

Warszawa, dnia 13 marca 2020r.

Prezes**Krajowej Izby Odwoławczej****02-676 Warszawa, ul. Postępu 17a****Odwołujący:****mpTechnology sp. z o.o.**

ul. Portowa 13B, 76-200 Słupsk

Imię i nazwisko pełnomocnika:

Żaklina Ossowska, Kancelaria Ziemiński & Partnerzy

e-mail: zossowska@kzp.net.pl, faks: (22) 832 36 86**Zamawiający:****Miasto Oświęcim**

Zaborska 2, 32-600 Oświęcim

e-mail: zp@um.oswiecim.pl, um@um.oswiecim.pl faks: (33) 842 93 61**O D W O Ł A N I E**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn.: „*Dostawa z rozmieszczeniem i instalacją tablic informacji pasażerskiej oraz biletomatów wraz z opracowaniem niezbędnej w tym zakresie dokumentacji w ramach zadania pn. „Zakup bezemisyjnego taboru do obsługi transportu miejskiego wraz z montażem tablic informacji pasażerskiej na terenie miasta Oświęcim”*”, nr ref. ZP.271.2.2020-II

(dalej: „**Postępowanie**”)

- I. Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. z dnia 11 września 2019 r., Dz.U. z 2019 r. poz. 1843; dalej: „**ustawa Pzp**”), mpTechnology sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku (dalej: „**Odwołujący**” lub „**mpTechnology**”), ubiegająca się o udzielenie zamówienia publicznego w toku Postępowania, wnosi

odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Miasta Oświęcim (dalej: „Zamawiający”), podjętych w Postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp.

- II. Przedmiotem zamówienia, do wykonania którego zobowiązany będzie Wykonawca, z którym zostanie zawarta umowa ws. niniejszego zamówienia, jest dostawa z rozmieszczeniem montażem i instalacją fabrycznie nowych 11 sztuk elektronicznych tablic informacji pasażerskiej oraz 3 sztuk biletomatów wraz z dostawą materiałów montażowych i instalacyjnych koniecznych do montażu i oprogramowaniem niezbędnym do integracji z posiadanym przez Zamawiającego systemem w celu uruchomienia urządzeń oraz uprzednie opracowanie dokumentacji projektowej niezbędnej w zakresie właściwym przedmiotowi zamówienia - zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wskazanym w SIWZ oraz w dokumentach do niej dołączonych opublikowanych w toku postępowania. Wykonawca jest zobowiązany wykonać niezbędne prace budowlane, podłączyć tablice i biletomaty do sieci elektrycznej i uruchomić je zgodnie z opracowaną dokumentacją projektową.

Zakres przedmiotu części 1 zamówienia, której przedmiotem jest dostawa z rozmieszczeniem i instalacją elektronicznych tablic informacji pasażerskiej wraz z opracowaniem niezbędnej w tym zakresie dokumentacji, obejmuje w szczególności:

- a) opracowanie na rzecz Zamawiającego dokumentacji w zakresie niezbędnym do uzyskania wymaganych prawem pozwoleń oraz prawidłowej realizacji prac koniecznych w ramach Części I przedmiotu zamówienia,
- b) dostawę i montaż 11 elektronicznych tablic informacji pasażerskiej na wskazanych przystankach autobusowych wraz z ich podłączeniem do sieci elektroenergetycznej i dostawą konstrukcji wsporczych oraz wykonaniem prac i robót montażowych i instalacyjnych,
- c) dostawę oprogramowania niezbędnego dla prawidłowego zintegrowania i uruchomienia urządzeń,
- d) **konfigurację i uruchomienie urządzeń oraz integrację tablic elektronicznych z posiadanym przez MZK Systemem Dynamicznej Informacji Pasażerskiej i Zarządzania Flotą firmy PIXEL sp. z o.o. z Bydgoszczy wraz z wykonaniem wszelkich koniecznych w tym zakresie procedur**, w tym wystąpieniem do dostawcy ww. systemu w celu uzyskania informacji w tym zakresie niezbędnych.

Zamówienie w Części I obejmuje również:

- a) przeprowadzenie - w czasie i miejscu wskazanym przez Zamawiającego - dwóch szkoleń w języku polskim wraz z przygotowaniem i przekazaniem materiałów szkoleniowych, dla max. 10 osób,
- b) prace, czynności i procedury nieokreślonych lub niewymienionych wprost w SIWZ lub w dokumentach do niej dołączonych, a niezbędne dla właściwego i należytego wykonania zamówienia,
- c) realizację obowiązków wynikających z udzielonej Zamawiającemu gwarancji jakości i rękojmi.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w Programie funkcjonalno-użytkowym na potrzeby wniosku o pozyskanie środków zewnętrznych na zakup systemu informacji pasażerskiej oraz biletomatów (dalej: „PFU”) z uwzględnieniem naniesionych w nim kolorem czerwonym zmian.

- III. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 03 marca 2020r., numer ogłoszenia 2020/S 044-103562, pod adresem: <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:103562-2020:TEXT:PL:HTML>.
- IV. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w postępowaniu o wartości zamówienia równej lub wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zatem, z uwagi na zakres zaskarżenia oraz brzmienie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp niniejsze odwołanie uznać należy za dopuszczalne.
- V. Zamawiający poinformował o podjęciu oraz zaniechaniu zarzucanych mu czynności w dniu 03 marca 2020r., tj. wraz z publikacją na ogłoszenia o zamówieniu oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”). Zatem, niniejsze odwołanie wnoszone jest z zachowaniem dziesięciodniowego terminu, określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.
- VI. Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone na następujące czynności Zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku Postępowania, a polegające na:
 - 1. zaniechaniu opublikowania w SIWZ wszystkich istotnych postanowień umowy,

2. zaniechaniu opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, zrozumiały i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie okoliczności wymagane dla należytego sporządzenia oferty,
3. zaniechaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji.

VII. Przez opisane wyżej czynności i zaniechania Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów prawa wskazanych bezpośrednio poniżej oraz w uzasadnieniu odwołania:

1. **art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp** poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do wskazania wszystkich istotnych dla stron postanowień umowy, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) zestawienia tychże istotnych postanowień umowy;
2. **art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp** poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniającego wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) dokumentacji, umożliwiającej określenie zakresu zamówienia, jego wycenę a następnie realizację, zgodnie z potrzebami Zamawiającego, wyartykułowanymi w SIWZ, w szczególności w zakresie integracji nowych urządzeń i ich systemu z istniejącym systemem centralnym.

VIII. W związku z opisanymi naruszeniami, oraz zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1. dokonania modyfikacji treści ogłoszenia oraz SIWZ w zakresie istotnych dla stron postanowień umowy w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, a następnie niezwłocznego przekazania wszystkim Wykonawcom, którym przekazano SIWZ, dokonanej zmiany ogłoszenia oraz SIWZ, oraz nakazanie zamieszczenia zmiany SIWZ na stronie internetowej, na której SIWZ jest udostępniana,
2. dokonania modyfikacji treści ogłoszenia oraz SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, a następnie niezwłocznego

przekazania wszystkim Wykonawcom, którym przekazano SIWZ, dokonanej zmiany ogłoszenia oraz SIWZ, oraz nakazanie zamieszczenia zmiany SIWZ na stronie internetowej, na której SIWZ jest udostępniana,

3. przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie określenie przedmiotu zamówienia oraz oszacowanie jego wartości, tj. o co najmniej 15 dni, zgodnie z art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp,
4. dokonania zmiany Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz treści SIWZ w zakresie terminu składania ofert.

- IX.** Odwołujący wskazuje, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący przygotowuje się do złożenia oferty, na podstawie której będzie mógł realizować przedmiotowe zamówienie.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, Odwołujący może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz kodeksu cywilnego, to prawidłowo sformułowałby SIWZ, umożliwiając Odwołującemu złożenie oferty spełniającej wszystkie wymagania SIWZ. Tym samym oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez wskazane powyżej wadliwości SIWZ, Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości złożenia prawidłowej oferty, gdyż nie jest możliwe odpowiedzenie na potrzeby Zamawiającego, w sytuacji, w której potrzeby te nie są w należyty sposób wyartykułowane. W rezultacie, Odwołujący nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia i osiągnąć zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (*lucrum cessans*).

Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp oraz kodeksu cywilnego może mieć istotny wpływ na wynik Postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanej powyżej wadliwości SIWZ jest bowiem uniemożliwienie Odwołującemu złożenia prawidłowej oferty, a tym samym uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, co może w istotny sposób wpłynąć na wynik Postępowania.

- X. Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu.

UZASADNIENIE

A. NIEKOMPLETNA INFORMACJA W ZAKRESIE ISTOTNYCH POSTANOWIEŃ UMOWY

1. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. „*Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej: (...) 16) istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach*”. Z przepisu tego wynika, że Zamawiający zobowiązany jest do przedstawienia w SIWZ wykonawcom co najmniej istotnych postanowień umowy, albo zgodnie z własnym wyborem bardziej szczegółową informację względem istotnych postanowień umowy – tj. ogólne warunki umowy, albo zgodnie z własnym wyborem bardzo szczegółowe informacje – tj. wzór umowy. Każda z trzech form prezentowania przyszłych warunków kontraktowych jest akceptowalna, pod warunkiem, że z SIWZ wykonawcy są w stanie powziąć informację co najmniej o wszystkich *essentialia negotii* przyszłej umowy.

2. Zamawiający zatytułował część XVII SIWZ ‘Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego’. Tytuł ten wskazuje, że Zamawiający wybrał upublicznienie warunków kontraktu wyłącznie w zakresie *essentialia negotii*. Analiza tej części SIWZ wskazuje jednak, że Zamawiający nie opublikował informacji nawet w tym najbardziej okrojonym zakresie. Mianowicie, zgodnie ze stanowiskiem judykatury i doktryny, istotne postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego powinny zawierać między innymi następujące elementy, których próżno szukać w części XVII SIWZ:

- a) opis przedmiotu zamówienia,
- b) zobowiązanie Zamawiającego do zapłacenia wynagrodzenia; warunki płatności
- c) termin wykonania zamówienia,

- d) harmonogram prac z **uwzględnieniem sytuacji, gdy poszczególne części są realizowane przez różnych wykonawców,**
- e) **zobowiązanie do współdziałania zamawiającego z wykonawcą,**
- f) **obowiązków informacyjno-ostrzegawczych,**
- g) przepisy dotyczące się obowiązku zatrudnienia części personelu na podstawie umowy o pracę,
- h) procedury odbiorowe,
- i) warunki realizacji części zamówienia przez podwykonawców,
- j) gwarancja jakości oraz rękojmia za wady – warunki i okres,
- k) warunki serwisu,
- l) prawa autorskie,

3. Tymczasem, w Części XVII SIWZ Zamawiający uregulował kilka, niżej wybranych zagadnień, które nie pokrywają całości danych, określanych mianem *essentialia negotii* umowy o realizację dostawy w ramach zamówienia publicznego. Dość stwierdzić, że postanowienia te zostały redagowane na 3 stronach SIWZ. Uregulowane przez Zamawiającego zakresy dotyczą następujących istotnych kwestii:

- a) odstąpienie od umowy przez Zamawiającego,
- b) rozwiązanie umowy,
- c) naruszenia skutkujące koniecznością zapłacenia przez wykonawcę kar umownych,
- d) możliwość dochodzenia odszkodowania przewyższającego kary umowne,
- e) solidarna odpowiedzialność konsorcjantów,
- f) brak zgody na przeniesienie wierzytelności i długów na osoby trzecie,
- g) właściwość miejscowa dla toczenia sporów sądowych,
- h) przypadki skutkujące możliwością zmiany wynagrodzenia wykonawcy,
- i) przypadki skutkujące możliwością zmiany terminu wykonania zamówienia,
- j) oznaczenie trybu wprowadzania zmian do umowy,
- k) klasyfikacja zmian teleadresowych jako zmian nieistotnych.

W pozostałym zakresie, Zamawiający zamiast wskazać jak ureguluje konkretne postanowienia, to jedynie wskazał, że „w umowie zostaną zawarte postanowienia”, dotyczące się kwestii wymienionych w części III, IV, XVI, XVII i XIX SIWZ.

4. Takie odesłanie, które zastosował Zamawiający, nie może zostać uznane za legalne, gdyż jest niewystarczające. Gdyby intencją ustawodawcy było zamieszczenie w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp), czy terminu wykonania zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp), czy wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy (art. 36 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp), które następnie mogłyby stać się podstawą do opracowania – w sposób bardziej lub mniej swobodnych – warunków kontraktowych, to wówczas w art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp ustawodawca odniósł by się do „pozostałych istotnych postanowień umowy...”. W tej jednak sposób, ustawodawca wprowadziłby uprawnienie, aby wykonawca niejako domyślał się, jak ostatecznie dany zakres zostanie sformułowany w umowie. Taka sytuacja jest jednak w świetle obowiązujących przepisów niedopuszczalna. Takie zaskakiwanie wykonawcy nieznaną mu wcześniej treścią jest więc wprost sprzeczne z intencją ustawodawcy, wyrażoną w art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, który dąży do pełnej transparentności całego procesu udzielania zamówień publicznych. Wykonawca nie może domyślać się, jak istotne postanowienia umowy dotyczące się opisu przedmiotu zamówienia, podwykonawstwa czy warunków serwisu zostaną sformułowane we wzorze umowy, który zostanie mu przedstawiony. Już w czasie publikacji SIWZ musi mieć pełną wiedzę w tym zakresie. Tym bardziej, że w przypadku uzyskania ostatecznie umowy do podpisania i uznania, że jej warunki są dla wykonawcy nieakceptowalne, to wówczas w przypadku nie podpisania tejże umowy, Zamawiający uzna, że wykonawca uchylił się od jej podpisania, skutkiem czego ziszcila się przesłanka z art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, dotycząca zatrzymania wadium. Zaś w Postępowaniu, wysokość wadium wynosi 10.000,00 dla części 1 i 6.000,00 dla części 2.

5. W powyższym kontekście, pomocne wytyczne w zakresie precyzowania terminu „istotne postanowienia umowy” znajdują się w publikacji prof. dr. hab. Ryszarda Szostaka „Umowy o zamówienia publiczne w zarysie”, wydanej w 2018r. przez Urząd Zamówień Publicznych (ISBN 978-83-88686-49-8; dostępna również w wersji elektronicznej tutaj: https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0024/36762/Umowy-o-zamowienia-publiczne-w-zarysie.pdf). W rozdziale II ‘Przegląd ograniczeń swobody kontraktowej w zamówieniach publicznych’ w ust. 1. ‘Przygotowanie projektu umowy’, autor wskazuje: „Istotne postanowienia umowy finalnej muszą zatem znaleźć się w wersji proceduralnie wiążących warunków zamówienia, akceptowanych adhezyjnie przez konkurentów, przystępujących do przetargu lub innego postępowania ofertowo-porównawczego. To samo dotyczy wzoru umowy albo ogólnych warunków umowy (art. 384 kc), jeśli zamawiający wymaga

od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę finalną na takich warunkach. (...) Wyjątkowo niektóre z projektowanych klauzul umownych do końca pozostają otwarte, jako dyspozycje objęte kryteriami oceny ofert, jedne całkowicie, jak np. wysokość ceny lub wynagrodzenia należnego wykonawcy, drugie wyznaczając jedynie wymogi minimalne – przewidziane są do dookreślenia w wyniku polepszenia propozycji ofertowych (np. parametry jakościowe, okres rękojmi, warunki serwisu, termin wykonania zamówienia). Są konkretyzowane ostatecznie dopiero w drodze przyjęcia oferty najkorzystniejszej, prowadzącego do zawarcia przejściowej umowy przedwstępnej. Jednocześnie zamawiający ma prawo zastrzeżenia niezbędnych klauzul warunkowych, które zostaną wprowadzone do umowy finalnej w razie zaistnienia określonych okoliczności, np. na wypadek wyboru oferty złożonej wspólnie przez kilku wykonawców (konsorcjum), co może uzasadniać potrzebę wzbogacenia umowy o klauzule dodatkowe, dotyczące zwłaszcza realizacji zamówienia i przesłanek płatności wynagrodzenia. Z drugiej strony, **pomimo ustawowego określenia „istotne dla stron postanowienia (...) umowy”, projektowana treść kontraktu powinna być konkretna, skoro w ramach finalnego mechanizmu przetargowo-ofertowego nie można już prowadzić żadnych negocjacji dodatkowych, ani uzupełniać treści umowy o klauzule nieprzewidziane uprzednio w warunkach zamówienia.** Określenie „istotne dla stron postanowienia” wskazuje zarówno na elementy przedmiotowo istotne (konieczne, minimalne), jak i podmiotowo istotne, zależne od woli stron. **Chodzi tu przede wszystkim o to, aby projektujący umowę zamawiający uwzględnił nie tylko swoje interesy, lecz także doniosłe interesy potencjalnego wykonawcy.** W swej treści umowa o zamówienie publiczne powinna być kompletna i symetryczna, nie może naruszać zwłaszcza zasady ekwiwalentności świadczeń i standardowej ochrony praw wykonawcy. Nie należy ona do umów negocjowanych indywidualnie, lecz zawierana jest w trybie zbliżonym do zawierania umów adhezyjnych, a jedyny wyjątek dotyczy tylko udzielania zamówień z wolnej ręki. (...) **Z uwagi na swoją umowną naturę warunki zamówienia, jak i towarzyszący im ewentualnie formularz projektowanej umowy finalnej, podlegają w razie potrzeby wykładni właściwej dla oświadczeń umownych (art. 65 kc). Każdy z konkurentów składających ofertę przetargową, akceptuje ich treść bezwarunkowo, pod rygorem odrzucenia oferty.**” (str. 41 – 42).

6. Z cytowanego fragmentu wynika, że **istotne postanowienia umowy powinny być możliwie jak najbardziej precyzyjne**, gdyż tylko ten zakres podlega weryfikacji Krajowej Izby Odwoławczej. Jeżeli Zamawiający chce wprowadzić jakiekolwiek elementy do umowy, które w sposób istotny decydują o układzie (nierównowadze) stron, nakładają na wykonawcę obowiązki,

lub też obciążają wykonawcę ryzykiem, to wówczas wykonawca powinien mieć możliwość poddania tych przepisów weryfikacji Krajowej Izby Odwoławczej pod kątem ich legalności. Zaniechanie uregulowania w Części XVII SIWZ szeregu zakresów, które stanowią istotne postanowienia umowy, stanowi zatem naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

7. Dalej, w publikacji „Umowy o zamówienia publiczne w zarysie” autor wskazuje: „Zakres i układ postanowień umowy podlega swobodzie kontraktowej, choć zamawiający musi liczyć się z interesami drugiej strony. **W pierwszej kolejności rozważyć powinien elementy przedmiotowo istotne charakterystyczne dla typu projektowanej umowy (essentialia negotii), których nie wolno mu pomijać, gdyż zakładana umowa w ogóle nie dojdzie do skutku.** Są to ustawowo wyróżnione elementy umowy (zazwyczaj definicyjne), wskazujące na typ kontraktu, umożliwiające jej właściwą identyfikację prawną (kwalifikację), uznawane za konieczne minimum jej treści. Skoro **o kwalifikacji umowy przesądzają najczęściej kwestie dotyczące świadczeń stron oraz ewentualnie ich konfiguracji**, wystarczy przeto ich prawidłowe określenie. W zakresie świadczenia niepieniężnego liczy się opis przedmiotu zamówienia, który zamawiający powinien zawczasu przygotować w zgodzie z zasadami z art. 29–31 Pzp. Postanowieniem przedmiotowo doniosłym jest też wskazanie terminu wykonania zamówienia, co wynika z art. 142 Pzp. Elementy podmiotowo doniosłe rzadko rzutują na kwalifikację umowy, np. zawodowy charakter wykonawcy. Liczą się one natomiast przy weryfikacji wiarygodności wykonawcy, poprzedzającej wybór oferty, pojmowanej w kategoriach zdolności do należytego wykonania umowy. Stąd w treści umowy mogą znaleźć się co najwyżej postanowienia fakultatywne, dotyczące zwłaszcza personelu wykonawcy, powierzenia oznaczonej części zamówienia podwykonawcy, czy **zasad realizacji zamówienia przez kilku współwykonawców**. Przykładowo **do niezbędnych elementów umowy o dzieło zalicza się tylko: dokładne oznaczenie rezultatu pracy wykonawcy (efektu), stanowiącego przedmiot odbioru, co nazywa się „oznaczeniem dzieła” oraz ustalenie należnego wykonawcy wynagrodzenia, choć wynika ono ostatecznie z wyboru oferty najkorzystniejszej.** Przy umowach nienazwanych należy wskazać dokładnie elementy świadczenia przesądzające o wyodrębnionym empirycznie typie kontraktu. W pozostałym zakresie operuje się postanowieniami podmiotowo istotnymi lub ubocznymi, które nie zawsze są konieczne (np. ustalenie terminu realizacji zamówienia albo kary umownej obligatoryjnie nakazanej ustawowo). Warunkują jednak wystąpienie dodatkowych skutków prawnych, pożądanых przez strony, w celu zwiększenia pożytków kontraktu (np. zastrzeżenie świadczenia dodatkowego) albo zaostreżenia ochrony interesów strony (np. przedłużenie terminu

*rękojmi). Pośród nich mogą występować także postanowienia w ogóle prawem nie normowane, byleby nie były zakazane, **zwłaszcza dotyczące szczególnego sposobu współdziałania zamawiającego z wykonawcą, obowiązków informacyjno-ostrzegawczych, czy specjalnych uprawnień kontrolnych zamawiającego. W praktyce dostrzega się, że zamawiający odpowiada za ukształtowanie optymalnych postanowień umowy, z punktu widzenia celu udzielanego zamówienia, związanego z zaspokojeniem potrzeb publicznych**".*

8. Odwołujący podkreśla, że dopiero wskazanie wszystkich istotnych postanowień umownych pozwoli Odwołującemu zapoznanie się z kształtem przyszłej umowy i wnoszenie odwołań na treść tych pominiętych obecnie postanowień.

9. Reasumując, wskazać należy, że obowiązek opublikowania min. istotnych postanowień umowy (art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp), jest obowiązkiem odrębnym od obowiązku publikowania informacji dot. opisu przedmiotu zamówienia, (art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp), czy terminu wykonania zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp), czy wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy (art. 36 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp), zatem Zamawiający nie jest uprawniony do publikacji wyłącznie części istotnych postanowień umowy, z równoczesnym stwierdzeniem, że inne kwestie poruszane w SIWZ, które są istotne z punktu widzenia realizacji zamówienia, również będą w umowie uregulowane. Zamawiający nie jest uprawniony do zapowiadania, że dane fragmenty będą stanowiły podstawę do sformułowania istotnych postanowień umowy, lecz jest zobowiązany wyartykułować wszystkie postanowienia umowy, aby je następnie w sposób dosłowny (dokładny) zawrzeć w umowie. Dopiero wyartykułowanie całości istotnych postanowień umowy pozwoli wykonawcom na zapoznanie się z planowanym przez Zamawiającego kształtem stosunku umownego oraz wnoszenie środków ochrony prawnej na treść tych postanowień. Tak więc, wyartykułowanie przez Zamawiającego w części XVII SIWZ jedynie części, a nie wszystkich istotnych postanowień umowy, stanowi rażące naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Jako takie więc nie podlega ochronie Krajowej Izby Odwoławczej.

B. NIEKOMPLETNY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA I NIEJASNOŚCI WYNIKAJĄCE Z PFU

10. W treści SIWZ Zamawiający nie wskazał, jakie moduły składają się na funkcjonalność obecnie wykorzystywanego przez Miejski Zakład Komunikacji sp. z o. o. w Oświęcimiu *Systemem Dynamicznej Informacji Pasażerskiej i Zarządzania Flotą* firmy PIXEL sp. z o.o. z Bydgoszczy. W PFU Zamawiający wskazał jedynie, jaki efekt końcowy go interesuje (pełna integracja nowych tablic pasażerskich z obecnie funkcjonującym systemem), jednakże Zamawiający nie przekazuje danych umożliwiających określenie zakresu rozbudowy funkcjonalnej i rzeczowej oprogramowania SDiPiZF, ani narzędzi pozwalających na wykonanie zakresu zamówienia podmiotom innym niż dostawca obecnie posiadanego SDiPiZF.

11. W treści SIWZ, Zamawiający zawiera postanowienia, które świadczą o tym, że Zamawiający nie posiada pełnych danych w zakresie możliwości integracyjnych rozbudowywanego systemu z istniejącym, i że Zamawiający nie upatruje w tym żadnego problemu. Przeciwnie, **Zamawiający obowiązek ten – tj. uzyskania informacji niezbędnych do integracji systemów – przerzuca na wykonawcę.** I tak, w części III Opis przedmiotu zamówienia, ust. 7. 'Zakres przedmiotu zamówienia' pkt. 1 lit. d) SIWZ Zamawiający żąda, aby w ramach wykonania części I zamówienia, wykonawca wykonał „konfigurację i uruchomienie urządzeń oraz integrację tablic elektronicznych z posiadanym przez MZK Systemem Dynamicznej Informacji Pasażerskiej i Zarządzania Flotą firmy PIXEL Sp. z o.o. z Bydgoszczy **wraz z wykonaniem wszelkich koniecznych w tym zakresie procedur, w tym wystąpieniem do dostawcy ww. systemu w celu uzyskania informacji w tym zakresie niezbędnych**”.

12. Dodatkowo, w odnośnym programie funkcjonalno-użytkowym (dalej: „PFU”) Zamawiający wprost zaznacza, że pomimo nie dostarczenia niezbędnych informacji w zakresie posiadanego systemu oraz zapewnienia możliwości przeprowadzenia żądanej integracji, to na wykonawcy ciąży obowiązek zapewnienia sprawnej funkcjonalności całego systemu:

1.5 CECHY OBIEKTU DOTYCZĄCE ROZWIĄZAŃ BUDOWLANYCH**1.5.1. Tablica informacji pasażerskiej****Główne parametry:**

- **Komunikacja:**

3. Tablica musi obsługiwać wymianę danych z serwerem zapewniającą spełnienie wszystkich wymagań stawianych tablicy i systemowi.
4. Dostarczone urządzenia muszą umożliwić integrację i prawidłowo współpracować z posiadanym przez Zamawiającego Systemem Dynamicznej Informacji Pasażerskiej i Zarządzania Flotą firmy PIXEL SP. z o.o. z Bydgoszczy oraz pozwalać na włączanie dalszych elementów.

Również w części III Opis przedmiotu zamówienia, ust. 10. 'Warunki realizacji zamówienia' Zamawiający artykułuje konieczność integracji nowych tablic z posiadanym przez MZK systemem firmy PIXEL sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „PIXEL”):

2) Zamówienia należy zrealizować w dwóch turach:

- a) tura 1 - z wymaganym terminem wykonania do dnia 31 grudnia 2020 r., obejmuje:
 - opracowanie dokumentacji w zakresie niezbędnym do uzyskania wymaganych prawem pozwoleń oraz prawidłowej realizacji prac koniecznych w ramach całości przedmiotu zamówienia - oddzielnie dla każdej części zamówienia;
 - wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie ul. Dąbrowskiego, tj.:
 - część 1 zamówienia: dostawę i montaż 4 sztuk tablic elektronicznych wraz z ich podłączeniem do sieci elektroenergetycznej i dostawą konstrukcji wsporczych oraz wykonaniem prac i robót montażowych i instalacyjnych na przystankach autobusowych lokalizowanych przy ul. Dąbrowskiego wraz z ich konfiguracją i uruchomieniem oraz integrację z posiadanym przez MZK Systemem Dynamicznej Informacji Pasażerskiej i Zarządzania Flotą firmy PIXEL Sp. z o.o. z Bydgoszczy

13. Z przedstawionego opisu i braków w tym opisie wynika, że Zamawiający sam nie jest do końca świadomy, jakie możliwości oferuje posiadany przez MZK System Dynamicznej Informacji Pasażerskiej i Zarządzania Flotą, gdyż na czerwono w PFU podkreśla „rekomendację”, aby odbyć wizję lokalną w celu zaznajomienia się z tym systemem:

1.8.1. Informacje dodatkowe

- 4) Wskazane jest, aby Wykonawca przed złożeniem oferty przeprowadził wizję lokalną i szczegółowo zapoznał się z terenem inwestycji oraz zapoznał się z posiadanym przez MZK systemem dynamicznej informacji pasażerskiej i zarządzania flotą firmy PIXEL Sp. z o.o.

14. Ponadto, Zamawiający wprost oświadcza, że nie zawarł w PFU – a tym bardziej w wybrakowanych istotnych postanowieniach umowy – wszystkich swoich oczekiwań w zakresie przedmiotu zamówienia, oraz że zamierza na bieżąco informować wykonawcę (wykonawców 2 części), co jeszcze należy wykonać w ramach „uzgodnień” z Zamawiającym:

1.2.2.1. Zakres zadania

- Integracja tablic elektronicznych z posiadanym przez Zamawiającego Systemem Dynamicznej Informacji Pasażerskiej i Zarządzania Flotą firmy PIXEL SP. z.o.o. z Bydgoszczy.

Przedmiot zamówienia zostanie wykonany kompleksowo dla całego zadania, na podstawie szczegółowych ustaleń między Zamawiającym a Wykonawcą.

15. Mając na uwadze okoliczność, że dostawcą dotychczasowego systemu dynamicznej informacji pasażerskiej i zarządzania flotą (dalej: „SDiPiZF”) jest PIXEL, oraz okoliczność, że Zamawiający nie przekazał wraz z SIWZ podstawowych informacji, umożliwiających realizację ww. zakresów wykonawcom inny niż producent posiadanego oprogramowania, stwierdzić należy, że obecnie jedynie PIXEL oraz ewentualny podwykonawca PIXEL, który jest twórczą dostarczonego programu SDiPiZF, są w stanie złożyć Zamawiającemu ofertę w Postępowaniu.

16. Mając na uwadze treść SIWZ, stwierdzić należy, że przedmiotem zamówienia jest rozbudowa systemu dynamicznej informacji pasażerskiej i zarządzania flotą (SDiPiZF) Zamawiającego w zakresie funkcjonalnym i rzeczowym poprzez konieczność dostarczenia nie istniejących na dzień dzisiejszy elementów SDIP, tj. tablic informacji pasażerskiej. W Postępowaniu brak jest informacji, czy wymagana jest dostawa nowych funkcjonalności czy rozbudowa istniejącego oprogramowania. Nie wiadomo również, czy w przypadku konieczności wykonania rozbudowy istniejącego oprogramowania obecne oprogramowanie umożliwia dokonanie rozbudowy (stanowi środowisko otwarte).

17. Patrząc jednak na oczekiwany przez Zamawiającego rezultat, Odwołujący zauważa, że możliwe jest trojake sformułowanie SIWZ, które czyniłoby zadość oczekiwaniom Zamawiającego, a jednocześnie nie stałoby w sprzeczności z dyspozycjami norm zawartymi w art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Istnieją bowiem trzy sposoby modyfikacji SIWZ, które prowadziłyby do umożliwienia każdemu wykonawcy, który posiada odnośną wiedzę i doświadczenie w tego typu usługach, realizację przedmiotowego zamówienia, bez ograniczania tej konkurencji wyłącznie do PIXEL oraz ewentualnego podwykonawcy PIXEL, który jest twórczą dostarczonego programu SDiPiZF. Każdy z przedstawionych poniżej sposobów wymaga udostępnienia innych danych.

18. Po pierwsze, możliwość wykonania dostawy tablic pasażerskich wraz z ich integracją i rozbudową SDiPiZF jest możliwa w drodze udostępnienia przez Zamawiającego na obecnym etapie, tj. ogłoszenia przetargu, kodów źródłowych tego oprogramowania (nie protokołów

komunikacyjnych), gdyż obecnie (tj. bez ich udostępnienia wykonawcom zainteresowanym zamówieniem) modyfikację czy aktualizację autorskiego oprogramowania PIXEL może zostać wykonać tylko przez PIXEL.

19. Rozwijając powyższe, wskazać należy, że Zamawiający wymaga od wykonawcy ingerencji bezpośrednio w kod źródłowy istniejącego rozwiązania (SDiPiZF) poprzez jego rozbudowę o szczegółowe, nowe funkcje, które mogą poprawnie działać tylko i wyłącznie poprzez ścisłe połączenie z oprogramowaniem SDiPiZF i innymi funkcjami, które obecnie realizuje. SDiPiZF nie jest oprogramowaniem modułowym. W związku z tym, nie jest możliwe dodanie do niego kolejnych „modułów” programowych bez ingerencji w jego strukturę i modyfikację kodów źródłowych. Posiadane przez Zamawiającego funkcje oprogramowania SDiPiZF, stanowią jego integralną część. Nie mogą one bowiem funkcjonować niezależnie, jak również nie są „dodawane” do SDiPiZF jak moduły, czyli jako zewnętrzne elementy, ale stanowią wewnętrzną, jednolitą strukturę programową, bez której SDiPiZF nie pełniłby żadnej z funkcji systemu dynamicznej informacji pasażerskiej czy systemu zarządzania flotą. Ze względu na nie-modułową architekturę SDiPiZF oraz fakt, że nie jest to rozwiązanie „gotowe” a dedykowane, wykonane na zlecenie Zamawiającego przez PIXEL (oraz ewentualne podmioty powiązane, w ramach innego zamówienia publicznego), obecnie jedynie PIXEL i Zamawiający posiadają informacje wymagane do realizacji zamówienia w zakresie rozbudowy SDiPiZF, gdyż w swobodnym obiegu nie są dostępne żadne podręczniki czy instrukcje rozbudowy SDiPiZF o dodatkowe moduły. Po przekazaniu tej wiedzy możliwe będzie wykonanie rozbudowy wg wytycznych Zamawiającego, zawartych w SIWZ, również przez inne podmioty, takie jak Odwołujący.

20. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący formułuje następujące żądanie alternatywne: Do części III Opis przedmiotu zamówienia, ust. 7. ‘Zakres przedmiotu zamówienia’ należy dodać pkt. 4 stanowiący: „W Załączniku nr 5, Zamawiający przekazuje kody źródłowe do posiadanego przez Zamawiającego lub MZK SDiPiZF wraz z opisem umożliwiającym ich pełną integrację, w zakresie niezbędnym do umożliwienia realizacji całego przedmiotu usług” (**żądanie alternatywne 1a**).

21. Po drugie, możliwość wykonania dostawy tablic pasażerskich wraz z ich integracją i rozbudową SDiPiZF jest możliwa w drodze udostępnienia przez Zamawiającego na obecnym etapie, tj. ogłoszenia przetargu, protokołów komunikacyjnych i/lub interfejsów programowych do oprogramowania SDiPiZF, które umożliwią dwukierunkową wymianę danych z SDiPiZF i

zawierać będą wszystkie dane dzięki którym, wykonawca będzie mógł dołączyć opracowane przez siebie moduły programowe. W ten sposób, dzięki zapewnieniu interfejsów wymiany danych przez Zamawiającego nowe moduły dostarczane przez wykonawcę będą w pełni kompatybilne z SDiPiZF.

22. Rozwijając powyższe, wskazać należy, że proponowane rozwiązanie wymaga minimalnej ingerencji w SDiPiZF zapewniając jego pełną kompatybilność z nowymi modułami programowanymi, będących przedmiotem bieżącego zamówienia. Powyższe rozwiązanie jest w szczególności dogodne w przypadku braku możliwości spełnienia przez Zamawiającego żądania 1a.

23. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący formułuje następujące żądanie alternatywne: Do części III Opis przedmiotu zamówienia, ust. 7. 'Zakres przedmiotu zamówienia' należy dodać pkt. 4 stanowiący: „*W Załączniku nr 5, Zamawiający przekazuje protokoły komunikacyjne i interfejsy wymiany danych do posiadanego przez Zamawiającego lub MZK SDiPiZK, w zakresie niezbędnym do umożliwienia realizacji całego przedmiotu dostawy*” (**żądanie alternatywne 1b**).

24. Po trzecie, możliwość wykonania dostawy tablic pasażerskich wraz z ich integracją i rozbudową SDiPiZF jest możliwa w drodze wyrażenia przez Zamawiającego zgody na zastąpienie istniejącego systemu SDiPiZP nowym systemem oraz udostępnienie przez Zamawiającego na obecnym etapie, tj. ogłoszenia przetargu, protokołów komunikacyjnych urządzeń w pojazdach obsługiwanych przez SDiPiZF, w celu umożliwienia nowemu SDiPiZF bieżącej komunikacji i wymiany danych z infrastrukturą Zamawiającego.

25. Rozwijając powyższe, wskazać należy, że oferenci są w stanie spełnić wymagania stawiane przez Zamawiającego poprzez dostarczenie własnych rozwiązań (oprogramowania), zastępujących SDiPiZF i obejmujących nowe funkcjonalności opisane w SIWZ. Zarówno SDiPiZF jak i rozwiązania innych wykonawców wymagają odbierania i przesyłania danych w czasie rzeczywistym do i z pojazdów komunikacji miejskiej i przystankowych tablic informacji pasażerskiej. W przypadku dostawy nowego systemu centralnego, zastępującego SDiPiZF, do jego poprawnego działania wymagane jest dostosowanie przez wykonawcę interfejsów wymiany danych z pojazdami i tablicami przystankowymi, w jego własnym oprogramowaniu, do interfejsów wymiany danych obecnie wykorzystywanych przez autobusy i tablice przystankowe. Jest to możliwe tylko i wyłącznie na podstawie otrzymanych od Zamawiającego opisów tychże

interfejsów. W przypadku, gdy Zamawiający z jakiś przyczyn nie będzie w stanie udostępnić przedmiotowych opisów, wykonawca może udostępnić Zamawiającemu swoje interfejsy wraz z opisami, które powinny być zaimplementowane przez Zamawiającego w autobusach i tablicach przystankowych.

26. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący formułuje następujące żądanie alternatywne: Do części III Opis przedmiotu zamówienia, ust. 7. 'Zakres przedmiotu zamówienia' należy dodać pkt. 4 stanowiący: „*Zamawiający dopuszcza zastąpienie posiadanego przez Zamawiającego SIDPiZF nowym systemem SIDPiZF rozbudowanym o funkcjonalności żądane w SIWZ, w związku z czym w Załączniku nr 5 przekazuje opisy interfejsów wymiany danych i protokołów komunikacyjnych do posiadanej przez Zamawiającego infrastruktury w celu umożliwienia komunikacji nowego SDPiZF z posiadanym sprzętem w tym urządzeniami pojazdami i tablicami przystankowymi*” (**żądanie alternatywne 1c**).

27. Odwołujący wskazuje, że **w celu otwarcia konkurencji w Postępowaniu, wystarczające jest, aby Zamawiający – zgodnie z własnym wyborem – uwzględnił odwołanie i zrealizował jedno z żądań alternatywnych (**żądanie 1a albo 1b albo 1c**)**. Obecne brzmienie SIWZ w sposób rażący narusza normy z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a jeżeli na obecnym etapie (tj. przed terminem składania ofert) Zamawiający nie dokona stosownych modyfikacji SIWZ to zmuszony będzie do unieważnienia postępowania, gdyż będzie ono obciążone nieusuwalnymi wadami albo dokona wyboru oferty najkorzystniejszej z rażącym naruszeniem normy z art. 7 ust.3 ustawy Pzp, która nakazuje dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

28. W uzasadnieniu powyższego żądania Odwołujący wskazuje, że art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przepis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w

specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/05). Zamawiający powinien unikać wszelkich niedopowiedzeń, które wpływałyby na pozycję poszczególnych wykonawców w Postępowaniu. **Nie można mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób niewyczerpujący, dzięki czemu podmiot wcześniej świadczący dostawy dla Zamawiającego – z uwagi na posiadaną wiedzę – jest w uprzywilejowanej pozycji.**

29. Odnośnie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący pragnie ponadto zauważyć, że użyty w treści tego przepisu zwrot „*mógłby utrudniać uczciwą konkurencję*” wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie Zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Na powyższe wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, chociażby w wyroku KIO z 30 grudnia 2010r., sygn. akt 2729/10, zgodnie z którym: „*treść art. 29 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż do naruszenia normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie dochodzi już przypadku utrudnienia konkurencji, nie zaś jedynie wówczas jeżeli skutek dokonania opisu przedmiotu zamówienia dochodzi do jej całkowitego wyeliminowania. Utrudnianie konkurencji nie polega wszakże na całkowitej eliminacji wszystkich producentów, dostawców lub dystrybutorów poza jednym, jak również wszystkich urzędów, technologii lub rozwiązań poza jednym. Literalna wykładnia normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie wskazuje, iż nieuzasadnione utrudnianie konkurencji (wobec określonego i równouprawnionego do udziału w rynku wykonawcy lub oferowanego produktu) prowadzi do wypełnienia hipotezy normy prawnej wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp*”. Zatem, w przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, wystarczającym jest uprawdopodobnienie przez Odwołującego, że obecne brzmienie opisu przedmiotu zamówienia utrudnia konkurencję. Tym samym, w przypadku podzielenia przez Izbę zastrzeżeń Odwołującego, zarzut naruszenia ww. przepisu winien zostać uwzględniony, jak bowiem wskazano w wyroku KIO z dnia 22 lipca 2013 roku, sygn. akt: KIO 1589/13, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Bydgoszczy (sygn. akt II Ca 693/05), „*uprawdopodobnienie naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy należy uznać za wystarczające dla uznania zasadności tych zarzutów*”.

30. Z powołanych przepisów ustawy Pzp oraz orzecznictwa KIO wynika jednoznacznie, iż przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób neutralny i nie utrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, oraz wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/05). Mając na uwadze powyższe, Odwołujący przedstawia poniżej szczegółowe regulacje, które nie czynią zadość dyspozycjom norm opisanych powyżej.

31. Innymi słowy, zwycięski wykonawca świadczyć będzie usługi, wymagające ingerencji w obecny SDIPiZF. W celu urzeczywistnienia żądań Zamawiającego, zwycięski wykonawca musi dysponować bardzo szczegółowymi danymi, które umożliwią realizację usługi na systemie konkurencyjnym lub zastąpienie systemu konkurencyjnego własnym systemem. W przeciwnym razie, brak tych danych całkowicie uniemożliwia innym wykonawcom, niż twórcy i dostawcy obecnego SDIPiZF złożenie oferty. **SIWZ, w obecnym brzmieniu, nie pozwala jednoznacznie stwierdzić, że Zamawiający ma zamiar przekazać zwycięskiemu wykonawcy jakiekolwiek dane, a jeżeliby nawet przyjąć, że tak, to brak jest potwierdzenia, że zakres przekazanych danych umożliwi wyłonionemu Wykonawcy osiągnięcie zakładanego przez Zamawiającego celu.**

32. Dane, które są niezbędne do przeprowadzenia integracji posiadanej przez Zamawiającego infrastruktury z dostarczaną w ramach niniejszego zamówienia to interfejsy wymiany danych oraz kody źródłowe. Celem przybliżenia Krajowej Izbie Odwoławczej, dlaczego te dane są kluczowe dla możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia, Odwołujący przedstawia krótki opis, czym faktycznie są dane, o które się ubiega i do czego służą.

33. Interfejsy wymiany danych to dane pozwalające na automatyczną wymianę danych i dokumentów między różnymi systemami komputerowymi z wykorzystaniem ustalonych formatów komunikatów. Celem elektronicznej wymiany danych jest wyeliminowanie wielokrotnego wprowadzania danych oraz przyspieszenie i zwiększenie dokładności przepływu informacji dzięki połączeniu odpowiednich aplikacji komputerowych między firmami uczestniczącymi w wymianie. Użycie interfejsów wymiany danych pozwala poprawić czasową

dostępność informacji logistycznej, poszerzyć i uściślić dane, a także zmniejszyć pracochłonność procesu. Aby w pełni wykorzystać zalety elektronicznej wymiany danych, uczestnicy kanału logistycznego powinni się komunikować za pośrednictwem komputera. Innymi słowy, efektywne wdrożenie elektronicznej wymiany danych wymaga bezpośredniej komunikacji między systemami komputerowymi, zarówno nabywców, jak i sprzedawców produktu, do czego niezbędne są rzeczne interfejsy wymiany danych.

34. Kody źródłowe to zapis programu komputerowego przy pomocy określonego języka programowania, opisujący operacje jakie powinien wykonać komputer na zgromadzonych lub otrzymanych danych. Kod źródłowy jest wynikiem pracy programisty i pozwala wyrazić w czytelnej dla człowieka formie strukturę oraz działanie programu komputerowego. Jest on zwykle zapisywany w pliku tekstowym, lecz może również występować w postaci fragmentów kodu opublikowanych w artykułach prasowych lub książkach. Przed wykonaniem kod źródłowy musi zostać poddany translacji na kod wynikowy, w procesie zwanym kompilacją. Polega on na konwersji kodu do postaci kodu wynikowego, najczęściej kodu maszynowego, jako jedyne go możliwego do wykonania przez procesor. Inną metodą jest wykonywanie w czasie rzeczywistym („w locie”) programu zapisanego kodem źródłowym za pomocą interpretera lub kompilatora JIT (ang. *Just In Time*), który wykonuje kompilację fragmentów kodu na bieżąco. Określenie „wykonanie kodu źródłowego” jest równoważne wykonaniu programu stworzonego na podstawie tego kodu.

35. Jak wspomniano powyżej, Zamawiający w treści SIWZ nie przekazał informacji w zakresie protokołu komunikacyjnego, kodów źródłowych ani pozostałej dokumentacji niezbędnej wykonawcom, która umożliwi wykonanie w sposób należyty usługi asysty technicznej, bieżącej konserwacji i rozbudowy SDIP. Brak przekazania przez Zamawiającego tzw. protokołów komunikacji oraz kodów źródłowych pozwalających na modyfikację systemu informatycznego, niezbędną do jej rozbudowy, konserwacji i bieżącej asysty technicznej, uniemożliwia w istocie sporządzenie oferty, a tym bardziej realizację zamówienia. Podkreślić należy, iż dopiero udostępnienie przez Zamawiającego protokołów komunikacyjnych, kodów źródłowych oferentom oraz pozostałej dokumentacji technicznej, najpóźniej na 15 dni przed terminem składania ofert, umożliwi wykonawcom oszacowanie zakresu zamówienia, jego wycenę, a na późniejszym etapie realizację przedmiotu zamówienia. Brak uwzględnienia przez Zamawiającego informacji w zakresie żądanej dokumentacji przerzuca na wykonawców

obowiązek dokonania rozbudowy, konserwacji i bieżącej asysty technicznej SDiPiZF bez elementarnych danych, umożliwiających wykonanie świadczenia. Nie ujawnienie danych technicznych warunkujących możliwość dokonania **integracji w rezultacie oznacza nałożenie na wykonawcę wyłonięnego w przetargu obowiązku samodzielnego uzyskania wszelkich informacji, danych i zezwoleń niezbędnych do bardzo głębokiej ingerencji w autorski systemem PIXEL**, któremu przysługują prawa autorskie do oprogramowania, z którego korzysta Zamawiający. W ocenie Odwołującego, **to Zamawiający powinien być – w ramach należytego sporządzania opisu przedmiotu zamówienia – uzyskać wszelkiego rodzaju dane oraz zgody i zezwolenia niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia i nie obarczać ryzykiem ich nieuzyskania wykonawców. Wykonawcy są w rezultacie zdani na dobrą wolę dotychczasowego dostawcy SDiPiZF, który może podyktować zróżnicowane warunki współpracy w zależności od danego wykonawcy, a co bardziej prawdopodobne, może w ogóle nie udostępnić tych danych, co umożliwi temu wykonawcy złożenie jedynej oferty w Postępowaniu.**

36. Zwycięski wykonawca, który realizować będzie przedmiotowe zamówienie, musi również mieć pewność, że czynności, które będzie podejmował, nie będą kolidowały z uprawnieniami gwarancyjnymi Zamawiającego, w zakresie posiadanej przez Zamawiającego infrastruktury. Mianowicie, każda ingerencja w dostarczone urządzenia i system (a taką ingerencją jest rozbudowa, konserwacja i bieżąca asysta techniczna systemu SDiPiZF) może naruszać warunki gwarancji, posiadanej przez Zamawiającego infrastruktury. **SIWZ, w obecnym brzmieniu, nie pozwala jednoznacznie stwierdzić, że Zamawiający posiada zgodę gwarantów posiadanych urządzeń i systemów na ingerencję, polegającą na rozbudowie SIDPiZF lub zastąpieniu obecnego SIDPiZF nowym SIDPiZF. Zaś bez takiej zgody, wykonawca nie będzie w stanie bez szkody dla Zamawiającego wykonać własnej umowy, tym samym narażając siebie na ewentualne roszczenia odszkodowawcze.**

37. Wobec powyższego, Odwołujący wnosi, aby w części III Opis przedmiotu zamówienia, ust. 7. 'Zakres przedmiotu zamówienia', po dopisanej treści, wskazanej w żądaniu nr 1, Zamawiający dodał kolejny pkt. 5 o następującej treści: *„Zamawiający oświadcza, że uzyska zgodę gwarantów urządzeń i systemów na ingerencję niezbędną w celu realizacji niniejszego zamówienia. Przedmiotowe zgody gwarantów stanowią będą załącznik do podpisanej z Wykonawcą umowy.” (żądanie nr 2).*

38. Odwołując się do zasad przejrzystości, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wskazać należy, że opis przedmiotu zamówienia powinien zapewniać porównywalność złożonych ofert tak, aby dawać możliwość weryfikacji prawidłowości dokonanej oceny (patrz wyrok KIO z 14 sierpnia 2013 r., sygn. KIO 1819/13). Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien mieć również na uwadze, że głównym celem wykonawcy sporządzającego ofertę jest takie dostosowanie treści oferty do SIWZ, aby oferta spełniała w sposób najpełniejszy warunki zawarte w SIWZ, aby w efekcie oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. **Zamawiający, posiadając te dane musi je przekazać wykonawcom tak, aby mogli sformułować swoje oferty w takich samych warunkach.** Zamawiający musi dzielić się swoimi założeniami z Wykonawcami w SIWZ, a nie zachowywać tej wiedzy tylko dla siebie (wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2012 r., sygn. KIO 1133/12). W oparciu zaś o obecną treść SIWZ Odwołujący nie jest w stanie stwierdzić, jakie są rzeczywiste oczekiwania Zamawiającego, co powoduje istotne ryzyko, że każdy z wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie w inny sposób odczyta oczekiwania Zamawiającego, a w konsekwencji treść złożonych ofert będzie nieporównywalna, co zaburzy wyniki ich oceny.

39. Odwołujący wskazuje, że obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie równego traktowanie wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu przez instytucję zamawiającą. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, by umożliwić wszystkim zainteresowanym i wykazującym zwykłą staranność wykonawcom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a także by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia. Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący powołuje wyrok ETS 324/14 z 7 kwietnia 2016 r.

C. TERMIN SKŁADANIA OFERT

40. Zamawiający wyznaczył termin składania ofert na dzień 06 kwietnia 2020. Odwołujący podnosi, iż tak ustalony termin składania ofert jest zbyt krótki. Wyznaczony termin nie uwzględnia bowiem specyfiki niniejszego zamówienia publicznego, złożonego charakteru

żądanych modyfikacji, a nade wszystko okoliczności, iż opis przedmiotu zamówienia jest niekompletny i niejasny oraz że Zamawiający zaniechał wyartykułowania wszystkich istotnych postanowień umowy.

41. Z uwagi na fakt, że opis przedmiotu zamówienia nie gwarantuje możliwości złożenia oferty, uwzględniające wszelkie wymagania i okoliczności niezbędne do należytej realizacji zamówienia, Odwołujący zmuszony jest do wstrzymania się z wyceną oferty do czasu doprecyzowania zakresu zamówienia. Sam Zamawiający przygotowywał się do przeprowadzenia Postępowania przez wiele miesięcy, zatem powinien był rozumieć, że również wykonawcy – w celu rzetelnego przygotowania oferty przetargowej – obowiązani są do dokonania szczegółowej analizy wymagań technicznych, a także rzetelnej wyceny wszystkich kosztów składających się na przedmiot zamówienia oraz ryzyk im towarzyszących. Tylko wówczas bowiem wykonawcy będą w stanie należycie określić optymalne rozwiązania, które powinny być użyte przy realizacji zamówienia oraz ewentualnie ustalić warunki handlowe kontrahentami itp.

42. W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o dokonanie modyfikacji postanowień Ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ poprzez wydłużenie terminu składania ofert o co najmniej 15 dni, liczonego od czasu ogłoszenia orzeczenia KIO, jako czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty (żądanie nr 3).

D. BRAK MOŻLIWOŚCI ZASTOSOWANIA ALTERNATYWNYCH ROZWIĄZAŃ, W CELU OSIĄGNIĘCIA WYMAGANEGO CELU

43. Na marginesie Odwołujący zaznacza, że formułując żądania przedstawione w odwołaniu, rozważał możliwość zastosowania innych rozwiązań, które Zamawiający mógłby chcieć zastosować w niniejszej sprawie, ale rozwiązanie to odrzucił, **uznając je za nieefektywne i nie gwarantujące uczciwej konkurencji w Postępowaniu**. Mianowicie, w odniesieniu do żądania nr 1 oraz żądania nr 2, Odwołujący rozważał legalność rozwiązania, które nakładałoby na Wykonawców zainteresowanych Postępowaniem obowiązek zdobycia we własnym zakresie niezbędnych kodów źródłowych, interfejsów oraz pozwoleń od gwarantów. Przedstawione alternatywy dla żądania nr 1 i żądania nr 2 zostały przez Odwołującego odrzucone z uwagi na niżej przedstawione przyczyny, które świadczą o niedopuszczalności przedstawionych

rozwiązań. Zatem, jedynie przekazanie pełnych informacji, o które Odwołujący wnioskuję, oraz uzyskanie przez Zamawiającego potwierdzeń od gwarantów urządzeń oraz systemów, zapewnia Zamawiającemu podejmowanie działań zgodnych z prawem.

44. Przede wszystkim należy wskazać na pryncypalną zasadę zamówień publicznych, którą jest konieczność poszanowania podstawowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania. Odwołujący wskazuje, że choć sam mógłby zabiegać o pozyskanie tych danych, to działania takie – abstrahując od faktu, że z pewnością nie przyniosłyby pożądanego efektu – nie byłyby zgodne z zasadą równego traktowania wszystkich wykonawców. **To Zamawiający jest gospodarzem Postępowania, wiele miesięcy je przygotowywał i to na Zamawiającym ciąży obowiązek umożliwienia Wykonawcom złożenie porównywalnych ofert. To Zamawiający powinien zapewnić wszystkim potencjalnym wykonawcom te same warunki realizacji zamówienia.** Innymi słowy, Zamawiający powinien zapewnić, że nie tylko dostawca i twórca obecnego SDIPiZF będą posiadać przed złożeniem oferty interfejsy wymiany danych, kody źródłowe oraz potwierdzenia gwaranta, lecz również każdy inny wykonawca, potencjalnie zainteresowany Postępowaniem. Zamawiający nie może oczekiwać, iż uprzywilejowany wykonawca PIXEL – **stanowiący bezpośrednią konkurencję dla Odwołującego w Postępowaniu** – bez problemów przekaze wszelkie niezbędne dane swojej konkurencji, by Jego konkurencja mogła złożyć ofertę w Postępowaniu. Zaś jeżeli chciałby zrobić to odpłatnie, to oczekiwanie Zamawiającego, by Wykonawcy na własny koszt kupowali niezbędne dane, jest wprost niezgodne z nakazem, by opis przedmiotu zamówienia nie utrudniał uczciwej konkurencji. Dodatkowo, oczekiwanie by każdy inny wykonawca niż uprzywilejowany PIXEL ponosił dodatkowe koszty, w rażący sposób narusza art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. **Oferta Odwołującego nie byłaby konkurencyjna cenowo, gdyż w kosztach realizacji zamówienia musiałby uwzględnić koszty, których uprzywilejowany wykonawca nie będzie ponosił.** Dlatego też, to nie działania wykonawców zainteresowanych Postępowaniem mają zmierzać do zapewnienia sobie posiadania interfejsów wymiany danych, kodów źródłowych oraz potwierdzeń gwaranta przed złożeniem oferty, lecz to **Zamawiający ma zapewnić, że niezależnie od tego czyja oferta zostanie wybrana ofertą najkorzystniejszą, wybrany Wykonawca otrzyma od Zamawiającego interfejsy wymiany danych oraz kody źródłowe, a w dniu podpisania umowy Zamawiający załączy do niej potwierdzenia gwarantów posiadanej infrastruktury, że Wykonawca uprawniony jest do przeprowadzenia niezbędnych integracji.**

45. Każda z ofert winna uwzględniać ten sam zakres przedmiotowy – tylko w ten sposób Zamawiający uzyska porównywalne oferty. O porównywalności ofert w zakresie kryterium ceny (stanowi ona 60% kryteriów oceny ofert) można mówić jedynie wówczas, gdy określone w ofertach wykonawców ceny, zostały obliczone w odniesieniu do tego samego zakresu. Gdyby więc Odwołujący nie żądał przekazania niezbędnych informacji i zapewnienia koniecznej komunikacji między posiadanymi przez Zamawiającego dostarczonymi w ramach Postępowania rozwiązaniami informatycznymi, to mogłoby się okazać że dostawca dotychczasowego SDiPiZF, jako jedyny, **nie jest zobowiązany do ponoszenia dowolnie określonego przez siebie kosztu, tytułem przekazania tych dokumentów konkurencji**. Na skutek sformułowania alternatywnych żądań przez Odwołującego (oraz ich uwzględnienia przez Zamawiającego lub Krajową Izbę Odwoławczą) opisu przedmiotu zamówienia zostałby wadliwie sformułowany, gdyż zachodziłoby znaczne prawdopodobieństwo, że złożone w Postępowaniu oferty będą uwzględniać inny zakres przedmiotowy (jeżeli ofertę złożyłby np. Odwołujący i PIXEL, przy założeniu oczywiście, że w ogóle PIXEL zechciałby przekazać te wrażliwe informacji odpłatnie swojej konkurencji).

46. Reasumując, odrzucając rozwiązanie, zgodnie z którym to wykonawca jest w obowiązku pozyskiwania niezbędnych danych i zgód, należy wskazać, że Prawo zamówień publicznych stanowi, że opis przedmiotu zamówienia powinien dawać potencjalnie takie same szanse wszystkim wykonawcom, zdolnym do wykonania przedmiotu zamówienia. Przerzucanie zaś obowiązku pozyskiwania danych i zgód na Wykonawcę, nie tylko potencjalnie, ale również faktycznie utrudnia uczciwą konkurencję. Ostatecznie, to nie producent dostarczonych urządzeń i systemów, lecz Zamawiający powinien mieć wpływ na to, jacy przedsiębiorcy faktycznie mogą złożyć ofertę w Postępowaniu. Udział w postępowaniu w żaden sposób nie powinien pociągać za sobą ponoszenie przez część wykonawców kosztów, które powinien być ponieść Zamawiający, w celu zapewnienia równego traktowania wykonawców oraz otrzymania porównywalnych ofert, z takim samym zakresem przedmiotowym.

Mając na uwadze zarzuty i żądania oraz argumentację przedstawioną w niniejszym odwołaniu, Odwołujący wskazuje, że odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Z poważaniem,

Zakline Ossowska

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
- 2) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
- 3) kopie odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego,
- 4) Pełnomocnictwo z dnia 11 marca 2020r. wraz z dowodem opłaty.