

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 stycznia 2009 r

Sąd Okręgowy we Wrocławiu X Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Ewa Gonczarek
SSO Jolanta Bojko
SSR (del) Wojciech Łukowski (spr)

Protokolant: Anna Prochoń
po rozpoznaniu w dniu 14 stycznia 2009 r. we Wrocławiu

na rozprawie

sprawy ze skargi od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lipca 2008r.

sygnatura akt KIO/UZP/593/08

wniesionej przez Mennica Polska Spółkę Akcyjną

przy udziale Gminy Wrocław oraz Konsorcjum ASEC Spółki Akcyjnej, Link Consulting
Tecnologias de Informacao S.A., On Track Innovations Ltd.

- I. uchyła zaskarżony wyrok i unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego,
- II. nie obciąża strony przegrywającej kosztami postępowania.

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 pod numerem 2007/S 206-250532 z dnia 25 października 2008 r. W postępowaniu oferty złożyły oferty dwa podmioty - Mennica Polska spółka akcyjna oraz Konsorcjum firm ASEC S.A. z Krakowa, On Track Innovations Ltd. z Izraela, Link Consulting Technologias de Informacao SA z Portugalii - zwane Konsorcjum ASEC.

W dniu 10 grudnia 2007r. Zamawiający powołał biegłych Andrzeja Kasprzaka i 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. W dniu 14 grudnia 2007r. biegli Andrzej Krawiec i Michał Woźniak wydali opinię, w której stwierdzili, że Mennica Polska spółka akcyjna 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 (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 2007 r. 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 niepotwierdzono 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.

Wobec takiego rozstrzygnięcia w dniu 27 grudnia 2007r. Mennica Polska S.A. 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. Po rozstrzygnięciu protestu Mennica Polska Spółka Akcyjna odwołała się do Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący wskazał, iż nie zgadza się z decyzją Zamawiającego, tj. Gminy Wrocław, który stwierdził, że oferta Odwołującego nie spełnia pkt V.4.3. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), zgodnie z którym Wykonawca powinien zapewnić udział we wdrożeniu co najmniej 3 osób, które pełniły funkcję kierowników projektów lub równorzędnych w przynajmniej jednym projekcie wdrożeniowym wieloaplikacyjnego systemu karty miejskiej, zapewniającego korzystanie z przynajmniej dwóch aplikacji, w tym z biletu komunikacji miejskiej oraz co najmniej z jednej z następujących aplikacji: karta turystyczna, identyfikator, bilet parkingowy, aplikacja umożliwiająca dokonywanie płatności przy wykorzystaniu karty elektronicznej w miastach lub aglomeracji miejskich liczących powyżej 600 tys. mieszkańców.” Odwołujący przedstawił 3 takie osoby - Roberta Machajka, Sławomira Ostrowskiego i Sebastiana Borowskiego. Zamawiający zakwestionował, co też podtrzymał w rozstrzygnięciu protestu, kwalifikacje dwóch z w/w osób, Sławomira Orłowskiego i Sebastiana Borowskiego z czym Odwołujący nie zgadzał się.

Odnosząc się do drugiego zarzutu, Odwołujący stwierdził, że Wykonawcę, który przetarg wygrał, Zamawiający powinien wykluczyć z udziału w przetargu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2,3,4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, albowiem:

- 1) kopie dokumentów, które zostały złożone przez konsorcjum w ofercie nie zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem;
- 2) osoby wskazane przez konsorcjum: Marek Wądołek, Jerzy Gałuszka, Bartłomiej

Dubas, Krzysztof Kamiński, Jorge Mendes, Joao Almeria i Jorge Leonardo , jako spełniające warunki pkt V.4.3. SWIZ takich kwalifikacji nie spełniają, co dowodzi

dyskryminacji Odwołującego;

- 3) wadliwie złożone wadium, albowiem gwarancje zostały złożone tylko przez ASEC S.A. w Krakowie, a nie przez Konsorcjum, ponadto miały zastrzeżenie, że nie mogą być przenoszone;
- 4) nie przedstawiono wymaganych przez SIWZ dokumentów, tj. aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału ZUS lub KRUS o braku zaległości w płaceniu składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne oraz aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego lub równoważnego zaświadczenia o niekaralności z kraju pochodzenia osoby; przedstawione przez dwóch członków Konsorcjum z Izraela i Portugalii dokumenty są niezgodne z wymaganiami określonymi w Rozporządzeniu Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane;
- 5) oferta Konsorcjum zawiera niezgodne z prawem zastrzeżenie informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych) w zakresie, który dotyczy zastrzeżonych w załączniku nr 3 do oferty elementów ceny;
- 6) zachodzi nieważność oferty i podstawa do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy *Prawo Zamówień Publicznych*, albowiem oferta została podpisana jedynie przez zarząd ASEC S.A. bez pozostałych wymagań uchwały Rady Dyrektorów Konsorcjum a to dodatkowo wymaganego łącznego braku pieczęci lub drukarskiej nazwy spółki.

Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygnęła o wniesionym odwołaniu wyrokiem z dnia 11 lutego 2008 r. 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 ubezpieczeniowymi 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 2007 r. 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 niezasadniony.

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. Zgodził się co prawda Sąd Okręgowy, że zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej narusza art. 192 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. *Prawo zamówień publicznych* (tekst jednolity: Dz. U. 2006 r. Nr 164 poz. 1163 z późn. zm.), bowiem w uzasadnieniu wyroku pominięte zostały dowody z dokumentów, które skarżący złożył na rozprawie bez wskazania przyczyn, z powodu których zostały one pominięte, tym samym więc materiał zebrany w postępowaniu odwoławczym nie został wszechstronnie rozważony a więc naruszony został również art. 188 ust. 6 ustawy *Prawo zamówień publicznych*, ale wskazał zarazem, że naruszenie przepisów procesowych w toku postępowania odwoławczego przez Krajową Izbą Odwoławczą nie miało wpływu na wynik postępowania. Oceniając merytoryczne zarzuty strony skarżącej wskazał Sąd, że w art. 7 ust. 1 ustawy *Prawo zamówień publicznych* ustawodawca zawarł

zasadę równego traktowania wykonawców oraz nieograniczonego dostępu wszystkich podmiotów, albowiem zgodnie z treścią powołanego przepisu zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Powyższe oznacza, że zamawiający jest zobligowany do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zarówno w fazie przygotowania jak i przeprowadzenia tegoż postępowania. W szczególności zamawiający jest zobowiązany do opracowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób zapewniający równe traktowanie wszystkich wykonawców.

W dniu 20 maja 2008r. Zamawiający powołał biegłego spośród rzeczoznawców Polskiego Towarzystwa Informatycznego - Mirosława Abramowicza, który złożył oświadczenie na 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 Mennica Polska spółka akcyjna uzyskała w poszczególnych podkryteriach 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 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.

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 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

Uzasadnienie nie przyznania przez Zamawiającego punktów Mennicy Polskiej S.A. za podkryterium oceny technicznej „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)”.

- 1) Na stronie 24 i 25 oferty MENNICA POLSKA S.A. zawarła charakterystykę i wymogi dla tzw. „urządzeń końcowych” - dla urządzeń o niewielkiej mocy obliczeniowej. Wykonawca ten zaproponował rozwiązanie polegające na modyfikacji ich firmwaru, co z technicznego punktu widzenia jest ingerowaniem w najniższą warstwę oprogramowania danego urządzenia. Modyfikowanie tego oprogramowania jest niewskazane ze względu na możliwość naruszenia integralności systemu operacyjnego urządzenia, a czasem wręcz niemożliwe z uwagi na zastrzeżenia licencyjne. Podjęcie takich działań może spowodować nieprawidłowe działanie systemu operacyjnego urządzenia. Ponadto działanie takie zazwyczaj powodują utratę gwarancji i wsparcia producenta, co prowadzi do uzależnienia Zamawiającego od podmiotu dokonującego modyfikacji. Powyższe przesądza o braku otwartości systemu.
- 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. Zaoferowanie scentralizowanego systemu potwierdza stwierdzenie zawarte w ofercie Mennicy Polskiej S.A. w rozdziale „Charakterystyka i wymogi dla urządzeń końcowych” (str. 24 oferty) - „całą funkcjonalność systemu skupiono po stronie centralnej systemu”. Powyższe jest niezgodne z wymogami warunkującymi przyznanie Wykonawcy punktów według podkryterium w ramach kryterium oceny technicznej dotyczącego terminala opisanego na str. 25, 26 SIWZ (punkt XIII, podpunkt A.III. - Kryterium oceny technicznej, pozycja 2.).
- 3) Zamawiający wymagał w SIWZ, aby Wykonawca dołączył do oferty opis 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 (str. 16 SIWZ). Zawarte w opisie Mennicy Polskiej S.A. informacje są informacjami bardzo ogólnymi i nie spełniają cytowanego wyżej wymogu Zamawiającego, ponieważ nie wynika z nich w jaki sposób i przy pomocy jakich rozwiązań funkcja terminala jest zaimplementowana we frameworku.

Uzasadnieniem nie przyznania przez Zamawiającego punktów Mennicy Polskiej S.A. za podkryterium oceny technicznej „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) były natomiast następujące okoliczności:

- 1) 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.
- 2) Wykonawca powołał się na model wzorca projektowego MVC nie wykazując jednak na stronie 27 oferty w opisie Bazy Danych Systemu Centralnego Mennicy oraz CBD żadnego konkretnego rozwiązania, które miałyby zostać zaimplementowane w oparciu o ten wzorzec.
- 3) Zamawiający wymagał w SIWZ, aby Wykonawca dołączył do oferty opis 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 - str. 16 SIWZ). W ofercie MENNICY POLSKIEJ S.A. nie zawarto opisu architektury oprogramowania CBD wymaganego dla przyznania punktów w omawianym podkryterium oceny technicznej.

Wskazał zamawiający, 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 bezwzględnymi wymogami Zamawiającego zawartym w treści SIWZ.

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 „klastę 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 Zamawiającego, określonymi w SIWZ, winna być fizycznie ułożona 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 wynika, że w razie zastosowania opisanych przez Mennicę Polską S.A. rozwiązań doszłoby do niezgodności wykonanej usługi z bezwzględnym wymogiem Zamawiającego zawartym w treści SIWZ. Jest to o tyle istotne, że Zamawiający jest już właścicielem motoru bazy danych DB2, który ma zostać wykorzystany 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 oprotestowane czynności powodowały naruszenie art. 7 ust. 1-3, art. 14 w zw. z art. 56 i 66 § 1 k.c., 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 sprawie zamówienia publicznego. Interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia Odwołujący upatrywał 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,
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 2008 r. 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 Harlukiewicza. 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) 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 ocena 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 zaimplementowana w 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.

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 oznacza 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 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. Kłaster 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.

Odnosnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ASEC Odwołujący podniósł, że:

1. co kryterium 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) to:

- rozwiązanie przedstawione przez Konsorcjum ASEC potwierdza niezależność od systemu operacyjnego terminala, a nie jak to było w SIWZ wymagane od sprzętu,
- 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. co do kryterium 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) to:

- 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.

Odnosnie 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. Odwołujący powołał się na uchwałę SN sygn. akt III CZP 74/05, z której wynika obowiązek Zamawiającego do zbadania prawidłowości zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący żądał w tej sytuacji ujawnienia całości informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum ASEC.

2. naruszenie zasady obiektywizmu i równego traktowania wykonawców polegało według Odwołującego na tym, że Zamawiający dokonał ogłędzin 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 ogłędzinach. 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. Odnośnie 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 2008 r. 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 poglądów dziennikarzy, a nie autoryzowanych wypowiedzi Zamawiającego. Zamawiający prawidłowo poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 30 maja 2008 r.

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 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. Płużańskiego „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz” wyd. 2 Warszawa 2007 r. 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.

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. Co do zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum ASEC, to są one spóźnione. Wyniki oceny oferty Konsorcjum ASEC były Odwołującemu znane już w dniu 20 grudnia 2007 r., 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 wymaganiami SIWZ technologię stosowaną 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 rozstrzygnięciu. 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 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 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.

Odnosnie zarzutu wadliwej oceny oferty Odwołującego w kryterium oceny technicznej wskazał Zamawiający, że:

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

b) 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 rozwiązanie 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, iż 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 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 są 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. Powołał się Zamawiający 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 wykazało 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 wyrokowania 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. Odnosnie 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 05.09.2001 r. 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 zakresie protestu na SIWZ, więc zarzut poza oczywistą bepodstawnością 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 Wyrobów wprowadzanych 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 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 regułami 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 korzyść. Wadliwe utajnienie informacji nie skutkuje odrzuceniem oferty tylko gdy Zamawiający odtajni wadliwie utajnione informacje, a tu ma miejsce sytuacja odmienna, 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 unieważnił czynności oceny oferty Odwołującego, bo ta nie była na etapie sporu oceniana. Wskazał, że zarówno protest jak i odwołanie opierają się na własnej interpretacji SIWZ dokonanej przez Odwołującego i obecnie na narzucaniu tej interpretacji Zamawiającemu wbrew jasnym i logicznym zapisom 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 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 trakcie postępowania Krajowa Izba Odwoławcza 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),
- 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).

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.

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 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), 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,

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 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 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 urządzenia. Zamawiający oczekuje jednak, 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”.

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

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej 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 zdaniem Izby zarzut ten jest 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, 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. Wskazała także Izba, 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 stwierdzenie, że ujawniono dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. 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.

2. W zakresie naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy poprzez pominięcie przy ocenie ofert udziału przedstawiciela podmiotu uprawnionego do kontroli jakości zdaniem Izby 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 zdaniem Izby 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. Wskazała Izba, że 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 wykazał, 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 wynik postępowania. Z tych powodów Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy przez Zamawiającego.

3. Co do zarzutu naruszenia art. 92 ustawy poprzez poinformowanie przez Zamawiającego mediów o wyborze oferty najkorzystniejszej przed dokonaniem takiego wyboru oraz przed poinformowaniem o dokonanej czynności wykonawców wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, że zarzut nie został udowodniony. Z mocy art. 14 ustawy w związku z art. 6 k.c. 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 w ocenie Izby 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.

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 2007 r. 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 2008 r. 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 2007 r. można było się z nimi zapoznać.

Zdaniem Izby 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 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. KIO stwierdziła zatem, że Odwołujący stawiając ten zarzut, spóźnił się z wniesieniem środka ochrony prawnej, co skutkuje odrzuceniem jego zarzutu z mocy art. 187 ust. 4 pkt 4 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 wskazała KIO, że 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 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 służyć środki prawne jeśli uzna, że jego tajemnica wbrew jego woli została upubliczniona, a nie Odwołującemu.

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 wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, że 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 konkurencję. Twierdzenia Odwołującego są zatem w ocenie KIO gołosłowne i nie mają potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym.

7. W zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy oraz art. 56 i 66 kc w związku z art. 14 Ustawy wskazała KIO, że 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 co

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 to zdaniem KIO 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 przez wykonawców i wskazał minimalny zakres takiego opisu oraz wskazał na obowiązek złożenia załącznika nr 8 - oświadczenia nr 2 do SIWZ. Analizując treść 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 wskazała Izba, 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. Dopuścił 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.

W ust. 4 tego paragrafu Zamawiający postanowił, że terminal wraz z zainstalowaną w nim aplikacją sprzedaży 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 uzależniał przyznanie 25 punktów od łącznego spełnienia następujących warunków :

a) architektura oprogramowania centralnej bazy danych miała być zaimplementowana z zastosowaniem 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.

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. Apache Struts, Cocoon, Spring MVC, Code Igniter, Cake PHP, Zend Framework, Symfony czy Ruby on Rails. Frameworki MVC do operacji na bazach danych używają zwykle modeli i mapowania relacyjnoobiektowego. 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. Wskazała Izba, że 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. W tej sytuacji 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 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 przesadza 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 przed KIO, 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 Odwołującego w rankingu

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

9. Co do 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 czyli:

- a) 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 - zarzut nie został przez Izbę uwzględniony.
- 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.
- 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. 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 skutkowało 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 wynik tego postępowania - art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy. Pozostałe przesłanki nieważności umowy zdaniem KIO w tym przypadku nie mają zastosowania.

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 Izłą w postępowaniu 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 stwierdziła, 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 (szczegółności za przestępstwa określone w treści art. 24 ust. 1 pkt 8 polskiego Prawa Zamówień Publicznych) w celu przedłożenia tych zaświadczeń za granicą 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 Konsulting 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.

Przy takich stanowisku Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie KIO/UZP/59/08 wyrokiem z dnia 3 lipca 2008 r. oddaliła odwołanie Mennicy Polskiej spółki akcyjnej.

Skargę od wyroku Izby do Sądu Okręgowego we Wrocławiu wniosła Mennica Polska

spółka akcyjna. Zaskarżonemu wyrokowi Skarżący zarzucał naruszenie przepisów ustawy *Prawo zamówień publicznych* oraz innych aktów prawa, w szczególności art. 7 ust 1, 2, 3; art. 14 w zw. z art. 56 i 66 § 1, art. 20 ust. 1; art. 29 ust 1 i 2; art. 36 ust 1 pkt. 13; art. 38 ust 5, art. 87 ust 1, art. 89 ust 1 pkt 1, 2 i 3 art. 91 ust 1, art. 92 ust 1 oraz art. 191 ust 3 zd. 2 ustawy *Prawo zamówień publicznych*.

Przy tak określonych zarzutach domagał się skarżący zmiany wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lipca 2008 r. w całości poprzez:

- a/ Nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b/ Nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum ASEC, która już na podstawie informacji zawartych w objętych uprzednio tajemnicą przedsiębiorstwa, a obecnie udostępnionych w opublikowanych opiniach sporządzonych przez podmioty trzecie nie spełnia wymagań określonych w SIWZ,
- c/ Nakazanie powtórzenia oceny ofert z wyłączeniem od tych czynności osób które nie gwarantują bezstronnej obiektywnej oceny,
- d/ Nakazanie dokonania oceny ofert z zachowaniem zasad określonych w SIWZ, tj kryteriów tam wskazanych i przyznanie ocen uwzględniających brzmienie tych kryteriów, z pominięciem nie wyrażonych w Specyfikacji oczekiwań Zamawiającego.

Skarżący wnosił ewentualnie o nakazanie unieważnienia postępowania. Domagał się również Skarżący zasądzenia kosztów postępowania na jego rzecz.

Uzasadniając skargę wskazywała Mennica Polska spółka akcyjna, że odnosząc się do podnoszonego przez skarżącego w postępowaniu przed KIO (tam odwołującego) zarzutu naruszenia art. 20 ust 1 ustawy *Prawo zamówień publicznych*, wskazał, że KIO pominęła fakty świadczące o tym, że czynność oceny ofert nie została dokonana faktycznie przez Zamawiającego (komisję przetargową), a przez osobę trzecią. Wbrew pogładowi Izby biegły jest w stosunku do Zamawiającego osobą trzecią i jako taka nie jest uprawniona do oceny ofert w miejsce komisji przetargowej. Fakt, iż biegli są osobami uprawnionymi do dokonywania czynności w postępowaniu nie zmienia tego, że są oni w stosunku do Zamawiającego osobami trzecimi nieuprawnionymi do dokonywania oceny ofert. W niniejszym wypadku taka sytuacja miała miejsce, o czym świadczy fakt, iż trzy opinie zamówione przez Zamawiającego posłużyły za jedyną podstawę jego przekonania o sprzeczności oferty Skarżącego z SIWZ. O przyjmowaniu przez Zamawiającego opinii eksperckich bez jakiegokolwiek weryfikacji świadczy fakt, iż opinia M. Abramowicza została przedstawiona 29 maja 2008 r., podczas gdy wybór oferty najkorzystniejszej miał miejsce 30 maja 2008 r. Podkreśliła także Mennica Polska S.A., że - wbrew zdaniu KIO - nie podnosiła zarzutów co do powołania biegłych K. Krawca, M. Woźniaka, A. Kasprzaka, a twierdzi, że wybór oferty najkorzystniejszej dokonany 30 maja 2008 r. podjęty był *de facto* przez wymienionych biegłych, bez odpowiedniej weryfikacji przez Komisję przetargową, która z mocy ustawy powołana jest do oceny ofert. Z okoliczności tych wynika w ocenie skarżącego, że dokonującym oceny ofert był nie zamawiający, a osoby trzecie.

Wskazywał skarżący, że opinia M. Abramowicza pochodziła z 29 maja 2008 r., a pozostałe dwie opinie z grudnia 2007 r. Oznacza to jego zdaniem, że opinia M. Abramowicza nie miała żadnego faktycznego wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej dokonany w dniu 30 maja 2008 r. O wyborze ofert Konsorcjum ASEC zadecydowały więc dwie opinie z grudnia 2007 r., a opinia M. Abramowicza, który znał już wcześniejsze opinie i informacje prasowe odnośnie preferencji zamawiającego co do wyboru ofert Konsorcjum ASEC miała tylko potwierdzić wnioski z dwu poprzednich.

W tej sytuacji odniósł się skarżący do decyzji KIO o niedopuszczeniu dowodu o niedopuszczeniu dowodu z opinii biegłego sądowego do spraw informatyki na okoliczność oceny prawidłowości złożonych ofert. KIO odmawiając dopuszczenia wymienionego dowodu dopuściła się złamaniem zasady równości stron procesowych. Przez naruszenie w/w przepisów KIO wydając wyrok dopuściła się istotnego

naruszenia przepisów postępowania, ponieważ gdyby je poprawnie zastosowała i dopuściła wnioskowany ww. dowód, to opinia biegłego sądowego jako osoby zaufania publicznego, na którą nie pada ani cień wątpliwości odnośnie jej bezstronności, wykazałaby tezy stawiane przez Skarżącego na rozprawie, w tym wskazywałaby na spełnianie przez Skarżącego wszystkich wymogów SIWZ. Zdaniem Skarżącego błędnie założyła Izba, że teza dowodowa wykracza poza zakres rozpoznania Izby i prowadzi do naruszenia zakazu *res iudicata*. Jej zakresem rozpoznania objęte były w związku z treścią i zarzutami odwołania okoliczności

związane z wadliwym dokonaniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz

okoliczności związane z dokonaniem przez Zamawiającego oceny ofert sprzecznie z

zasadami określonymi w SIWZ, tj. kryteriami tam wskazanymi.

Wskazał także Skarżący, że Izba, w razie stwierdzenia, że teza dowodowa została sformułowana za szeroko miała obowiązek dopuścić wnioskowany przez Skarżącego wniosek w zakresie, w jakim z pewnością nie wykraczał poza ramy postępowania, tj. w zakresie

pokrywającym się z dopuszczonym przez Izbę dowodem z trzech opinii biegłych powołanych przez Zamawiającego i jednej opinii przedłożonej przez Odwołującego. Podkreślił skarżący, że KIO nie mogła pominąć środków dowodowych, gdyż okoliczności pomiędzy stronami sporne - dotyczące rzekomej sprzeczności oferty Skarżącego z SIWZ - nie mogły zostać uznane za dostatecznie wyjaśnione. Ponieważ okoliczności takich nie można uznać za dostatecznie wyjaśnione, to niezasadnym było stanowisko KIO, iż dowody, które zmierzały do wyjaśnienia tych okoliczności są powoływane jedynie dla zwłoki. Fakt, iż zamawiający powołał trzy opinie, z których wywiódł niespełnienie przez Skarżącego wymogów SIWZ, zaś Skarżący powołał jedną opinię, z której wynikała teza odwrotna, nie dawał podstawy do przyjęcia, że teza broniona przez Zamawiającego jest udowodniona, zaś teza Skarżącego nie jest. Powołanie biegłego sądowego pozwoliłoby uzyskać opinię w pełni obiektywną w stosunku do opinii przedstawionych przez strony, odnośnie których zawsze można z natury rzeczy mieć wątpliwości co do ich obiektywności.

W zakresie naruszenia art. 36 ust 1 pkt 13 wskazał Skarżący, iż KIO poprzez błędną interpretację zapisów SIWZ doszła do wniosku, iż do naruszenia wskazanych przepisów nie doszło. Polegało ono na tym, że zamawiający przewidział w siwz (pkt 10 cz IV str 16 siwz) - jak sam twierdzi w rozstrzygnięciu protestu (str. 3) - sposób dokonania oceny ofert z udziałem podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego spełnianie przez terminal oraz architekturę oprogramowania CBD, a następnie dokonał oceny spełniania kryteriów bez udziału takiego podmiotu. Mając na uwadze wolę Zamawiającego wyrażoną w rozstrzygnięciu protestu, a dotyczącą traktowania danego fragmentu SIWZ jako informacji o sposobie oceny ofert, stwierdzić trzeba, iż zdanie KIO, jakoby Zamawiający nie przewidział w SIWZ brania udziału przy ocenie ofert przez podmiot uprawniony do kontroli jakości, całkowicie nija się z zaistniałym stanem faktycznym i prawnym.

Co do uwag KIO w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, iż w razie wątpliwości co do treści SIWZ Odwołujący powinien złożyć zapytanie, Odwołujący wskazał, że nie miał wątpliwości co do treści SIWZ w podnoszonym zakresie pkt X cz IV str 16 (iż dotyczy ona sposobu oceny ofert z udziałem wskazanego podmiotu), a za sprzeczne z prawem uważał dokonanie oceny spełniania kryteriów bez udziału podmiotu uprawnionego, a więc sprzecznie z SIWZ oraz art. 36 ust 1 pkt 13. Rozstrzygnięcie KIO jakoby Skarżący podniósł zarzut z uchybieniem terminowi określönemu w art. 180 ust 3 pkt 2 ustawy, jest zatem nietrafne. Zdaniem Mennicy Polskiej S.A. protest i odwołanie nie dotyczą w tej kwestii postanowień SIWZ, ale sposobu realizacji (a *de facto* nierealizacji) postanowień w zakresie sposobu oceny ofert), czego KIO nie dostrzegła. Zamawiający nie stosując przewidzianego w SIWZ sposobu oceny ofert dokonał wyboru ofert z rażącym naruszeniem art. 36 ust 1 pkt 13, co przy zawarciu umowy skutkować może jej nieważnością na mocy art. 146 ust 1 pkt 5 ustawy *Prawo zamówień publicznych*. Naruszenie przez mawiającego przepisu art. 36 ust 1 pkt 13 miało wpływ na wynik postępowania, z powołanie przez niego zgodnie z SIWZ podmiotu uprawnionego do kontroli jakości umożliwiłoby obiektywną ocenę ofert, a w konsekwencji wybór oferty Skarżącego. Naruszenie to wypełnia zatem przesłankę unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy *Prawo zamówień publicznych*.

W dalszym ciągu wskazywał skarżący, że wyrok narusza art. 92 i art. 7 ust. 2 (zasadę obiektywizmu) poprzez nieuwzględnienie podniesionych przez Odwołującego w tym zakresie zarzutów. Zamawiający przed dniem 30 maja 2008 r. - dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej oraz przed poinformowaniem o dokonanej czynności wykonawców wybrał już ofertę Konsorcjum ASEC. Świadczą o tym liczne artykuły prasowe i w Internecie pojawiające się licznie przed dniem 30 maja 2008 r., z których treści jednoznacznie wynika, że Zamawiający już od etapu przygotowania postępowania preferował ofertę Konsorcjum ASEC. Artykuły te wymieniał Skarżący w swej skardze.

Wskazywał także Skarżący, że zarzuca zaskarżonemu wyrokowi naruszenie art. 7 ust 1 i 3, art. 36 ust 1 pkt 13, art. 89 ust 1 pkt 2, art. 91 ust 1 poprzez zaniechanie nakazania odrzucenia oferty Konsorcjum ASEC i naruszenie art. 182 ust 2 ustawy *Prawo zamówień publicznych* poprzez jego zastosowanie i w związku z tym przyjęcie, że zarzuty odnośnie odrzucenia oferty Konsorcjum ASEC powołane są z uchybieniem ustawowego terminu. W wyroku KIO mylnie przyjęła, że termin do wniesienia protestu minął w dniu 20 grudnia 2007 r., kiedy Odwołujący otrzymał powiadomienie o wynikach oceny oferty ASEC. Podczas gdy Odwołujący informację o podstawach wniesienia protestu otrzymał dopiero w dniu 30 maja 2008 r., kiedy na stronie internetowej Zamawiającego ukazała się ostatnia z opinii biegłych powołanych przez Zamawiającego tj. M. Abramowicza. Wprawdzie z opiniami z dnia 14 i 16 grudnia można było się zapoznać od 20 grudnia 2007 r., tj. od dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, ale z decydującą w tym względzie opinią p. Abramowicza Skarżący mógł się zapoznać dopiero z dniem 30 maja 2008 r. Wbrew twierdzeniu Izby opublikowanie tej opinii przez Zamawiającego miało znaczenie dla liczenia terminu do wniesienia protestu na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ISEC, gdyż opinia ta a zgodna z wcześniejszymi co do wniosków, ale zawierała w swojej treści inne informacje niż opinie grudniowe. Z informacji tych można było wywieść niezgodność oferty ASEC z ustawą poprzez złożenie więcej niż jednej oferty. Daje to podstawę do rzucenia oferty Konsorcjum ASEC jako niezgodnej z ustawą na podstawie art. 89 ust § pkt 1 w zw. z art. 66 par. 1 k.c. Fakt, iż oferta Przeciwnika Skargi powinna być odrzucona stał się znany Skarżącemu dopiero z dniem opublikowania opinii p. Abramowicza, tj. z dniem 30 maja 2008 r.

Odnosząc się w dalszej kolejności do nieuwzględnienia przez KIO zarzutów Odwołującego skutkujących obowiązkiem Izby unieważnienia postępowania z urzędu wskazał Skarżący, że postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust 5 i 6 ustawy Pzp, gdyż w razie zawarcia umowy byłaby ona nieważna jako podpisana z wykonawcą, który powinien być wykluczony z postępowania jako niespełniający warunku udziału w postępowaniu określonego w art. 24 ust 4-8 w zw. z art. 22 ust 1 pkt 4. Konsorcjum ASEC zamiast odpowiedników zaświadczeń o niekaralności wydawanych w państwie Izrael przez policję przedstawił dokument wydawany w trybie § 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, *jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane* (Dz.U. z 2006 r. Nr 87, poz.605). Z pisma Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Izraelu przedłożonego przez Odwołującego z dnia 19 lutego 2008 r. jednoznacznie wynika, że

„Zaświadczenie o niekaralności wydaje osobom fizycznym policja. Członek Zarządu

uzyskuje takie zaświadczenie jako osoba fizyczna”. Jak stwierdziła KIO w uzasadnieniu wyroku (str. 46), z dokumentu z dnia 19.02.2008 r. przedłożonego na rozprawie przez zamawiającego wynika, że „odpowiednik zaświadczenia o niekaralności jest wydawany przez policję państwa Izrael osobom fizycznym, w tym także członkom zarządów firm zarejestrowanych w Izraelu”.

Zdaniem Skarżącego co do tej kwestii KIO błędnie uznało, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia dopuszczalne jest posłużenie się innym dokumentem. Teza taka opiera się na błędnej interpretacji przepisów ww. rozporządzenia. Wskazał Skarżący, że w świetle § 2 ust 3 w/w rozporządzenia przesłanką do dopuszczenia dokumentu takiego jak oświadczenie przed odpowiednim organem, jest fakt, że w kraju siedziby danego wykonawcy „nie wydaje się dokumentów”, o których mowa w § 2 ust. 3 czyli dokumentów urzędowych potwierdzających niekaralność osób fizycznych. KIO natomiast uznało, że dopuszczalne jest przedstawienie zamiennych oświadczeń, gdyż nie jest udowodnione, że

dokumenty wydawane przez policję wydawane są w celu przedstawienia ich w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego. Zdanie takie jest całkowicie pozbawione podstaw

prawnych. Dokumenty w zamówieniach publicznych co do zasady nie są wydawane tylko i jedynie w celu posługiwania się nimi w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazał skarżący, że np. zaświadczenie z Urzędu Skarbowego potwierdza niezaleganie ze podatkami bez względu na cel jego uzyskiwania. Podobnie jest z zaświadczeniami o niekaralności. W tej sytuacji Konsorcjum ASEC powinno być wykluczone, a błąd zamawiającego polegający na niewykluczeniu wykonawcy i uznaniu jego oferty ta najkorzystniejszą jest obarcza postępowanie wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. KIO orzekając prawidłowo w tej sytuacji powinno unieważnić postępowanie z urzędu na podstawie art. 191 ust 2 pkt 3 oraz ust 3 zdanie 2.

W odpowiedzi na skargę Zamawiający Gmina Wrocław domagała się oddalenia skargi. Swoje stanowisko Zamawiający uzasadniał swe stanowisko wskazując, że zgodnie z art. 21 ust. 4 Pzp jeżeli dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych, kierownik zamawiającego, z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej, może powołać biegłych. Komisja przetargowa nie musi składać się tylko z fachowców, którzy potrafią dokonać wszechstronnej oceny zarówno wykonawców, pod względem spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak i ofert pod względem odpowiedności przedmiotu zamówienia z zamawianym oraz stopnia wypełniania kryteriów oceny. Dla prawidłowej oceny może posłużyć się osobami mającymi specjalne wiadomości w danej dziedzinie, czyli biegłymi (rzeczoznawcami, ekspertami)" - tak: Jerzy Pieróg - Prawo zamówień publicznych Komentarz C.H.BECK, Warszawa 2007, str.98. Zdaniem zamawiającego zdaje się nie dostrzegać Skarżący, że to nie komisja przetargowa, a zamawiający dokonuje oceny ofert.

Zdaniem Zamawiającego uchybił Skarżący przepisom k.p.c. nie podając wartości przedmiotu zaskarżenia od czego w ocenie Zamawiającego zależy dopuszczalność skargi.

Co do kwestii niedopuszczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą dowodu z opinii biegłego wskazywał Zamawiający, że zasadne jest stanowisko KIO. Podkreśliła Gmina Wrocław, że unikaniu zbędnemu przeciągania postępowania dowodowego służyć ma art. 188 ust. 7 Pzp, zgodnie z którym KIO ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału oraz art. 188 ust. 6 Pzp, zgodnie z którym KIO odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. Przytoczył Zamawiający tezę wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 1980 r. (II URN 175/79), opartą na gruncie przepisu art. 233 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego, którego dyspozycja jest zbieżna z przepisem art. 188 ust. 7 Prawa zamówień publicznych, o następującej treści: „Zastrzeżona dla sądu swobodna ocena dowodów nie opiera się na ilościowym porównaniu przedstawionych przez świadków i biegłych spostrzeżeń oraz wniosków, lecz na odpowiadającemu zasadom logiki powiązaniu ujawnionych w postępowaniu dowodowym okoliczności w całość zgodną z doświadczeniem życiowym". Z powyższego wynika, że nie jest celowe przeprowadzanie kolejnych dowodów w przypadku, gdy ich przedmiotem mają być okoliczności, które zostały dostatecznie wyjaśnione w trakcie postępowania.

W dalszym ciągu wskazał Zamawiający, że ze sformułowanej w art. 188 ust. 1 Pzp zasady kontrydiktoryjności wynikają daleko idące konsekwencje. Jedną z nich jest bardzo mocne ograniczenie możliwości działania organu orzekającego z urzędu w zakresie dopuszczania środków dowodowych, ale także zakreślania tez dowodowych. Organ orzekający oceniając zasadność dopuszczenia dowodu wnioskowanego przez Skarżącego był związany tezą dowodową przez niego wskazaną. W przypadku natomiast gdyby KIO dopuściło dowód i jednocześnie określiło samodzielnie tezę dowodową, której wyjaśnieniu ma służyć przeprowadzenie dowodu, to w praktyce należałoby uznać to za działanie organu „z urzędu". Z przepisu art. 188 ust. 2 Pzp wynika jedynie możliwość dopuszczenia przez KIO

dowodu „z urzędu”, a nie obowiązek tego dokonania. Oczywistym jest ponadto, że KIO nie powinna dopuszczać dowodu z urzędu w przypadku gdy zachodzą okoliczności określone w ust. 6 i 7 art. 188 Prawa zamówień publicznych. Podkreślić należy, że możliwość dopuszczenia przez KIO dowodu z urzędu ma służyć dochodzeniu prawdy obiektywnej, co oznacza, że organ rozstrzygający uznaje daną okoliczność za dostatecznie wyjaśnioną nie może dopuszczać kolejnego dowodu na tą okoliczność. W obszernym orzecznictwie Sądu Najwyższego jakie ugruntowało się na gruncie art. 232 Kodeksu postępowania cywilnego, przyjęty został pogląd, że powołanie przez sąd dowodu nie wskazanego przez stronę powinno mieć charakter wyjątkowy i może mieć miejsce jedynie w sytuacjach wyjątkowych. Na potwierdzenie tego można przytoczyć na przykład fragment tezy z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 czerwca 1998 r. (III KKN 384/98), o następującej treści: „przewidziana w jego art. 232 możliwość dopuszczenia przez sąd dowodu nie wskazanego przez strony oznacza uprawnienie, a nie obowiązek sądu. Nieprzeprowadzenie przez sąd dowodu z urzędu z reguły nie jest zatem uchybieniem”.

Zdaniem Zamawiającego nie jest uzasadniona argumentacja Skarżącego, która opiera się na błędnej tezie, iż KIO pominęła środek dowodowy, który miał służyć wyjaśnieniu spornych okoliczności między stronami tzn. „(...) rzekomej sprzeczności oferty Skarżącego z SIWZ (...)”, skoro Skarzący wskazał zupełnie inną tezę dowodową. Mylne jest twierdzenie Skarżącego, iż biegły sądowy jest osobą zaufania publicznego, co miałyby oznaczać, że jego opinię należy przyjąć bezkrytycznie. Również taka opinia powinna zostać poddana ocenie w świetle art. 233 § 1 k.p.c. Wobec powyższego nieuzasadnione jest twierdzenie Skarżącego, iż w przypadku dopuszczenia przez KIO dowodu z opinii biegłego sądowego, organ rozstrzygający uzyskałby jednoznaczną i niepodważalną podstawę do wydania rozstrzygnięcia, w przeciwieństwie do sytuacji, kiedy miał możliwość zapoznania się z czterema opiniami biegłych, które zostały przedłożone w postępowaniu odwoławczym. Nie jest dla Zamawiającego zrozumiałe dlaczego Skarzący przyjmuje *a priori*, że opinia ta uzasadniałaby jego twierdzenia.

Odnosząc do kwestii zapisów SIWZ dotyczących korzystania przy ocenie ofert z udziału podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego spełnianie przez terminal oraz architekturę oprogramowania CBD kryteriów wynikających z treści SIWZ wskazał Zamawiający, że stwierdzenia: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego spełnianie przez terminal oraz architekturę Oprogramowania CBD opisanych powyżej wymagań” zawartego na stronie 16 SIWZ w żaden sposób nie należy traktować jako zobowiązania Zamawiającego do skorzystania z tego sposobu dokonania oceny ofert, a wykładnia taka oparta jest na literalnym brzmieniu zapisu. Dla każdego podmiotu występującego w obrocie powinno być jasne, że sformułowanie „zastrzega sobie prawo” nie jest tożsame ze sformułowaniem „zobowiązuje się”. W ocenie Zamawiającego za absurdalne należy więc uznać wywody Skarżącego, iż sposób dokonania oceny ofert z pominięciem podmiotu uprawnionego do kontroli jakości jest niezgodny z prawem jako naruszające art. 36 ust. 1 pkt 13 SIWZ. Słusznie więc zdaniem Zamawiającego KIO przyjęła, że „wywody Odwołującego, co do jego przekonania, że przy ocenie ofert będzie brał udział przedstawiciel podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, nie znajdują oparcia w żadnym z zapisów SIWZ.”

Odnosząc zarzut Skarżącego, że wyrok narusza art. 92 i art. 7 ust. 2 (zasadę obiektywizmu) poprzez nieuwzględnienie podniesionych przez Odwołującego „w tym zakresie zarzutów” wskazał Zamawiający, że nie ma dowodów na okoliczność braku obiektywizmu Zamawiającego. W szczególności zarzuty te nie wynikają z przywołanych artykułów prasowych. Zdaniem Zamawiającego żadna wypowiedź jego przedstawicieli cytowana w mediach nie dowodzi tego zarzutu.

Nie podzielił Zamawiający także zarzutów Skarżącego co do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 36 ust. 1 pkt 13, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy *Prawo zamówień publicznych*, poprzez zaniechanie nakazania odrzucenia oferty Konsorcjum ASEC. Za prawidłowe należy uznać stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, iż w sprawie zarzutów stawianych ofercie Konsorcjum ASEC zastosowanie znajduje art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, który przewiduje 7- dniowy termin na wniesienie protestu liczony od dnia, w którym powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do jego wniesienia. Termin więc na wniesienie protestu w tym zakresie upłynął

dnia 27 grudnia 2008 r.

Według Zamawiającego wbrew twierdzeniom Skarżącego nie zachodzą podstawy do unieważnienia postępowania w sprawie zamówienia publicznego z urzędu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp, ponieważ nie zostało wykazane, że Konsorcjum ASEC podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu jako niespełniające warunku udziału w postępowaniu określonego w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. Zdaniem zamawiającego Konsorcjum ASEC prawidłowo dołączyło do oferty dokument, o którym mowa w § 2 pkt 3

Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w *sprawie dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawców oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane* (Dz.U. Nr 87, poz. 605 z 2006 r.). Konsorcjum ASEC dołączyło do oferty dokument urzędowy - pismo Ambasady Izraela w Warszawie, z którego wynika, że „Policja państwa Izrael również nie wydaje zaświadczeń o braku karalności członków zarządu osób prawnych zarejestrowanych na terytorium państwa Izrael (w szczególności za przestępstwa określone w treści art. 24 ust. 1 pkt 8 polskiego Prawa zamówień Publicznych) w celu przedłożenia tych zaświadczeń za granicą dla celów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

Z pisma Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Izraelu z dnia 19 lutego 2008 r. powołanego przez Mennicę Polską S.A. jako dowód na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą wynika, że to odpowiednik zaświadczenia o niekaralności wydaje w Izraelu osobom fizycznym policja. Z § 2 ust. 3 w związku z ust. 1 pkt 2 w/w rozporządzenia jasno wynika, że oświadczenie złożone przed notariuszem lub innym organem powinno zostać złożone, jeśli w kraju pochodzenia osoby nie wydaje się zaświadczenia 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.

Wskazał więc Zamawiający, że z tego przepisu wynika, iż nie chodzi o jakiegokolwiek zaświadczenie o niekaralności, ale o zaświadczenie w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy. Nie można więc w ocenie Gminy Wrocław, że z przedłożonego przez Skarżącego na rozprawie przed KIO pisma Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Izraelu z dnia 19 lutego 2008 r. wynika, że Konsorcjum ASEC przedłożyło nieprawidłowy dokument, skoro z pisma tego wynika nie to, że policja wydaje zaświadczenia o braku karalności osób fizycznych w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, ale „odpowiednik” zaświadczenia o niekaralności.

Wskazał Zamawiający, że na gruncie ustawy *Prawo zamówień publicznych* oraz rozporządzenia w *sprawie dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawców oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane* Zamawiający nie jest uprawniony do żądania od Wykonawców dokumentu, z którego wynikałby brak karalności członka zarządu za jakiegokolwiek przestępstwo. Zamawiający może jedynie żądać zaświadczenia o braku karalności za przestępstwa wyraźnie w *Prawie zamówień publicznych* i Rozporządzeniu wykonawczym wymienione.

Ostatecznie więc zdaniem Zamawiającego należy uznać, że Konsorcjum ASEC prawidłowo przedłożyło oświadczenie złożone przed notariuszem o tym, że obecni członkowie Zarządu On Track Innovations Ltd. nigdy nie zostali skazani za przestępstwa, o których mowa w polskiej ustawie *Prawo zamówień publicznych*, art. 24 ust. 1 punkty 4-8. W związku z tym nieuzasadniony jest zarzut, że KIO błędnie zinterpretowało przepisy Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w *sprawie dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawców oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane* (Dz.U. Nr 87, poz. 605 z 2006 r.) co oznacza, że nie zachodzą żadne przesłanki do unieważnienia postępowania w sprawie zamówienia publicznego.

Swoje stanowisko wobec skargi zajęło również Konsorcjum ASEC. Zdaniem Konsorcjum ASEC skarga winna zostać odrzucona, względnie oddalona. Swoje stanowisko co do odrzucenia skargi uzasadniał Uczestnik niedochowaniem wymogów art. 126 k.p.c. i art. 368 k.p.c., które mają zastosowanie w związku z art. 196 Pzp bowiem nie określono wartości

przedmiotu zaskarżenia.

Co do wniosku o oddalenie skargi wskazał uczestnik, że w jego ocenie Skarżący powieła niezasadny zarzut, iż rozstrzygnięcia dokonały osoby trzecie. Rozstrzygnięcie dokonane zostało przez Zamawiającego, który zgodnie z treścią art. 21 ust 4 PZP, mógł skorzystać i skorzystał z możliwości powołania biegłych posiadających wiadomości specjalne. Zdaniem Uczestnika w sytuacji, w której dla oceny ofert wykonawców potrzebne były wiadomości specjalne (co warunkowało decyzję Zamawiającego o powołaniu biegłych), Zamawiający mógł i wręcz powinien opierać się na treści wydanych opinii. Jeżeli Zamawiający zaaprobował wnioski wypływające z wydanych opinii, to siłą rzeczy przy uzasadnieniu rozstrzygnięcia przetargu, odwołał się do stwierdzeń znajdujących się w przedmiotowych opiniach.

W dalszym ciągu Uczestnik wskazał, że wbrew twierdzeniom Skarżącego KIO nie dopuściła się naruszenia przepisów art. 217 § 1 i 2 i art. 233 k.p.c., w związku z art. 194 ust 2 PZP oraz 391 k.p.c., a także nie doszło do złamania zasady równości stron procesowych. W świetle okoliczności faktycznych ujawnionych w sprawie, absolutnie uzasadniony jest pogląd KIO co do tego, iż Skarżący wnioskował o powołanie dowodu z opinii biegłego jedynie dla zwłoki. Skarżący, co najmniej od 20.12.2007 r. mógł zapoznać się z treścią opinii biegłych K. Krawca, M. Woźniaka i A. Kasprzyka. Opinie te były niekorzystne dla Skarżącego. Co najmniej od 30.05.2008 r. Skarżący mógł zapoznać się z opinią M. Abramowicza, również niekorzystną dla niego. W związku z tym, Skarżący miał bardzo dużo czasu, aby uzyskać pisemną opinię osoby posiadającej wiadomości specjalne (lub nawet kilka takich opinii) potwierdzającą stanowisko Skarżącego co do spełniania przez jego ofertę wymogów kryterium technicznego, a i mógł Skarżący opinie takie przedłożyć do protestu lub do odwołania.

Zaznaczył także Uczestnik, iż Skarżący, kwestionując stanowisko KIO co do niedopuszczenia dowodu z opinii kolejnego biegłego, nie formułuje zarazem wniosku o powołanie takiego biegłego przez Sąd w postępowaniu w przedmiocie rozstrzygnięcia skargi. W tej sytuacji jego zdaniem Sąd nie miałby w oparciu o co orzec merytorycznie, zmieniając orzeczenie KIO, bowiem do oceny oferty Skarżącego potrzebne są wiadomości specjalne. Zaznaczył także, iż z uwagi na przepisy statuujące rygory prekluzji dowodowej w postępowaniu przed sądem gospodarczym, Skarżący nie będzie mógł wnioskować o przeprowadzenie takiego dowodu w dalszym toku postępowania.

Zaprzeczył także Uczestnik podniesionemu przez Skarżącego naruszenie art. 36 ust, 1 pkt 13 PZP w związku z zapisami pkt 10 część IV s. 16 SIWZ. Zdaniem Uczestnika z tego, że Zamawiający przewidział potencjalną możliwość żądania zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego spełnianie przez terminal oraz architekturę oprogramowania CBD wymagań Zamawiającego nie wynika jeszcze oblig skorzystania z takiego środka.

Całkowicie gołosłowny jest w ocenie Uczestnika zarzut naruszenia braku obiektywizmu. Nie zachodzą również wskazywane przez Skarżącego przesłanki, do odrzucenia oferty Konsorcjum ASEC, a wyrok KIO w tym zakresie jest całkowicie trafny.

Wskazał także Uczestnik nie są zasadne twierdzenia Skarżącego wskazujące na brak realizacji przez KIO rzekomego obowiązku unieważnienia postępowania z urzędu, z uwagi na rzekome poświadczenie nieprawdy przez Konsorcjum ASEC. Konsorcjum ASEC, na potwierdzenie okoliczności wskazanych w treści art. 24 ust, 1 pkt 8 PZP, w odniesieniu do uczestnika Konsorcjum, tj. On Track Innovations Ltd., złożyło oświadczenie przewidziane w treści § 2 ust 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006r. *w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*. Nadto, aby upewnić się co do prawidłowości swego stanowiska w tym przedmiocie, Konsorcjum ASEC dodatkowo przedłożyło pismo Ambasady Izraela w Warszawie, z dnia 10.09.2007 r. Zdaniem Uczestnika trafnie zauważyło KIO, że nie może podważyć treści dokumentu, wystawionego przez Ambasadę Izraela w Warszawie. Nie przekraczając granic określonych treścią art. 177 ust. 7 PZP, KIO oceniło wiarygodność i moc zaprezentowanych dowodów z dokumentów uznając, iż dokument przedstawiony przez Skarżącego nie stanowi wystarczającego dowodu do uznania, że wymagana prawem polskim

dokumenty potwierdzające niekaralność członków zarządu mają swój odpowiednik w systemie prawa izraelskiego. Dodatkowo wskazał Uczestnik, jako fakt notoryjny i niewymagający dowodzenia, okoliczność, iż organem właściwym dla przedstawienia dokumentów potwierdzających procedury wydawania dokumentów organów Państwa Izrael - są inne organy tego państwa, t.zn. przedstawiciele Ambasady Izraela, a nie Ambasada RP w Izraelu. Z pewnością przedstawiciele Ambasady Izraela mają lepsze rozeznanie w systemie prawnym swojego kraju, aniżeli przedstawiciele Ambasady RP w systemie prawnym obcego kraju.

Wskazał Uczestnik, że trafnie zauważyła KIO, iż dowód taki mógł być przedstawiony przed Skarżącego w poprzednim postępowaniu, tj. przy proteście z dnia 24.12.2007 r., odwołaniu z dnia 11.01.2008 r., na rozprawie przed KIO w dniu 06.02.2008 r., względnie w postępowaniu skargowym przed Sądem Okręgowym we Wrocławiu o sygnaturze - X Ga 75/08/IG. Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu do KIO, Skarżący składał zarzut dotyczący poświadczenia nieprawdy przez Konsorcjum ASEC, w zakresie braku wydawania w Państwie Izrael zaświadczeń o braku karalności członków zarządu osób prawnych, zarejestrowanych na terytorium tego Państwa. Zarzut ten nie został uwzględniony przez Zamawiającego oraz KIO, a ostatecznie Skarżący nie złożył w tym zakresie skargi do Sądu Okręgowego we Wrocławiu. Trafnie więc konstatuje KIO, iż Skarżący, podnosząc taki zarzut, zmierzał i zmierza do obejścia zakazu ponownego wyrokowania w tej samej sprawie.

Podkreślił Uczestnik, iż w żadnym wypadku Konsorcjum ASEC nie złożyło nieprawdziwego oświadczenia co do niekaralności członków Zarządu. Konsorcjum potwierdziło, iż członkowie zarządu OTI Ltd. nie byli karani za jakiegokolwiek przestępstwa. Skarżący nie podważa oświadczenia Konsorcjum w tym zakresie i nie zauważa przy tym, iż Konsorcjum nie składało w tym zakresie innych oświadczeń. W każdym przypadku Konsorcjum ASEC działało w dobrej wierze, gdyż złożyło oświadczenie o braku karalności członków zarządu OTI Ltd. i nadto, dla ugruntowania swojego przeświadczenia, co do braku wydawania na tę okoliczność zaświadczeń przez organy Państwa Izrael, dodatkowo wystąpiło do Ambasady Izraela w Warszawie. W żadnym więc wypadku nie może być mowy o złożeniu przez Konsorcjum ASEC nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, w rozumieniu przepisu art. 24 ust 2 pkt 2 PZP.

W trakcie postępowania przed Sądem Okręgowym zaistniały następujące okoliczności:

Wobec tak określonych i później co do zasady nie zmiennych stanowisk Skarżącego, Zamawiającego i Uczestnika zdaniem Sądu Okręgowego konieczne było skorzystanie dla rozstrzygnięcia sprawy z wiadomości specjalnych co oznaczało powołanie biegłego. Powołanemu biegłemu Sąd Okręgowy postawił pytania czy kryteriów oceny technicznej ofert zawartych w pkt 13 część A.III pkt 2 i 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia

1/ nie spełnia aplikacja nadająca się do instalacji na urządzeniach różnych dostawców wymagająca jednak ingerencji w ich oprogramowaniu,

2/ nie spełnia aplikacja oparta o scentralizowany system serwerowy z urządzeniami końcowymi (terminalami) w postaci tzw. cienkiego klienta,

3/ nie spełnia aplikacja oparta na protokole autorskim i czy rozwiązanie takie przesądza o braku otwartości systemu.

Pytania te uzasadnione były uzasadnieniem rozstrzygnięcia w którym Zamawiający wskazał, iż nie spełnia wymogów SIWZ aplikacja wymagająca ingerencji w oprogramowanie urządzeń różnych dostawców choć nadająca się do instalacji na nich. W szczególności zdaniem Zamawiającego proponował Użytkownik modyfikację firmwaru urządzeń czego SIWZ miał nie dopuszczać.

Wskazywał również Zamawiający w swym rozstrzygnięciu, że Skarżący oferował

aplikację opartą 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. Tym samym konieczne było czy SIWZ wyklucza aplikację opartą o scentralizowany system serwerowy z urządzeniami końcowymi (terminalami) w postaci tzw. cienkiego klienta.

Kolejną istotną kwestią podnoszoną przez Zamawiającego było zachodzące w jego ocenie oparcie przez Skarżącego aplikacji na protokole autorskim i to czy rozwiązanie przesądza o braku otwartości systemu.

Postawione pytanie wraz ze szczegółowymi zagadnieniami odnoszą się wprost i bezpośrednio do zagadnień określonych przez Zamawiającego w jego rozstrzygnięciu w punktach 1, 2 rozstrzygnięcia co do punktu 2 Kryteriów Oceny Technicznej oraz punktu 1 rozstrzygnięcia co do punktu 3 Kryteriów Oceny Technicznej. W punktach tych wprost Zamawiający odniósł się do treści SIWZ i wynikających z niej w jego ocenie wymogów. Istotne było więc w ocenie Sądu Okręgowego czy rozstrzygnięcie w tej części oparte zostało na jednoznacznych zapisach Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Pytania te dotyczą już pośrednio także punktu 3 rozstrzygnięcia co do punktu 2 Kryteriów Oceny Technicznej oraz punktów 2 i 3 rozstrzygnięcia co do punktu 3 Kryteriów Oceny Technicznej. W tych z kolei punktach Zamawiający odwoływał się do zawartości oferty, którą to ofertę przedstawiono Sądowi, a co więcej uzyskanie wiadomości specjalnych co do wymogów i treści SIWZ jest także odpowiedzią na te pytania skoro odpowiedzi tej biegły udzielał również na podstawie oferty.

Powołany biegły dr inż. Roman Wantoch-Rekowski z Instytutu Systemów Informatycznych Wydziału Cybernetyki Wojskowej Akademii Technicznej wydał opinię pisemną w której stwierdził, że pytania odnoszą się do kryteriów oceny technicznej sformułowanych następująco:

- w punkcie 2 - Kryteria oceny technicznej ofert, pkt 13 część A.III pkt 2: 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)
- w punkcie 3 - Kryteria oceny technicznej ofert, pkt 13 część A. III pkt 3: Architektura Oprogramowania zaimplementowana jest z zastosowaniem wydzielonej struktury oprogramowania (framework), która umożliwia zarządzanie użytkowaniem zasobami CBD przez niezależnych dostawców Kolejnych Aplikacji (otwarta architektura oprogramowania).

Wskazał biegły w swej opinii, że ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wynika, że Architektura Oprogramowania zaimplementowana powinna być z zastosowaniem wydzielonej struktury oprogramowania rozumianej jako *framework*. Scharakteryzował biegły jak definiuje się to pojęcie wskazując, że w szeroko rozumianym procesie wytwarzania oprogramowania definicja pojęcia *framework* określa się na dwa sposoby.

Pierwsze rozumienie to rozumienie jako zbioru programów wspomagających tworzenie, rozwój i testowanie powstających aplikacji. Z reguły na tak rozumiany *framework* składają się programy wspomagające, biblioteki kodu źródłowego i inne narzędzia.

Drugie rozumienie to rozumienie jako środowiska w którym uruchamiane jest oprogramowanie tworzone przez innych wytwórców. *Framework* taki zawiera zestaw funkcji narzędziowych wspomagających programy komputerowe w trakcie ich uruchamiania i współdziałania z system operacyjny w celu dostarczenia odpowiednich funkcji wejścia, wyjścia, obliczeniowych, zobrazowania i innych. Przykładem takiego określenia jest na przykład „NET Framework” (produkt firmy Microsoft), który jest wykorzystywany do uruchomienia w systemie Microsoft Windows programów napisanych w języku C#. Innym przykładem jest „Java Virtual Machine” (JVM) (produkt firmy SUN). Środowisko to

umożliwia uruchamianie programu zapisanego w języku Java na komputerze z dowolnym system operacyjnych z zainstalowanym środowiskiem (framework'iem) JVM.

Przy takim definiowaniu użytego w SIWZ pojęcia *framework* wskazał biegły, że ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wynika, że Zamawiający oczekiwał dostarczenia *framework'a* (środowiska uruchomieniowego), umożliwiającego uruchamianie stworzonego oprogramowania na urządzeniach innych (różnych) dostawców. Należy to rozumieć jako możliwość uruchamiania z wykorzystaniem różnych urządzeń w tym na bazie różnych systemów operacyjnych.

Co do postawionych pytań wskazał biegły, że w odpowiedzi na pytanie „Czy kryteriów oceny technicznej ofert nie spełnia aplikacja nadająca się do instalacji na urządzeniach różnych dostawców wymagająca jednak ingerencji w ich oprogramowaniu?” odpowiada, że tych kryteriów nie spełnia aplikacja nadająca się do instalacji na urządzeniach różnych dostawców wymagających jednak ingerencji w ich oprogramowaniu. Odpowiedzi na to pytanie udzielił biegły bazując na założeniu, że Zamawiającemu chodziło o drugie znaczenie pojęcia *framework* i wskazał, że istnienie konieczności ingerencji w funkcje *framework'a* w przypadku wykorzystania urządzeń różnych dostawców (dotyczy to terminali) klóci się z oczekiwaniami składanymi przez zamawiającego.

Wskazał jednak także biegły, że **nie jest możliwe stworzenie *framework'a*, który będzie działał na urządzeniach i systemach operacyjnych, które pojawią się po złożeniu oferty przez wykonawcę (w przyszłości)**. Dlatego też wskazane jest aby w SIWZ dokładniej określić typy urządzeń i systemy operacyjne w stosunku do których zamawiający określa swoje oczekiwania. Jeżeli takie wskazanie nie istnieje to składana oferta dotyczy zapotrzebowania dla wszystkich typów funkcjonujących na rynku urządzeń z dowolnym system operacyjnym.

Ostatecznie więc prawdziwe jest stwierdzenie, że kryteriów oceny technicznej oferty zawartej w SIWZ nie spełnia aplikacja nadająca się do instalacji na urządzeniach różnych dostawców wymagających jednak ingerencji w ich oprogramowaniu

W odpowiedzi na pytanie „Czy kryteriów oceny technicznej nie spełnia aplikacja oparta o scentralizowany system serwerowy z urządzeniami końcowymi (terminalami) w postaci tzw. cienkiego klienta” wskazał biegły, że technologię cienkiego klienta należy rozważać jako inną właściwość oprogramowania w stosunku do pojęcia *framework*. Oznacza to, że technologia cienkiego klienta może być poprawnie zastosowana dla rozwiązań z wykorzystaniem urządzeń, systemów operacyjnych i systemów baz danych konkretnych producentów, a także może być poprawnie zastosowana do rozwiązań uniwersalnych, bazujących na aplikacjach niezależnych od typu urządzenia możliwego do zastosowania jako terminal (np.: komputer PC, komputer SUN, telefon komórkowy, palmtop i inne), niezależnych od systemu operacyjnego (np.: Windows, Linux, Solaris i inne) oraz niezależnych od rodzaju bazy danych (np.: Oracle, DB2, Sysbase, MS SQL, Postgre, MySQL i inne). Innym zagadnieniem jest stwierdzenie, czy faktycznie zastosowano technologię cienkiego klienta (czy takie było oczekiwanie zamawiającego) i czy faktycznie umożliwia stosowania terminali końcowych z niewielką mocą obliczeniową (tanie rozwiązanie) umożliwiającą realizację wszystkich wymaganych funkcji systemu.

Ostatecznie nie jest prawdziwe stwierdzenie że kryteriów oceny technicznej oferty zawartej w SIWZ nie spełnia aplikacja oparta o scentralizowany system serwerowy z urządzeniami końcowymi (terminalami) w postaci tzw. cienkiego klienta.

W odpowiedzi na pytanie „Czy kryteriów oceny technicznej nie spełnia aplikacja oparta na protokole autorskim i czy rozwiązanie takie przesądza o braku otwartości system?” wskazał biegły, że z dokumentów wynika, iż mowa jest o protokole komunikacji pomiędzy terminalami końcowymi różnych dostawców realizowanych w formie cienkiego klienta z centralną bazą danych (CBD). Baza danych powinna także spełniać warunki otwartości tzn.,

że powinna być niezależna od konkretnych producentów baz danych. Wykorzystanie standardowego protokołu (powszechnie używanego protokołu) w proponowanym rozwiązaniu może stanowić zapewnienie, że będzie on działał poprawnie w projektowanym systemie. Wynika to z faktu, że protokoły takie projektowane są przez duże firmy oraz organizacje międzynarodowe i można wskazać wiele praktycznych i działających zastosowań tych protokołów. Zaproponowanie autorskiego protokołu w rozważanym systemie nie stanowi faktu, który dyskwalifikowałby takie rozwiązanie. Ważne jest stwierdzenie faktu, czy zaproponowany protokół umożliwia komunikację urządzeń różnych dostawców działających z różnymi systemami operacyjnymi. Takie zapewnienie może wynikać na przykład z protokołu testów wykonanych przez wykonawcę, przedstawionego w ofercie lub w trybie uzupełnienia dokumentacji. Przesądzającym faktem w tej sprawie mogłoby być przedstawienie przykładowego analogicznego rozwiązania w podobnym systemie wykonanym przez składającego ofertę.

Ostatecznie więc w odpowiedzi na trzecie pytanie wskazał biegły, że nie jest zatem prawdziwe stwierdzenie że kryteriów oceny technicznej oferty zawartej w SIWZ nie spełnia aplikacja oparta na protokole autorskim. Nie jest prawdziwe stwierdzenie, że zastosowanie aplikacji opartej na protokole autorskim przesądza o braku otwartości system. Aby stwierdzić czy zaproponowany autorski protokół spełnia warunki postawione przez zamawiającego składający ofertę powinien uzupełnić dokumentację potwierdzającą to, że proponowany protokół autorski będzie działał dla urządzeń różnych dostawców zarówno po stronie terminali jak i po stronie CBD.

Analizując więc zawarte w opinii pisemnej odpowiedzi biegłego na postawione pytania wskazać musi Sąd Okręgowy, że z opinii wynika niezasadność stanowiska Zamawiającego co do tego, że z SIWZ wynikał zakaz oparcia oferowanej aplikacji:

- opartej o scentralizowany system serwerowy z urządzeniami końcowymi (terminalami) w postaci tzw. cienkiego klienta

oraz

- opartej na protokole autorskim

Rozwiązanie oparte o protokół autorski w ocenie biegłego nie może przesądzać o braku otwartości systemu.

Odpowiedź biegłego wyrażona w opinii pisemnej potwierdza stanowisko Zamawiającego co do tego, że kryteriów oceny technicznej ofert nie spełnia aplikacja nadająca się do instalacji na urządzeniach różnych dostawców wymagająca jednak ingerencji w ich oprogramowanie. Taka odpowiedź warunkowana jest jednak zastrzeżeniem przez biegłego, że udziela jej przyjmując samodzielnie założenie, że spośród różnych sposobów pojmowania pojęcia *framework* przyjmuje drugie wskazane rozumienie. Przy innym definiowaniu tego pojęcia (które zdefiniowane w SIWZ nie zostało na co Sąd Okręgowy już w tym miejscu musi wskazać) siłą rzeczy stanowisko biegłego byłoby inne.

Co do kwestii rozumienia pojęcia *framework* wskazać musi jednak Sąd Okręgowy, że stanowisko KIO w tej materii było inne niż stanowisko Zamawiającego. KIO oparło się na

opiniach prywatnych biegłych przedłożonych przez Zamawiającego i na oświadczeniach Zamawiającego i uznało, że na uwzględnienie zasługiwały zarzuty Mennicy Polskiej Spółki Akcyjnej co kwestii ingerencji w firmware. Otóż wskazała Izba (s. 39 i nast. uzasadnienia wyroku Izby), że Skarżący wskazał sposób w jaki instaluje *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 *firmweworka*. 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. Zdaniem Izby więc opis był wyczerpujący w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. Nadto wskazała Izba, 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. Dopuszczał natomiast modyfikowanie kodu wykonywalnego czyli kodu wyjściowego. Mennica przyjmując prezentowane w opisie rozwiązania, spełniła wymogi Zamawiającego. Nadto na rozprawie przed KIO 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.

Ostatecznie więc w świetle wcześniejszego stanowiska KIO, która w tym punkcie racji Zamawiającemu nie przyznała i wskazała, że nie postawił takiego wymogu w SIWZ jak twierdził oraz faktu, że odpowiedź na to pytanie oparł biegły na przyjęciu jednego ze sposobów definiowania pojęcia *framework* co do tej kwestii konieczne było w ocenie Sądu Okręgowego uzupełnienie opinii biegłego na rozprawie.

Do opinii biegłego uwagi złożył Zamawiający w piśmie z dnia 26 listopada 2008 r. Wskazał Zamawiający, że biegły podzielił jego pogląd co kwestii niemożności ingerencji w *firmware*. Zaznaczył także, że prawdą jest, iż nie jest możliwe stworzenie *framework*, który będzie gwarantował współpracę z wszelkimi możliwymi urządzeniami, również tymi, które powstaną w przyszłości. Podkreślił Zamawiający, że jednak nie wymagał, aby stworzony przez Wykonawcę *framework* nie podlegał modyfikacjom w trakcie wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wymóg taki nie pojawił się w żadnej części Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający założył bowiem, że ze względu na brak możliwości - zarówno prawnej jak i faktycznej, enumeratywnego wyliczenia urządzeń, z którymi *framework* przez cały okres pracy systemu będzie współpracował, czy nawet rodzaju tych urządzeń, dopuszczalne, a wręcz wskazane jest jego modyfikowanie w razie pojawienia się kolejnych urządzeń, które pojawią się na etapie dalszego rozwoju systemu. Założeniem budowy Systemu WKM jest więc umożliwienie integracji z urządzeniami różnych dostawców poprzez interfejs Wykonawcy wyłonionego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a więc stworzenie *frameworka*, który będzie wykorzystywał możliwość komunikowania się z terminalami na poziomie API lub innych rozwiązań dopuszczonych przez licencje zaproponowane przez producentów urządzeń.

Co do odpowiedzi biegłego dotyczącego tzw. cienkiego klienta wskazywał Zamawiający, że w jego ocenie założeniem rozwiązania wykorzystującego koncepcję z tzw. „cienkim klientem” jest posiadanie wyłącznie warstwy prezentacji danych przez tego klienta (terminal), przy czym pozostałe warstwy - to jest logika biznesowa oraz baza danych zostałyby oddelegowane do części serwerowej. Intencją Zamawiającego było to, aby każdy terminal (klient) posiadał nie tylko warstwę prezentacji, ale również logikę biznesową. Wynika to z licznych zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jak np.

§ 73 Wzoru Umowy, zgodnie z którym „przekazywanie danych w trybie radiowym z zachowaniem zasad Bezpiecznej Transmisji z komputerów pokładowych pojazdów powinno następować podczas przebywania pojazdu w zajezdni lub - w przypadku pojazdów nie garażujących w zajezdni zgodnie z Załącznikiem nr 5 do Umowy - poprzez inny system satelitarny, np. GPRS, przy uwzględnieniu ust. 1.”

Jednocześnie zgodnie z punktem 2.1.b) Załącznika nr 6 do Wzoru Umowy „Infrastruktura Pojazdów musi współpracować z systemem łączności radiowej krótkiego zasięgu, przy pomocy którego na zajezdni dokonywana będzie wymiana danych pomiędzy

Infrastrukturą Pojazdu, a Oprogramowaniem Systemowym - do Oprogramowania Systemowego będą przekazywane wszystkie informacje zgromadzone w Infrastrukturze

Pojazdu oraz z Oprogramowania Systemowego przekazywane będą do Infrastruktury Pojazdu wszelkie niezbędne informacje konfiguracyjne (w tym informacje o zmianach rozkładów jazdy, komunikatach dźwiękowych, nowej wersji oprogramowania Infrastruktury Pojazdów)." Z powyższego wynika, że Zamawiający wymagał, aby urządzenia zastosowane w Systemie WKM zapewniały przede wszystkim możliwość komunikacji typu offline (a więc bez potrzeby łączenia się z Centralną Bazą Danych, przy wykorzystaniu własnych „zasobów” danych).

Również z samego tylko sformułowania kryterium oceny ofert - punkt XIII, część A.III. pkt 2 SIWZ wynika, że funkcja terminala odpowiedzialna za obsługę Aplikacji Elektronicznego Biletu ma być zainstalowana w wydzielonej strukturze oprogramowania (tzw. framework), która jest niezależna od sprzętu **i możliwa do zainstalowania w urządzeniach różnych dostawców**, co oznacza, że aplikacja odpowiadająca za obsługę Aplikacji Elektronicznego Biletu (a więc zarówno warstwa prezentacji, jak i logiki biznesowej) winna być zainstalowana po stronie terminala. Zdaniem Zamawiającego należy więc stwierdzić, że zastosowanie rozwiązania z „cienkim klientem” nie spełniałoby wymagań zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający bowiem nie dopuszcza zastosowania tego typu rozwiązania, co wynika jasno z zapisów SIWZ. Kryterium sformułowanego w Specyfikacji nie można odczytywać w oderwaniu od pozostałych postanowień Specyfikacji.

Gdyby opis zawarty w ofercie Mennicy Polskiej S.A. był opisem rozwiązania bezwzględnie wymaganym przez Zamawiającego, oferta Mennicy Polskiej S.A. podlegałaby odrzuceniu jako nie spełniająca wymagań Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Biorąc jednak pod uwagę to, że opis ten miał jedynie potwierdzać spełnienie kryterium oceny technicznej warunkującego przyznanie Wykonawcy dodatkowych punktów, jedyną konsekwencją, jaką mógł Zamawiający wyciągnąć z faktu braku spełniania przez rozwiązanie wymogów SIWZ i również kryterium oceny technicznej, było nie przyznanie za zaproponowane rozwiązanie punktów. Faktyczne zastosowanie rozwiązania wskazanego w ofercie Mennicy Polskiej S.A. na etapie wykonywania umowy, gdyby została wybrana oferta Mennicy Polskiej S.A., musiałoby spowodować sprzeciw Zamawiającego i zarzut wykonywania umowy niezgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. Wskazał Zamawiający, że odpowiedź Biełego na pytanie zadane jako drugie jest wprawdzie negatywna, ale zawiera warunek, od którego uzależnione jest udzielenie takiej właśnie negatywnej odpowiedzi. Zawarte powyżej wyjaśnienia Zamawiającego stanowią o tym, że Bieły oparł się na błędnym założeniu, ponieważ Zamawiający nie akceptuje rozwiązania z cienkim klientem. Powyższe wskazuje na to, że gdyby Biełemu była znana ta okoliczność odpowiedź na zadane pytanie byłaby pozytywna.

Również co do odpowiedzi na trzecie pytanie Zamawiający nie podzielił poglądu wyrażonego w opinii biegłego. To, że wykorzystanie autorskiego protokołu komunikacyjnego siłą rzeczy utrudni autorom innych aplikacji dostęp do danych oraz niesie ze sobą szereg zagrożeń jest dla Zamawiającego oczywiste. Do najważniejszych wad wykorzystania protokołu autorskiego zaliczyć można:

- wymóg poznania przez nowych dostawców aplikacji wspomnianego wcześniej API dostępu do danych, a nie wykorzystywanie standardowych modeli wymiany danych, co wpływa na czas i koszt tworzenia nowych aplikacji,
- możliwość występowania poważnych błędów oraz braków uniemożliwiających realizację niektórych funkcji, co w przypadku ogólnie dostępnych protokołów jest stosunkowo rzadkie, ze względu na fakt, iż protokoły takie są z reguły projektowane i certyfikowane przez międzynarodowe organizacje standaryzacyjne (m.in. ISO - *International Organization for Standardization*, czy też IETF - *Internet Engineering Task Force*, która zajmuje się ustanawianiem standardów technicznych i organizacyjnych w Internecie i publikuje prace dotyczące m.in. standardów komunikacyjnych ogólnie dostępnych dokumentach RFC).

Zdaniem Zamawiającego w przypadku przyjęcia takiego rozwiązania niezbędna wydaje się deklaracja oferenta o udostępnieniu pełnej dokumentacji takiego rozwiązania (nie tylko dokumentacji API), ale także przeprowadzonych testów swojego rozwiązania oraz kodu źródłowego i projektu oprogramowania (lub gwarancji przekazania kodu źródłowego i projektu oprogramowania w szczególnych sytuacjach), aby w przypadku zaniechania przez oferenta serwisowania wspomnianego oprogramowania, tudzież zaniechania przez niego dalszej działalności gospodarczej, Zamawiający mógł nadal korzystać z zaproponowanego rozwiązania. Takie działanie stałoby w sprzeczności z art. 87 ust. 1 *Prawa zamówień publicznych*, zgodnie z którym niedopuszczalne jest dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści oferty. Uzupełnienie oferty o informacje, które zdaniem Biełego mogłyby wskazać czy zaproponowany przez Mennicę Polską S.A. protokół będzie działał dla urządzeń różnych dostawców czy też nie - nie jest więc możliwe. Wskazał Zamawiający, że na stronie 16 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia umieszczono zapis: „Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty opis architektury Oprogramowania CBD - tak, aby z opisu wynikało w jaki sposób i przy pomocy jakich rozwiązań architektura Oprogramowania

CBD zaimplementowana jest w wydzielonej strukturze oprogramowania (Framework), która umożliwia zarządzanie użytkowaniem zasobami CBD przez niezależnych dostawców Kolejnych Aplikacji (otwarta architektura oprogramowania)." Skoro więc oferta nie zawiera opisu z którego wynikałoby spełnienie przez architekturę warunku otwartości, nie zawiera dokumentacji to ofercie Mennicy Polskiej nie mogą być przyznane punkty.

Stanowisko wobec opinii biegłego zajął również Uczestnik Konsorcjum ASEC, który w piśmie z dnia 28 listopada 2008 r. co odpowiedzi na 1 pytania zajął stanowisko popierające Zamawiającego i zgodził się z tą odpowiedzią. Co do odpowiedzi na pytania nr 2 i 3 (na które biegły udzielił jednoznacznej odpowiedzi) wskazał natomiast, że odpowiedzi biegłego wymagają uzupełnienia i rozwinięcia. Uczestnik zarazem dokonał właściwego w swoim mniemaniu uzupełnienia i rozwinięcia. Wskazał uczestnik kwestie wymagające jego zdaniem uzupełnienia i rozwinięcia w tym postawił również pytania biegłemu.

a) Co do pytania nr 2:

1/ Czy kryterium oceny technicznej ofert określonego w SIWZ (tom 1, Rozdział XIII, Punkt A, Podpunkt TTT Kryteria oceny technicznej, punkt 2 tabeli), o treści: 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), nie spełnia scentralizowany system serwerowy z urządzeniami końcowymi (terminalami) w postaci tzw. cienkiego klienta, w którym całą funkcjonalność skupiono po stronie centralnej Systemu?

2) Czy oferta Skarżącej zawiera opis terminala, spełniający wymaganie SIWZ określone na stronie 16 (rozdział X. Opis sposobu przygotowywania ofert, punkt 1. Oświadczenia wchodzące w skład oferty oraz dokumenty, które powinny zostać do niej dołączone; Cześć IV.), o treści: „Wykonawca zobowiązany jest 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)”?

b) Co do pytania nr 3:

1/ Czy w ofercie Skarżącej znajdują się wystarczające informacje potwierdzające to, iż proponowany przez Skarżącą protokół autorski będzie działał dla urządzeń różnych dostawców, zarówno po stronie terminali jak i po stronie CBD ?

2/ W przypadku przeczącej odpowiedzi na pytanie numer 1 (powyżej) - czy zdaniem biegłego, na podstawie oferty Skarżącej istnieje możliwość stwierdzenia, że zaproponowany przez Skarżącą protokół autorski spełnia wymogi postawione przez Zamawiającego w SIWZ i w związku z tym czy można uznać, iż oferta Skarżącej spełnia kryterium oceny technicznej

określone w SIWZ (tom 1, Rozdział XIII, Punkt A, Podpunkt III Kryteria oceny technicznej, punkt tabeli 3 - Architektura Oprogramowania CBD), a w szczególności czy zapewnia otwartość systemu zdefiniowaną w tym kryterium?

Z kolei Skarżący ustosunkowując się do opinii wyraził pogląd, że dla udzielenia wyczerpującej odpowiedzi na postawione tezy dowodową, konieczne jest uzupełnienie Opinii poprzez wyjaśnienie:

1/ Czy wobec braku opisu parametrów technicznych urządzeń oraz specyfikacji systemów operacyjnych, z którymi ma współpracować oprogramowanie w ogóle możliwe jest stwierdzenie, czy dana aplikacja stanowi framework, który jest niezależny od sprzętu i możliwy do zainstalowania w urządzeniach różnych dostawców (spełnia wymóg otwartej architektury oprogramowania)?

2/ Czy zakresy pojęć „technologia cienkiego klienta” i „framework” odnoszą się do odmiennych zestawów właściwości (zestawów cech) danego oprogramowania, tzn. iż każde z tych pojęć opisuje funkcjonalności odmiennego rodzaju i pojęć tych nie można oceniać ani jako przeciwstawnych ani jako zbieżnych czy też zakresy pojęć „technologia cienkiego klienta” i „framework” są rozłączne, tzn. iż pojęcia te są sobie przeciwstawne?

Wobec zgłoszonych kwestii biegły wezwany do zajęcia stanowiska co do pisemnych uwag w odniesieniu do pisma Mennicy Polskiej S.A. wskazał w swej opinii uzupełniającej z dnia 16 grudnia 2008 r., że:

1/ co do 1 pytania - „Czy wobec braku opisu parametrów technicznych urządzeń oraz specyfikacji systemów operacyjnych, z którymi ma współpracować oprogramowanie w ogóle możliwe jest stwierdzenie, czy dana aplikacja stanowi framework, który jest niezależny od sprzętu i możliwy do zainstalowania w urządzeniach różnych dostawców (spełnia wymóg otwartej architektury oprogramowania)?” **udziela odpowiedzi:** „Postawione pytanie jest zasadne. Jednak nie na etapie oceny ofert. Oferent powinien postawić takie pytanie w trybie wyjaśnień do SIWZ i wtedy Zamawiający byłby zobowiązany do uszczegółowienia możliwych do wykorzystania systemów operacyjnych oraz możliwych do wykorzystania typów urządzeń. Jeżeli Oferent nie zgłosił takiej potrzeby oznacza to, że musiał mieć świadomość, że będzie zobowiązany zaproponować rozwiązanie niezależne od systemu operacyjnego i typu zastosowanych urządzeń. Jeżeli oferent zgłosił potrzebę uszczegółowienia i otrzymał wykaz systemów operacyjnych i typów urządzeń należy dokonać sprawdzenia czy zaproponowane rozwiązanie umożliwia jego wykorzystanie bez konieczności ingerencji w oprogramowanie framework’a. Z zapisów SIWZ wynika, że Oferent powinien dołączyć do oferty opis rozwiązania w sposób pozwalający na dokonanie oceny spełniania kryterium: „otwarta architektura oprogramowania”.”

2/ co do 2 pytania - „Czy zakresy pojęć „technologia cienkiego klienta” i „framework” odnoszą się do odmiennych zestawów właściwości (zestawów cech) danego oprogramowania, tzn. iż każde z tych pojęć opisuje funkcjonalności odmiennego rodzaju i pojęć tych nie można oceniać ani jako przeciwstawnych ani jako zbieżnych czy też zakresy pojęć 'technologia cienkiego klienta' i 'framework' są rozłączne, tzn. iż pojęcia te są sobie przeciwstawne?” **udziela odpowiedzi:**

Należy zwrócić uwagę, że pojęcie framework’a rozważane jest w kontekście Terminali oraz Centralnej Bazy Danych. Oznacza to, że powinien powstać framework dla terminali oraz niezależny framework dla Centralnej Bazy Danych. Pojęcie „technologia cienkiego klienta” odnosi się do komunikacji pomiędzy terminalami i Centralną Bazą Danych. Taka komunikacja mogłaby być zrealizowana w innej technologii niż „technologia cienkiego klienta” i jeżeli byłaby prawidłowo wykonana mogłaby być rozwiązaniem prawidłowym. Zatem pojęcia „technologia cienkiego klienta” i „framework” odnoszą się do odmiennych zestawów właściwości i nie można oceniać ich jako przeciwstawne ani jako zbieżne (rozumiane jako zamienne) ponieważ dotyczą innej płaszczyzny funkcjonowania oprogramowania. Oba pojęcia mogą funkcjonować niezależnie i nie są przeciwstawne.

Co do pytań Uczestnika Konsorcjum ASEC wskazał z kolei biegły, że co kwestii charakterystyki technologii cienkiego klienta to zawarcie w ofercie stwierdzenia, że zostanie zastosowana technologia cienkiego klienta nie przesądza o fakcie skupienia całej funkcjonalności po stronie centralnej systemu. Możliwe jest zastosowanie technologii cienkiego klienta z możliwością realizacji pewnych funkcji przez terminal, na którym została ta technologia zastosowana.

Co do pytań dotyczących opisu terminala, to na pytania te odpowiedzieć powinien Zamawiający ponieważ on posiada wiedzę czego oczekuje od produktu końcowego. Jeżeli Zamawiający ma wątpliwości co do tego, czy przedstawiony opis terminala oraz opis architektury Oprogramowania CBD jest niewystarczający lub brak jest pewności co do tego, czy opis ten spełnia wymagania określone w SIWZ powinien on zdaniem biegłego zastosować zapis zawarty na końcu Części IV SIWZ:

Namawiający zastrzega sobie prawo do żądania zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego spełnianie przez terminal oraz architekturę Oprogramowania CBD opisanych powyżej wymagań". Wskazać musi Sąd Okręgowy, że w tej kwestii biegły wkroczył w kwestię oceny obowiązków stron do czego powołany nie był.

Co do pytań dotyczących protokołu autorskiego wskazał biegły, że brak jest w ofercie wystarczających informacji potwierdzających to, że proponowany przez Skarżącą protokół autorski będzie działał dla urządzeń różnych dostawców, zarówno po stronie terminali jak i po stronie CBD. Brak w ofercie wystarczających informacji potwierdzających to, że proponowany przez Skarżącą protokół autorski będzie działał dla urządzeń różnych dostawców, zarówno po stronie terminali jak i po stronie CBD nie przesądza o spełnieniu kryterium oceny technicznej określone w SIWZ (tom 1, Rozdział XIII, Punkt A, Podpunkt III Kryteria oceny technicznej, punkt tabeli 3 - Architektura Oprogramowania CBD).

Przy takich stanowiskach stron i uzupełniającej pisemnej opinii biegłego został dopuszczony dowód z jego uzupełniającej opinii ustnej przeprowadzony na rozprawie w dniu 14 stycznia 2009 r. Biegły podtrzymał swoje wcześniejsze opinie. Pytany jednak co do odpowiedzi na pierwsze postawione przez Sąd pytanie, a więc co do kwestii „czy kryteriów oceny technicznej ofert nie spełnia aplikacja nadająca się do instalacji na urządzeniach różnych dostawców wymagająca jednak ingerencji w ich oprogramowaniu?” na które to pytanie odpowiedział w swej opinii pisemnej, że tych kryteriów nie spełnia aplikacja nadająca się do instalacji na urządzeniach różnych dostawców wymagających jednak ingerencji w ich oprogramowaniu odpowiedział jednak, że udzielił takiej odpowiedzi w oparciu o drugie pojęcie słowa *framework*, które powinno być dominujące. Na pytanie Sadu czy o pojmowaniu tego pojęcia decydować powinien przedmiot zamówienia potwierdził, że to drugie pojęcie w tej sprawie winno być dominujące z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia. Przy takiej jednak odpowiedzi biegły całkowicie jednoznacznie i zdecydowanie wskazał, że:

1/ SIWZ nie zawiera definicji pojęcia *framework*,

2/ pojęcie to nie jest jednoznacznie pojmowane,

3/ pojęcie to jako warstwy pośredniczącej zostało źle użyte w SIWZ bowiem *framework* nie podlega instalacji na urządzeniu, a więc bezpośrednio w jego *firmware*, a poprzez system operacyjny zainstalowany na urządzeniu już posiadającym *firmware* (odnosi się więc do systemu operacyjnego, a nie urządzenia); Gdyby warstwa pośrednicząca miała być instalowana na urządzeniach z pominięciem systemu operacyjnego musiałoby to być wyraźnie wskazane w SIWZ.

4/ definicja pojęcia *framework* jaką posługuje się Skarżący (Mennica Polska) z punktu widzenia wiedzy informatycznej jest również poprawna,

5/ brakiem SIWZ jest niezdefiniowanie pojęcia *framework* bowiem w informatyce pojęcie to ma wiele znaczeń.

Biegły odpowiadał również na pytania stron przy czym Uczestnik i Konsorcjum ASEC w szczególności podnosili kwestie czy *framework* jednak wbrew wypowiedzi biegłego

nie jest wystarczająco zdefiniowany we wskazywanych przez nich zapisach SIWZ oraz czy na ocenę biegłego nie wpłyną pisma z 30 listopada 2007 r., które zacytowali biegłemu.

Pełnomocnik Zamawiającego wskazywał biegłemu na załącznik nr 6 do SIWZ, który w punkcie 1 doprecyzowuje pojęcie frameworka (k. 616 akt). Z załącznika tego zawartego na stronie 83 części II SIWZ (projekt umowy z załącznikami) wynikają jednak wytyczne działania Infrastruktury Pojazdów, a w szczególności (w pkt 1.1) wytyczne działania kasowników umieszczonych w pojazdach. Są to takie funkcjonalności jak np. zawarte w punktach b, c i d:

„b) kasowniki mają umożliwiać odczyt, zapis i przetwarzanie danych zapisanych na Kartach WKM, stanowiących element Systemu Elektronicznego Biletu Komunikacji Miejskiej, sprawdzenie ważności biletu oraz rejestrację danych związanych ze zrealizowanymi transakcjami obsługi Kart WKM w zasobach Infrastruktury Pojazdu, w tym: numer Karty WKM, numer systemowy kasownika, data i godzina użycia, oznaczenie przystanku, na którym:

- przy logowaniu się w pojeździe - ostatnio zatrzymał się pojazd lub obecnie przebywa,
- przy wylogowywaniu się - pojazd w najbliższym czasie zatrzyma się lub w danej chwili się znajduje,

c) kasownik musi umożliwić obsługę danych (zapis/odczyt) aplikacji Elektronicznego Biletu Komunikacji Miejskiej zapisanych w pamięci Kart WKM,

d) kasownik powinien umożliwiać odczyt danych z aplikacji Elektronicznego Biletu Komunikacji Miejskiej, z wyłączeniem danych osobowych oraz ewentualnie tylko tych danych z Kolejnych Aplikacji, które zostaną wskazane przez Zamawiającego.”

Biegły po wskazaniu na te zapisy wskazał, że nie zmienia to jego stanowiska bowiem w jego ocenie te zapisy wskazują, jakie funkcje ma mieć terminal a nie framework. Niekoniecznie bowiem funkcje frameworka realizują funkcje terminala, czyli jeśli przykładowo na terminalu coś się wyświetla to niekoniecznie jest to funkcja frameworka. Framework może dostarczyć dane, a aplikacja zainstalowana na terminalu powoduje wyświetlenie tych danych. Funkcja terminala jest zatem odrębna od funkcji frameworka. W mojej ocenie nie jest jednoznaczne to, że zdefiniowanie funkcji terminala oznacza zdefiniowanie frameworka. Stanowiska biegłego sprowadza się więc do wskazania Zamawiającemu, że czym innym są użytkowe funkcje terminala i aplikacji na nim zainstalowanej, a czym innym funkcje frameworka jako warstwy pośredniczącej. Opisanie funkcji użytkowych aplikacji która miałaby być zainstalowana przy wykorzystaniu frameworka nie jest opisaniem funkcji tejże warstwy pośredniczącej.

Co do pisma z 30 listopada 2007 r. pełnomocnik Konosrcujm ASEC wskazał zawarte tam wyjaśnienia, biegły odpowiedział (karta 618), że jest to jakieś doprecyzowanie wobec pierwotnego zapisu, ale nie jest to nadal zdefiniowanie o jakie znaczenie pojęcia framework chodzi.

Co do pytań postawionych pierwotnie przez Sąd jako 2 i 3 biegły również podtrzymał swoją opinię wskazując również na braki w zakresie dokumentacji w ofercie Skarżącego, które jego zdaniem zachodzą.

W tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Jak już wyżej wskazał Sąd Okręgowy w składzie rozpoznającym sprawę za konieczne

uznał skorzystanie dla rozstrzygnięcia sprawy z wiadomości specjalnych co oznaczało powołanie biegłego. Zaznaczyć więc musi Sąd, że nie może podzielić poglądu KIO o zbędności powołania w tej sprawie biegłego. Pogląd KIO jest najwyraźniej oparty na przekonaniu, iż wystarczające powołanie biegłego (biegłych) przez Zamawiającego w postępowaniu lub też przedłożenie opinii biegłego przez Skarżącego. Sąd Okręgowy takiego przekonania podzielić nie może. Wskazać trzeba, że pogląd Sądu Okręgowego wynika z faktu, iż ustawa *Prawo zamówień publicznych* wspomina o biegłych w art. 21 ust. 4, art. 96 ust. 2, art. 163 ust. 1 pkt 3, art. 163 ust. 2, art. 163 ust. 3, art. 187 ust. 5, art. 188 ust. 3, art. 188 ust. 4. Przepisy te podzielić można na przepisy dotyczące:

1/ biegłych powoływanych przez zamawiającego (art. 21 ust. 4, art. 96 ust. 2 i art. 187 ust. 5),

2/ biegłych powoływanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (art. 163 ust. 1 pkt 3, art. 163 ust. 2, art. 163 ust. 3),

3/ biegłych powoływanych przez KIO (art. 187 ust. 5, art. 188 ust. 3 i art. 188 ust. 4). Wyraźnie więc z art. art. 188 ust. 4 ustawy *Prawo zamówień publicznych* wynika powołanie biegłego jeżeli ustalenie stanu sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Tego rodzaju „możliwość” jak wskazano w tym przepisie nie oznacza jednak wolnej woli, a obowiązek skorzystania z biegłego jeżeli potrzebne są wiadomości specjalne. W tym zakresie w ocenie Sądu Okręgowego wątpliwości mieć nie można, a wskazują na to ustalone już reguły wykładni przepisów k.p.c. o powinności powołania biegłego przez Sąd jeżeli potrzebne są wiadomości specjalne.

W niniejszej sprawie treść rozstrzygnięcia które było kwestionowane wskazuje jednoznacznie na potrzebę skorzystania z wiadomości specjalnych. Nie można bowiem odpowiedzieć z pozycji Sądu orzekającego (nawet jeśli skład sądu stykał się z zamówieniami publicznymi dotyczącymi sfery informatycznej) na postawione pytania bez oceny biegłego. Nie ma bowiem możliwości oceny nie tylko zawartości oferty, ale także zawartości SIWZ bez wiadomości specjalnych. Nie podziela więc Sąd przekonania KIO, że zasadne było dokonywanie ocen sprawy wyłącznie na podstawie biegłych przez Zamawiającego i Skarżącego powołanych. Przytoczyć może Sąd pogląd Sądu Najwyższego wyrażony 22 lutego 2008 r. w sprawie V CSK 432/07 według którego „ustalenia, wymagające wiadomości specjalnych, aby mogły stać się składnikiem materiału dowodowego poddawanego ocenie, muszą przybrać formę określoną w art. 278 i nast. k.p.c., to znaczy postać opinii biegłego (biegłych) lub odpowiedniego instytutu. Wymogiem prawidłowego przeprowadzania tego dowodu jest zadbanie o jego bezpośredniość, polegającą na umożliwieniu stronom przedstawienia wątpliwości i uzyskania wyjaśnień w toku przesłuchania autorów opinii.”

W ocenie Sądu Okręgowego konieczne było zadośćuczynienie tym zasadnym wytycznym Sądu Najwyższego. Konsekwentne jest zresztą stanowisko judykatury, iż gdy rozstrzygnięcie sprawy wymagałoby wiadomości specjalnych, niedopuszczalne jest pominięcie dowodu z opinii biegłych, choćby ktokolwiek ze składu orzekającego takie wiadomości posiadał (odmienne rozwiązanie pozbawiałoby strony możliwości stawiania pytań i krytyki określonego poglądu, a ponadto prowadziłoby do niedopuszczalnego połączenia funkcji sędziego i biegłego - tak SN w wyroku SN z dnia 18 lipca 1975 r., I CR 331/75; w uzasadnieniu postanowienia SN z dnia 9 maja 2000 r., IV CKN 1209/00; w uzasadnieniu orzeczenia SN z dnia 26 października 2006 r., I CSK 166/06, niepubl.).

Wskazać musi w dalszym ciągu Sąd Okręgowy, że na podstawie art. 278 k.p.c. przyjmuje się konsekwentnie, że **opinią biegłego jest wyłącznie opinia sporządzona przez osobę wyznaczoną przez sąd** (uzasadnienie wyroku SN z dnia 10 grudnia 1998 r., I CKN 922/97). Według judykatury, nie może być traktowana jako dowód w postępowaniu opinia biegłego (w tym również biegłego stałego), sporządzona na polecenie strony i złożona do akt sądowych. Prywatne ekspertyzy opracowywane na zlecenie stron, przed lub w toku postępowania, należy traktować więc, w razie ich przyjęcia przez sąd orzekający, jako wyjaśnienie stanowiące poparcie, z uwzględnieniem wiadomości specjalnych, stanowiska

stron. Oparcie orzeczenia na pozasądowym oświadczeniu biegłego traktowanym jako opinia biegłego stanowi uchybienie procesowe. To stanowisko orzecznictwa jest konsekwentne i niezmiennie od lat. Nie wiąże się takiego skutku z wydaniem opinii przez osoby przez Sąd (czy też inny organ orzekający jak np. KIO) powołanymi. Od reguły oparcia się na biegłym przez Sąd lub organ orzekający powołany są ściśle określone i uzasadnione wyjątki korzystania z biegłych innych niż biegli sądowi (jak np. biegli rewidenci na gruncie k.s.h. czy też /w szczególności/ ustawy o rachunkowości - ten przypadek wiąże się jednak z powołaniem osób spośród ściśle określonej i godnej zaufania grupy zawodowej podlegającej kontroli samorządu zawodowego co gwarantować ma pewność ich bezstronności).

W tej więc sprawie nie może Sąd Okręgowy przyjąć, że opinie biegłych przez Zamawiającego powołanych są na gruncie postępowania sądowego tylko i wyłącznie opiniami biegłych prywatnych, a więc mają walor wyjaśnienia stanowiska strony. Nie ma zamiaru w tej chwili Sąd Okręgowy podważać tych opinii niemniej jednak wskazać trzeba, że jeżeli były to opinie bezstronnych osób dla Zamawiającego to tak naprawdę Zamawiający podjął zgodnie z tym prywatnymi opiniami czynności, a więc trudno w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy oceniać czynności zamawiającego na podstawie opinii sporządzonych na jego żądanie. **Sąd Okręgowy wskazać w tym miejscu musi, że żaden przepis ustawy *Prawo zamówień publicznych* nie czyni opinii biegłych powołanych przez Zamawiającego opiniami równoważnymi z opiniami biegłych których powołać może KIO czy też Prezes UZP. Co więcej skoro z mocy art. 194 ust. 2 ustawy do postępowania przed Sądem stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego to opinie biegłych powołanych przez Zamawiającego nie mogą być uznane za równoważne z opiniami biegłego sądowego, a sam fakt ich sporządzenia nie może oznaczać, że kwestie wymagające wiadomości specjalnych zostały już wyjaśnione i nie czyni zbędnym powołania biegłego sądowego do oceny zagadnień wymagających wiadomości specjalnych.**

Sąd Okręgowy w tej sytuacji skorzystał więc z opinii biegłego sądowego, która w ocenie Sądu wskazała na braki w SIWZ. Nie budzi wątpliwości Sądu Okręgowego, że opinia biegłego wskazała na braki w dokumentacji ofertowej Skarżącego. Zarazem jednak z opinii tej wynika jasno i jednoznacznie, że co do uzasadnienia kryteriów oceny technicznej i nieprzyznania punktów Skarżącemu oparł się Zamawiający na kryteriach, których w SIWZ nie ujął. Biegły uzasadnił przed Sądem Okręgowym, w obecności stron swoją opinię. Zamawiający, Skarżący i Uczestnik Konsorcjum ASEC zadawali pytania biegłemu niemniej jednak nie sformułowano wniosku o dodatkową opinię bowiem nie podważono opinii powołanego biegłego. **Z opinii tej zdaniem Sądu wynikają 4 zasadnicze okoliczności, wyżej już wskazane, które w tym miejscu wymagają jedynie syntetycznego omówienia:**

1/ Zamawiający użył w SIWZ pojęć, które jednoznacznie nie są zdefiniowane co dotyczy posługiwania się pojęciem framework. Nie można uznać definicji użytej przez Zamawiającego za jedyną i prawidłową. Nie można więc skutecznie poglądu, iż postawił Zamawiający wymóg braku ingerencji w *firmware* urządzeń i od tego uzależniać rozstrzygnięcia.

2/ Nie jest prawdziwe stwierdzenie że kryteriów oceny technicznej oferty zawartej w SIWZ nie spełnia aplikacja oparta o scentralizowany system serwerowy z urządzeniami końcowymi (terminalami) w postaci tzw. cienkiego klienta i w związku z tym nie można uzależniać od niego rozstrzygnięcia przetargu.

3/ Nie jest prawdziwe stwierdzenie że kryteriów oceny technicznej oferty zawartej w SIWZ nie spełnia aplikacja oparta na protokole autorskim. Nie jest prawdziwe stwierdzenie, że zastosowanie aplikacji opartej na protokole autorskim przesądza o braku otwartości systemu i co za tym idzie samo przyjęcie protokołu autorskiego nie pozwala na przyjęcie, że oferta z jego zastosowaniem nie spełnia wymogów SIWZ.

4/ Dokumentacja oferty Skarżącego zawiera braki np. przez brak potwierdzenia, że proponowany protokół autorski będzie działał dla urządzeń różnych dostawców zarówno po

stronie terminali jak i po stronie CBD, choć oczywiście braki te dotyczą z kolei kwestii niewyraźnych jednoznacznie w kryteriach oceny.

Zdaniem Sądu Okręgowego głębszego wyjaśnienia wymaga pierwsza wskazana wyżej kwestia czyli to, że Zamawiający użył w SIWZ pojęć, które jednoznacznie nie są zdefiniowane. Dotyczy to posłużenia się pojęciem *framework* co do którego dopuszczalne są dwie definicje i zarówno rozumienie nadawane temu pojęciu przez Zamawiającego jak i Skarżącego jest poprawne, a biegły jasno i wyraźnie wskazał, że brak definicji w SIWZ nie pozwala na jednoznaczne wskazanie, iż rozumienie nadawane temu pojęciu przez Zamawiającego było jedynym możliwym do zrozumienia. Nie może Sąd nie wskazać w tym miejscu, że znaczenia słowa *framework* nadawanego przez siebie temu pojęciu w SIWZ użytemu nie potrafił obronić Zamawiający zarówno w postępowaniu przed Sądem Okręgowym (jak zresztą wcześniej i przed KIO). Otóż za kompletnie chybione uznać musi Sąd odwołanie się przez Zamawiającego do załącznika nr 6 od części II SIWZ. Jasno w tej materii wypowiedział się biegły wskazując, że opisane tam funkcjonalności nie są funkcjami *frameworka*, a funkcjami terminala. Zdaniem Sądu do odpowiedzi na to pytanie biegłego nie była potrzebna zresztą nawet wiedza specjalna bowiem już przyjmując definicje używane przez Zamawiającego, a więc:

- *firmwaru* jako podstawowego oprogramowania urządzenia,
- systemu operacyjnego zainstalowanego w urządzeniu,
- *frameworka* jako warstwy pośredniczącej (drugie wskazane przez biegłego rozumienie, zdaniem Zamawiającego jasne i jedyne) albo też zbioru programów wspomagających tworzenie, rozwój i testowanie powstających aplikacji (pierwsze wskazane przez biegłego rozumienie),
- aplikacji użytkowej,

jednoznacznie widać, że w załączniku 6 określono funkcje aplikacji użytkowej (funkcje terminala Elektronicznego Biletu), a nie funkcje *frameworka* w rozumieniu drugim (wskazany przez biegłego) czyli rozumienia go jako środowiska w którym uruchamiane jest oprogramowanie tworzone przez innych wytwórców zawierającego zestaw funkcji narzędziowych wspomagających programy komputerowe w trakcie ich uruchamiania i współdziałania z system operacyjny w celu dostarczenia odpowiednich funkcji wejścia, wyjścia, obliczeniowych, zobrazowania i innych”.

Nie zmienia tej oceny również odwołanie się do pisma z 30 listopada 2007 r. Jasne stanowisko zajął biegły i w związku z tym nie może Sąd nie podzielić poglądu wyrażonego wcześniej przez KIO co do znaczenia pisma z 30 listopada 2007 r. Przypomnieć musi zresztą Sąd Okręgowy, że Skarżący w piśmie z dnia 12 października 2008 r. (karta 374 akt) także co do tego pisma wskazał, że Zamawiający wskazał na niemożliwość modyfikowania kody źródłowego, nie wypowiedział się natomiast co do zakazu modyfikowania kodu wykonywalnego. Krajowa Izba Odwoławcza przyznała zresztą rację Skarżącemu (przed KIO Odwołującemu) w tej kwestii na co wyraźnie wskazała na stronie 40 uzasadnienia wyroku. W świetle wyroku KIO i jego uzasadnienia nie może więc Sąd zaaprobować twierdzeń Zamawiającego i Uczestnika, że pismo z 30 listopada 2007 r. rozstrzygało o jasnym określeniu przewidzienia w SIWZ nakazu stworzenia *frameworka* jako warstwy pośredniczącej i całkowitym zakazie modyfikowania *firmwaru*.

Jeżeli jednak omawiać wątek pism z 30 listopada 2007 r. to wskazać musi Sąd również na to, że nie wykazał Zamawiający w postępowaniu aby pisma te były udostępnione w sposób określony w *Prawie zamówień publicznych* tj. na stronie internetowej Zamawiającego. Wszystkie dokumenty znajdujące się na stronie internetowej Zamawiającego zostały bowiem przez Sąd wydrukowane i włączone do tomu dodatkowego akt. Wśród tych dokumentów pism z 30 listopada 2007 r. nie ma. Zaznaczyć musi jednak Sąd Okręgowy, że przy niewykazaniu tego przez Zamawiającego jednak nie zakwestionował wiedzy o tych dokumentach Skarżący (w piśmie z 12 października 2008 r. wręcz się o nich wypowiedział), a zatem pisma te mogą być przedmiotem procesowania w sprawie. Pisma te mają zresztą także

istotne znaczenie z jeszcze jednej przyczyny. Otóż były one odpowiedziami na pytania zadane przez ARAM S.A. (karta 574) i Metal spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (karta 594). W pytaniach tych pojawiło się zresztą twierdzenie (karta 575), że nie ma możliwości spełnienia wymogu co do wszystkich urządzeń wszystkich producentów co zresztą później potwierdził biegły, a co Zamawiający tłumaczył, że oczywiście nie miał na myśli wszystkich urządzeń, wszystkich producentów (kart 460-461). Jawi się więc Sądowi Okręgowemu zasadnicze pytanie - jeżeli nie było zamiarem Zamawiającego odniesienie się do wszystkich możliwych urządzeń (nieokreślonego kręgu urządzeń) to po co w SIWZ zawierał zapis: „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)”. Określenie kręgu urządzeń jako kręgu otwartego oznacza wymóg zainstalowania aplikacji na wszystkich urządzeniach dostępnych na rynku.

Zaprzeczenie takiemu wymogowi później podważa prawidłowość zapisu SIWZ, a w szczególności powołanie się na jego niespełnienie przez Skarżącego. Nie może zresztą Sąd w tym miejscu nie zauważyć, że biegły w swej opinii na rozprawie jasno wskazał, że pojęcie frameworku jako warstwy pośredniczącej odnosi się do systemu operacyjnego (framework pośredniczy między tym systemem, a aplikacją użytkową), a nie urządzenia (nie pośredniczy tak pojmowany framework między urządzeniem jak to ujął zamawiający, a aplikacją użytkową).

Co do kwestii użytego opisu pojęcia framework wskazać musi jednak Sąd, że zarówno pogląd biegłego co do niejasności zapisu SIWZ przez brak zdefiniowania pojęcia w SIWZ użytego jak i przekonanie Skarżącego o prawidłowości przez niego używanego pojmowania frameworku wzmacniają też powszechnie spotykane definicje. Jako przykład może podać Sąd definicję zawartą w wikipedii (dostęp sierpień 2008 i luty 2009 według którego to źródła:

„**Framework** (rama projektowa, szkielet) to w programowaniu struktura wspomagająca tworzenie, rozwój i testowanie powstającej aplikacji. Z reguły na framework składają się programy wspomagające, biblioteki kodu źródłowego i inne podobne narzędzia. To szkielet działania aplikacji, który zapewnia podstawowe mechanizmy i może być wypełniany właściwą treścią programu. Np. w programowaniu gier na szkielet może składać się utworzenie pustego okna, kod inicjalizacji i finalizacji biblioteki graficznej (jak DirectX czy OpenGL), a także dodatkowe moduły wspomagające, jak wczytywanie tekstur z różnych formatów plików, funkcje rysujące podstawowe figury geometryczne, tekst itp.”.

Rozpowszechnienie takiej definicji nie pozwala uznać definicji użytej przez Zamawiającego za jedyną i prawidłową. Nie można więc bronić skutecznie poglądu, iż postawił Zamawiający wymóg braku ingerencji w *firmware* urządzeń i od tego uzależniać rozstrzygnięcia.

Wobec wskazanych wyżej okoliczności zasadniczym pytaniem dla Sądu Okręgowego była więc kwestia czy wobec zasadności stanowiska Skarżącej co do powoływania się w kryterium oceny technicznej na wymogi, które w rzeczywistości w SIWZ nie zostały jednoznacznie wyrażone, ale zarazem przy dowiedzeniu (w ocenie Sądu Okręgowego), że oferta Mennicy Polskiej spółki akcyjnej nie była prawidłowo przygotowana (niezależnie od ewentualnych działań które były lub nie były w tej sytuacji obowiązkiem Zamawiającego) możliwe jest oddalenie skargi co oznacza potwierdzenie prawidłowości czynności Zamawiającego. W ocenie Sądu Okręgowego wobec wyraźnego wyniku postępowania dowodowego, wskazujące na niejednoznaczność SIWZ i powoływanie się przez Zamawiającego na kryteria oceny, które nie wynikały z SIWZ-u (choć może zasadnie uznał je

Zamawiający za istotne - ale w SIWZ ich nie wyraził) nie ma żadnej możliwości oddalenia skargi i zawarcie umowy o rozstrzygnięcie dotknięte jednak wadami z uwagi na pierwotne wady SIWZ.

Przypomnieć musi Sąd Okręgowy na wstępie, że postępowanie to prowadzone jest

według reguł wynikających z art. 4 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy *Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw* (Dz.U. nr 171 z roku 2008, poz. 1058). Tym samym jeżeli chodzi o postępowanie stosuje się do niego przepisy dotychczasowe z wyjątkiem wyraźnie wskazanych w wyżej wymienionym przepisie.

Analizując jednak postępowanie i SIWZ w kontekście poczynionych ustaleń nie może Sąd Okręgowy nie wskazać, że wskazane wyżej braki w SIWZ warunków zamówienia oznaczają, że postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zatem na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy *Prawo zamówień publicznych* zachodzi podstawa do unieważnienia postępowania. Podziela Sąd Okręgowy pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 27 stycznia 2005 r. (III CZP 78/04) w której wskazał, że w wypadku stwierdzenia z urzędu okoliczności objętej art. 93 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. Nr 19, poz. 177 ze zm.) zespół arbitrów unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia. Sąd Okręgowy, w razie stwierdzenia z urzędu okoliczności objętej tym przepisem, uchyla orzeczenie zespołu arbitrów i unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia. Wyrok ten spotkał się zresztą z akceptacją glosatora (R. Szostak, *Orzecznictwo Sądów Polskich* nr 6/2006), który wskazał, że „trzeba zgodzić się z poglądem Sądu Najwyższego wyrażonym w głosowanej uchwale, według którego pomimo braku wyraźnego przepisu nie powinno budzić wątpliwości, że okoliczności uzasadniające unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia uwzględnić z urzędu nie tylko zespół arbitrów, lecz także sąd okręgowy w postępowaniu skargowym na podstawie analogicznego zastosowania art. 191 ust. 3 pzp. Wyłączenie tej powinności względem sądu okręgowego byłoby niekonsekwentne w obliczu reformatoryjnych uprawnień tego sądu, kontrolującego orzeczenia arbitrów przy odpowiednim stosowaniu przepisów k.p.c. o apelacji.”

Przytoczyć musi Sąd również pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uchwale Sądu Najwyższego Izby Cywilnej z dnia 18 października 2007 r. (III CZP 87/2007) zgodnie z którym ustalenie zawarte w zaskarżonym wyroku zespołu arbitrów braku okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia nie wiąże Sądu rozpoznającego skargę. Tak więc w ocenie Sądu Okręgowego fakt, że Krajowa Izba

Odwoławcza nie unieważniła postępowania nie wyklucza możliwości (i powinności) unieważnienia przez Sąd.

Za jednoznacznie przyjęte uważa więc Sąd Okręgowy, że rozpoznając skargę może i powinien unieważnić postępowanie. Sama zasada możliwości unieważnienia postępowania też jest jasna i wynika z przepisów *Prawa zamówień publicznych*. Konieczność unieważnienia pojawia się w postępowaniach czy przed Sądami czy też przed Krajową Izbą Odwoławczą. Wskazać musi Sąd Okręgowy np. na wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2008 r. KIO/UZP/ 533/08 w którym KIO unieważniła postępowanie wskazując, że wykonawcy nie mogą ponosić konsekwencji niedokładnego opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. W sprawie o którą chodzi Zamawiający tak jak w niniejszej sprawie oparł się na wymogach niewyrażonych jego zdaniem jednoznacznie w SIWZ co oznaczało naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 i 3 ustawy *Prawo zamówień publicznych*, a zatem prowadzi do unieważnienia postępowania na podstawie art. 191 ust. 3 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy. Podobnie błędy co do specyfikacji skutkowały unieważnieniem postępowania np. przez Zespół Arbitrów w sprawie UZP/ZO/O-1124/06 wyrokiem z 25 kwietnia 2006. Przypomnieć musi zresztą Sąd Okręgowy także przywoływany w literaturze wyrok Sądu Okręgowego we Zielonej Górze z 13 maja 2005 r. (II Ca 109/05) w którym wskazano, że okoliczność, iż inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, wystarczy bowiem, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę.

Ta wskazane wyżej przesłanki prawne unieważnienia postępowania przez Sąd Okręgowy nie wyczerpują jednak zagadnienia bez wskazania okoliczności faktycznych już wyżej wstępnie wskazanych. Otóż dla Sądu Okręgowego wynika z ustaleń będących wynikiem postępowania dowodowego przed Sądem (ale w części korespondujących z ustaleniami KIO - KIO bowiem stwierdziło braki w opisie zawartym w SIWZ /choć co do części kryteriów/, że nie opisano prawidłowo i jednoznacznie kryteriów oceny ofert co oznacza też, iż nie opisano zarazem jednoznacznie oczekiwanego przedmiotu zamówienia.

Jeżeli bowiem zamiarem Zamawiającego (niestety niewyrażonym w SIWZ) było punktowanie obecności frameworka jako warstwy pośredniczącej to powinien to w SIWZ wyrazić (to samo odnosi się do wykluczanych przez Zamawiającego ale nie wykluczonych w SIWZ technologii cienkiego klienta *I think klient!* oraz wymogu protokołu innego niż protokołu autorskiego). Jeżeli natomiast nie zdefiniował tych pojęć w SIWZ to może Sąd Okręgowy tylko i wyłącznie uznać, że brak jest poprawnej definicji przedmiotu zamówienia. Nie wyczerpuje bowiem kwestii opisu przedmiotu zamówienia opis zawarty w punkcie III

SIWZ. Już ten opis w którym wskazano: „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”, jest niepełna bez Tomu 2 SIWZ w którym wskazuje się o jaki rodzaj licencji chodzi Zamawiającemu. W tej bowiem sprawę nie chodzi przecież jak się ogólnie określa przedmiot zamówienia /wdrożenie i obsługa systemu Wrocławskiej Karty Miejskiej/, ale o udzielenie w związku z tym odpowiednich licencji w Tomie 2 SIWZ przecież opisanych. Wskazanie natomiast, że chodzi o dostawę oprogramowania spełniającego kryteria oceny technicznej ofert jest w ocenie Sądu taką samą częścią opisu przedmiotu zamówienia jak opis w części I SIWZ w której wskazuje się, że 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.”

W części I odwołuje się Zamawiający do szczegółowego zakresu i opisu w Tomie II SIWZ. Takim samym elementem opisu jest jednak także ta część kryteriów oceny technicznej, która odnosi się do technicznych właściwości programu takich jak wymóg zbudowania aplikacji z wykorzystaniem:

1/ „wydzielonej struktury oprogramowania (*framework*)” - co nie jest jednoznacznie określone jak należy rozumieć to pojęcie,

2/ czy też otwarta architektura oprogramowania rozumiana jako coś co nie jest protokołem autorskim - co także nie jest dostatecznie dokładnie i zrozumiale wyjaśnione (a to najlepiej pokazuje ocenianie przez Zamawiającego ofert na podstawie niewyrażonych w SIWZ kryteriów).

Co do opisu wskazać musi Sąd, że opis przedmiotu musi być na tyle czytelny i niebudzący jakichkolwiek wątpliwości, by mógł stanowić podstawę do złożenia przez zainteresowane podmioty porównywalnych ofert, ale należy to wskazać. Otóż niejasny opis przedmiotu zamówienia i stawianych kryteriów ma znaczenie dla zachowania prawidłowej konkurencji i udziału w postępowaniu zainteresowanych podmiotów. W ocenie Sądu przy każdym zamówieniu pamiętać trzeba również o tych uczestnikach rynku, którzy przy niejasnym przedmiocie zamówienia nie złożyli ofert. Jeżeli przedmiot zamówienia z powodu użycia pojęć wieloznacznych w jego opisie (bo jak wyżej wskazano kryteria oceny technicznej mają znaczenie opisu) nie jest jednoznaczny to w czytelny sposób ma to znaczenie ograniczenia konkurencji. Tym samym dochodzi do naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 i 3 ustawy *Prawo zamówień publicznych*. Zaznaczyć musi Sąd Okręgowy, że nawet co do samego wadliwego opisu kryteriów przyjmuje się, że wadliwe ustalenie kryteriów oceny ofert jest wadą postępowania tkwiącą w nim od początku, która nie może być konwalidowana

w żadnym przypadku. Brak złożenia środków ochrony prawnej na treść SIWZ dotyczącej kryteriów oceny ofert oraz sposobu dokonywania oceny ofert nie sanuje postanowień siwz niezgodnych z prawem - na co jasno, wyraźnie i jednoznacznie wskazał Krajowa Izba

r. w sprawie KIO/UZP/483/08, a który to pogląd prawny Sąd Okręgowy w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę podzielił. Wskazać musi zresztą Sąd w tej sprawie, że nie może podzielić poglądu Zamawiającego i Uczestnika Konsorcjum ASEC, iż w oczywisty sposób mógł Skarżący korzystać z możliwości przewidzianej w art. 38 ustawy *Prawo zamówień publicznych* i zażądać wyjaśnienia treści SIWZ. Problem w tym, że w świetle opinii biegłego jasne jest, iż Skarżący miał prawo (na skutek posłużenia się niejednoznacznymi określeniami w kryteriach oceny technicznej) rozumieć zapisy SIWZ inaczej niż rozumiał je Zamawiający. Nie doszło więc do sytuacji, że Skarżący użytych pojęć nie rozumiał (w świetle opinii biegłego mógł ich nie rozumieć) i miał podstawy do domagania się wyjaśnień. Skarżący rozumiał je inaczej niż Zamawiający i jak wynika z opinii biegłego było to usprawiedliwione nieścisłością użytych pojęć. Wskazać musi Sąd Okręgowy, że gdyby z opinii biegłego wynikało, że powinien Skarżący rozumieć pojęcia użyte w SIWZ jak rozumiał je Zamawiający to wtedy oczywiście brak zapytania w trybie art. 38 ustawy *Prawo zamówień publicznych* pociągałoby negatywne skutki dla Skarżącego.

Zaznaczyć musi w tym miejscu Sąd Okręgowy, że gdyby próbować dowodzić, że pojęcia użyte w zakresie kryteriów oceny technicznej nie są elementem opisu przedmiotu zamówienia to wobec tego co wynika z opinii biegłego musiałby Sąd wskazać, że Zamawiający dokonał oceny w kryterium oceny technicznej na podstawie przesłanek ocen tam niewyrażonych. Przypomnieć trzeba, że skoro (jak już wyżej zaznaczono):

1/ Zamawiający użył w SIWZ pojęć, które jednoznacznie nie są zdefiniowane co dotyczy posługiwania się pojęciem framework. Nie można uznać definicji użytej przez Zamawiającego za jedyną i prawidłową. Nie można więc bronić skutecznie poglądu, iż postawił Zamawiający wymóg braku ingerencji w *firmware* urządzeń i od tego uzależniać rozstrzygnięcia;

2/ Nie jest prawdziwe stwierdzenie że kryteriów oceny technicznej oferty zawartej w SIWZ nie spełnia aplikacja oparta o scentralizowany system serwerowy z urządzeniami końcowymi (terminalami) w postaci tzw. cienkiego klienta i w związku z tym nie można uzależniać od niego rozstrzygnięcia przetargu;

3/ Nie jest prawdziwe stwierdzenie że kryteriów oceny technicznej oferty zawartej w SIWZ nie spełnia aplikacja oparta na protokole autorskim. Nie jest prawdziwe stwierdzenie, że zastosowanie aplikacji opartej na protokole autorskim przesądza o braku otwartości systemu i co za tym idzie samo przyjęcie protokołu autorskiego nie pozwala na przyjęcie, że oferta z jego zastosowaniem nie spełnia wymogów SIWZ;

to musiałby Sąd Okręgowy wskazać, że nieprzyznanie punktów Skarżącemu nie było prawidłowe. Nie zmieniają tego wspomniane wyżej dokumentacji Skarżącego bo braki te dotyczą z kolei kwestii niewyrażonych jednoznacznie w kryteriach oceny. Jeżeli bowiem niewyrażono jednoznacznie wymogów na podstawie których dokonywane jest ocena i na podstawie których żądane są dokumenty nie można wyciągać z niedokładności Zamawiającego negatywnych konsekwencji dla Skarżącego. Jeżeli bowiem kryteria oceny są niejednoznaczne to nie można nie przyznać za nie punktów Skarżącemu. Ta kwestia jest jednak przez Sąd wskazywana jako hipotetyczna bowiem co do zasady zachodzi bowiem w ocenie Sądu Okręgowego (z powodów wyżej wskazanych) konieczność unieważnienia postępowania.

W zasadzie kwestie wyżej wskazane wskazują przyczyny dla których w ocenie Sądu zachodzi konieczność unieważnienia postępowania co w zasadniczej części jest wynikiem postępowania dowodowego i przeprowadzonego dowodu z opinii biegłego. Zaznaczyć musi jednak Sąd Okręgowy, że nie wyczerpuje to tematyki skargi.

Istotną kwestią w której nie może podzielić poglądu Zamawiającego i Uczestnika to podnoszona przez skarżącego kwestia braku zaświadczenia o niekaralności członka Konsorcjum ASEC tj. On Track Innovations Ltd. z Izraela. W tej sprawie występuje swoista konkurencja między oświadczeniem złożonym przez Konsorcjum ASEC, pismem Ambasady

Izraela w Polsce oraz przedłożonym przez Skarżącego jednoznacznym stwierdzeniem Ambasady RP w Izraelu.

Zdaniem KIO z analizy powyższych dokumentów oraz wymogów rozporządzenia w sprawie dokumentów, należy stwierdzić, że z dowodu przedłożonego na rozprawie przez Skarżącego 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. z Izraela.

Z kolei zdaniem Skarżącego Konsorcjum ASEC zamiast odpowiedników zaświadczeń o niekaralności wydawanych w państwie Izrael przez policję przedstawił dokument wydawany w trybie § 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. *w sprawie dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane* (Dz.U. z 2006 r. Nr 87, poz.605). Z pisma Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Izraelu przedłożonego przez Odwołującego z dnia 19 lutego 2008

r. jednoznacznie wynika, że „Zaświadczenie o niekaralności wydaie osobom fizycznym

policja. Członek Zarządu uzyskuje takie zaświadczenie jako osoba fizyczna". KIO więc w ocenie Skarżącego uznało, że dopuszczalne jest przedstawienie zamiennych oświadczeń, gdyż nie jest udowodnione, że dokumenty wydawane przez policję wydawane są w celu przedstawienia ich w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego.

W tej więc sprawie w postępowaniu jawią się trzy stanowiska:

1/ że dokumenty wskazane w § 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. *w sprawie dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane* wymagane są wtedy jeżeli prawo państwa z którego pochodzi dany podmiot przewiduje analogiczny wymóg w analogicznych postępowaniach w tym państwie,

2/ że dokumenty te są wymagane jeżeli są wydawane w danym kraju jako odpowiednik zaświadczenia o niekaralności, tyle tylko, że nie wykazano, iż w Izraelu wydaje się zaświadczenia o niekaralności,

3/ że dokumenty te są wymagane i wykazano, że w Izraelu zaświadczenia o niekaralności się wydaje.

Wskazać musi Sąd także, że za zasadny musi uznać zarzut Skarżącego co do braku przedłożenia prawidłowego zaświadczenia o niekaralności członków władz On Track

Innovations Ltd. Jest to może wymóg formalny i możliwe, że zbędny wobec podmiotów zagranicznych, ale jeżeli postawił go ustawodawca wprost i nie wyłączył go wobec podmiotów zagranicznych to nie może być pomijany.

Wskazać musi Sąd, że z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy *Prawo zamówień publicznych* wynika, iż wyklucza się z postępowania osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za:

- 1/ przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia,
- 2/ przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową,
- 3/ przestępstwo przekupstwa,
- 4/ przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu
- 5/ lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych,

6/ a także za przestępstwo skarbowe

7/ lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

Z art. 26 ust. 2 pkt 3 wynika wykluczenie tych którzy niewykazali spełnienia wymogów. Rozporządzenie w sprawie dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane wyraźnie odsyła w sprawie odpowiednich dokumentów § 2 ust. 1 pkt 2 do dokumentów danego kraju co oznacza obowiązek przedłożenia stosowanego zaświadczenia o niekaralności (odpowiednika informacji z Krajowego Rejestru Karnego). Z przedłożonego pisma Ambasady RP w Izraelu jasno wynika, że zaświadczenia o niekaralności osób fizycznych są w Izraelu wydawane. Nie ma tu znaczenia w ocenie Sądu Okręgowego czy są one wydawane w celu przedłożenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie zależy bowiem obowiązek przedłożenia takich zaświadczeń od tego czy w Izraelu są one wymagane w sprawach zamówień publicznych, a od tego czy są w ogóle wydawane. **To, że wydawane są nie budzi natomiast żadnej wątpliwości w świetle pisma Ambasady RP.** Zwrócić musi Sąd Okręgowy uwagę, że zgodnie z przepisami ustawy istnieje obowiązek przedłożenia informacji z KRS w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy. Z kolei wyżej wymienione rozporządzenie w § 2 ust. 1 pkt 2 wskazuje, że podmiot zagraniczny „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”. To „w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy” nie odnosi się w żadnym wypadku do tego czy w państwie siedziby podmiotu zagranicznego dokumenty takie wykorzystywane są w postępowaniu o udzieleniu zamówienia. Jedyną możliwą wykładnią jest wskazanie, że

chodzi o dokumenty wymagane dla wykazania kwestii wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 (czy też w tym przypadku dokładnie w punkcie 8). Ta wykładnia jest zresztą jedyną możliwą do przyjęcia także dlatego, że w § 1 ust. 1 pkt 4 w/w rozporządzenia także wskazano, że wymagana jest aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy. Jednoznaczne jest więc, że zakres określony w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy to określony tam krąg podmiotów i krąg zdarzeń (przestępstw, których nie popełnienie muszą udokumentować). Wymóg złożenia takiego dokumentu jest wymogiem bezwzględny. Nie wykluczy Sąd Okręgowy innych dowodów w jakiejś szczególnej sytuacji, w tej sprawie jednak Uczestnik nawet takich dowodów nie przedstawił poprzestając na swoich oświadczeniach. Sąd Okręgowy szanuje oświadczenia podmiotów biorących udział w postępowaniu, niemniej jednak wskazać musi, że z faktu złożenia oświadczenia wynika dla Sądu tylko to, że złożono oświadczenie o określonej treści. Taki pogląd na dokumentowanie czynności jest w prostej linii kwestią obowiązywania art. 245 k.p.c. stanowiącego, że dokument prywatny stanowi dowód tego, że strona, która go podpisała złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Od zasady, że z faktu złożenia oświadczenia wynika tylko i wyłącznie to, że złożono oświadczenie o określonej treści mogą istnieć oczywiście odstępstwa jak np. w przypadku okoliczności przyznanych albo w niektórych postępowaniach w których przyjmuje się w braku wątpliwości za prawdę twierdzenia faktyczne wnioskodawcy (klasycznym przykładem będzie postępowanie rejestrowe gdzie zakres badania wyznacza art. 23 ustawy o KRS), żadna taka sytuacja nie zachodzi jednak w tym postępowaniu bo Skarżący konsekwentnie podnosi niespełnienie wymogów przez Uczestnika. W tej więc sytuacji wskazać musi Sąd, że biorąc pod uwagę zakres przestępstw określonych w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wątpi Sąd, że co najmniej takie przestępstwa jak przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego są przestępstwami w Izraelu. Te okoliczności w ocenie Sądu Okręgowego nie wymagają w szczególności dowodu z opinii biegłego z zakresu prawa obcego bowiem w myśl reguły, iż sąd zna prawo w razie wątpliwości Sąd ustala treść przepisów prawa obcego lub zwraca się o tekst obcego prawa. W tym przypadku takie czynności wobec jednoznacznego i jasnego pisma Ambasady RP w Izraelu są zbędne. Zresztą w wypadku zwracania się o tekst prawa obcego informacji o prawie

. obcym udzielano by przecież wykorzystując polskie placówki dyplomatyczne i konsularne w

tym więc przypadku Ambasadę RP w Izraelu.

Zaznaczyć musi jeszcze Sąd Okręgowy, że nie może także podzielić poglądu o spóźnionym podnoszeniu przez Skarżącego tego zarzutu. Skarżący podnosi tą kwestię przy rozstrzygnięciu odnoszącym się do niego samego i do Uczestnika Konsorcjum ASEC. Powołał się przy tym skarżący na dowód w postaci pisma Ambasady RP, którego wcześniej nie posiadał, a do skargi dołączył pismo do Ambasady RP w Izraelu (którego konieczność dołączenia powstała na skutek podnoszenia niejasności w piśmie Ambasady, których Sąd Okręgowy się nie dopatruje - treść pisma była bowiem jasna). Na pismo Ambasady RP wcześniej powołać się Skarżąca nie mogła co czyni zasadnym zastosowanie art. 381 *in fine* k.p.c. Nie może więc być mowy o spóźnieniu się z podniesieniem takich okoliczności. W rezultacie tej okoliczności wskazać musi Sąd Okręgowy, że rację ma Skarżący, iż zachodzi podstawa unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy *Prawo zamówień publicznych*. Zaznaczyć musi Sąd Okręgowy, że nieprzestrzeganie wymogów formalnych (liberalne do nich podejście) dałoby podstawę do stawiania zarzutu nierównomiernego traktowania w postępowaniu co jest ewidentnie niedopuszczalne.

Wskazać musi Sąd Okręgowy także, że po części przyznać musi rację Skarżącemu co do naruszenia art. 36 ust 1 pkt 13 ustawy *Prawo zamówień publicznych*. Słusznie bowiem wskazał Skarżący, że Zamawiający przewidział w SIWZ (pkt 10 cz IV str 16 SIWZ) sposób dokonania oceny ofert z udziałem podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego spełnianie wymogów przez terminal oraz architekturę oprogramowania CBD, a następnie dokonał oceny spełniania kryteriów bez udziału takiego podmiotu. Nie może podzielić Sąd poglądu, że Zamawiający przewidując, że może skorzystać z takiego sposobu oceny zostawił sobie wolną decyzję czy z niego skorzysta. Zapisy SIWZ muszą być uznawane za ścisłe, jednoznaczne i gwarantujące wykonawcom pewność potraktowania zgodnie z nimi. Sformułowanie „może” musi być więc potraktowane zgodnie z regułami traktowania podobnych sformułowań na gruncie tekstów prawnych, a więc może znaczyć, że w przypadku zajścia pewnych okoliczności taki wymóg musi zostać dochowany. Inna interpretacja oznacza, że zamawiający mogliby w SIWZ przewidywać różne sposoby oceny ofert, które mogliby lecz nie musieli wykonywać. Prowadziłoby to wprost do niepewności sposobu dokonania oceny SIWZ i istotnie takie działanie naruszałoby art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy *Prawo zamówień publicznych*. Wskazać należy, że nie można także zamknąć tej kwestii stwierdzeniem, iż mógł Skarżący co do wyjaśnienia tej kwestii składać zapytania do

i Zamawiającego. Nie można składać zapytań co do kwestii co do których nie ma się wątpliwości, a w tym wypadku było to uprawnione. Nie może jednak nie zaznaczyć Sąd, że dyskusyjna wydaje się możliwość dochowania tego wymogu czyli ocena przez podmiot uprawniony do kontroli jakości spełnianie wymogów SIWZ przez terminal oraz architekturę oprogramowania CBD, tym bardziej, że wymogi to ocena opisu terminala i architektury oprogramowania CBD. Wymogi co kontroli jakości pojawiać mogą się natomiast na gruncie ustawy z 30 sierpnia 2002 r. *o systemie oceny zgodności* (tj. Dz.U. nr 204 z 2004 r., poz. 2087 z późn. zm.) czy też ustawy o ogólnym bezpieczeństwie produktów (Dz. U. nr 229 z 2003 r., poz. 2275 z późn. zm.). Ustawy ta dotyczą jednak zgodności z normami dotyczącymi wyrobów czy bezpieczeństwem produktów, nie jest natomiast zadaniem jednostek w nich wskazanych ocena zgodności oferowanych wyrobów z SIWZ.

W zakresie pozostałych zarzutów Skarżącego Sąd Okręgowy nie może przyznać mu racji. Co do podnoszonej kwestii rozstrzygnięcia przez osoby trzecie to zdaniem Sądu nie można przyjąć, że powołanie biegłych oznacza rozstrzygnięcie przez osoby trzecie. Nie ma tutaj też żadnego znaczenia ilość czasu poświęconego przez Zamawiającego na analizę opinii biegłych bo to świadczyć może co najwyżej o bezgranicznym zaufaniu powołanym biegłym, a nie o rozstrzygnięciu przez osoby trzecie. Rozstrzygnięcia dokonał Zamawiający i on ponosi za rozstrzygnięcie odpowiedzialność, a nie biegli, a więc jest to czynność Zamawiającego, a nie osób trzecich.

Co do kwestii naruszenia wyrokiem KIO art. 92 i art. 7 ust. 2 ustawy *Prawo zamówień publicznych* czyli naruszenia zasady obiektywizmu poprzez nieuwzględnienie podniesionych przez Odwołującego w tym zakresie zarzutów Sąd Okręgowy również nie może podzielić zarzutu Skarżącego. Wskazywał Skarżący, że dowodzi naruszenia zasady obiektywizmu

dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej przed 30 maja 2008 r. czyli przed dniem rozstrzygnięcia postępowania. Przemawiać mają za tym w ocenie Skarżącego przywoływane przez niego publikacje prasowe, z których w jego ocenie wynika, iż już przed rozstrzygnięciem postępowania przekazywano informacji, iż dokonany będzie wybór oferty Konsorcjum ASEC. W odpowiedzi jednak Zamawiający wskazywał publikacje w których prezentowane było zdanie Skarżącego na temat postępowania. Wskazać musi Sąd, że Skarżący nie przedstawił dowodu w postaci wypowiedzi przedstawicieli Zamawiającego sprzed rozstrzygnięcia postępowania. We wskazywanych publikacjach pojawiają się dokonywane przez dziennikarzy oceny, natomiast jakiegokolwiek wypowiedzi przedstawicieli Zamawiającego informującej o wyniku przed zakończeniem postępowania Skarżący nie wskazał. Fakt pojawiania się prasowych publikacji nie jest sam w sobie dowodem braku

obiektywizmu zamawiającego. Z samych prasowych wypowiedzi nie wynikają żadne fakty uzasadniające twierdzenia Skarżącego. Zarzuty Skarżącego w tej materii w ocenie Sądu Okręgowego są więc nieudowodnione.

Nie może także podzielić Sąd Okręgowy poglądu Skarżącego, który zarzucał zaskarżonemu wyrokowi naruszenie art. 7 ust 1 i 3, art. 36 ust 1 pkt 13, art. 89 ust 1 pkt 2, art. 91 ust 1 poprzez zaniechanie nakazania odrzucenia oferty Konsorcjum ASEC i naruszenie art. 182 ust 2 ustawy *Prawo zamówień publicznych* poprzez jego zastosowanie i w związku z tym przyjęcie, że zarzuty odnośnie odrzucenia oferty Konsorcjum ASEC powołane są z uchybieniem ustawowego terminu.

Przy takich uwagach co do wniesionej skargi konieczne jednak jest z wcześniej wskazanych powodów i na podstawie wcześniej powołanych przepisów unieważnienie postępowania.

Zarazem musi jednak Sąd Okręgowy wskazać, że rozstrzygając sprawę rozstrzyga zarazem o kosztach. Co do obowiązku poniesienia kosztów to w ocenie Sądu Okręgowego na podstawie art. 102 k.p.c. nie można obciążyć strony przegrywającej czyli Zamawiającego (bowiem to on jest przegrywającym przy unieważnieniu postępowania). Nie można bowiem nie zauważyć, że o ile działanie Zamawiającego budzi zastrzeżenia z racji sposobu opisu kryteriów i przedmiotu zamówienia w SIWZ to jednak nie można uznać za w pełni właściwego działania Skarżącego. Część zarzutów Skarżącego jest całkowicie nieuzasadniona, natomiast rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego - o ile oparte jest po części na faktycznych okolicznościach podnoszonych przez Skarżącego - dotyczy jednak kwestii prawnych z urzędu podlegających uwzględnieniu. Okoliczności takie uzasadniają nieobciążenie kosztami strony przegrywającej na podstawie wskazanego art. 102 k.p.c.