

Poznań, dnia 5 maja 2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Odwołujący: **Sputnik Software Sp. z o.o.**, ul. Klinkierowa 7, 60-104 Poznań, faks: (61) 624 00 52, reprezentowany przez Agatę Gawrońską – pełnomocnika, Odwołującego działającej na podstawie pełnomocnictwa dołączonego do odwołania, e-mail: info@nowoczesnyurząd.pl;

Zamawiający: **Gmina Środa Wlkp.**, ul. Daszyńskiego 5, 63-000 Środa Wlkp., email: zp@sroda.wlkp.pl;

Dotyczy: *„Rozwój elektronicznych usług publicznych w gminie Środa Wielkopolska w zakresie zakupu oprogramowania wraz z wdrożeniem i szkoleniami”*; Numer referencyjny: IiZ.271.7.2022; Ogłoszenie o zamówieniu: Dziennik Urzędowy UE, TED: Dz.U./S S8, 215653-2022-PL z dnia 25 kwietnia 2022 r.

Wpis od odwołania: 15.000,00 zł

ODWOŁANIE

Działając w imieniu spółki pod firmą **Sputnik Software sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**, stosownie do art. 513 pkt. 1 i 2 w zw. z art. 505 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień Publicznych (t.j. Dz.U. 2018. 1986 ze zm.), zwanej dalej „**PZP**”, na podstawie udzielonego pełnomocnictwa, wnoszę odwołanie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego na *„Rozwój elektronicznych usług publicznych w gminie Środa Wielkopolska w zakresie zakupu oprogramowania wraz z wdrożeniem i szkoleniami”*; Numer referencyjny: IiZ.271.7.2022; Ogłoszenie o zamówieniu: Dziennik Urzędowy UE, TED: Dz.U./S S8, 215653-2022-PL z dnia 25 kwietnia 2022 r. (*„Postępowanie”*) **od czynności opisanego SWZ i Załącznika nr 2 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) – „OPZ”, które zdaniem Odwołującego:**

a) utrudniają uczciwą konkurencję oraz naruszają zasadę równego traktowania wykonawców, b) są niejednoznaczne, niezrozumiałe, niekompletne, naruszające zasadę równego traktowania wykonawców, a także zasadę jawności i

przejrzystości oraz dające Zamawiającemu swobodę arbitralnej oceny ofert składanych przez wykonawców.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów PZP mające lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania, tj.:

- I. naruszenie art. 134 ust. 1 pkt. 4 PZP w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 1 i 3 PZP** poprzez określenie w OPZ obowiązku uruchomienia i wdrożenia oprogramowania SIP/GIS wyłącznie w wersji przeglądarkowej, z wyłączeniem możliwości zastosowania rozwiązania dwuwarstwowego klient-serwer, co w sposób nieuzasadniony utrudnia konkurencję i prowadzi do nierównego traktowania wykonawców,
- II. naruszenie art. 134 ust. 1 pkt. 5 w zw. z art. 16 ust. 1 pkt. 1,2 i 3 PZP w zw. z art. 106 ust. 1 PZP w zw. z § 9 ust. 1 pkt. 2 oraz § 9 ust. 1 pkt. 11 lit. a Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy („Rozporządzenie”)** poprzez sformułowanie obowiązku dostarczenia przedmiotowych środków dowodowych (Rozdział VIII ust. 2 pkt 1 SWZ, Rozdział XIII ust. 2 SWZ) i „Wymagań dotyczących próbki” (Rozdział VII OPZ stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ) w sposób niejednoznaczny, niezrozumiały, niekompletny, naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców a także zasadę jawności i przejrzystości, co przyznaje Zamawiającemu znaczną swobodę arbitralnej oceny próbki i spełniania przez Wykonawcę wymaganych funkcjonalności, przy jednoczesnym określeniu w Warunkach udziału w postępowaniu (Rozdział VI pkt. 2 ust. 1 SWZ) wymagań wykazania się doświadczeniem nieprzystającym do przedmiotu postępowania, co czyni wymaganie przedłożenia próbki gotowego systemu nieproporcjonalnym.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzuty i ich uzasadnienie zawarte w dalszej części Odwołania, Odwołujący wnosi o:

- 1) **uwzględnienie Odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ i Załącznika nr 2 do SWZ - OPZ, tak aby treść SWZ i OPZ była zgodna z PZP i nie naruszała w szczególności zasady równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji i proporcjonalności, tj.:**
 - a) **nakazanie Zamawiającemu umożliwienia wdrożenia oprogramowania SIP/GIS w wersji desktopowo-webowej, poprzez następującą modyfikację postanowień SWZ – OPZ:**

- w miejsce postanowień w części OPZ pt. WSTĘP: „W ramach wewnętrznej platformy GIS zakłada się uruchomienie i wdrożenie oprogramowania wewnętrznego do zarządzania danymi przestrzennymi wraz z dedykowanymi modułami GIS. Oprogramowanie wewnętrzne do zarządzania danymi przestrzennymi musi być dostarczone w wersji przeglądarkowej. Wszystkie wymagania funkcjonalne oprogramowania wewnętrznego muszą być realizowane przez aplikacje internetową. Zamawiający nie dopuszcza możliwości stosowania rozwiązania w technologii dwuwarstwowej, klient-serwer.”

wprowadzić: *W ramach wewnętrznej platformy GIS zakłada się uruchomienie i wdrożenie oprogramowania wewnętrznego do zarządzania danymi przestrzennymi wraz z dedykowanymi modułami GIS. Oprogramowanie wewnętrzne do zarządzania danymi przestrzennymi może być dostarczone w wersji przeglądarkowej lub desktopowo-webowej.”*

- w miejsce postanowień w części OPZ VIII. MINIMALNE WYMAGANIA VI. System Informacji Przestrzennej (SIP) 1. Informacje ogólne, pkt. 4 (s.123)

„Wszystkie wymagania funkcjonalne systemu GIS muszą być realizowane przez aplikacje internetową. Zamawiający nie dopuszcza możliwości stosowania rozwiązania w technologii dwuwarstwowej, klient-serwer.”

wprowadzić: *„Wszystkie wymagania funkcjonalne systemu GIS mogą być realizowane w wersji przeglądarkowej lub desktopowo-webowej.”*

- w miejsce postanowień w części OPZ VIII. MINIMALNE WYMAGANIA VI. System Informacji Przestrzennej (SIP) 3. PLANOWANIE PRZESTRZENNE – MPZP / SUIKZP, pkt. 1 (s.127)

„Wszystkie wymagania funkcjonalne systemu GIS muszą być realizowane przez aplikacje internetową. Zamawiający nie dopuszcza możliwości stosowania rozwiązania w technologii dwuwarstwowej, klient-serwer.”

wprowadzić: *„Wszystkie wymagania funkcjonalne systemu GIS mogą być realizowane w wersji przeglądarkowej lub desktopowo-webowej.”*

- w miejsce postanowień w części OPZ VIII. MINIMALNE WYMAGANIA VI. System Informacji Przestrzennej (SIP) 4. DECYZJE O WARUNKACH ZABUDOWY I ZAGOSPODAROWANIA TERENU, DECYZJE O USTALENIU LOKALIZACJI I INWESTYCJI CELU PUBLICZNEGO, pkt. 1 (s.139):

„Wszystkie wymagania funkcjonalne systemu GIS muszą być realizowane przez aplikacje internetową. Zamawiający nie dopuszcza możliwości stosowania rozwiązania w technologii dwuwarstwowej, klient-serwer.”

wprowadzić: *„Wszystkie wymagania funkcjonalne systemu GIS mogą być realizowane wersji przeglądarkowej lub desktopowo-webowej.”*

- w miejsce postanowień w części OPZ VIII. MINIMALNE WYMAGANIA VI. System Informacji Przestrzennej (SIP) 5. SYSTEM GIS – RENTA PLANISTYCZ, pkt. 1 (s.147):

„Wszystkie wymagania funkcjonalne systemu GIS muszą być realizowane przez aplikacje internetową. Zamawiający nie dopuszcza możliwości stosowania rozwiązania w technologii dwuwarstwowej, klient-serwer.”

wprowadzić: *„Wszystkie wymagania funkcjonalne systemu GIS mogą być realizowane wersji przeglądarkowej lub desktopowo-webowej.”*

- w miejsce postanowień w części OPZ VIII. MINIMALNE WYMAGANIA VI. System Informacji Przestrzennej (SIP) 6. ZARZĄDZANIE DANYMI Z OBSZARU NIERUCHOMOŚCI GMINNYCH, pkt. 1 (s. 149):

„Wszystkie wymagania funkcjonalne systemu GIS muszą być realizowane przez aplikacje internetową. Zamawiający nie dopuszcza możliwości stosowania rozwiązania w technologii dwuwarstwowej, klient-serwer.”

wprowadzić: *„Wszystkie wymagania funkcjonalne systemu GIS mogą być realizowane wersji przeglądarkowej lub desktopowo-webowej.”*

- w miejsce postanowień w części OPZ VIII. MINIMALNE WYMAGANIA VI. System Informacji Przestrzennej (SIP) 7. GMINNA EWIDENCJA ZABYTKÓW, pkt. 1 (s. 152):

„Wszystkie wymagania funkcjonalne systemu GIS muszą być realizowane przez aplikacje internetową. Zamawiający nie dopuszcza możliwości stosowania rozwiązania w technologii dwuwarstwowej, klient-serwer.”

wprowadzić: *„Wszystkie wymagania funkcjonalne systemu GIS mogą być realizowane wersji przeglądarkowej lub desktopowo-webowej.”*

- w miejsce postanowień w części OPZ VIII. MINIMALNE WYMAGANIA VI. System Informacji Przestrzennej (SIP) 8.REJESTR AZBESTU, pkt. 1 (s. 155):

„Wszystkie wymagania funkcjonalne systemu GIS muszą być realizowane przez aplikacje internetową. Zamawiający nie dopuszcza możliwości stosowania rozwiązania w technologii dwuwarstwowej, klient-serwer.”

wprowadzić: *„Wszystkie wymagania funkcjonalne systemu GIS mogą być realizowane wersji przeglądarkowej lub desktopowo-webowej.”*

- w miejsce postanowień w części OPZ VIII. MINIMALNE WYMAGANIA VI. System Informacji Przestrzennej (SIP) 9. OŚWIETLENIE, pkt. 2 (s. 158):

„Wszystkie wymagania funkcjonalne systemu GIS muszą być realizowane przez aplikacje internetową. Zamawiający nie dopuszcza możliwości stosowania rozwiązania w technologii dwuwarstwowej, klient-serwer.”

wprowadzić: *„Wszystkie wymagania funkcjonalne systemu GIS mogą być realizowane wersji przeglądarkowej lub desktopowo-webowej.”*

- w miejsce postanowień w części OPZ VIII. MINIMALNE WYMAGANIA VI. System Informacji Przestrzennej (SIP) 10. EWIDENCJA DRÓG, pkt. 1 (s. 163):

„Wszystkie wymagania funkcjonalne systemu GIS muszą być realizowane przez aplikacje internetową. Zamawiający nie dopuszcza możliwości stosowania rozwiązania w technologii dwuwarstwowej, klient-serwer.”

wprowadzić: *„Wszystkie wymagania funkcjonalne systemu GIS mogą być realizowane wersji przeglądarkowej lub desktopowo-webowej.”*

- w miejsce postanowień w części OPZ VIII. MINIMALNE WYMAGANIA VI. System Informacji Przestrzennej (SIP) 13. EWIDENCJA DECYZJI WYCINKI DRZEW, pkt. 1 (s. 180):

„Wszystkie wymagania funkcjonalne systemu GIS muszą być realizowane przez aplikacje webową wykorzystując przeglądarkę internetową. Zamawiający nie dopuszcza możliwości stosowania rozwiązania w technologii dwuwarstwowej, klient-serwer.”

- wprowadzić: *„Wszystkie wymagania funkcjonalne systemu GIS mogą być realizowane wersji przeglądarkowej lub desktopowo-webowej.”*

b) nakazania Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ i OPZ w zakresie postanowień odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu i przedmiotowego środka dowodowego w postaci próbki oprogramowania poprzez:

- całkowite wykreślenie z SWZ i OPZ postanowień dotyczących obowiązku przedłożenia próbki oprogramowania i zmianę Rozdziału VI pkt. 2 ust. 1 SWZ poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w sposób proporcjonalny do szacowanej wartości przedmiotowego postępowania i adekwatny do przedmiotu postępowania, tj. poprzez modyfikację SWZ w zakresie Warunku udziału w postępowaniu (Rozdział VII OPZ)

i w miejsce postanowienia: *„Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek dotyczący zdolności technicznej i zawodowej, jeżeli w okresie ostatnich 3 lat, liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykaże należyte wykonanie dwóch usług polegających na wdrożeniu systemu informatycznego wraz z uruchomieniem elektronicznych usług publicznych, o wartości minimum 500 000,00 złotych polskich brutto każda.”*

wprowadzić:

„Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek dotyczący zdolności technicznej i zawodowej, jeżeli w okresie ostatnich 3 lat, liczonym wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykaże należyte wykonanie dwóch

usług polegających na wdrożeniu systemu informatycznego wraz z uruchomieniem elektronicznych usług publicznych, polegających co najmniej na wdrożeniu systemu zawierającego: elektroniczny obieg dokumentów, obsługę podatków i opłat lokalnych, finanse i księgowość budżetową, system informacji przestrzennej (GIS) wartości minimum 1.000.000,00 złotych polskich brutto każda”

ewentualnie o:

- wykreślenie z SWZ i OPZ wymagań dotyczących przedłożenia jako elementu zestawu demonstracyjnego próbki filmu instruktażowego i w to miejsce wprowadzenie postanowień zapewniających czynny udział wykonawcy w trakcie testowania próbki,
- stworzenie procedury testowania próbki, zawierającej m.in. obowiązek Zamawiającego utrwalenia przez Zamawiającego przebiegu testowania próbki za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk oraz dołączenie takiej rejestracji do protokołu postępowania,
- modyfikację przesłanki odrzucenia oferty i precyzyjne wskazanie, że niespełnienie choć jednej funkcjonalności, a nie „*cech/funkcjonalności*” będzie skutkowało odrzuceniem oferty,
- określenie, że w odniesieniu do każdego wykonawcy testowane będą te same, wybrane funkcjonalności oprogramowania.

2) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania na okoliczności wskazane w Odwołaniu,

3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w postaci kosztów wpisu od odwołania i zastępstwa przez Krajową Izbą Odwoławczą, wg faktury złożonej na rozprawie.

UZASADNIENIE

I. KWESTIE FORMALNE.

1. INTERES PRAWNY W ZŁOŻENIU ODWOŁANIA

Odwołujący wskazuje interes w złożeniu odwołania. Odwołujący w ramach działalności gospodarczej realizuje zamówienia publiczne z zakresu e-usług i zamierza ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W przypadku nieuwzględnienia Odwołania i niedokonania zmian w SWZ i OPZ Odwołujący nie będzie mógł realnie uzyskać zamówienia. Odwołujący może zatem ponieść szkodę jeśli w związku z naruszeniem przez

Zamawiającego przepisów PZP nie będzie mógł konkuruwać z innymi wykonawcami i złożyć oferty, która nie zostanie odrzucona.

2. ZACHOWANIE TERMINU DO WNIESIENIA ODWOŁANIA

Zamawiający w dniu 25 kwietnia 2022 r. ogłosił Zamówienie i udostępnił dokumenty zamówienia. Tym samym niniejsze Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu przewidzianego w art. 515 ust. 1 pkt. 1 PZP.

3. UZASADNIENIE ZARZUTÓW

3.1. WYMAGANIE DOSTARCZENIA ROZWIĄZANIA PRZEGLĄDARKOWEGO (WEBOWEGO)

Jak wynika z OPZ w jego części I. WSTĘP (s. 3) Zamawiający wymaga dostarczenia oprogramowania wewnętrznego do zarządzania danymi przestrzennymi wraz z dedykowanymi modułami GIS we wersji przeglądarkowej, określając że wszystkie wymagania funkcjonalne oprogramowania wewnętrznego muszą być realizowane przez aplikację internetową. Zamawiający nie dopuszcza możliwości stosowania rozwiązania w technologii dwuwarstwowej, klient-serwer.

Jednocześnie w OPZ w części V. WYMAGANIA OGÓNE (s. 7), Zamawiający podkreśla, że:

„Wszystkie systemy dostarczone w ramach zamówienia muszą być zbudowane w technologii klient-serwer lub w technologii wielowarstwowej w oparciu o relacyjną bazę danych SQL. Zamawiający wymaga dostarczenia wraz z systemami licencji silnika baz danych SQL właściwych dla dostarczonych rozwiązań. Licencje muszą zapewniać prawidłowe działanie systemów informatycznych, muszą obejmować serwery, procesory, rdzenie procesorowe oraz środowiska w których będą instalowane oraz muszą uwzględniać wszystkich pracowników Zamawiającego.

Zatem już z tych dwóch przywołanych fragmentów OPZ wynika sprzeczność co do możliwości dostarczenia oprogramowania w technologii klient serwer. W dalszej części OPZ, w rozdziale VIII. MINIMALNE WYMAGANIA w odniesieniu do GIS, Zamawiający wielokrotnie wyłącza możliwość dostarczenia systemu w technologii klient-serwer, a zatem wydaje się, że taka była jego intencja – wbrew oczywistej sprzeczności na stronie 7 OPZ. Intencja ta jednak nie jest zgodna z zasadami wynikającymi z PZP.

Sformułowane przez Zamawiającego wymogi technologiczne określenia dostępności systemu z poziomu przeglądarki internetowej stanowi ograniczenie konkurencji i prowadzi do wyeliminowania wykonawców, takich jak Odwołujący, którzy w systemach GIS

wykorzystują architekturę klient-serwer w modelu desktopowym, która stosowana jest z powodzeniem przez wykonawców w systemach administracyjnych.

Sformułowane przez Zamawiającego wymogi stanowią ograniczenie konkurencji i prowadzą do wyeliminowania wykonawców, którzy w systemach informatycznych wykorzystują architekturę klient-serwer w modelu webowo-desktopowym. Wprowadzenie powyższych wymagań prowadzi zatem do zawężenia kręgu wykonawców mogących złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu, bowiem zapisy te stoją w sprzeczności z przepisami art. 16 PZP oraz naruszają uczciwą konkurencję.

Należy podkreślić, iż **przytoczone wymaganie działania GIS tylko w wersji przeglądarkowej nie jest niezbędne dla spełnienia potrzeb Zamawiającego, które mogą być faktycznie spełnione także przy zastosowaniu rozwiązania webowo-desktopowego.**

Biorąc pod uwagę powyższe zwracamy uwagę, iż celem Zamawiającego powinien być zakup i wdrożenie systemu GIS posiadającego wymagane funkcjonalności, a nie o konkretnej technologii czy architekturze, na co wskazuje wymóg posiadania przez system rozwiązania tylko przeglądarkowego. Ponadto wskazujemy na utrwalone stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej (wyrażone m.in. w Uchwale z dnia 10 sierpnia 2016 r. sygn. akt: KIO/KD 48/16), zgodnie z którym „(..) *naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byliby w stanie wykonać dane zamówienie.* Dodać też należy, że w przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust.2 ustawy Pzp, wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia.”

W ocenie Odwołującego wskazanie na jedną z technologii, bez dopuszczenia rozwiązań wykonanych w drugiej technologii, stanowi ograniczenie konkurencji.

Oferowany system może zapewniać pełną funkcjonalność bez potrzeby stosowania przeglądarek internetowych - na skutek zastosowania rozwiązań desktopowych. Te same funkcjonalności systemu mogą być osiągnięte zarówno w rozwiązaniach desktopowych, jak i przeglądarkowych. Natomiast interfejs danego systemu nie decyduje o jego przydatności, funkcjonalności czy jakości. Dopuszczenie możliwości zaoferowania systemów wyłącznie o interfejsie opartym o rozwiązania przeglądarkowe i uniemożliwienie zaoferowania rozwiązań desktopowych w sposób istotny bezzasadnie ogranicza konkurencję w przedmiotowym postępowaniu. Trzeba mieć na uwadze, że „**Zamawiający może bowiem określić swoje wymagania w sposób, które spowodują utrudnienie konkurencji,**

ale **wyłącznie wtedy, gdy jest to absolutnie niezbędne do realizacji jego potrzeb**, które dodatkowo muszą być potrzebami rzeczywiście uzasadnionymi. Istotne znaczenie ma tu **zasada proporcjonalności**, zgodnie z którą środki podjęte do realizacji celu nie mogą wykroczać poza to, co jest **niezbędne do osiągnięcia tego celu** (tak Europejski Trybunał Sprawiedliwości zdefiniował zasadę proporcjonalności m.in. w wyroku z dnia 13.09.2007 r. w sprawie C-260/04, Komisja przeciwko Włochom, pkt 28-29).

W konsekwencji według Odwołującego zasadne jest żądanie nakazania Zamawiającemu doprowadzenia treści SWZ i OPZ do stanu neutralności technologicznej, czyli możliwości oferowania zarówno rozwiązań opartych o jedną (przeglądarkową) jak i drugą technologię (webowo-desktopową).

3.2. WARUNEK UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU (WYKAZANIE DOŚWIADCZENIA) I PRZEDMIOTOWY ŚRODEK DOWODOWY W POSRACI PRÓBKII OPROGRAMOWANIA

Zamawiający wymagania dotyczące próbki, określił w Rozdziale VIII ust. 2 punkt 1) SWZ, Rozdziale XII ust. 2 SWZ i w Rozdziale VII załącznika nr 2 do SWZ – OPZ. Z SWZ wynika, że wraz z ofertą wykonawca zobowiązany jest złożyć przedmiotowy środek dowodowy – oprogramowanie zawierające funkcjonalności, określone w załączniku nr 2 do SWZ w punktach oznaczonych indeksem P, w postaci próbki tj. zestawu demonstracyjnego* składającego się z: komputera przenośnego (laptopa) z zainstalowanym oprogramowaniem zawierającym dane demonstracyjne **wraz z filmem instruktażowym z lektorem w języku polskim, pokazującym sposób osiągnięcia w/w funkcjonalności.**

W ocenie Odwołującego, obowiązek przedłożenia próbki oferowanego (GOTOWEGO) systemu jest wymaganiem nieproporcjonalnym biorąc pod uwagę, że określając warunki udziału w postępowaniu, w określeniu do warunku dotyczący zdolności technicznej i zawodowej dla Zamawiającego wystarczające okazuje się wykazanie się wykonaniem dwóch usług polegających na wdrożeniu systemu informatycznego wraz z uruchomieniem elektronicznych usług publicznych, BEZ WSKAZYWANIA PODOBIEŃSTWA DO PRZEDMIOTOWEGO POSTĘPOWANIA, o wartości minimum TYLKO 500.000,00 zł brutto każda. W sytuacji w której Zamawiający nie odnosi referencji w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia, żądanie przedłożenia przez wykonawców próbki gotowego systemu stanowi wymóg nieuzasadniony i przeczący zasadzie proporcjonalności – gotowy system powinien być wykonany w toku wykonywania umowy, a nie na etapie ofertowania.

Z tego powodu w pierwszej kolejności żądaniem Odwołującego jest wykreślenie z SWZ i OPZ wymagań dotyczących przedłożenia próbki oprogramowania, a to w miejsce modyfikacja postanowień SWZ dotyczących warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej poprzez ustalenie takich kryteriów warunku udziału w postępowaniu, które pozwolą Zamawiającemu na adekwatną do przedmiotu zamówienia ocenę dotychczasowego doświadczenia Wykonawcy.

Na wypadek nieuwzględnienia przez KIO żądania, o którym mowa powyżej, Odwołujący podnosi, że **znacznej modyfikacji wymagają postanowienia SWZ i OPZ dotyczące próbki oprogramowania i elementów zestawu demonstracyjnego**, które w obecnej formie przeczą podstawowym zasadom PZP wynikającym w szczególności z art. 16 PZP.

Abstrahując od tego, że Zamawiający nie określił żadnych wymagań co do filmu instruktażowego, co oznacza że każdy z wykonawców ma nieograniczone możliwości, w tym czasowe (co do czasu trwania filmu) i przygotowania pokazu istnienia funkcjonalności, w różnych wariantach, choćby na wypadek awarii czy błędów oprogramowania, to pozbawienie wykonawców możliwości wzięcia udziału w testowaniu próbki, a w to miejsce żądanie filmu instruktażowego, narusza podstawowe zasady PZP, w szczególności jawności i przejrzystości postępowania.

Zamawiający w ramach kryterium oceny ofert zamierza dokonać testowania próbki. Przygotowana przez Wykonawców próbka obejmuje dostarczenie oprogramowania i laptopa. Zamawiający wymaga aby dostarczona próbka była przygotowana do samodzielnego testowania przez **Komisję Przetargową powołaną Zamawiającego (nie wiadomo jaką wiedzę techniczną mają członkowie tej komisji)**, czyli **bez udziału Wykonawcy, nawet biernego**. Testowanie ma opierać się na filmie instruktażowym co do którego nie określono żadnych wymagań. W trakcie oceny próbki Komisja Przetargowa będzie oceniać wybrane funkcjonalności i dokonywać sprawdzenia czy próbka spełnia wybrane funkcjonalności. Zamawiający jednocześnie zastrzega, że *„w przypadku, gdy Zamawiający weryfikując próbkę uzna, że oprogramowanie nie posiada cech/funkcjonalności oprogramowania, określonych w opisie przedmiotu zamówienia, nastąpi zakończenie procesu badania próbki i odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia.”*

Ocena próbki będzie dokonywana przez Komisję Przetargową – przez osoby, które nie będą przeszkolone z obsługi oprogramowania, co może wpływać na wadliwą ocenę próbki i dawać Zamawiającemu znaczną swobodę arbitralnej oceny spełnienia bądź niespełnienia funkcjonalności. Samodzielna ocena próbki nie daje rękojmi dokonania tej oceny w sposób rzetelny, zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie Wykonawców, m.in. z uwagi na fakt, że Zamawiający nie ma pełnej wiedzy na temat

obsługi oprogramowania, a zatem odczytane przez Zamawiającego wyniki mogą znacznie odbiegać od rzeczywistych wyników, które gwarantuje system w okolicznościach, kiedy jest on obsługiwany przez doświadczoną i przeszkoloną w tym zakresie osobę.

Z powyższych przyczyn Zamawiający powinien wykreślić z dokumentacji przetargowej postanowienia dotyczące obowiązku przedłożenia filmu instruktażowego i w to miejsce zapewnić udział (czynny) wykonawców w procesie testowania. Nie wiadomo czym kierował się Zamawiający uniemożliwiając udział wykonawców w procesie testowania próbki. Jeśli sytuacją pandemiczną to należy mieć na uwadze, że jest ona opanowana, a zgodnie z zapowiedziami przedstawicieli Rządu, stan epidemiczny zostanie w kraju odwołany w połowie maja.

Nadto, w celu zapewnienia, że postępowanie będzie prowadzone zgodnie z zasadami PZP oraz w celu zapewnienia wykonawcom możliwość weryfikacji przebiegu testowania próbki, w tym składania środków odwoławczych od ewentualnych czynności odrzucenia oferty na skutek stwierdzenia przez Zamawiającego nieosiągnięcia jakiejś funkcjonalności, Zamawiający powinien zostać zobowiązany do nagrywania przebiegu próbki (rejestracja dźwięku i obrazu) i dołączyć taką rejestrację do protokołu postępowania. Trzeba też mieć na uwadze, że udział wykonawcy przy procedurze testowania próbki i rejestracja przebiegu testowania próbki jest powszechną praktyką w tego rodzaju postępowaniach, co potwierdza także KIO: *„Niewątpliwie celem przestrzegania zasady jawności postępowania i w celu zapewnienia obiektywnej oceny ofert konieczny staje się udział w teście tak przedstawicieli Zamawiającego, jak też przedstawicieli Wykonawcy, którego oferta podlega ocenie. (...) Izba nie widzi przeszkód, by przy zachowaniu regulacji ustawy o RODO proces badania został utrwalony przy pomocy urządzeń rejestrujących obraz i dźwięk (...) Dlatego też Izba uznała, że konieczna jest modyfikacja zapisów SWZ poprzez dodanie do opisu przebiegu schematu testów informacji o zapewnieniu czynnego udziału wykonawcy w tym procesie z uwzględnieniem możliwości rejestracji przebiegu testu za pomocą urządzeń rejestrujących obraz i dźwięk oraz dodanie zapisów o dołączeniu wyników testów i oceny do protokołu z postępowania.”*¹

W ocenie Odwołującego postanowienia dokumentacji przetargowej w zakresie w jakim odnoszą się do próbki przeczą jakiegokolwiek kontroli działań Zamawiającego, co jest niedopuszczalne. *„Zgodnie z art. 18 ust 1 PZP postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie innych fundamentalnych zasad obowiązujących w toku jego prowadzenia, tj. zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. (...) Zasada jawności postępowania ma dodatkowo służyć*

¹ KIO 1606/21;

umożliwieniu samodzielnej kontroli przez wykonawców pod kątem prawidłowości i zgodności z przepisami czynności podejmowanych przez zamawiającego.”²

Nadto, użycie przez Zamawiającego jako podstawy odrzucenia oferty liczby mnogiej w odniesieniu do nieposiadana „cech/funkcjonalności” wydaje się nie odpowiada zamiarowi Zamawiającego, którym najpewniej chodziło o to, aby odrzucić ofertę jeśli próbka nie spełni choć jednej (w liczbie pojedynczej cechy/funkcjonalności). Brak natomiast precyzyjnego określenia kryterium odrzucenia oferty (ile cech/funkcjonalności nie będzie wykazanych, Odwołujący zakłada, że chodzi o choć jedną funkcjonalność) prowadzi do nierównego traktowania wykonawców. Jeśli Zamawiającemu chodziło o to, aby brak realizacji choćby jednej cechy/funkcjonalności prowadził do odrzucenia oferty, powinien to wprost (w liczbie pojedynczej) określić w OPZ. W innym wypadku wykonawca którego oprogramowanie nie wykazało jednej funkcjonalności będzie traktowany tak samo jak wykonawca którego oprogramowanie nie wykazuje większej liczby funkcjonalności.

Z OPZ wynika także, że weryfikacja próbki będzie obejmować **wybrane** funkcjonalności spośród wszystkich wymagań opisanych przez Zamawiającego. Zamawiający powinien określić, że w odniesieniu do wszystkich wykonawców będą weryfikowane dokładnie te same funkcjonalności. W innym wypadku naruszona zostanie zasada równego traktowania wykonawców – oprogramowanie jednego wykonawcy może być badane pod kątem istnienia prostszych funkcjonalności niż oprogramowanie innego wykonawcy.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę jak na wstępie odwołania.

Odwołujący zarazem zastrzega sobie prawo do przedstawienia na rozprawie kolejnych dowodów na swoje twierdzenia, w ramach przedstawionych w odwołaniu zarzutów.

Agata Gawrońska

pełnomocnik

Załączniki:

1. pełnomocnictwo do reprezentowania Odwołującego,
2. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
3. odpis aktualny z rejestru przedsiębiorców KRS Odwołującego,
4. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
5. dowód przesłania Zamawiającemu kopii odwołania wraz z załącznikami.

² KIO 1606/21;