

**WYROK**

**z dnia 25 listopada 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

**Przewodniczący:** członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

**Protokolant:** **Joanna Borowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 listopada 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **12 listopada 2015 r.** przez wykonawcę: **Ericpol Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 175, 90-363 Łódź** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego Centrala, Al. Niepodległości 190, 00-608 Warszawa**, przy udziale wykonawcy:

- A) **ASSECO Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: **Kasie Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego Centrala, Al. Niepodległości 190, 00-608 Warszawa**
  - 1.1. dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wskazanym w treści uzasadnienia wyroku.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego Centrala, Al. Niepodległości 190, 00-608 Warszawa**,
  - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Ericpol Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 175, 90-363 Łódź** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od zamawiającego: **Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego Centrala, Al. Niepodległości 190, 00-608 Warszawa** na rzecz odwołującego **Ericpol Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 175, 90-363 Łódź** kwotę **18 600,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), w tym tytułem:
    - a) zwrotu kosztów poniesionego wpisu od odwołania **15 000,00 zł**,
    - b) zwrotu kosztów zastępstwa **3 600,00 zł**.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Uzasadnienie:**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym UE TED 2013/S 212-386020 z dnia 31.10.2015 r. na „Kompleksową obsługę systemu informatycznego Archiwum”, dnia 12 listopada 2015 r. zostało złożone pisemne odwołanie przez wykonawcę Ericpol Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Odwołanie zostało wniesione wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego dnia 31 października 2015 r. oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), opublikowanej na stronie internetowej zamawiającego w dniu 2 listopada 2015 r.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 13 listopada 2015 r. do postępowania odwoławczego zgłosił w dniu 16 listopada 2015 r. pisemne przystąpienie, w kopii przekazane stronom wykonawca: ASSECO Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie – po stronie zamawiającego, który wnosił o oddalenie odwołania w całości, gdyż uważał że uwzględnienie odwołania spowoduje otwarcie postępowania dla podmiotów, które nie posiadają niezbędnej wiedzy i doświadczenia, a także potencjału kadrowego niezbędnego w celu prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, przez co zaburzona zostałaby zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców Sformułowanie warunków udziału w postępowaniu, które dopuszcza do złożenia oferty krąg podmiotów, który nie posiada osób zdolnych do wykonania zamówienia, a także wystarczającej wiedzy i doświadczenia negatywnie wpływa na możliwość porównania ofert złożonych w postępowaniu.

Zgłaszający przystąpienie podnosił również, że zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu odnoszące się do doświadczenia i wiedzy, a także osób zdolnych do wykonania zamówienia zostały wniesione z naruszeniem terminu określonego w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 31.10.2015 r., zatem 10 dniowy termin zawity upłynął w dniu 10 listopada 2015 r. Argumentacja odwołującego przytoczona w odwołaniu, jakoby dopiero w wyniku zapoznania się z treścią SIWZ wykonawca ten powziął informację o braku proporcjonalności i adekwatności warunków udziału w postępowaniu jest niezgodna z zarzutami postawionymi przez odwołującego i z jego argumentacją. Odwołujący bowiem w części II i III uzasadnienia oparł się wyłącznie na literalnej treści warunku

zamieszczonego w ogłoszeniu o zamówieniu. Nawiązanie do opisu przedmiotu zamówienia ma charakter ogólnikowy sprowadzający się do zarzutu wymagania tożsamego doświadczenia i wiedzy oraz dysponowania osobami, których opisane kwalifikacje uznawał odwołujący za nadmierne. W toku rozprawy przystępujący popierał stanowisko zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie wykonawcę: Asseco Poland S A. z siedzibą w Rzeszowie, gdyż przesłanki określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Odwołujący przyznał, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 212-386020 w dniu 31 października 2015 r., specyfikację istotnych warunków zamówienia opublikowano na stronie internetowej zamawiającego dnia 2 listopada 2015 r. Zaznaczał jednak, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w sposób skrótowy opisał przedmiot zamówienia, więc niemożliwe było wniesienie odwołania wyłącznie na podstawie treści ogłoszenia. Kwestia proporcjonalności i adekwatności warunków udziału w postępowaniu również musi być rozpatrywana w powiązaniu z opisanym przedmiotem zamówienia i niemożliwa jest ocena zasadności wnoszenia odwołania na podstawie samej treści ogłoszenia o zamówieniu. Z tego odwołujący wywodził, że termin do wniesienia niniejszego odwołania został dochowany, albowiem zarzuty odnoszą się do kwestii opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, co nie dotyczy części zarzutów odwołania odnoszonych do sformułowanych warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełnienia.

Bezspornie ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym UE TED 2013/S 212-386020 w dniu 31 października 2015 r. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została opublikowana w dniu 2 listopada 2015 r.

Zapisy ogłoszenia o zamówieniu Sekcja III.2. i specyfikacji istotnych warunków zamówienia przewidziane w rozdziale I pkt IV SIWZ w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełnienia są jednobrzmiące w swej treści.

Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) dalej „ustawa Pzp” odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie

internetowej – jeżeli wartość zamówienia [jak w niniejszym postępowaniu] jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Przytaczany przepis nakazuje zatem liczyć termin na wniesienie odwołania wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu ściśle od daty zdarzenia jakim jest opublikowanie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE. Nie mają w tym przypadku zastosowania przepisy ust. 3 art. 182 ustawy Pzp, że od innych czynności, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Izba nie uwzględniła argumentacji odwołującego, że jakoby dopiero w wyniku zapoznania się z treścią SIWZ wykonawca ten powziął informację o braku proporcjonalności i adekwatności warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie odpowiada ona zarzutom postawionym przez odwołującego. Odwołujący bowiem w części II i III uzasadnienia oparł się wyłącznie na literalnej treści warunku zamieszczonego w ogłoszeniu o zamówieniu.

Ponadto, wykonawca wniósł odwołanie w dniu 12 listopada 2015 r., zatem nic nie stało na przeszkodzie aby podniósł zarzuty wobec treści ogłoszenia w zakresie warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełnienia w kontekście opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonego w SIWZ, dostępnej od dnia 2 listopada 2015 r. Był to w ocenie Izby wystarczający czas do namysłu i umożliwił pełne sformułowanie zarzutów w tym zakresie.

Termin na wniesienie odwołania na postanowienia ogłoszenia ma charakter zawity, jego bezskuteczny upływ w dniu 10 listopada 2015 r. spowodował wygaśnięcie uprawnień do wniesienia środka ochrony prawnej w tym zakresie. Gdyby odwołanie obejmowało jedynie zarzuty wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu w zakresie warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełnienia, podlegałoby ono odrzuceniu w całości na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp – jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Rozpatrywane odwołanie obejmuje równocześnie zarzuty wobec SIWZ w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia podanego we wzorze umowy oraz jej załącznikach, zatem w tym zakresie odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminu ustawowego i podlegało rozpatrzeniu przez Izbę. Spóźnione zarzuty odwołania wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu Izba, wobec niemożności częściowego odrzucenia odwołania, pozostawia bez merytorycznego rozpoznania, stosując odpowiednio art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Z tych też względów prowadzenie postępowania dowodowego w omawianym zakresie byłoby bezprzedmiotowe.

Postanowienia ogłoszenia o zamówieniu w zakresie warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełnienia są powtarzane w SIWZ. Zaskarżenie samych odośnych postanowień SIWZ byłoby nieskuteczne, gdyż skoro prowadzi do zmiany ogłoszenia o zamówieniu z mocy art. 38 ust. 4a Pzp – wymagałoby obligatoryjnego nakazania takiej zmiany, co wobec spóźnionych zarzutów wobec postanowień ogłoszenia – nie jest możliwe. Nakazanie natomiast zmian opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ nie ingeruje w treść ogłoszenia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Kasie Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego w Warszawie sporządzenie treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób niezgodny z przepisami Pzp, a przez to naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

a) art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, uniemożliwiający odwołującemu złożenie oferty i tym samym ubieganie się o udzielenie zamówienia;

b) art. 22 ust. 4 Pzp w zw. z art. art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez opisanie warunków udziału w postępowaniu (rozdział IV pkt 2 SIWZ) w sposób, który narusza zasadę proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu oraz zasadę równego traktowania wykonawców;

c) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania;

b) nakazanie zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób który będzie jednoznaczny i wyczerpujący i nie będzie utrudniał uczciwej konkurencji i umożliwił będzie złożenie oferty, opisany w uzasadnieniu odwołania;

c) dokonanie zmiany kwestionowanych zapisów ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

d) modyfikację warunków udziału w postępowaniu, w sposób który nie utrudniałby uczciwej konkurencji, opisany w uzasadnieniu odwołania;

Odwołujący zaznaczał, że ma interes prawny i faktyczny we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ zamierza ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych przepisów Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pism wykonawców zainteresowanych zamówieniem - o wyjaśnienie postanowień SIWZ.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika przedstawione w pismach i do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

SIWZ. Przedmiot zamówienia stanowi „Kompleksowa obsługa systemu informatycznego Archiwum”.

Zamawiający wyjaśnił, że sam system Archiwum wykonywała firma Asseco Poland S. A., która go utrzymywała, modernizowała w okresie od 25 marca 2010 r. – umowa obowiązuje do marca roku przyszłego – tj. 2016.

Zapisy ogłoszenia o zamówieniu Sekcja III.2. i specyfikacji istotnych warunków zamówienia przewidziane w rozdziale I punkt IV SIWZ w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełnienia są jednobrzmiące w swej treści.

Ogłoszenie o zamówieniu zawiera w sekcji II.1.5 krótki opis zamówienia:

- a) Bieżąca administracja i utrzymanie zapewniające nieprzerwane działanie systemu wraz z ośrodkami obliczeniowymi (podstawowym i zapasowym).
- b) Wykonywanie modyfikacji systemu w zakresie potrzeb zamawiającego oraz zmian prawnych w ilości do 2000 roboczodni, zlecane według bieżącego zapotrzebowania.
- c) Prowadzenie warsztatów stacjonarnych dotyczących systemu oraz przygotowywanie i dostarczanie materiałów elektronicznych.
- d) Przyjęcie świadczenia usług utrzymania systemu od aktualnego wykonawcy lub zamawiającego.
- e) Przekazanie usług świadczenia usług utrzymania systemu nowemu wykonawcy lub zamawiającemu.

Powyższe pozostaje zbieżne z Rozdziałem I, pkt II SIWZ.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w rozdziale II SIWZ - Wzór umowy, wraz z załącznikiem 1 do wzoru umowy. System Archiwum został szczegółowo opisany w załączniku nr 2 do wzoru umowy - Opis Systemu, do którego odnoszą się usługi będącej przedmiotem niniejszej umowy.

W § 1 pkt 5) wzoru umowy – Usługa: wszelkie usługi wykonywane przez wykonawcę w ramach realizacji przedmiotu umowy, które znajdują oparcie w jej postanowieniach. Zamawiający oświadczył, że żadnych innych obowiązków wykonawcy, niż wprost zapisał we

wzorce umowy i załączników, na etapie realizacji zamówienia - nie będzie wymagał od wykonawcy.

System został przez zamawiającego zdefiniowany w § 1 pkt 5) wzoru umowy i oznacza System Archiwum (system klasy ECM), do którego odnoszą się usługi będące przedmiotem umowy.

§ 2 przedmiot umowy.

- a) Bieżąca administracja i utrzymanie zapewniające nieprzerwane działanie systemu wraz z ośrodkami obliczeniowymi (podstawowym i zapasowym) – zamawiający potwierdził, że wymaganie dotyczy dwóch jego ośrodków: podstawowego i zapasowego.
- b) Wykonywanie modyfikacji systemu w zakresie potrzeb zamawiającego oraz zmian prawnych w ilości do 2000 roboczodni, zlecane według bieżącego zapotrzebowania.
- c) Prowadzenie warsztatów stacjonarnych dotyczących systemu oraz przygotowywanie i dostarczanie materiałów elektronicznych.
- d) Przyjęcie świadczenia usług utrzymania systemu od aktualnego wykonawcy lub zamawiającego.
- e) Przekazanie usług świadczenia usług utrzymania systemu nowemu wykonawcy lub zamawiającemu.

W § 3 Zasady realizacji Umowy postanowiono, jak niżej.

§ 3 ust. 3 wzoru umowy zamawiający wskazał, iż niezwłocznie po zawarciu umowy przekaze wykonawcy posiadaną najbardziej aktualną dokumentację techniczną Systemu, z którą wykonawca zobowiązany jest się zapoznać celem przygotowania się do świadczenia usług dla zamawiającego.

Zamawiający wyjaśnił, że przez przekazanie informacji „niezwłocznie”, uznaje - w następnym dniu po zawarciu umowy – udostępnienie wykonawcy pełnej dokumentację wraz z kodami źródłowymi. Zamawiający oświadczył, że wykonawca ma przejąć system do administrowania, utrzymania i odpowiedzialności od 27 marca 2016 r. i wynika to z treści SIWZ - ust. 3 rozdz. I, pkt III: termin wykonania zamówienia Umowa będzie obowiązywać w okresie 48 miesięcy od terminu jej zawarcia, jednakże nie wcześniej niż od 27.03.2016.

§ 3 ust. 4 wzoru umowy zamawiający wskazał: Sposób, tryb i parametry świadczenia usług zawarte są w zał. nr 1 do wzoru umowy.

§ 3 ust. 5 wzoru umowy miejscem świadczenia usług są ośrodki obliczeniowe zamawiającego w Warszawie i w Żyrardowie. Zamawiający dopuszcza świadczenie usług w trybie zdalnym (z wyjątkami ust. 5,6,7),



W przypadku świadczenia Usług w trybie zdalnym Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia we własnym zakresie łącza dostępowego, zakończonego w węźle centralnym sieci WAN KRUS, monitorowanego urządzeniem klasy UTM (również dostarczonym i skonfigurowanym przez Wykonawcę na okres realizacji umowy), wykorzystywanym do komunikacji z infrastrukturą Systemu. Zarówno parametry łącza, jak też jego konfiguracja i zabezpieczenie muszą być zweryfikowane i zatwierdzone przez Zamawiającego. W tym zakresie Wykonawca, przy udziale Zamawiającego dokona stosownych uzgodnień z operatorem sieci WAN KRUS. Zamawiający wyjaśnił, że przewiduje administrowanie systemem na miejscu, ale dopuszcza opcjonalnie, aby odbywało się to w trybie zdalnym i jeżeli wykonawca będzie chciał świadczyć usługi administrowana zdalnie, to wówczas tylko po jego stronie będzie obowiązek zapewnienia łącza telekomunikacyjnego oraz urządzenia klasy UTM, które to razem umożliwiają świadczenie usług w trybie zdalnym. Wszystkie inne urządzenia fizyczne, będące w ramach systemu, zapewnia zamawiający.

W § 3 ust. 8 wzoru umowy zapisano: Zamawiający zastrzega, że modyfikacje aplikacji użytkowych, wchodzących w skład Systemu mogą być realizowane przez podmioty trzecie, z którymi Wykonawca jest zobowiązany współpracować w zakresie niezbędnym do realizacji Umowy.

Zamawiający potwierdził, że albo będzie zlecał usługi na utrzymanie systemu na zewnątrz, albo będzie wykonywać je wykonawca tego zamówienia. Jeśli zleci te usługi na zewnątrz – administrator systemu będzie uczestniczył w ich implementacji.

Zamawiający dodał, że dokumentacja, o której tu mowa obejmuje modernizację a także dostosowanie do bieżących usług utrzymania i administrowania systemem wynikające z modyfikacji i ze zmieniających się uwarunkowań technicznych przetwarzania systemu, tym bardziej, że jest to umowa na 48 miesięcy. Zamawiający podtrzymał, że wytworzona przez wykonawcę dokumentacja ma być przekazana w pierwszym miesiącu ostatniego kwartału obowiązywania umowy a dokumentacja na modernizację systemu wraz z odbiorem tej dokumentacji.

Jeżeli chodzi o modernizację systemu to ma się to odbywać na odrębne zlecenie i wszystkie wymagania z tym związane będą objęte wspólnym porozumieniem stron. Termin przekazania dokumentacji modernizacji - będzie ustalony w tym zleceniu - za zgodą stron.

W § 3 ust. 10 wzoru umowy: Wykonawca zobowiązany jest do przekazania zamawiającemu w pierwszym miesiącu ostatniego kwartału obowiązywania umowy, lub jej wcześniejszego rozwiązania (...) pełnej i aktualnej dokumentacji (...).

W § 3 ust. 17 wzoru umowy: Bezwzględny warunkiem przystąpienia wykonawcy do wykonania zlecenia/modyfikacji jest uzgodnienie przez strony zakresu, terminu i harmonogramu realizacji zlecenia oraz wynagrodzenia za jego realizację.

W § 3 ust. 20 wzoru umowy zapisano: W ramach realizacji Modyfikacji, Wykonawca będzie prowadził warsztaty lub opracowywał dedykowane materiały informacyjne. Potrzeba przeprowadzenia warsztatów lub opracowania materiałów może zostać zgłoszona przez Wykonawcę, lub Zamawiającego. Ostateczna decyzja odnośnie ww. trybu realizacji pozostaje w gestii Zamawiającego. Miejsce realizacji warsztatów, ilość osób, czas trwania oraz zakres szkolenia będą każdorazowo uzgadniane przez Strony i zapisane w harmonogramie realizacji zlecenia.

Zamawiający potwierdził, iż warsztaty dotyczące modyfikacji będą prowadzone w ramach realizacji modyfikacji, na odrębne zlecenie w ramach limitu roboczodni (do 2 tysięcy) i w oparciu o stawkę za roboczodzień podaną w ofercie wykonawcy.

§ 6 Parametry jakości świadczenia usług SLA określa zał. nr 1 do umowy.

§ 8 wzoru umowy: wynagrodzenie. Całkowite wynagrodzenie należne wykonawcy z tytułu wykonania przedmiotowej umowy nie przekroczy kwoty .....

§ 8 ust. 2 Umowy Wykonawca za wykonanie przedmiotu umowy, o którym mowa w § 2 ust. 1 lit. a) c) d) i e) umowy otrzyma ryczałtowe miesięczne wynagrodzenie .... zł brutto.

Za prowadzenie warsztatów stacjonarnych dotyczących Systemu oraz przygotowanie i dostarczenie materiałów elektronicznych wykonawca otrzyma ryczałtowe miesięczne wynagrodzenie.

Zamawiając oświadczył przy tym, że celowo tak ukształtował postanowienia umowy, i to od jego oceny będzie uzależnione to czy uzna, że warsztaty będą zlecone w ramach dodatkowych roboczodni i stawki jednostkowej za roboczodzień - w przypadku modernizacji skomplikowanych, wymaganych przeszkolenia użytkowników systemu, czy też uzna, że warsztaty takie będą świadczone w ramach usługi wsparcia oraz administrowania i płatne w ramach wynagrodzenia ryczałtowego.

Jednocześnie zgodnie z § 3 ust. 14 oraz § 3 ust. 20 Umowy warsztaty mogą stanowić część Modyfikacji.

Zgodnie z § 8 ust. wynagrodzenie za prawidłowo wykonane modyfikacje, o których mowa w § 2 ust. 1 lit b) [Wykonywanie modyfikacji systemu w zakresie potrzeb zamawiającego oraz zmian prawnych w ilości do 2000 roboczodni, zlecane według bieżącego zapotrzebowania] obliczane będzie każdorazowo jako iloczyn uzgodnionej przez strony umowy – ilości roboczodni niezbędnych na realizację i stawki ...zł.

§ 12 wzoru umowy - kary umowne.

Zamawiający podtrzymał postanowienie § 12 wzoru umowy. Zaznaczał, że odwołujący nie sprecyzował, które z wymienionych w tym paragrafie kar umownych kwestionuje. Wykonawca wnosił o zawężenie odpowiedzialności wykonawcy wyłącznie do kar w zakresie oprogramowania narzędziowego. Zarzut łącznie z żądaniem są tak sformułowane, że według zamawiającego, niemożliwe do zrealizowania.

Załącznik 1 do umowy punkt C str. 35 SIWZ

Rozpoczęcie świadczenia usług stanowiących przedmiot umowy nastąpi z dniem zawarcia umowy zgodnie z § 4.

§ 4 przewiduje, że umowa zostaje zawarta na 48 miesięcy od dnia jej zawarcia.

Rozdział I SIWZ punkt III. Termin wykonania zamówienia umowa będzie obowiązywać przez okres 48 miesięcy od dnia jej zawarcia, jednak nie wcześniej niż od 27.03.2016 r.

Zamawiający nie wykluczył zawarcia umowy w możliwym terminie po wyborze oferty i tłumaczył rozumienie pkt C ze str. 35 załącznik 1 akapit 1 w następujący sposób.

Zamawiający oświadczył, że chciałby doprecyzować, że rozpoczęcie świadczenia usług, w pełnym zakresie, przewidziane jest jak mówił wcześniej w oparciu o rozdział I pkt III SIWZ nie wcześniej niż od 27 marca 2015 r.

Objęcie natomiast usługą administrowania systemu - nowych elementów systemu - rozpocznie się w momencie przekazania wytworzonego w ramach procesu zarządzania oprogramowania do wdrożenia i eksploatacji na środowisko wskazane przez zamawiającego.

Punkt D określa parametry SLA

Załącznik nr 2 do umowy zawiera opis systemu, w tym specyfikuje komponenty systemu EDR. Opisuje warstwy architektury Systemu Archiwum: dostępową; aplikacyjną, warstwę baz danych oraz *storage* (narzędzia i programowanie do odczytu plików), sprzętu i oprogramowania dla usług trwałego przechowywania plików.

Punkt 3 opisuje środowiska systemu.

- produkcyjne;
- zapasowe
- testowe.

Zamawiający zapewnił, że udzieli wszelkich merytorycznych odpowiedzi na złożone zapytania wykonawców, w tym dotyczące opisu systemu Archiwum.

Zamawiający oświadczył jednocześnie, że kody źródłowe udostępni tylko wykonawcy wybranemu do realizacji zamówienia i również zastrzegł sobie prawo nieudzielenia odpowiedzi na pytania dotyczące zabezpieczeń systemu Archiwum newralgicznych z punktu widzenia bezpieczeństwa danych. W zakresie „*procedur przetwarzania informacji w zakresie utrzymania ciągłości pracy systemu zgodnie z przyjętą przez Zamawiającego Polityką bezpieczeństwa*” – wyjaśnienia będą mogły być udzielone z ograniczeniami ze względów bezpieczeństwa. W pozostałym zakresie udzieli odpowiedzi na wszystkie pytania.

W dniu 16 listopada 2015 r., 19 listopada 2015 r. trzech innych wykonawców zwróciło się do zamawiającego w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący w dniu 20 listopada 2015 r. również złożył zapytania do SIWZ. Zgodnie z art. 38 ust. 2 Pzp treść zapytań wraz z wyjaśnieniami zamawiający przekazuje wykonawcom, którym przekazał specyfikację istotnych warunków zamówienia, bez ujawniania źródła zapytania. Nie zachodziły więc przeszkody prawne, aby samą treść zapytań do SIWZ włączyć do materiału dowodowego sprawy.

Powyżej ustalony stan faktyczny Izba odniosła do następujących zarzutów odwołującego.

#### **I. Zarzut niejednoznacznego i niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia**

Zgodnie z Rozdziałem I, pkt II SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający wymaga, aby Wykonawca realizujący zamówienie świadczył usługi:

- bieżącej administracji i utrzymania zapewniającego nieprzerwane działanie Systemu,
- wykonywania Modyfikacji Systemu w zakresie potrzeb Zamawiającego oraz zmian prawnych w ilości do 2000 roboczodni,
- prowadzenia warsztatów stacjonarnych dotyczących Systemu oraz przygotowania i dostarczania materiałów elektronicznych,
- przyjęcia świadczenia usług utrzymania Systemu od aktualnego Wykonawcy lub Zamawiającego,
- przekazania świadczenia usług utrzymania Systemu nowemu Wykonawcy lub Zamawiającemu.

System został przez Zamawiającego zdefiniowany w § 1 pkt 5) wzoru umowy i oznacza System Archiwum (system klasy ECM), do którego odnoszą się usługi będące przedmiotem umowy, dodatkowo System został opisany w załączniku nr 2 - Opis Systemu.

Odwołujący wyjaśniał, że w załączonym opisie zamawiający wskazał definicje skrótów i pojęć, opisy podstawowych elementów notacji Diagramów Rozmieszczenia, podał informacje ogólne odnoszące się do komponentów Systemu, warstwy, środowiska oraz opisał ogólnie fizyczny model Systemu. Jednak uznał dokonany przez zamawiającego opis

za niewystarczający, nieprecyzyjny i uniemożliwiający dokonanie wyceny zadań realizowanych w ramach umowy.

Podnosił, że definicja legalna Systemu informatycznego zawarta została w art. 7 pkt 2 a) ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych. Zgodnie z ustawowym słowniczkiem przez system informatyczny należy rozumieć zespół współpracujących ze sobą urządzeń, programów, procedur przetwarzania informacji i narzędzi programowych zastosowanych w celu przetwarzania danych. Tak, więc Systemem jest m.in. oprogramowanie narzędziowe takie jak np. oprogramowanie systemów operacyjnych, baz danych, oprogramowanie wizualizacyjne oraz inne oprogramowanie narzędziowe służące do poprawnej pracy aplikacji. Ponadto w skład systemu wchodzi dedykowane aplikacje przetwarzające informacje oraz urządzenia komputerowe, na których funkcjonuje oprogramowanie narzędziowe i aplikacyjne.

Zdaniem odwołującego, opis przedmiotu zamówienia przygotowany przez zamawiającego nie uwzględnia powyższych informacji.

**Zarzut I.1.** Zamawiający nie wyszczególnił:

- a) urządzeń komputerowych
- b) oraz innego niż narzędziowe, oprogramowania wchodzącego w skład systemu, który ma być zarządzany i modyfikowany przez wykonawcę.

Odwołujący podtrzymał zarzut, że na podstawie dokonanego opisu - nie wie za jaką część systemu bierze odpowiedzialność w trakcie wykonywania przedmiotu zamówienia. Powyższe uniemożliwia dokonanie kalkulacji ceny ofertowej. Uznał, że zamawiający rażąco narusza przepisy ustawy Pzp, organizując procedurę otwartą i konkurencyjną, gdyż wymaga od wykonawców niemożliwego - wykonawca niemający wiedzy na temat Systemu po prostu nie będzie w stanie realizować przedmiotu zamówienia ani rzetelnie oszacować zakresu i kosztu niezbędnych czynności. Jedynym wykonawcą mającym pełną wiedzę na temat danego Systemu jest wykonawca obecnie go obsługujący - co stawia go w pozycji uprzywilejowanej wobec reszty wykonawców.

Argumentował dalej, że w procedurze otwartej (przetarg nieograniczony) zamawiający ma obowiązek zapewnić wszystkim wykonawcom jednakowe warunki ubiegania się o zamówienie. Mając powyższe na uwadze, zamawiający winien szczegółowo opisać przedmiot zamówienia uwzględniając dane niezbędne do dokonania kalkulacji kosztowej i wyceny ryzyk przez wykonawcę, bądź zawęzić definicję Systemu wyłącznie do oprogramowania narzędziowego opisanego w załączniku nr 2 do SIWZ.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wnosi o doprecyzowanie w ramach opisu przedmiotu zamówienia:

- urządzeń komputerowych wchodzących w skład Systemu;
- oprogramowania Systemu;
- dokładnej specyfikacji środowiska do przejęcia;
- procedur przetwarzania informacji w zakresie utrzymania ciągłości pracy systemu zgodnie z przyjętą przez zamawiającego Polityką bezpieczeństwa;
- minimalnych wymagań urządzenia UTM (zapisy wzoru umowy - § 3 „Zasady realizacji Umowy” ust. 5,6,7), w szczególności:
  - a/ minimalnych wymaganych funkcjach urządzenia: np. IPS, IDS, firewall, antywirus, VPN, atyspam, filtrowanie treści, itd.;
  - b/ minimalnej wymaganej przepustowości: np. dla firewall z włączonym IPS;
  - c/ liczbie interfejsów sieciowych umożliwiających przyłączenie do posiadanego przez Zamawiającego systemu;
  - d/ liczbie obsługiwanych sesji równoległych;
  - e/ minimalnej liczbie tuneli SSL oraz VPN
  - f/ innych wymagań technicznych związanych z polityką bezpieczeństwa oraz instrukcją zarządzania systemem posiadaną przez zamawiającego zgodnie z przepisami ustawy o ochronie danych osobowych;
- minimalnych parametrów łącz dostępowych do sieci Internet w węźle centralnym sieci WAN KRUS;
- informacji czy urządzenie UTM będzie obsługiwało oba ośrodki obliczeniowe (podstawowy i zapasowy), czy wykonawca musi dostarczyć urządzenia oddzielnie dla każdego ośrodka;
- informacji o firmie prowadzącej serwis sprzętu, na którym pracuje system;
- doprecyzowanie zakresu współpracy i relacji pomiędzy firmą serwisującą sprzęt, na którym jest uruchomiony System a wykonawcą wyłonionym w niniejszym postępowaniu;
- dookreślenia zakresu odpowiedzialności za niedziałanie Systemu w przypadku, gdy wykonawca stwierdzi awarie sprzętu, na którym posadowiony jest system.

Alternatywnie odwołujący wnosil na potrzeby niniejszego zamówienia o zawężenie definicji Systemu wyłącznie do oprogramowania narzędziowego opisanego w załączniku nr 2 do SIWZ, i co za tym idzie ograniczenie odpowiedzialności z katalogu nieprawidłowości określonych w § 12 wzoru umowy tylko do oprogramowania narzędziowego.

### **Stanowisko zamawiającego.**

Zamawiający podtrzymał postanowienia § 3 ust. 3 wzoru umowy, iż niezwłocznie po zawarciu umowy przekaze wykonawcy posiadaną najbardziej aktualną dokumentację techniczną Systemu, z którą wykonawca zobowiązany jest się zapoznać celem przygotowania się do świadczenia usług dla zamawiającego.

Zamawiający zapewnił, że udzieli wszelkich merytorycznych odpowiedzi na złożone zapytania wykonawców, w tym dotyczące opisu systemu Archiwum.

Zamawiający oświadczył jednocześnie, że kody źródłowe udostępni tylko wykonawcy wybranemu do realizacji zamówienia i również zastrzegł sobie prawo nieudzielenia odpowiedzi na pytania dotyczące zabezpieczeń systemu Archiwum - newralgicznych z punktu widzenia bezpieczeństwa danych. W zakresie „*procedur przetwarzania informacji w zakresie utrzymania ciągłości pracy systemu zgodnie z przyjętą przez Zamawiającego Polityką bezpieczeństwa*” – z ograniczeniami ze względów bezpieczeństwa. W pozostałym zakresie udzieli odpowiedzi na wszystkie pytania.

### **Stanowisko Izby.**

Izba uznała zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp za uzasadniony. Zamawiający nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący, czego również dowodzi duża ilość zapytań w tym zakresie ze strony podmiotów zainteresowanych udziałem w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający nie sprecyzował w pełni konkretnych urządzeń, jak i ich parametrów, powiązań między nimi, dokładnych opisów warstw. Wykonawca jest natomiast zobowiązany w ramach usługi zapewnić funkcjonowanie Systemu na aktualnych w dniu podpisania umowy, wersjach oprogramowania systemowo-narzędziowych przez okres co najmniej 6 miesięcy.

Odwołujący co do zasady nie kwestionował postanowień § 3 ust. 3 wzoru umowy, iż niezwłocznie po zawarciu umowy zamawiający przekaże wykonawcy posiadaną najbardziej aktualną dokumentację techniczną Systemu, z którą wykonawca zobowiązany jest się zapoznać celem przygotowania się do świadczenia usług dla zamawiającego. Domagał się jednak udostępnienia mu minimalnego zakresu informacji o systemie Archiwum, umożliwiających opracowanie oferty i skalkulowanie ceny. Żądanie odwołującego należało uznać za uzasadnione, a jego spełnienie przyczyni się do wyrównania zakresu wiedzy o Systemie z dotychczasowym wykonawcą tej usługi na rzecz zamawiającego, który zapewne też będzie ubiegał się o niniejsze zamówienie.

**Zamawiający zostaje zobowiązany** do doprecyzowanie w ramach opisu przedmiotu zamówienia:

- urządzeń komputerowych wchodzących w skład Systemu;
- oprogramowania Systemu;
- dokładnej specyfikacji środowiska do przejęcia;
- minimalnych wymagań urządzenia UTM (zapisy wzoru umowy - § 3 „Zasady realizacji Umowy” ust. 5,6,7), w szczególności:

- a/ minimalnych wymaganych funkcjach urządzenia: np. IPS, IDS, firewall, antywirus, VPN, atyspam, filtrowanie treści, itd.;
  - b/ minimalnej wymaganej przepustowości: np. dla firewall z włączonym IPS;
  - c/ liczbie interfejsów sieciowych umożliwiających przyłączenie do posiadanych przez Zamawiającego systemu;
  - d/ liczbie obsługiwanych sesji równoległych;
  - e/ minimalnej liczbie tuneli SSL oraz VPN
- minimalnych parametrów łącz dostępowych do sieci Internet w węźle centralnym sieci WAN KRUS;
  - informacji o firmie prowadzącej serwis sprzętu, na którym pracuje system;
  - doprecyzowanie zakresu współpracy i relacji pomiędzy firmą serwisującą sprzęt, na którym jest uruchomiony System a wykonawcą wyłonionym w niniejszym postępowaniu;
  - dookreślenia zakresu odpowiedzialności za niedziałanie Systemu w przypadku, gdy wykonawca stwierdzi awarie sprzętu, na którym posadowiony jest system
  - informacji czy urządzenie UTM będzie obsługiwało oba ośrodki obliczeniowe (podstawowy i zapasowy), czy wykonawca musi dostarczyć urządzenia oddzielnie dla każdego ośrodka.

Skoro zamawiający opcjonalnie umożliwił wykonawcy zdalne świadczenie usługi i w tym celu zainstalowanie łącza dostępowego oraz urządzenia UTM, to jednocześnie powinien zapewnić dane, które pozwolą wykonawcy na spełnienie wymagań, dobór urządzeń i skalkulowanie ich ceny. Zamawiający zastrzegł, iż po zawarciu umowy będzie weryfikował parametry łącza konfigurację i zabezpieczenia. Uprzednio zatem musi podać warunki, których w tym zakresie wymaga, i których spełnienie będzie weryfikował.

Zamawiający potwierdził, iż nie zachodzą żadne przeszkody do uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia o dane potrzebne wykonawcom do złożenia oferty, poza informacjami podlegającymi ochronie, tj. kodami źródłowymi oraz danymi chronionymi ze względów bezpieczeństwa.

Z tych też przyczyn zamawiający może pominąć uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia w SIWZ w odniesieniu do Polityki bezpieczeństwa, w tym w zakresie:

- procedur przetwarzania informacji w zakresie utrzymania ciągłości pracy systemu zgodnie z przyjętą przez zamawiającego Polityką bezpieczeństwa;
- innych wymagań technicznych związanych z polityką bezpieczeństwa oraz instrukcją zarządzania systemem posiadaną przez zamawiającego zgodnie z przepisami ustawy o ochronie danych osobowych.

**Zarzut I.2.** Dotyczący zapisu: W przypadku świadczenia Usług w trybie zdalnym Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia we własnym zakresie łącza dostępowego, zakończonego



w węzle centralnym sieci WAN KRUS, monitorowanego urządzeniem klasy UTM (również dostarczonym i skonfigurowanym przez Wykonawcę na okres realizacji umowy), wykorzystywanym do komunikacji z infrastrukturą Systemu. Zarówno parametry łącza, jak też jego konfiguracja i zabezpieczenie muszą być zweryfikowane i zatwierdzone przez Zamawiającego. W tym zakresie Wykonawca, przy udziale Zamawiającego dokona stosownych uzgodnień z operatorem sieci WAN KRUS.

Odwołujący wnosił o doprecyzowanie parametrów mających bezpośredni wpływ na koszt i możliwość świadczenia usługi.

#### **Stanowisko zamawiającego.**

Zamawiający oświadczył, że mógłby żądane parametry doprecyzować w SIWZ, gdyż jest to technicznie i prawnie możliwe, w zakresie wyznaczenia warunków brzegowych, minimalnych.

#### **Stanowisko Izby.**

Powyższym oświadczeniem zamawiający przyznał, że w omawianym zakresie opis przedmiotu zamówienia dla postępowania nie jest więc jednoznaczny i nie zawiera wszystkich ustawowo wymaganych elementów, a zatem narusza art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

**Zamawiający zostaje zobowiązany** do doprecyzowania w ramach opisu przedmiotu zamówienia: parametrów mających bezpośredni wpływ na koszt i możliwość świadczenia usługi w sposób zdalny, co pozostaje zbieżne z dyspozycją zawartą w punkcie I.1.

**Zarzut I.3.** Podobne wątpliwości odwołującego budził zapis § 3 ust. 8 wzoru umowy: Zamawiający zastrzega, że modyfikacje aplikacji użytkowych, wchodzących w skład Systemu mogą być realizowane przez podmioty trzecie, z którymi Wykonawca jest zobowiązany współpracować w zakresie niezbędnym do realizacji Umowy. Wykonawca zamówienia w zakresie modyfikacji aplikacji użytkowych realizowanych przez podmioty trzecie ma przejść je w administrowanie. Musi zatem mieć o nich dostateczną wiedzę. Dlatego też zamawiający powinien uzupełnić postanowienia SIWZ i umożliwić wykonawcy udział w testach akceptacyjnych modyfikacji wykonanych przez podmiot zewnętrzny oraz w odbiorach tych modyfikacji.

#### **Stanowisko zamawiającego.**

Zamawiający podkreślał, że w SIWZ powyższe aspekty przewidział poprzez przekazanie wykonawcy m. in. dokumentacji wdrożeniowej w procesie zarządzania zmianą na dwa dni przed przejściem do obsługi, a ponadto ogólnie dopuszcza udział wykonawcy w procesie zarządzania zmianą. Zamawiający nie widział przeciwwskazań żeby uwzględnić

wniosek odwołującego o umożliwienie wykonawcy asysty w ramach testów akceptacyjnych modyfikacji wykonanych przez podmiot zewnętrzny oraz asysty przy odbiorach, przygotowaniach testów, zgłaszania potrzeb modernizacji.

### **Stanowisko Izby**

Izba uznała, że powyższym oświadczeniem zamawiający przyznał trafność zarzutu odwołania. Ogólnie dopuszczenie udziału wykonawcy w procesie zarządzania zmianą, nie wyczerpuje dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący, gdyż nie zdefiniował w SIWZ, jak należy rozumieć pojęcie „udziału wykonawcy w procesie zarządzania zmianą”.

**Zamawiający zostaje zobowiązany** do doprecyzowania w ramach opisu przedmiotu zamówienia, iż udział wykonawcy w procesie zarządzania zmianą, polega na: umożliwieniu wykonawcy asysty w ramach testów akceptacyjnych modyfikacji wykonanych przez podmiot zewnętrzny oraz asysty przy odbiorach, przygotowaniach testów, zgłaszania potrzeb modernizacji, czy też innych czynności.

**Zarzut I.4.** Dotyczący § 3 ust. 10 wzoru umowy: W ramach realizacji Modyfikacji, Wykonawca będzie prowadził warsztaty lub opracowywał dedykowane materiały informacyjne. Potrzeba przeprowadzenia warsztatów lub opracowania materiałów może zostać zgłoszona przez Wykonawcę, lub Zamawiającego. Ostateczna decyzja odnośnie ww. trybu realizacji pozostaje w gestii Zamawiającego. Miejsce realizacji warsztatów, ilość osób, czas trwania oraz zakres szkolenia będą każdorazowo uzgadniane przez Strony i zapisane w harmonogramie realizacji zlecenia.

Podnosił, że brak precyzyjnych zapisów uniemożliwia wykonawcy dookreślenie faktycznego zakresu realizacji zadania i oszacowanie kosztów jego realizacji. Dla wykonawcy istotne znaczenie ma zobowiązanie do współpracy z podmiotami trzecimi stąd też konieczność doprecyzowania warunków i charakteru takiej współpracy.

Brak wskazania liczby warsztatów czy materiałów informacyjnych, miejsca realizacji warsztatów, czy liczby uczestników również uniemożliwia kalkulację ceny ofertowej. Wykonawca chcąc złożyć konkurencyjną ofertę, jednocześnie bez podejrzenia o rażąco niską cenę musi uzyskać od zamawiającego pełne informacje o elementach kosztotwórczych.

### **Stanowisko zamawiającego.**

Zamawiający oświadczył, że może w ramach doprecyzowania tego warunku potwierdzić w SIWZ miejsce przeprowadzenia warsztatów - w siedzibie zamawiającego i

poprzez udostępnienie pomieszczenia wyznaczonego w tym celu do dyspozycji wykonawcy w ramach siedziby Centrali zamawiającego.

Zamawiający potwierdził, że na gruncie specyfikacji dokonuje rozróżnienia:

- warsztatów prowadzonych w ramach modyfikacji odnoszonych do przeprowadzonych modyfikacji i rozliczanych obrębnie od ryczału
- w ramach wynagrodzenia ryczałtowego miesięcznego warsztaty obejmują przeszkolenie nowo przyjmowanych pracowników – użytkowników danego Systemu.

Zamawiający oświadczył jednocześnie, że jest w stanie podać w uzupełnieniu SIWZ - informacje historyczne, co do tego ile razy były przeprowadzone warsztaty i z jaką liczbą uczestników, w jakim zakresie czasowym np. w odniesieniu do pełnego roku kalendarzowego.

### **Stanowisko Izby.**

Izba uznała, że powyższym oświadczeniem zamawiający przyznał trafność zarzutu odwołania. Zamawiający nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący z podaniem pełnych informacji rzutujących na cenę oferty, zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż nie podał chociażby miejsca przeprowadzenia, prognozowanej liczby warsztatów i liczby ich uczestników, zakresu czasowego, których koszt mieści się w wynagrodzeniu ryczałtowym miesięcznym wykonawcy, zatem mającym wpływ na kalkulację ceny oferty. Warsztaty prowadzone w ramach modyfikacji - odnoszonych do przeprowadzonych modyfikacji i rozliczanych obrębnie od ryczału, będą objęte osobnym zleceniem na obustronnie ustalonych warunkach.

**Zamawiający zostaje zobowiązany** do doprecyzowanie w ramach opisu przedmiotu zamówienia, iż w ramach wynagrodzenia ryczałtowego miesięcznego warsztaty obejmują przeszkolenie nowo przyjmowanych pracowników – użytkowników danego Systemu oraz, że wyznacza miejsce przeprowadzenia warsztatów - w siedzibie zamawiającego, poprzez udostępnienie pomieszczenia wyznaczonego w tym celu do dyspozycji wykonawcy w ramach siedziby Centrali zamawiającego.

Ponadto, zamawiający zostaje zobowiązany do podania w SIWZ danych historycznych za rok przed wszczęciem postępowania - ile razy były przeprowadzone warsztaty z tego Systemu objęte ryczałtową formą wynagrodzenia, z jaką liczbą uczestników, i w jakiej ilości godzin.

**Zarzut 1.5.** Dotyczący braku okresu przejściowego umożliwiającego dokonanie inwentaryzacji obecnego stanu Systemu Archiwum oraz przeprowadzenia analizy zaimplementowanych procesów.

Za istotną kwestię uznał odwołujący umożliwienie wszystkim wykonawcom ubiegania się o udzielenie zamówienia na równych, w pełni konkurencyjnych zasadach. Zaznaczał, że obecne postępowanie jest pierwszym tego typu na usługę administracji, utrzymania i wprowadzania modyfikacji na wdrożony System. Jedynie wykonawca który System wdrażał i do tej pory obsługiwał posiada pełną i kompleksową wiedzę dotyczącą zarówno złożoności Systemu jak też jego specyfiki i możliwości wystąpienia ewentualnych błędów. Posiadana wiedza stawia dotychczasowego wykonawcę na uprzywilejowanej pozycji wobec pozostałych, którzy potrzebują okresu przejściowego niezbędnego do zapoznania się z Systemem. W podobnych wszczynanych postępowaniach praktyką jest przyjęcie 90 dniowego okresu przejściowego umożliwiającego dokonanie inwentaryzacji obecnego stanu Systemu oraz przeprowadzenia analizy zaimplementowanych procesów. Powyższe jest niezbędne dla należytego wykonywania umowy i bezawaryjnego działania Systemu.

Odwołujący przyznał, że w § 3 ust. 3 wzoru umowy zamawiający wskazał, iż niezwłocznie po zawarciu umowy przekaże wykonawcy posiadaną najbardziej aktualną dokumentację techniczną Systemu, z którą wykonawca zobowiązany jest się zapoznać celem przygotowania się do świadczenia usług dla zamawiającego, co uznawał za niewystarczające.

Odwołujący podtrzymał twierdzenie, że z uwagi na złożoność Systemu niezbędne jest jednak zapewnienie wykonawcy minimalnego czasu na zapoznanie się z jego działaniem.

Postulował o wprowadzenie minimum 90 dniowego okresu przejściowego na zapoznanie się z Systemem.

#### **Stanowisko zamawiającego.**

Zamawiający stwierdził, że obowiązujący termin podjęcia czynności przez wybranego wykonawcę w ramach przedmiotu umowy to 27 marca 2016 r. Okres pomiędzy datą zawarcia umowy a datą wyznaczoną 27 marca 2016 r. traktuje *de facto* jako okres wdrożenia się wykonawcy do świadczenia usługi. W ocenie zamawiającego okres ten nie powinien wynosić mniej niż 30 dni, chociaż jest to uzależnione od długości trwania procedury wyboru oferty wykonawcy tego zamówienia. Powyższe stanowi jednocześnie o zmianie w zakresie pkt C akapit 1 na str. 35 załącznika nr 1 do wzoru umowy.

#### **Stanowisko Izby**

Dała się zauważyć wyraźna sprzeczność między dyspozycją punktu III rozdziału I SIWZ, gdzie podano: Umowa będzie obowiązywać przez okres 48 miesięcy od dnia jej zawarcia, jednak nie wcześniej niż od dnia 27 marca 2016 r. Z kolei punkt C akapit 1 na str. 35 załącznika nr 1 do wzoru umowy stanowi, że rozpoczęcie świadczenia usług stanowiących przedmiot umowy nastąpi z dniem zawarcia umowy, zgodnie z § 4 umowy,

który przewiduje, że umowa zostaje zawarta na okres 48 miesięcy od dnia jej zawarcia. Takie niespójne postanowienia SIWZ rażąco naruszają dyspozycję art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż nie dość, że nie niosą za sobą jednoznacznych informacji, to jeszcze dezinformują wykonawcę co do istotnego elementu – faktycznego terminu rozpoczęcia przez niego usługi administrowania Systemem.

**Zamawiający zostaje zobowiązany** do doprecyzowanie w ramach opisu przedmiotu zamówienia, iż termin rozpoczęcia świadczenia usługi to nie wcześniej niż od dnia 27 marca 2016 r., z jednoczesnym uwzględnieniem, iż termin pomiędzy datą zawarcia umowy a datą rozpoczęcia świadczenia usługi administrowania Systemem nie może być krótszy niż 30 dni (stosownie do złożoności danego Systemu). Okres pomiędzy datą zawarcia umowy i dostępem do pełnej dokumentacji Systemu a datą rozpoczęcia usługi wyznaczoną 27 marca 2016 r., przeznaczony jest na wdrożenie się wykonawcy do podjęcia świadczenia tej usługi na wymaganym poziomie niezawodności, przygotowania własnej infrastruktury, przy zdalnym wykonywaniu zleconych zadań, umożliwi dokonanie inwentaryzacji obecnego stanu Systemu oraz przeprowadzenia analizy zaimplementowanych procesów. Pozwala na wyrównanie szans pomiędzy dotychczasowym wykonawcą zamówienia, a innymi podmiotami, które będą konkurować o jego uzyskanie.

#### **Zarzut II. Dotyczący zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy.**

Odwołujący kwestionował również zakres odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy opisanej w § 12 wzoru umowy - kary umowne.

Odwołujący wnosił o zawężenie odpowiedzialności wyłącznie do oprogramowania narzędziowego, gdyż przy obecnym brzmieniu umowy wykonawca ponosiłby odpowiedzialność za System, co do którego nie pozyskał wszystkich wymaganych danych.

Odwołujący oświadczył w trakcie rozprawy, że jego zarzut wobec zakresu odpowiedzialności wykonawcy i kar umownych odnosił do podanych wyżej zarzutów niedoprecyzowania OPZ i w związku z tym niedoprecyzowania obowiązków wykonawcy, za które ma odpowiadać. Oświadczył, iż nie oczekuje rozstrzygnięcia Izby w zakresie tego zarzutu.

#### **Zarzut III. Dotyczący warunków udziału w postępowaniu - wiedza i doświadczenie**

Odwołujący przytoczył poglądy teoretyczne, że zamawiający uprawniony jest do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób gwarantujący realizację jego uzasadnionych potrzeb, a także uprawniony jest do weryfikacji doświadczenia i wiedzy wykonawców biorących udział w postępowaniu (art. 22 ust. 1 Pzp). Zamawiający nie ma jednak w tym zakresie pełnej swobody, ponieważ ograniczony jest przede wszystkim wynikającą z Pzp zasadą proporcjonalności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Podtrzymał zarzut, że zamawiający opisując warunki udziału w postępowaniu oraz wymogi dotyczące ofert składanych w niniejszym postępowaniu zasady te naruszył. W SIWZ postawił bowiem wymóg, zgodnie z którym o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy posiadający wiedzę oraz doświadczenie w następującym zakresie i obszarach (rozdział IV pkt 1b) SIWZ):

„Wykonawca winien wykazać, że w ciągu ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje (przez okres min. 1 roku):

- i. co najmniej 3 usługi referencyjne o wartości nie mniejszej niż 4 mln zł brutto każda, obejmujące utrzymanie lub administrowanie systemem informatycznym;
- ii. co najmniej 2 usługi referencyjne o wartości nie mniejszej niż 1 mln. zł brutto rocznie każda, polegające na utrzymaniu lub administrowaniu systemem informatycznym, przy czym każda z tych usług spełnia wszystkie poniższe warunki:

dotyczy/dotyczyła systemu informatycznego obsługującego minimum 3 000 użytkowników, dotyczy/dotyczyła systemu elektronicznego zarządzania dokumentacją (systemu wykonywania czynności kancelaryjnych, dokumentowania przebiegu załatwiania spraw, gromadzenia i tworzenia dokumentacji w postaci elektronicznej, realizowanego w ramach systemu teleinformatycznego, o którym mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 5ust. 2b ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (Dz. U. z 2015 r. poz.1446), jest/była świadczona w środowisku obejmującym podstawowe i zapasowe centrum przetwarzania z wykorzystaniem technologii zwiększających poziom dostępności systemu;

- iii. co najmniej jedną usługę referencyjną o wartości nie mniejszej niż 1 mln. zł brutto rocznie, obejmującą utrzymanie lub administrowanie systemem opartym na technologii wdrożonej u Zamawiającego tj. IBM FileNet P8;
- iv. co najmniej dwóch niezależnych modyfikacji o wartości łącznej nie mniejszej niż 500 tys. zł, obejmujących wykonanie modyfikacji funkcjonalnych lub rozbudowy lub integracji, systemu opartego na technologii wdrożonej u Zamawiającego tj. IBM FileNet P8”.

Na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawca wraz z ofertą zobowiązany jest przedłożyć Wykaz wykonanych lub wykonywanych głównych usług w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem wartości przedmiotów, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których zamówienia zostały wykonane/są wykonywane wraz z załączonymi dowodami, że zostały one wykonane/są wykonywane należycie.

Odwolujący stwierdził, iż wyżej przytoczone zapisy SIWZ naruszają zasadę uczciwej konkurencji i stanowią o nieadekwatnym, nadmiernym i zbyt rygorystycznym postawieniu

warunku, który nie ma uzasadnienia w niniejszym postępowaniu i prowadzi wyłącznie do ograniczenia konkurencji. Jako podmiot będący profesjonalistą w branży informatycznej stwierdził, iż powyższe wymagania stawiane wykonawcy są wręcz niemożliwe do spełnienia.

Zaznaczał, że zamawiający w opisie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wprost wyklucza możliwość jakiegokolwiek konkurencji wymagając doświadczenia w zakresie dostawy konkretnego systemu firmy IBP FileNet P8.

Odwołujący wnosił o zmianę opisu sposobu spełniania warunku wiedzy i doświadczenia przez wykreślenie specyficznej konstrukcji jednego producenta z warunku i dopuszczenie możliwości wykazania się realizacją usługi opartą o system równoważny.

Postulował o ustalenie brzmienia warunku: „Wykonawca winien wykazać, że w ciągu ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje (przez okres min. 1 roku):

- i. co najmniej 1 usługę referencyjną o wartości nie mniejszej niż 1 mln zł brutto każda, obejmujące utrzymanie lub administrowanie systemem informatycznym;
- ii. co najmniej 1 usługę referencyjną o wartości nie mniejszej niż 500 tys. zł brutto rocznie każda, polegające na utrzymaniu lub administrowaniu systemem informatycznym, przy czym każda z tych usług spełnia wszystkie poniższe warunki:
  - dotyczy/dotyczyła systemu informatycznego obsługującego minimum 3 000 użytkowników,
  - dotyczy/dotyczyła systemu elektronicznego zarządzania dokumentacją (systemu wykonywania czynności kancelaryjnych, dokumentowania przebiegu załatwiania spraw, gromadzenia i tworzenia dokumentacji w postaci elektronicznej, realizowanego w ramach systemu teleinformatycznego, o którym mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 5 ust. 2b ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (Dz. U. z 2015 r. poz.1446),
  - jest/była świadczona w środowisku obejmującym podstawowe i zapasowe centrum przetwarzania z wykorzystaniem technologii zwiększających poziom dostępności systemu;
- iii. co najmniej jedną usługę referencyjną o wartości nie mniejszej niż 500 tys. zł brutto rocznie, obejmującą utrzymanie lub administrowanie systemem opartym na technologii wdrożonej u Zamawiającego tj. IBM FileNet P8 lub równoważnej;
- iv. co najmniej dwóch niezależnych modyfikacji o wartości łącznej nie mniejszej niż 500 tys. zł, obejmujących wykonanie modyfikacji funkcjonalnych lub rozbudowy lub integracji, systemu opartego na technologii wdrożonej u Zamawiającego tj. IBM FileNet P8” lub równoważnej.

Odwołujący powoływał się na utrwalone orzecznictwo, że zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu winien mieć na względzie przede wszystkim fakt, by były

one nie tylko związane z przedmiotem zamówienia, ale też były do niego proporcjonalne. W świetle ustawy istnieje zakaz formułowania warunków „nadmiernych”, które prowadzić mogą do ograniczenia konkurencji i eliminacji wykonawców, którzy mogliby wziąć udział w ubieganiu się o udzielenie zamówienia. Przywołał uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 07.12.2013 sygn. KIO/KD/102/13 - opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi być adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz wynikać z uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Tym samym zamawiający, jeżeli dokonuje określonego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków musi potrafić dowieść, że postawione przez niego warunki są rzeczywiście niezbędne dla zagwarantowania należytego wykonania zamówienia. Podobnie wskazano w wyroku z dnia 13.06.2013 r. sygn. akt KIO 1276/13 - warunki udziału w postępowaniu nie mogą w drodze nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu niektórych wykonawców. Nie można bowiem żądać od potencjalnych wykonawców spełniania warunków w stopniu większym, niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. „Wiedza i doświadczenie wykonawcy mają być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i związane z przedmiotem zamówienia - w kontekście osiągnięcia celów należytej realizacji przedmiotowego zamówienia. Proporcjonalny do przedmiotu zamówienia opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. O naruszeniu zasady proporcjonalności statutowanej art. 22 ust. 4 p.z.p., nie tylko można mówić wówczas, gdy warunek sprowadzałby się do wymagania tożsamego okresu świadczenia usługi referencyjnej jako okresu, na który zostanie zawarta umowa z wykonawcą przedmiotowego zamówienia.” (wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2013 r. KIO 646/13). W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1135/09 wskazano natomiast, że „żądanie wykazania doświadczenia tożsamego z przedmiotem zamówienia jest, co do zasady niedopuszczalne, łamie zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz w sposób nieuprawniony ogranicza krąg wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie”. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 września 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1241/09 wskazała także, iż „celem sformułowania warunku wymaganego doświadczenia jest dokonanie wyboru wykonawcy, który daje gwarancję należytego wykonania zamówienia i który posiada doświadczenie w realizacji zamówień o podobnym, ale niekoniecznie identycznym, tożsamym z przedmiotem zamówienia charakterze.”

Zdaniem odwołującego, w świetle zasad Pzp oraz orzecznictwa KIO zamawiający może żądać od potencjalnych wykonawców doświadczenia w realizacji dostaw lub usług powiązanych z przedmiotem zamówienia; nie może to być jednak doświadczenie nadmierne



w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przypadku gdy przedmiotem zamówienia jest utrzymanie systemu informatycznego określonego rodzaju, o określonych funkcjach i technologii oraz określonej budowie (architekturze), warunki udziału w postępowaniu nie mogą nakładać na wykonawcę obowiązku wykazania się wiedzą i doświadczeniem w realizacji kilku usług dotyczących utrzymania i administrowania systemów informatycznych.

W ocenie odwołującego zasady te zamawiający w tym postępowaniu naruszył. Podtrzymał, że kwestionowane warunki są nieproporcjonalne oraz naruszają zasadę równego traktowania wykonawców. Tak postawione wymogi oznaczają bowiem w istocie, że udział w postępowaniu mogą wziąć tylko podmioty, które wykonały usługę praktycznie tożsamą z przedmiotem niniejszego zamówienia, co niezasadnie ogranicza krąg wykonawców, mogących ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia. Jest to również wymóg dyskryminujący. W świetle przytoczonych wyżej argumentów oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący uznał, że treść kwestionowanych postanowień ogłoszenia oraz SIWZ dotyczących warunku udziału w postępowaniu są niezgodne z ustawą Pzp, bowiem postawiony przez zamawiającego warunek doświadczenia ma charakter niekonkurencyjny, ponieważ eliminuje możliwość wzięcia udziału w postępowaniu wykonawców, którzy dysponując odpowiednim doświadczeniem, zapleczem technicznym i wyszkolonym personelem byłiby w stanie należycie wykonać zamówienie. Ponowił zarzut, że zamawiający w niniejszym postępowaniu naruszył ustawowe zasady dotyczące formułowania warunków udziału w postępowaniu, co uzasadnia uwzględnienie niniejszego odwołania oraz nakazanie modyfikacji treści SIWZ, w sposób i zakresie określonym w niniejszym odwołaniu.

Powyższy zarzut nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę, jako spóźniony.

#### **Zarzut IV dotyczący warunków udziału w postępowaniu - potencjał osobowy.**

Zamawiający w Rozdziale IV pkt 1 d) postawił warunek dotyczący osób zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że dysponuje lub będzie dysponował (...) zespołem osób zdolnych do wykonania zamówienia (...) w skład którego wejdzie m.in. Kierownik Projektu, który charakteryzować się musi następującymi kompetencjami:

- i. posiada wykształcenie wyższe,
- ii. minimum 60 miesięcznym (pełne miesiące kalendarzowe) doświadczeniem zawodowym rozumianym jako udział w realizacji projektów informatycznych w roli członka zespołu realizującego projekty IT,
- iii. co najmniej 30 miesięcznym (pełne miesiące kalendarzowe) doświadczeniem zawodowym w zakresie pełnienia funkcji Kierownika Projektu, w ciągu ostatnich 5 lat przed

terminem składania ofert, w projekcie/projektach informatycznych polegających na budowie i/lub rozwoju systemów informatycznych oraz ich utrzymaniu, z których co najmniej jeden projekt miał wartość minimum 10 milionów zł brutto,

iv. posiada umiejętności niezbędne dla uzyskania certyfikatów: PRINCE2 (TM) Practitioner lub PMI lub IPMA Level C, a także ITIL Foundation, potwierdzone tymi dokumentami lub innymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty.

Również powyższy warunek uznał odwołujący za naruszający przepisy ustawy z uwagi na zbyt wygórowane żądanie dotyczące wartości projektu oraz konkretnego certyfikatu. Zamawiający wymaga doświadczenia zawodowego w zakresie pełnienia funkcji Kierownika Projektu, z których co najmniej jeden projekt miał wartość minimum 10 milionów zł brutto oraz posiadania umiejętności niezbędne dla uzyskania certyfikatów: PRINCE2 (TM) Practitioner lub PMI lub IPMA Level C, a także ITIL Foundation. Takie wymogi uznał za nadmierne, zbyt rygorystyczne i bezpodstawnie ograniczające wykonawcy możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia. Kwestię wartości obsługiwanego przez Kierownika Projektu zamówienia poczytał za drugorzędną i niewpływającą, ani nie przesądzającą o jego zdolności do wykonania zadania. Zdaniem odwołującego wystarczającym będzie jeśli Kierownik realizował projekt o wartości min. 4 mln zł i bez konieczności uzyskiwania certyfikatu ITIL Foundation. Na rynku usług informatycznych krąg osób spełniających enumeratywnie wymienione przez zamawiającego warunki jest tak wąski, że z dużą dozą prawdopodobieństwa graniczącego wręcz z pewnością można stwierdzić, że krąg wykonawców dysponujących taką osobą jest bardzo mocno ograniczony, a konkurencja między podmiotami na gruncie niniejszego postępowania uznał za wręcz udaremnioną. Jeżeli więc celem zamawiającego nie jest bezpodstawne ograniczenie kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, odwołujący wnosil o modyfikację warunku na następujący:

„Kierownik Projektu, który charakteryzować się musi następującymi kompetencjami:

v. posiada wykształcenie wyższe,

vi. minimum 60 miesięcznym (pełne miesiące kalendarzowe) doświadczeniem zawodowym rozumianym jako udział w realizacji projektów informatycznych w roli członka zespołu realizującego projekty IT,

vii. co najmniej 30 miesięcznym (pełne miesiące kalendarzowe) doświadczeniem zawodowym w zakresie pełnienia funkcji Kierownika Projektu, w ciągu ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert, w projekcie/projektach informatycznych polegających na budowie i/lub rozwoju systemów informatycznych oraz ich utrzymaniu, z których co najmniej jeden projekt miał wartość minimum 4 milionów zł brutto,

viii. posiada umiejętności niezbędne dla uzyskania certyfikatów: PRINCE2 (TM) Practitioner lub PMI lub IPMA Level C, potwierdzone tymi dokumentami lub innymi dokumentami, które potwierdzają takie umiejętności jak wymienione dokumenty;

Przepis art. 22 ust. 4 Pzp wyraża obowiązującą na gruncie Pzp zasadę proporcjonalności w żądaniu od wykonawcy potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie ma zatem pełnej swobody w określaniu wymogów w tym zakresie, ponieważ jest ograniczony zasadą proporcjonalności. Zamawiający w określaniu ww. wymogów zobowiązany jest również przestrzegać zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp).

W związku z powyższym odwołujący podtrzymał, że zamawiający żądając w niniejszym postępowaniu wygórowanych wymagań względem Kierownika Projektu naruszył powołane na wstępie przepisy Pzp, w tym w szczególności zasadę proporcjonalności, zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji.

Powyższy zarzut nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę, jako spóźniony.

**Biorąc pod uwagę treść rozstrzygnięcia Izby w zakresie poszczególnych rozpatrywanych zarzutów odwołania Izba zważyła, co następuje.**

Odwołujący w ogólności wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro dowodził, że kwestionowane przez niego postanowienia SIWZ dotyczące m.in. opisu przedmiotu zamówienia, naruszają wskazane przepisy ustawy Pzp, przez co interes odwołującego może doznać uszczerbku, albowiem pomimo posiadania wiedzy i doświadczenia w wykonywaniu usług stanowiących przedmiot zamówienia, mógłby zostać pozbawiony możliwości udziału w postępowaniu, i tym samym pozbawiony realnej możliwości jego uzyskania, a w konsekwencji mógłby ponieść określoną szkodę z tym związaną.

Normy prawne odnoszące się do konstruowania warunków zamówienia publicznego stwarzają zarówno uprawnienie, jak i obowiązek zamawiającego takiego ich wypełnienia, aby przedmiot zamówienia został najpierw opisany w SIWZ, a następnie zrealizowany przez wybranego wykonawcę w sposób odpowiadający przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych, ale także z uwzględnieniem innych przepisów powszechnie obowiązującego prawa, w szczególności o charakterze imperatywnym. W tym przepisów regulujących sam przedmiot zamówienia, co w tej sprawie odnosi się bezpośrednio do obowiązku przestrzegania warunków szczególnych przewidzianych w ustawie z dnia 17 lutego 2005 roku o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2014r. poz. 1114) oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 roku w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów

publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych (Dz. U. poz. 526 ze zm.), w zgodności, z którymi to aktami powinna być rozpatrywana udzielana przez wykonawcę rękojmia należytego wykonania zamówienia uwzględniająca specyfikę systemu obsługującego rejestr publiczny oraz obowiązek szczególnego zabezpieczenia przetwarzanych danych oraz niezakłóconą jego dostępność na oznaczonym poziomie.

Ustawa z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne ustanawia w art. 3 pkt 19 „neutralność technologiczną” oznaczającą zasadę równego traktowania przez władze publiczne technologii teleinformatycznych i tworzenia warunków do ich uczciwej konkurencji, w tym zapobiegania możliwości eliminacji technologii konkurencyjnych przy rozbudowie i modyfikacji eksploatowanych systemów teleinformatycznych lub przy tworzeniu konkurencyjnych produktów i rozwiązań. Z przywołanego przepisu wynika nakaz dopuszczania różnorodnych technologii, zapewniających realizowanie porównywalnych funkcjonalności dla modernizowanych i utrzymywanych systemów teleinformatycznych, w tym produktów i rozwiązań.

Powyższe implikuje dostarczenie wykonawcy, który ma administrować danym Systemem Archiwum i ewentualnie go modernizować niezbędnego zakresu informacji o jego budowie i funkcjonowaniu, pozwalający na złożenie konkurencyjnej oferty.

Izba podziela powszechnie aprobowane poglądy dotyczące sporządzania opisu przedmiotu zamówienia, iż to na zamawiającym ciąży obowiązek takiego opracowania dokumentacji przetargowej, aby wykonawca nie był obciążany konsekwencjami jej nienależytego sporządzenia. Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji SIWZ, która jest przygotowana przez zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, wzajemnie niespójny, przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia. Za niedopuszczalną należy uznać praktykę opisu przedmiotu zamówienia poprzez zdarzenia przyszłe, niedookreślone, których rzeczywista potrzeba wykonania jak i rozmiar uzależnione są od niezależnych od wykonawcy zdarzeń.

Narzucenie mało realnego terminu rozpoczęcia świadczenia usługi może skłonić część wykonawców, którzy są zdolni wykonać zamówienie do powstrzymania się od złożenia oferty, bowiem nie daje wystarczającego czasu wykonawcy na przygotowanie się i zapoznanie z Systemem, a z niedotrzymaniem wyznaczonego poziomu świadczenia usługi wiążą się poważne konsekwencje, chociażby w postaci kar umownych.

Przechodząc do uzasadnienia podjętego jak wyżej rozstrzygnięcia poszczególnych zarzutów odwołania należało uwzględnić odnośne postanowienia art. 29 ust. 1 oraz ust. 2

ustawy Pzp, które stanowią, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności, mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przy tym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję.

Odwołujący wykazał, iż kwestionowane postanowienia SIWZ, które podlegały rozpatrzeniu przez Izbę, stwarzają nierówne warunki konkurencji pomiędzy wykonawcami, zatem ograniczają dostęp do zamówienia, wbrew postanowieniom art. 29 ust. 2 Pzp.

U podstaw uwzględnienia zarzutów odwołującego legły ustalenia, że zamawiający w części postanowień SIWZ nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Takimi zapisami SIWZ przerzucił na wykonawcę ciężar na nim ustawowy obowiązek precyzyjnego i dokładnego określenia opisu przedmiotu zamówienia. Zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymogami zamawiającego i konkurencyjnej oferty były dostępne wykonawcom na równych prawach. Zakres usług - możliwość ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania - nie może być pozostawiona domyślności wykonawcy, gdyż taka sytuacja prowadzi do składania ofert nieporównywalnych co do rozmiarów świadczeń i ich wyceny.

Zapisy SIWZ pozostawiające po stronie zamawiającego kompetencje otwarte - nie gwarantujące koniecznego współdziałania, niedookreślone, niespójne - naruszają art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp - działają w sposób antykonkurencyjny - zniechęcają wykonawców do uczestnictwa w takim przetargu i ubiegania się o zamówienie, gdzie niedookreślenie przedmiotu zamówienia stwarza obawy, że wykonawca nie będzie się w stanie terminowo i należycie wywiązać z umowy i ponieść straty przy jej wykonywaniu.

Stąd nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę Prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert. Działania zamawiającego winny mieć charakter prokonkurencyjny, jak stanowi art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp. Przedmiot zamówienia oznaczony, tak w SIWZ, jak i we wzorze umowy, powinien zostać dokładnie opisany. Powinien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na

sporządzenie oferty, w tym także na umożliwienie oszacowania ceny oferty, w stosunku do oznaczonego przedmiotu zamówienia.

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów i jakiegokolwiek dyskryminacji bezpośredniej lub pośredniej, stwarzanie wykonawcom zdolnym do należytej realizacji usługi równego dostępu do zamówienia, a więc także odnosi się do pomiotów, które tej usługi na rzecz zamawiającego nie realizowały i powinny otrzymać zasób informacji jaki jest znany dotychczasowemu wykonawcy tego zamówienia, z ewentualnym wyłączeniem danych ustawowo chronionych.

Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Pzp mogą mieć wpływ na wynik postępowania, bowiem niedoprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia, w tym obowiązków, które przyjdzie realizować wykonawcy- mogłyby znacząco ograniczyć ilość wykonawców, którzy zdecydują się na złożenie oferty w tym przetargu.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględniając odwołanie może nakazać dokonanie wyeliminowania czynności naruszającej przepisy ustawy, przy czym zadaniem zamawiającego jest takie wypełnienie tego nakazu, aby zachowując spójność dokumentacji przetargowej, doprowadzić do usunięcia stwierdzonych przez Izbę naruszeń ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów uiszczanego wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie złożonego rachunku stosownie do postanowień § 3 i 5 ust 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....

