udostępniania osobom trzecim przekazanych mu materiałów i dokumentów oraz do niezwłocznego zwrotu lub trwałego zniszczenia kopii wszystkich materiałów, przekazanych mu przez Zamawiającego w celu wykonania umowy po wykonaniu i odebraniu przez Zamawiającego ekspertyzy. Tym samym Zamawiający zadbał aby osoby trzecie, w szczególności te, które mogłyby odnieść korzyść z pozyskanych informacji nie uzyskały do nich wglądu. To potwierdza dodatkowo fakt, że informacje zastrzeżone w ofercie Konsorcjum ASEC nie były na żadnym etapie ujawnione. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art.

91 ust. 1 ustawy.

6. odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy to jest zasady obiektywizmu i równego traktowania wykonawców poprzez preferowanie jednego z wykonawców – twórcy systemu Karty Miejskiej w Lizbonie. Zarzut jest niezasadny i nie został przez Odwołującego udowodniony. Zamawiający potwierdził okoliczność, iż przed wszczęciem postępowania zapoznał się z systemem Karty Miejskiej funkcjonującym w Lizbonie. Izba stoi jednak na stanowisku, iż sam fakt zapoznania się z jakimkolwiek systemem, rozwiązaniem, czy produktem nie przesądza jeszcze o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający często przed wszczęciem postępowania w sprawie dokonują rozeznania rynku, zapoznają się z nowinkami technicznymi, czy opisami przedmiotu zamówienia innych zamawiających. Sam taki fakt, nie wystarcza jeszcze do postawienia zarzutu. Trudno bowiem sobie wyobrazić sytuację, w której przedmiot zamówienia będzie opisywany w oderwaniu od istniejących produktów jedynie na podstawie własnego wyobrażenia. Dla rozwiązań nowatorskich ustawa przewiduje nawet specjalny tryb postępowania – dialog konkurencyjny, pozwalający uzyskać wiedzę o przedmiocie zamówienia. Zamawiający częstokroć nie są specjalistami w zakresie zamawianych towarów czy usług i muszą tę wiedzę zdobywać poprzez konsultacje z podmiotami taką wiedzę posiadającymi. Odwołujący nie wykazał poprzez wskazanie na konkretne i kluczowe dla systemu rozwiązania, które zostały opisane w siwz, a były wykonane dla Karty Miejskiej w Lizbonie. Nie powołał, ani nie udowodnił faktu, że jeden z konsorcjantów Konsorcjum ASEC uczestniczył bezpośrednio w przygotowaniu postępowania i jego udział utrudnił uczciwą

37

konkurencję. Twierdzenia Odwołującego są zatem gołosłowne i nie mają potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym. Przeciwnie Izba zauważa, że sam Odwołujący jak i Konsorcjum ASEC przyczynili się do obecnego opisu przedmiotu zamówienia uczestnicząc w prowadzonym uprzednio i unieważnionym dialogu konkurencyjnym, którego ustalenia jak zostało potwierdzone przez Zamawiającego na rozprawie miały znaczący wpływ na obecny opis przedmiotu zamówienia. Dodatkowo należy wskazać, że zarzut ten także z uwagi na to, że przedmiot postępowania i przyjęte rozwiązania był znany Odwołującemu od dnia 27 października 2007r. jest zarzutem podniesionym po terminie, jeśli Odwołujący uważał, że Zamawiający opisał przedmiot, czy ustanowił kryteria wyboru oferty preferujące jednego z wykonawców lub jeden oznaczony co do tożsamości produkt, winien był złożyć protest na treść siwz.

Izba nie dopatrzyła się w działaniach Zamawiającego potwierdzenia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3.

7. W zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 56 i 66 kc w związku z art. 14 ustawy.
- Odwołujący powołał się na naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy, to jest art. 29 ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 56 i 66 kc w związku z art. 14 ustawy, natomiast w dalszej części protestu nie wskazał jaki był rodzaj tego naruszenia i poprzez jaką czynność lub zaniechanie Zamawiającego doszło do naruszenia powołanych przepisów ustawy. Brak tych elementów powoduje, że zarzut nie daje się rozpoznać. Samo wskazanie przepisu prawa nie tworzy zarzutu, zarzut to ogół okoliczności faktycznych, które w powiązaniu z dokonanymi przez Zamawiającego czynnościami lub zaniechaniami, zdaniem wnoszącego środek ochrony prawnej doprowadziły do naruszenia przepisów prawa. Należy od zarzutów odróżnić, żądania czyli wnioski, co do rozstrzygnięcia odwołania. Śądami zgodnie z art. 191 ust. 3 zd. 1 ustawy Izba nie jest związana. Musi to skutkować pozostawieniem zarzutu bez rozpoznania.
8. Odnośnie naruszenia przez Zamawiającego art. 38 ust. 5, art. 7 ust. 1-3, art. 36 ust. 1 pkt. 13, art. 87 ust. 1, art. 91 ust. 1 ustawy poprzez nie przyznanie Odwołującemu punktów w ramach dwóch podkryteriów oceny technicznej.
- Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający ściśle określił kryteria jakimi będzie się kierował przy ocenie ofert, sposób przyznawania punktów oraz sposób dokonania oceny. W ramach kryteriów dotyczących funkcji terminala oraz architektury oprogramowania Zamawiający wybrał metodę oceny w oparciu o opis sporządzany

kryteriów należy stwierdzić, że w kryterium funkcja terminala Zamawiający uzależniał przyznanie 20 punktów od łącznego spełnienia następujących warunków :

- a) stworzenia wydzielonej struktury oprogramowania (framework) urządzenia
- b) zaimplementowania funkcji terminala w tej wydzielonej strukturze,
- c) funkcja terminala ma być niezależna od sprzętu i możliwa do zainstalowania w urządzeniach różnych dostawców.

Zamawiający odpowiadając na pytanie, czy wymaganie Zamawiającego oznacza możliwość umieszczenia aplikacji bez żadnych modyfikacji w identycznej postaci kodu wykonywalnego/interpretowalnego na urządzeniach każdego dowolnego dostawcy/producenta. Wyjaśnił, że wymóg nie dotyczy kodu wykonalnego, ale struktury oprogramowania i nie wyklucza kompilacji kodu źródłowego w środowisku zgodnym z warunkami pracy. Jednakże oczekuje, że ta część oprogramowania, która odpowiedzialna jest za obsługę Aplikacji Elektronicznego Biletu zostanie wydzielona w ten sposób, że jej kod źródłowy nie będzie podlegał modyfikacji ze względu na różnice środowiska pracy istniejące w urządzeniach różnych dostawców.

Na potwierdzenie tego warunku wykonawca miał wskazać w opisie w jaki sposób i przy pomocy jakich rozwiązań funkcja terminala jest zaimplementowana w wydzielonej strukturze oprogramowania (framework), która jest niezależna od sprzętu i możliwa do zainstalowania w urządzeniach różnych dostawców. Takie zapisy wskazują, że nie jedynym warunkiem Zamawiającego było to, że framework wyposażony w funkcję terminala można zainstalować w urządzeniach różnych dostawców, ale także to, żeby wydzielić strukturę oprogramowania, zaimplementować funkcję terminala w tej strukturze oraz zrobić to w taki sposób, aby przy instalowaniu w urządzeniach dostawców kompilować jedynie kod wykonalny - czyli kod wyjściowy, a nie kod źródłowy struktury. Opis za pomocą, którego miano ocenić spełnianie kryterium miał wskazywać w jaki sposób zrobi to wykonawca i jakich użyje rozwiązań. Zamawiający nie postawił warunku przedmiotowego, że tylko oferty spełniające kryterium uzna za zgodne w swej treści z treścią siwz, ale tylko takim ofertom przyzna punkty.

Jeden z powodów, dla których Odwołującemu odmówiono przyznania punktów w ramach tego kryterium to, że w ramach rozwiązania sposobu zapewnienia możliwości zainstalowania funkcji terminala niezależnie od sprzętu i w urządzeniach różnych dostawców, Odwołujący zaproponował możliwość modyfikacji firmware urządzenia w którym funkcja ta ma być zainstalowana. Jednocześnie drugim powodem nie przyznania punktów jest, że Odwołujący nie podał w jaki sposób i przy pomocy jakich rozwiązań możliwe jest zainstalowanie kodu frameworka w urządzeniach różnych dostawców. Zarzut Odwołującego w tym zakresie zasługuje na

uwzględnienie. Nie przyznanie punktacji z tego względu było niezasadne. Przede wszystkim Odwołujący wskazał sposób w jaki zainstaluje frameworka dla urządzeń większej mocy obliczeniowej poprzez utworzenie bibliotek zapewniających kompatybilność z autorskim rozwiązaniem (framework), a dla urządzeń niewielkiej mocy obliczeniowej przez modyfikowanie firmware za pomocą frameworka. Wskazał również rozwiązania jakie muszą być przyjęte czyli udostępnienie przez producenta urządzenia tzw. Software Development Kit oraz dla urządzeń o większej mocy obliczeniowej posiadanie środowiska dla funkcjonowania tzw. silnika Gecko v 2 lub/i posiadanie autonomicznego środowiska dla wirtualnej maszyny Java. Tym samym należy zauważyć, że opis był wyczerpujący w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Nadto należy zauważyć, że Zamawiający nie postawił w ramach kryterium wymogu, aby nie dokonywać modyfikacji firmware urządzeń różnych dostawców. Odpowiadając na pytania w dniu 30 listopada 2007r. również, co do tej kwestii się nie wypowiedział. Stwierdził jedynie, że samo wydzielone oprogramowanie

framework nie może być instalowane w urządzeniach w taki sposób, aby modyfikować jego kod źródłowy. Dopuszcza natomiast modyfikowanie kodu wykonywalnego czyli kodu wyjściowego. Odwołujący przyjmując prezentowane w opisie rozwiązania, spełnił wymogi Zamawiającego. Nadto na rozprawie przedstawiciel Zamawiającego potwierdził, że technicznie zmodyfikowanie firmware jest możliwe. To oznacza, że wobec braku wyraźnego zakazu w siwz ingerowania w firmware urządzeń końcowych, niedopuszczalne jest późniejsze przyjęcie przez Zamawiającego, że proponowane rozwiązanie nie odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego. Jeśli nawet taka była wola Zamawiającego, to powinna była ona znaleźć odzwierciedlenie w zapisach siwz, a nie zostać wyrażona dopiero na etapie oceny ofert. Odwołujący, jak również żaden inny wykonawca nie może ponosić konsekwencji nieprecyzyjnych zapisów siwz. Ostatnim powodem nie przyznania Odwołującemu punktacji w tym kryterium było przyjęcie przez Odwołującego rozwiązania opartego na scentralizowanym systemie serwerowym z urządzeniami końcowymi (terminalami) w postaci tzw. cienkiego klienta. Zgodnie z § 66 ust. 2 wzoru umowy terminal do obsługi systemu WKM musi spełniać co najmniej następujące funkcje :

- zapis danych poprzez kodowanie elektronicznych biletów na kartach,
- przedłużenie ważności biletu i Karty,
- wydruk potwierdzeń sprzedaży,
- wymianę danych z punktem rozliczeniowym Wykonawcy (w tym zdalna wymiana oprogramowania w celu dodawania Kolejnych Aplikacji) w sposób zapewniający integralność i bezpieczeństwo danych.

40

Zaś w ust. 4 tego paragrafu Zamawiający postanowił, że terminal wraz z zainstalowaną w nim aplikacją sprzedaż biletów elektronicznych musi posiadać zabezpieczenia uniemożliwiające prowadzenie sprzedaży biletów przez osobę nieupoważnioną w przypadku kradzieży terminala. Dopiero analiza zapisów wzoru umowy, będących zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia, pozwala na przyjęcie, że framework z zaimplementowaną funkcją terminala, ma tworzyć niezależną część systemu WKM. Wskazuje na to w szczególności konieczność umożliwienia zaimplementowania we frameworku funkcji umożliwiającej wymianę danych z punktem rozliczeniowym, w tym wymianę zdalną oprogramowania. Z opisu przedstawionego przez Odwołującego w ofercie wynika, że oferowane przez niego rozwiązanie pozwala jedynie na chwilowe gromadzenie i/lub prezentację danych oraz sprzedaży biletów w przypadku utraty łączności z urządzeniami centralnymi. Nie zapewnia natomiast wymiany oprogramowania, czy zapisu danych, bo o tym Odwołujący w opisie nie wspomina. Oznacza to, że Zamawiający prawidłowo wskazał, że przyjęte przez Odwołującego rozwiązanie powoduje, że na terminalu zaimplementowane będą tylko funkcje podstawowe polegające np. na prezentacji danych i dostarczeniu określonego interfejsu, natomiast cała funkcjonalność terminala związana z Systemem WKM zawarta będzie na serwerze. O tym, że system scentralizowany proponowany przez Odwołującego nie podlegał punktacji wskazanej w tym kryterium świadczy sformułowanie, że funkcja terminala odpowiada za obsługę Aplikacji Elektronicznego Biletu, a to oznacza, że musi zapewniać funkcjonalności przewidziane dla terminala w § 66 ust. 2 wzoru umowy, a nie jedynie pełnić funkcję aplikacji odpowiadającej za warstwę reprezentacyjną. Mając to na uwadze, należy uznać, że Zamawiający prawidłowo odmówił Odwołującemu przyznania punktacji w tym kryterium.

W kryterium architektura oprogramowania CBD Zamawiający uzależnił przyznanie 25 punktów od łącznego spełnienia następujących warunków :

- a) architektura oprogramowania centralnej bazy danych miała być
z zastosowaniem zaimplementowana wydzielonej struktury oprogramowania (framework)
- b) wydzielona struktura miała umożliwiać zarządzanie użytkowaniem zasobami CBD przez niezależnych dostawców kolejnych aplikacji.

W celu potwierdzenia spełniania tego wymogu wykonawcy mieli przedłożyć opis, z którego będzie wynikało w jaki sposób i przy pomocy jakich rozwiązań chcą ten

wymóg spełnić. Przedstawienie rozwiązania nie spełniającego, którego z wymogów, nie było podstawą do odrzucenia oferty z powodu sprzeczności jej treści z treścią siwz, ale podstawą do nie przyznania punktów.

41

Odwołujący przedłożył opis żądany przez Zamawiającego. Opis ten znajduje się na str. 25 – 27 i jest ujętych w dwóch tytułach „Charakterystyka urządzeń centralnych, opis Systemu CBD” oraz „Baza Danych Systemu Centralnego Mennicy oraz CBD”. W opisie tym ujęto opis sposobu zaimplementowania CBD oraz opis sposobu zarządzania użytkowaniem zasobami CBD przez niezależnych dostawców kolejnych aplikacji. Zapisano ten sposób następująco :

„Dostęp do bazy danych zapewniony jest dwutorowo :

- dla urządzeń o „słabej mocy obliczeniowej” za pomocą serwera komunikacyjnego, z wykorzystaniem autorskiego protokołu
- urządzenia posiadające stosunkowo dużą moc obliczeniową mogą łączyć się z CBD zarówno za pomocą autorskiego protokołu komunikacyjnego jak też odpowiednich WebService`ów hostowanych przez serwer komunikacyjny.

W obu przypadkach do zabezpieczenia kanału transmisji zastosowano protokół SSL v 3 jak też autoryzację transakcji z identyfikacją sprzętu i użytkownika (opartą na PKI).

Proponowane rozwiązanie oparte jest o wzorzec MVC (Model-View-Controller), co umożliwia użytkowanie zasobów CBD przez niezależnych dostawców aplikacji.

Dostęp do warstwy danych (Model) jest możliwy za pośrednictwem warstwy Controller, której API możemy udostępnić potencjalnemu dostawcy kolejnej aplikacji, API umożliwia nie tylko korzystanie z danych zgromadzonych w CBD, ale również tworzenie własnych struktur danych w CBD przez zewnętrzne aplikacje.”

Z zacytowanego fragmentu opisu mimo, użycia wyrazu „rozwiązanie” w rzeczywistości nie wykona rozwiązanie sposobu zarządzania użytkowaniem zasobami CBD przez niezależnych dostawców kolejnych aplikacji. Rację należy przyznać Zamawiającemu i konsorcjum ASEC, że dopiero w proteście zostało podane rozwiązanie poprzez zapis na stronie 8 protestu w pkt 2 „Prawidłowym rozwiązaniem w składanych ofertach jest w związku z powyższym np. nadanie przez Wykonawcę dostawcom kolejnych aplikacji uprawnień administratora CBD, zarządzającego dostępem do wszystkich aplikacji i użytkowników CBD”. Taki zapis nie znalazł się jednak w ofercie. Dalsze rozwinięcie problematyki rozwiązań możliwych przy zarządzaniu użytkowaniem zasobami CBD podaje w opinii złożonej przez Odwołującego biegły Janusz Dyduch, który wskazuje na: „Mennica zaproponowała w swojej ofercie rozwiązanie oparte na wzorcu MVC (ang. Model – View – Controller), który jest często używany we frameworkach do szybkiego tworzenia aplikacji internetowych. Istnieje kilkadziesiąt dużych i znanych frameworków stosujących ten wzorzec jak np. Apatch Struts, Cocoon, Spring MVC, Code Igniter, Cake PHP, Zend Framework, Symfony czy Ruby on Rails. Frameworki

42

MVC do operacji na bazach danych używają zwykle modeli i mapowania relacyjno-obiektowego. Zwykle jest też możliwa komunikacja z bazami danych poprzez bezpośrednie zapytania SQL. Użycie modeli upraszcza typowe operacje – wyświetlanie ze stronicowaniem, edycję danych, a także uniezależnia od konkretnego motoru bazy danych.” Zatem rozwiązanie może polegać także na wykorzystaniu gotowych frameworków, korzystających z wzorca MVC i komunikować użytkowników za pomocą modeli i mapowania lub zapytań do bazy. Również takie informacje nie znalazły się w treści opisu Odwołującego. Niedopuszczalne jest uzupełnienie oferty po upływie terminu składania ofert, w taki sposób, że uległaby zmianie treść oferty. Zatem wyjaśnienia czynione przez Odwołującego w proteście, czy informacje przekazane przez biegłego nie mogą usunąć braków w złożonej przez Odwołującego ofercie. Z tych względów należy uznać, że Zamawiający prawidłowo nie przyznał punktacji w ramach kryterium, gdyż z opisu nie wynikało, a takie był cel opisu, czemu

Zamawiający wprost dał wyraz w SMWZ za pomocą jakich rozwiązań wydzielona struktura (framework) miała umożliwiać zarządzanie użytkowaniem zasobami CBD przez niezależnych dostawców kolejnych aplikacji. Nie spełnienie tego wymogu w ramach warunku łącznego musi skutkować nie przyznaniem punktacji. Natomiast w zakresie argumentacji Zamawiającego dodatkowo uzasadniającej nie przyznanie punktów w tym kryterium to jest „Wykonawca deklaruje, że dostęp do CBD terminali klienckich będzie zaimplementowany na protokole autorskim (str. 27 oferty). Zastosowanie protokołu autorskiego powoduje całkowite uzależnienie Zamawiającego od twórcy tego protokołu. Powyższe przesądza o braku otwartości systemu.”, nie można podzielić stanowiska Zamawiającego. W kryterium Zamawiający nie wskazał, że punktować będzie jedynie rozwiązania nieautorskie, względnie takie, które nie powodują uzależnienia Zamawiającego od Wykonawcy. Również definiując w poprzednim podkryterium pojęcie otwartej architektury oprogramowania nie wskazał, że dostęp do bazy danych terminali klienckich ma wiązać się z udzieleniem otwartej licencji. W tej sytuacji, ten element uzasadnienia punktacji nie mieści się w postawionym przez Zamawiającego kryterium. Nie zmienia to jednak oceny działania Zamawiającego odmawiającego punktów w kryterium architektura oprogramowania CBD jako prawidłowego.

Natomiast wobec przyznania przez Zamawiającego na rozprawie, że okoliczność, iż Odwołujący nie podał możliwości zaimplementowania Systemu na motorze bazy danych DB2 nie podlegała punktacji, oraz, że zakres dokonywania opisów proponowanego systemu był ściśle przez Zamawiającego określony i nie obejmował implementacji systemu na motorze bazy danych DB2, należy uznać, że ta okoliczność nie miała wpływu na dokonywaną ocenę i nie wpływała na pozycję

43

Odwołującego w rankingu ofert. Nie mogła być także podstawą do odrzucenia oferty, bo Zamawiający nie wymagał podania powyższych informacji w ofercie.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 38 ust. 5, art. 7 ust. 1-3, art. 36 ust. 1 pkt. 13, art. 87 ust. 1, art. 91 ust. 1 ustawy.

9. okoliczności, które zdaniem Odwołującego skutkują unieważnieniem postępowania i powinny być brane pod uwagę przez Izbę z urzędu na mocy art. 191 ust. 3 zd. 2 ustawy.

- a) naruszenia zasady jawności postępowania poprzez udostępnienie części niejawną oferty Konsorcjum Polskiemu Towarzystwu Informatycznemu, które jest instytucją, a nie biegłym oraz zamieszczenia opinii na stronie internetowej, a odmowę udostępnienia tej części oferty Odwołującemu – zarzut nie został przez Izbę uwzględniony, z uwagi na motywy podane w pkt. 1, 4, 5 uzasadnienia.
- b) naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy poprzez żądanie dokumentu – zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, który nie służył potwierdzeniu warunku, bo warunek nie został w siwz wyartykułowany – Izba uznała zarzut za niezasadny, zgodnie z argumentacją podaną w pkt 2 uzasadnienia,
- c) błędnego pouczenia wykonawców o braku możliwości wniesienia protestów przez wykonawców, którym zwrócono wadium. Zarzut ten sprowadza się do zarzucenia Zamawiającemu naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 17 w związku z art. 46 ust. 3 ustawy. Należy wskazać, iż Izba nie dopatrzyła się także podstaw do unieważnienia postępowania z urzędu w trybie art. 191 ust. 3 zd. 2 ustawy. Naruszenie wskazanych wyżej przepisów ustawy poprzez brak pouczenia o prawie do wnoszenia środków odwoławczych przez wykonawców, którym zwrócono wadium, jest niewątpliwie uchybieniem Zamawiającego. Jednakże nie każde uchybienie Zamawiającego będzie skutkować unieważnieniem postępowania. Katalog zamknięty przesłanek unieważnienia postępowania zawiera art. 93 ust. 1 ustawy. W tym przypadku, mogłaby wchodzić w grę jedynie przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt.

7 ustawy, a więc katalog okoliczności stanowiących podstawę nieważności umowy – art. 146 ust. 1 ustawy. Izba zbadała zatem, czy brak pouczenia o prawie do wnoszenia środków odwoławczych przez wykonawców, którym zwrócono wadium był naruszeniem przepisów ustawy, które miało wpływ na

44

wynik tego postępowania – art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy. Pozostałe przesłanki nieważności umowy, w tym przypadku nie mają zastosowania. Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, że wadliwe pouczenie pozbawiło go możliwości wniesienia środka ochrony prawnej, nie zaistniała także sytuacja zwrotu wadium Odwołującemu. Odwołujący nie składał wniosku o zwrot wadium w trybie art. 46 ust. 2 pkt. 2 ustawy. Odwołujący nie wykazał, że uchybienie Zamawiającego miało jakiegokolwiek wpływ na wynika postępowania.

- d) zaniechania wykluczenia Konsorcjum ASEC i odrzucenia jego oferty, pomimo tego, że wykonawca przedłożył oświadczenie o niekaralności dla swojego konsorcjanta z Izraela, a powinien był przedłożyć odpowiednik takiego zaświadczenia wydawany w Izraelu przez policję osobom fizycznym. Dodatkowo Konsorcjum ASEC złożył nieprawdziwe oświadczenie w tym przedmiocie świadcząc przed Izbą, w postępowaniu sygn. akt: KIO/UZP 32/08, że zaświadczenie o niekaralności w Izraelu nie jest wystawiane. W celu wykazania zasadności zarzutu Odwołujący przedłożył pismo z dnia 19 lutego 2008r. Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Izraelu, zgodnie z którym „zaświadczenie o niekaralności (a właściwie jego odpowiednik) wydaje osobom fizycznym policja. Członek Zarządu firmy zarejestrowanej w Izraelu uzyskuje takie zaświadczenie jako osoba fizyczna”. Odwołujący na rozprawie wskazał, że gdyby jego odwołanie nie zostało uwzględnione, a w konsekwencji jego oferta nie została wybrana, to umowa zawarta w wyniku tego postępowania byłaby nieważna na podstawie art. 146 ust. 1 pkt. 5 i 6 ustawy, gdyż doszłoby do podpisania umowy z wykonawcą, który powinien być wykluczony z postępowania jako nie spełniający warunku udziału w postępowaniu oraz przedkładający dokument nieprawdziwy. Izba wzięła pod uwagę treść wypowiedzi Odwołującego oraz przedstawiany przez niego dowód. Izba stwierdza, że brak treści zapytania do Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Izraelu powoduje trudności interpretacyjne treści dokumentu. W ofercie Konsorcjum ASEC na str. 197 znajduje się pismo z dnia 10 września 2007r. Ambasady Izraela w Warszawie, z którego wynika „Policja państwa Izrael również nie wydaje zaświadczeń o braku karalności członków zarządu osób prawnych zarejestrowanych na terytorium państwa Izrael (szczególności za przestępstwa określone w treści art. 24 ust. 1 pkt 8 polskiego Prawa Zamówień Publicznych) w celu przedłożenia tych zaświadczeń za granicą

45

dla celów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. Oba dokumenty mają charakter dokumentu urzędowego. Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006r. nr 87 poz. 605 zwanym dalej rozporządzeniem w sprawie dokumentów) jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4 – 8 ustawy. Z analizy powyższych dokumentów oraz wymogów rozporządzenia w sprawie

dokumentów, należy stwierdzić, że z dowodu przedłożonego na rozprawie przez Odwołującego wynika jedynie, że jakiś odpowiednik zaświadczenia o niekaralności jest wydawany przez policję państwa Izrael osobom fizycznym, w tym także członkom zarządów firm zarejestrowanych w Izraelu, natomiast nie wynika, że zaświadczenie takie obejmuje przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8, co z kolei stwierdza dokument wystawiony przez Ambasadę Izraela w Polsce. Przedłożony dowód nie stanowi jednoznacznej podstawy do stwierdzenia, że Konsorcjum ASEC złożyło niezgodne z prawdą oświadczenie, jak i zastąpiło wymagane zaświadczenie oświadczeniem członków zarządu On Track Innovations Ltd. ZHR Industrial Zone Consulting z Izraela. W ocenie Izby dokument przedłożony na rozprawie nie stanowi wystarczającego dowodu do uznania, że wymagane prawem polskim dokumenty uprawniające do udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne mają swoje odpowiedniki w systemie prawa izraelskiego. Nadto należy wskazać, że dowód ten mógł być powołany przed Sądem Okręgowym we Wrocławiu, w którym to postępowaniu Odwołujący był stroną. Wyrok ten utrzymał w mocy i uznał za prawidłowy wyrok Izby z dnia 11 lutego 2008r., którym Izba jest związana oraz ostatecznie rozstrzygnął protest Odwołującego. W tym stanie rzeczy wniosek Odwołującego zmierza do obejścia zakazu ponownego wyrokowania w tej samej sprawie. W procedurze przewidzianej dla Krajowej Izby Odwoławczej nie wprowadzono rozwiązań pozwalających na uchylenie lub zmianę ostatecznych orzeczeń Izby. Mając to na uwadze

46

Izba nie dopatrzyła się naruszeń Zamawiającego skutkujących koniecznością unieważnienia postępowania.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazując Odwołującemu zwrot uzasadnionych kosztów dojazdu i noclegu Zamawiającemu na podstawie przedłożonych faktur.

47

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

48