

WYROK
z dnia 9 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Anna Chudzik

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2012 r. przez wykonawcę **Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A., 00-222 Warszawa, ul. Sanguszki 1** w postępowaniu prowadzonym przez **Główny Inspektorat Transportu Drogowego, 02-676 Warszawa ul. Postępu 21,** przy udziale:

- A. wykonawcy **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 2a** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **Assecco Poland S.A., 35-322 Rzeszów, ul. Olchowa 14** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treści Istotnych Postanowień Umowy (IPU) w sposób podany w treści uzasadnienia.

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Główny Inspektorat Transportu Drogowego, 02-676 Warszawa ul. Postępu 21 i,**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr.** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Polską Wytwórnę Papierów Wartościowych S.A., 00-222 Warszawa, ul. Sanguszki 1** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Zamawiającego - Głównego Inspektoratu Transportu Drogowego, 02-676 Warszawa ul. Postępu 21** na rzecz **Odwołującego - Polskiej Wytwórni Papierów Wartościowych S.A., 00-222 Warszawa, ul. Sanguszki 1,** kwotę **33 600 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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

Zamawiający - Główny Inspektorat Transportu Drogowego prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest wytworzenie i wdrożenie centralnego systemu przetwarzania dla Centrum Automatycznego Nadzoru nad Ruchem Drogowym wraz ze świadczeniem usług gwarancyjnych oraz utrzymania i rozwoju systemu.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2011/S 208-338889 z dnia 28.10.2011 roku.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W dniu 22 czerwca 2012 roku, odwołujący - Polska Wytwórnia Papierów Wartościowych S.A. wniósł odwołanie wobec:

- I. postanowień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie:
 1. wprowadzenia do kryterium oceny ofert kryterium próbki (pkt 8.4. SIWZ) nieobecnego uprzednio w ogłoszeniu o zamówieniu;
 2. wprowadzenia do kryterium oceny próbki, której sporządzenie jest bardzo kosztowne a ponadto niemożliwe do dokonania w terminie pomiędzy przekazaniem odwołującemu treści specyfikacji a terminem składania ofert określonym w treści zaproszenia do składania ofert;
 3. ukształtowania zasad oceny kryterium ceny (pkt 8.4.1 SIWZ) w sposób ograniczający możliwość konkurowania przez wykonawców w zakresie tego kryterium;
 4. ukształtowania zasad oceny kryterium techniczno-jakościowego w sposób umożliwiający jego swobodną ocenę przez Zamawiającego (pkt 8.4.2 SIWZ wraz z postanowieniami załącznika A do SIWZ);
 5. ograniczenia jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez wprowadzenie procedury przeprowadzenia Demonstracji Próbką (pkt 2.11. Załącznika F do Rozdziału II SIWZ) z wyłączeniem demonstracji dla innych uczestników postępowania;
 6. skrócenia terminów realizacji zamówienia w stosunku do treści ogłoszenia o zamówieniu;

7. określenia kryterium terminu w sposób wadliwy;
- II. ukształtowania istotnych postanowień umowy w sposób jednostronnie korzystny dla zamawiającego, naruszający zasady współzycia społecznego oraz sprzecznie z naturą stosunku zobowiązaniowego, w szczególności poprzez:
8. wprowadzenie postanowień o karach umownych nakładanych na wykonawcę niezależnie od przyczyny niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, kar o wysokościach rażąco wygórowanych oraz nieadekwatnych do wysokości potencjalnie grożącej Zamawiającemu szkody;
 9. wprowadzenie możliwości odstąpienia od umowy z żądaniem zapłaty kary umownej w przypadku powstania opóźnienia niezależnego od wykonawcy (pkt 23.8.2 IPU);
 10. wprowadzenie wymogu posiadania przez Wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej przez Wykonawcę działalności na kwotę co najmniej 48 mln złotych, niezależnego od zabezpieczenia należytego wykonania umowy, która to suma ubezpieczenia stanowi znaczą część wartości zamówienia i stanowi blisko 1/3 maksymalnej szacowanej wartości zamówienia określonej w treści specyfikacji (rozdział 22 IPU);
 11. wprowadzenie niezrozumiałego obowiązku zapłaty wynagrodzenia na rzecz Zamawiającego (pkt 23.10 IPU);
 12. wprowadzenie niejednoznacznego postanowienia dotyczącego momentu odbioru Wersji Docelowej (pkt 11.4. IPU);
 13. wprowadzenie obowiązku modyfikacji rezultatów prac w przypadku istnienia prawdopodobieństwa zgłoszenia roszczenia osoby trzeciej związanych z wadą prawną Produktu lub Oprogramowania (pkt 15.3 IPU);
 14. wprowadzenie obowiązku przeniesienia autorskich praw majątkowych z chwilą instalacji, implementacji, z chwilą powstania lub najpóźniej w momencie złożenia do depozytu zgodnie z pkt. 16 Umowy, przekazania Zamawiającemu danego elementu Dokumentacji czy innych materiałów lub danego Elementu Autorskiego lub jakiegokolwiek elementu Oprogramowania Użytkowego czy aktualizacji lub innych aplikacji (pkt 15.9 IPU);
 15. wprowadzenie bardzo szerokiego zakresu licencji na Oprogramowanie Obce (pkt. 15.14 i nn. IPU);

- II. zaniechania przekazania odwołującemu kompletnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- I. w odniesieniu do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia:
1. wprowadzenie do kryterium oceny ofert kryterium próbki (pkt 8.4. SIWZ) nieobecnego uprzednio w ogłoszeniu o zamówieniu - naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 38 ust. 4b, 48 ust. 2 pkt 10 ustawy Pzp.;
 2. wprowadzenie do kryterium oceny ofert kryterium próbki (pkt 8.4. SIWZ), której sporządzenie jest bardzo kosztowne a ponadto niemożliwe do dokonania w terminie pomiędzy przekazaniem Odwołującemu treści specyfikacji a terminem składania ofert określonym w treści zaproszenia do składania ofert - naruszenie art. 7 ust.1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. a także art. 91 ust. 2 oraz art. 91 ust. 3 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp przez wprowadzenie kryteriów nieodnoszących się do przedmiotu zamówienia a odnoszącego się do zdolności organizacyjnych wykonawcy;
 3. ukształtowanie zasad oceny kryterium ceny (pkt 8.4.1 SIWZ) w sposób ograniczający możliwość konkurowania przez wykonawców w zakresie tego kryterium - naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 4 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp
 4. ukształtowanie zasad oceny kryterium techniczno-jakościowego w sposób umożliwiający jego swobodną ocenę przez Zamawiającego (pkt 8.4.2 SIWZ wraz z postanowieniami załącznika A do SIWZ) - naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.;
 5. ograniczenie jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez wprowadzenie procedury przeprowadzenia Demonstracji Próbką (Załącznik F pkt 2.11.) z wyłączeniem demonstracji dla innych uczestników postępowania - naruszenie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp;
 6. skrócenie terminów realizacji zamówienia w stosunku do treści ogłoszenia o zamówieniu - naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp;
 7. określenia kryterium terminu w sposób nieodpowiadający wadze przyznanej temu kryterium w treści specyfikacji - naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp;
 8. ukształtowanie istotnych postanowień umowy w sposób jednostronnie korzystny dla Zamawiającego, naruszający zasady współżycia społecznego oraz sprzecznie z naturą stosunku zobowiązaniowego - naruszenie art. 7 ust.1, art. 14, art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ k.c.

9. w odniesieniu do zaniechania przekazania odwołującemu kompletnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia - naruszenie dyspozycji art. 51 ust. 4 w zw. z art.8 ust 1 ustawy Pzp.(zasada jawności).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. przekazania kompletnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikiem K do rozdziału II siwz.
2. dokonania zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez:
 - a. wykreślenie z kryteriów oceny ofert kryterium próbki oraz odpowiednią modyfikację kryterium techniczno-jakościowego;
 - b. zmianę zasad oceny w ramach kryterium ceny w ten sposób, żeby punktem odniesienia w ramach tego kryterium była oferta najniższa złożona w postępowaniu a nie 50% maksymalnej kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
 - c. dokonanie zmian w zakresie Załącznika A do Rozdziału II SIWZ polegających na wprowadzeniu jednoznacznych zasad dokonywania oceny poszczególnych podkryteriów w ramach kryterium techniczno-jakościowego;
 - d. w przypadku nieuwzględnienia żądania usunięcia kryterium próbki dopuszczenie do udziału pozostałych wykonawców w Demonstracji Próbką, względnie uzależnienie wyłączenia jawności Demonstracji Próbką od złożenia w tym zakresie oświadczenia o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy z jednoczesnym udostępnieniem wszystkim wykonawcom protokołu z Demonstracji Próbką zawierającego punktację w odniesieniu do każdego z punktowanych elementów oceny wedle Załącznika F do Rozdziału II SIWZ;
 - e. wydłużenie terminu wykonania Wersji Podstawowej Systemu do czasu adekwatnego dla opisanego zakresu
 - f. zmianę zasad oceny ofert w ramach kryterium terminu w sposób odpowiadający wadze tego kryterium;
3. dokonanie zmian w treści Rozdziału III SIWZ (istotne postanowienia umowne) polegających na:
 - a. zamianie słowa „opóźnienie” na słowo „zwłoka” w punktach 11.7, 19.6, 19.10, 20.1, 20.2, 20.3, 20.4, 20,5, 23.8.2 istotnych postanowień umowy;
 - b. zmianie wysokości kary umownej w postanowieniach Rozdziału II, w szczególności poprzez zmianę w punktach 20.7.1., 20.7.2., 20.7.3. IPU wysokości kary umownej na kwotę 50.000,00 zł;

- c. wykreśleniu punktu 20.8 IPU;
- d. wykreśleniu rozdziału 22 wraz z załącznikiem nr 5 IPU
- e. zmianie w punkcie 23.10 IPU fragmentu zdania w obecnym brzmieniu „Obowiązek zapłaty wynagrodzenia na rzecz Zamawiającego” na brzmienie „Obowiązek zapłaty wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy
- f. wykreśleniu z punktu 15.3. IPU fragmentu „(lub będzie istnieć prawdopodobieństwo jego zgłoszenia lub informacje o naruszeniu uzasadniają będą potrzebę podjęcia niezbędnych działań jeszcze przed podniesieniem roszczenia”;

- g. zmianę punktu 15.9 IPU w zd. 1 przez nadanie mu brzmienia:

„Przeniesienie praw, o którym mowa w pkt. 75.5, 15.6. i 15.7 następuje z chwilą podpisania Protokołu Odbioru Wersji Podstawowej Systemu, Protokołu Odbioru Wersji Docelowej Systemu oraz Protokołu Odbioru Końcowego Przedmiotu Zamówienia, w odniesieniu do Oprogramowania Użytkowego czy aktualizacji lub innych aplikacji (z wyłączeniem Oprogramowania Obcego), Elementów Autorskich, Dokumentacji, czy innych utworów, odbieranych przez Zamawiającego w ramach danego Protokołu”.

- h. zmianę zasad licencjonowania Oprogramowania Obcego w sposób opisany w uzasadnieniu odwołania wraz z przedłużeniem terminu na składnię ofert.

Odwołujący wyjaśnił, że informację o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 14 czerwca 2012 roku tj. w dniu przekazania odwołującemu niekompletnej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem termin na wniesienie odwołania został dochowany.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili swoje przystąpienie Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. oraz Assecco Poland S.A., wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Przystępujący Assecco Poland S.A. w trakcie rozprawy ograniczył zakres swojego przystąpienia, wskazując w piśmie procesowym, że popiera wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu, za wyjątkiem zarzutu dotyczącego kryterium próbki - punkt 1.2, zarzutu dotyczącego terminu na wdrożenie wersji podstawowej systemu - punkt 1.6, zarzutu dotyczącego wysokości polisy - podpunkt C.

Pismem z dnia 4 lipca 2012 roku złożonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający uwzględnił część zarzutów podniesionych w odwołaniu wniesionych wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający uwzględnił następujące zarzuty:

1. wprowadzenia do kryterium oceny kryterium próbki, nieobecnego uprzednio w ogłoszeniu o zamówieniu i dokonał zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie w pkt 8.4 oraz 8.4.2 Rozdziału I siwz.
2. ukształtowania zasad oceny kryterium ceny (pkt 8.4.1 siwz) w sposób ograniczający możliwość konkurowania przez wykonawców w zakresie tego kryterium.
3. ograniczenia jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez wprowadzenia procedury przeprowadzenia Demonstracji Próbki (pkt 2.11 Załącznika F do Rozdziału II siwz) z wyłączeniem demonstracji dla innych uczestników postępowania.
4. ukształtowania istotnych postanowień umowy w sposób jednostronnie korzystny dla zamawiającego, naruszający zasady współżycia społecznego oraz sprzecznie z naturą stosunku zobowiązaniowego – zarzut ten został uwzględniony częściowo przez dokonanie modyfikacji pkt 23.10 IPU oraz pkt 15.3 IPU.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalno - prawne do merytorycznego rozpoznania odwołania, a odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołania, ponadto na skutek działań i zaniechań zamawiającego może ponieść szkodę, polegającą na braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutów podniesionych w odwołaniu, zważyła, co następuje:

- I. Zarzuty dotyczące specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
 1. wprowadzenie jako kryterium oceny ofert kryterium próbki, nieobecnego uprzednio w ogłoszeniu, której sporządzenie jest bardzo kosztowne i niemożliwe do dokonania w terminie między przekazaniem odwołującemu treści siwz a terminem składania ofert
Zarzut niezasadny.

W dziale IV.2.1 ogłoszenia o zamówieniu „Kryteria udzielenia zamówienia”, zamawiający podał 3 kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej:

1. cena - waga - 30
2. kryteria techniczno - jakościowe - waga - 65
3. Termin realizacji - waga 5.

W pkt 8.4 przekazanej wykonawcom specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający podał 4 kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej:

1. Cena - waga kryterium: 30%,
2. Kryteria techniczno - jakościowe - waga kryterium: 30%,
3. Próbką - waga kryterium: 35%,
4. Termin realizacji - waga kryterium: 5%.

Pismem z dnia 4 lipca 2012 roku, w którym zamawiający uwzględnił część zarzutów odwołania, podał, że przy wyborze oferty najkorzystniejszej stosować będzie 3 kryteria:

1. cena - 30%,
2. kryterium techniczno - jakościowe - 65%,
3. termin realizacji – 5 %.

Zamawiający wyjaśnił także, iż „rozbieżność w kryteriach oceny ofert pomiędzy ogłoszeniem o specyfikacją istotnych warunków zamówienia była jedynie pozorna. Zamawiający dokonuje oceny jakościowej ofert (kryterium techniczno – jakościowe) na podstawie wypracowania wykonawcy pn. „Opis rozwiązania wykonawcy” oraz Próbką”.

Izba stoi na stanowisku, że żądanie przedłożenia próbki w zamówieniach, których przedmiotem jest wytworzenie i wdrożenie systemu informatycznego jest w pełni uzasadnione potrzebami zamawiającego, bowiem próbka składana w tego typu zamówieniach umożliwia niewątpliwie ocenę jakości, funkcjonalności i zaproponowanych rozwiązań. Wymóg złożenia próbki jest dopuszczalny także w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia jest wytworzenie i wdrożenie oprogramowania, które ma charakter nowatorski a gotowy produkt jeszcze nie istnieje. W tym zakresie Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że żądanie złożenia próbki może dotyczyć wyłącznie produktu funkcjonującego już w obrocie.

Nie znajduje także potwierdzenia argument odwołującego, że kryterium próbki jest kryterium nowym, nieobecnym uprzednio w treści ogłoszenia. Złożona próbka jest podstawą oceny w kryterium jakościowo - technicznym, które zostało wskazane w treści ogłoszenia. Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że w piśmie z dnia 4 lipca 2012 roku, zamawiający przywrócił 3 kryteria oceny ofert, które uprzednio wskazał w treści

ogłoszenia: cena, kryterium jakościowo - techniczne oraz termin realizacji, wskazując, że ocena oferty w kryterium jakościowo - technicznym zostanie dokonana przez: ocenę techniczno - jakościową w oparciu o Opis rozwiązania prezentowanego w Załączniku nr 1 do oferty oraz ocenę techniczno - jakościową w oparciu o Próbkę.

Zgodnie z wymogiem określonym w art. 48 ust. 2 pkt 10 ustawy Pzp w treści ogłoszenia zamawiający, ma obowiązek podać kryteria oceny ofert i ich znaczenie, co też uczynił wskazując na 3 kryteria i ich wagi. Natomiast w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający musi podać, zgodnie z treścią art. 36 ust. 2 pkt 13 ustawy Pzp, opis tych kryteriów (podanych wcześniej w ogłoszeniu) oraz sposób oceny ofert. W ocenie Izby, oznacza to, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający winien określić na podstawie jakich dokumentów oraz w jaki sposób będzie oceniał oferty w poszczególnych kryteriach. Zgodnie z decyzją zamawiającego ocena ofert w ramach kryterium jakościowo - technicznego zostanie dokonana w oparciu o opis rozwiązania oraz próbkę. W tym znaczeniu próbka nie może być postrzegana jako nowe kryterium, ale jako sposób oceny oferty w kryterium jakościowo - technicznym.

Żądania odwołującego co do wykreślenia możliwości oceny ofert w oparciu o próbkę nie uzasadnia także argument o wysokich kosztach związanych z jej przygotowaniem. Koszty związane z wytworzeniem próbki, która jest istotnym elementem oceny jakości zaproponowanego produktu poniosą wszyscy uczestnicy postępowania, zatem zasada równego traktowania nie została naruszona. Ponadto jak oświadczył w trakcie rozprawy zamawiający, próbka dotyczy tylko niektórych z wymaganych w siwz funkcjonalności oprogramowania i będzie ona stanowiła bazę wyjściową do tworzenia pozostałych funkcji systemu, zatem zarzut odwołującego, że brak powiązania między próbką a przedmiotem zamówienia jest bezpodstawny.

Izba nie podzieliła także argumentu odwołującego, że sporządzenie próbki w terminie między przekazaniem odwołującemu treści siwz a terminem składania ofert jest niemożliwe i faworyzuje wykonawców, którzy posiadają oprogramowanie odpowiadające wymogom zamawiającego lub posiadają dużą część jego komponentów. Powyższych twierdzeń odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, w szczególności nie przedstawił dowodu na to, że sporządzenie próbki w wymaganym przez zamawiającego terminie jest obiektywnie niemożliwe.

2. ukształtowanie zasad oceny kryterium ceny w sposób ograniczający możliwość konkurowania w zakresie tego kryterium.

Zarzut bezprzedmiotowy wobec dokonanej w tym zakresie pismem z dnia 4.07.2012 roku, modyfikacji pkt 8.4.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący potwierdził w trakcie rozprawy, że zmiana siwz w tym zakresie jest satysfakcjonująca.

3. ukształtowanie zasad oceny kryterium techniczno - jakościowego, w sposób umożliwiający jego swobodną ocenę przez zamawiającego.

Zarzut uzasadniony w zakresie nieprecyzyjnego przypisania punktacji poszczególnym podkryteriom w kryterium techniczno - jakościowym.

W pkt 8.4.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający podał, że ocena oferty w ramach kryterium techniczno - jakościowego zostanie dokonana zgodnie z postanowieniami Załącznika A do Rozdziału II SIWZ. Ocena oferty w ramach kryterium jakościowo - technicznego zostanie dokonana poprzez ocenę podkryteriów w kryterium techniczno - jakościowym opisanych w Tabeli nr 1. W Tabeli dla każdego podkryterium przyporządkowane zostały dwie skrajne liczby punktów, tj. Dopuszczalna i Maksymalna liczba punktów, jaką może przyznać ofercie Komisja w ramach danego podkryterium. W Tabeli nr 1 załącznika A zamawiający zamieścił opis 20 podkryteriów techniczno - jakościowych (K1 - K20) wraz ze wskazaniem celu, sposobu oceny wg czynników oceny oraz punktacji dopuszczalnej i maksymalnej. W rubryce „Sposób oceny wg. czynników oceny” podał elementy, który będą podlegały ocenie w danym podkryterium, przypisując im punktację np. dla podkryterium K1 „Automatyzacja postępowań wyjaśniających” - 1. Kompletność, szczegółowość, spójność i poprawność merytoryczna Modelu procesów z uwzględnieniem uwarunkowań - do 12 pkt, 2. Poziom automatyzacji postępowań oraz w ich kontekście zapewnienia kontroli jakości przetwarzania danych (aktualności, kompletności i poprawności merytorycznej) - do 5 pkt, 3. Optymalność modelu organizacji pracy dla Wydziału ds. Wykroczeń CANARD - do 3 pkt. Punktacja Dopuszczalna, Maksymalna - 10- 20. Jednocześnie na stronach 11- 28 załącznika A zamawiający podał sposób sporządzenia „Opisu rozwiązania dla kryterium techniczno - jakościowego” odnośnie każdego podkryterium od K1 - K20.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje :

Zastosowanie kryterium jakościowo - technicznego, które jest niewątpliwie kryterium niemierzalnym zawsze wiąże się z pewną subiektywną oceną członków komisji przetargowej. Jednak sposób oceny ofert kryterium techniczno - jakościowego powinien być tak skonstruowany, aby możliwie maksymalnie ograniczyć subiektywne odczucia i

osobiste preferencje oraz zapewnić zobiektywizowaną ocenę jakości zaproponowanego rozwiązania (produktu).

W rozpatrywanym stanie faktycznym, Izba uznała, że podanie przez zamawiającego przez użycie sformułowań np. „do 12 pkt” wyłącznie górnej granicy punktacji, która będzie przyznawana w poszczególnych podkryteriach, stwarza nie tylko zbyt dużą arbitralność i dowolność po stronie członków komisji przetargowej ale wprowadza także niepewność po stronie wykonawców składających ofertę ile tak naprawdę punktów mogą otrzymać w danym podkryterium. Dodatkowo takie skonstruowanie oceny ofert stwarza obawy, że zamawiający będzie dokonywał oceny ofert nie tylko wyłącznie w oparciu o zasady określone w specyfikacji istotnych warunków, ale będzie oceniał oferty pomiędzy sobą, co jest niedopuszczalne. Wykonawcy, składając ofertę winni mieć pewność, że przykładowo w kryterium K1 automatyzacja postępowań wyjaśniających, spełniając wymagania dotyczące kompletności, szczegółowości, spójności i poprawności merytorycznej Modelu procesów z uwzględnieniem uwarunkowań otrzymają ściśle określoną liczbę punktów. Słusznie wskazuje także odwołujący w treści odwołania, że posłużenie się „widełkami” przy ocenie podkryteriów powoduje, że ocena dokonana

Za konieczne Izba uznała nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji sposobu oceny ofert w kryterium jakościowo - technicznym przez przypisanie konkretnej, ściśle określonej punktacji przysługującej za spełnienie wymogów określonych w poszczególnych podkryteriach, podanych w załączniku A.

4. Ograniczenie jawności postępowania o udzielenie zamówienia przez wprowadzenie procedury przeprowadzenia Demonstracji Próbką z wyłączeniem demonstracji dla innych uczestników postępowania.

Zarzut bezprzedmiotowy.

W ocenie Izby, zamawiający pismem z dnia 4 lipca 2012 roku uczynił zadość żądaniu odwołującego, wskazując na zmienione brzmienie pkt 2.11 Załącznika F do Rozdziału II siwz, zgodnie z którym „*Demonstracja próbki jest jawna, chyba że Wykonawca zastrzeże jej zawartość jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nakłada na Wykonawcę zobowiązanie do zachowania poufności na temat uzyskanych materiałów do demonstracji (...)*”. W świetle powyższego zarzut, że zamawiający ograniczył jawność przeprowadzenia demonstracji Próbką a priori, bez wyraźnej w tym zakresie woli wykonawców jest bezprzedmiotowy.

Zarzut dotyczący zastrzeżenia poufności punktacji otrzymanej przez wykonawców jest nieuzasadniony z uwagi na to, że nie znajduje on potwierdzenia zarówno w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak również w

oświadczeniu złożonym przez zamawiającego w toku rozprawy, że punktacja przyznana poszczególnym ofertom będzie jawna.

5. Skrócenie terminów realizacji zamówienia w stosunku do treści ogłoszenia.

Zarzut niezasadny.

Odwołujący podnosił, że stosownie do treści ogłoszenia o zamówieniu termin realizacji zamówienia został wskazany na 120 miesięcy, tymczasem w treści przekazanej wykonawcom specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający przewidział wykonanie wersji podstawowej systemu w maksymalnym terminie 5 miesięcy, przewidując dodatkowe punkty za skrócenie tego terminu o 1 miesiąc.

W ocenie Izby, brak sprzeczności pomiędzy terminem realizacji zamówienia podanym w ogłoszeniu a terminem przewidzianym na wykonanie wersji podstawowej systemu, przewidzianym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko zamawiającego, że podany w ogłoszeniu termin 120 miesięcy jest terminem najdłuższym, w czasie którego należy wykonać pełny zakres przedmiotu zamówienia, który obejmuje nie tylko wytworzenie, wdrożenie centralnego systemu przetwarzania dla Centrum Automatycznego Nadzoru Nad Ruchem Drogowym, ale obejmuje także świadczenie usług gwarancyjnych, utrzymanie i rozwój systemu w okresie trwania umowy.

Oczywistym jest zatem, że termin 120 miesięcy nie jest wyłącznie terminem na wykonanie wersji podstawowej systemu, lecz na wykonanie wszystkich świadczeń i obowiązków wynikających z przedmiotu zamówienia. Wobec tego zamawiający miał prawo w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia doprecyzować terminy wykonania poszczególnych czynności, elementów wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia.

Twierdzenie Odwołującego, że określenie tak krótkiego terminu wykonania wersji podstawowej rodzi podejrzenia o faworyzowaniu wykonawców dysponujących już częściowo gotowymi rozwiązaniami, pozostało gołosłowne. Ponadto odwołujący nie wskazał, jaki termin wykonania wersji podstawowej byłby dla niego wystarczający.

6. Określenie kryterium terminu w sposób wadliwy.

Zarzut niezasadny.

W świetle pisma z dnia 22 czerwca 2012 roku, w którym zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 2 wyjaśnił, że w opisie sposobu przyznawania punktów w tym kryterium znajduje się omyłka polegająca na braku znaku % po cyfrze 5. Zamawiający poprawił omyłkę i wzór otrzymał postać: $T0 = Tof \times 5\%$.

Jednocześnie zamawiający wskazał, że ocena w ramach kryterium termin realizacji zostanie dokonana przez przyznanie ofercie dodatkowo po 25 punktów za zobowiązanie się wykonawcy do wcześniejszej realizacji wersji podstawowej systemu za każdy tydzień. Zamawiający w tym kryterium przyzna maksymalnie 100 punktów. Oznacza to, że 100 punktów otrzyma oferta, która zadeklaruje skrócenie terminu o 4 tygodnie, co po zastosowaniu wzoru wskazanego wyżej (wagi kryterium) oznacza, że oferta uzyska w tym kryterium 5 punktów. Zarówno wzór jaki i opis kryterium termin realizacji zostały podane w sposób prawidłowy.

7. zaniechanie przekazania odwołującemu kompletnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, załącznik K zawierający dane stanowiące tajemnicę służbową, złożenie oświadczenia o zachowaniu w poufności.

Zarzut zasadny.

Zamawiający uzależnił udostępnienie treści załącznika K do rozdziału II siwz od złożenia stosownego oświadczenia o zobowiązaniu do zachowania w poufności informacji w nim zawartych. Izba ustaliła, że jedynie odwołujący nie złożył wymaganego oświadczenia i na dzień rozprawy nie zapoznał się z treścią załącznika K do siwz. Zdaniem Izby, zamawiający, który jest jednostką administracji państwowej, ma prawo, w celu zachowania w poufności danych zawartych w treści załącznika K, które mogłyby być wykorzystane w sposób niewłaściwy, jako wystawca dokumentu nadać mu klauzulę „zastrzeżone”. Zgodnie z dyspozycją art. 5 ust. 4 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. Nr 182, poz. 1228), informacjom niejawnym nadaje się klauzulę „zastrzeżone”, jeżeli nie nadano im wyższej klauzuli tajności, a ich nieuprawnione ujawnienie może mieć szkodliwy wpływ na wykonywanie przez organy władzy publicznej lub inne jednostki organizacyjne zadań w zakresie obrony narodowej, polityki zagranicznej, bezpieczeństwa publicznego, przestrzegania praw i wolności obywateli, wymiaru sprawiedliwości albo interesów ekonomicznych Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie z art. 6 ust. 1 przywołanej ustawy klauzulę tajności nadaje osoba, która jest uprawniona do podpisania dokumentu lub oznaczenia innego niż dokument materiału. W świetle powyższego, należy uznać, że dążąc do zachowania danych zawartych w załączniku K w poufności zamawiający winien, jako wystawca dokumentu nadać mu odpowiednią klauzulę tajności, przez co zapewniłby skuteczną ochronę informacji w nim zawartych. Wówczas wymóg złożenia oświadczenia o zobowiązaniu wykonawcy do zachowania w poufności informacji zawartych w tym dokumencie należy uznać za bezprzedmiotowy. Uzależnienie udostępnienia załącznika K do specyfikacji istotnych warunków zamówienia od złożenia przez wykonawcę stosownego oświadczenia o zachowaniu danych w nim zawartych w poufności oraz innych obowiązków nie znajduje

oparcia zarówno w przepisach ustawy Pzp jak również w przepisach ustawy o ochronie informacji niejawnych. Zamawiający ma obowiązek przekazać kompletną specyfikację istotnych warunków zamówienia wszystkim wykonawcom, którzy spełniają wymagania określone w ogłoszeniu i zostali zaproszeni do składania ofert.

II. Zarzuty dotyczące istotnych postanowień umowy:

W pierwszej kolejności Izba nie podzieliła zarzutu odwołującego, że istotne postanowienia umowy (dalej IPU) zostały ukształtowane w sposób jednostronnie korzystny dla zamawiającego i naruszają zasady współzycia społecznego oraz są sprzeczne z naturą stosunku zobowiązaniowego. Istotne postanowienia umowy, stanowiące załącznik do siwz, rozdział III siwz, określają wzajemne prawa i obowiązki stron stosunku zobowiązaniowego i są z pewnością umową dwustronnie zobowiązującą. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów dotyczących treści postanowień IPU, Izba zważyła co następuje:

1. zarzut dotyczący wprowadzenia postanowień o karach umownych nakładanych na wykonawcę niezależnie od przyczyn niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, kar o wysokościach rażąco wygórowanych oraz nieadekwatnych do wysokości potencjalnie grożącej zamawiającemu szkody.

Zarzut niezasadny zarówno co do wysokości jak i przyczyn za które przewidziana jest kara umowna.

Treścią zastrzeżenia kary umownej jest zobowiązanie się dłużnika do zapłaty wierzycielowi określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (art. 483 § 1 KC). W świetle przepisu art. 484 § 1 kc w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. W oparciu o przywołany przepis przyjmuje się, że za dopuszczalne uznać należy zastrzeżenie w umowie uprawnienia wierzyciela do żądania kary nawet w sytuacji, gdy przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania są okoliczności niezawinione przez dłużnika. Możliwość zastrzeżenia takiej klauzuli jest dopuszczalna w świetle art. 473 § 1 KC dopuszczającego możliwość modyfikacji ogólnych reguł odpowiedzialności dłużnika, które co do zasady oparte są na zasadzie winy. Zatem nic nie stoi na przeszkodzie, aby dłużnik w takiej sytuacji przyjął na siebie również odpowiedzialność za przypadek (J. Jastrzębski, *Odsetki za opóźnienie a kara umowna*, *Palestra* 2004, z. 7-8, s. 54).

W świetle powyższego niezasadne jest żądanie odwołującego, aby w punktach 11.7, 19.6, 19.10, 20.1, 20.2, 20.3, 20.4, 20.5, 23.8. słowo „opóźnienie” zastąpić słowem „zwłoka”.

Izba nie podzieliła także stanowiska odwołującego co do określenia wysokości kar umownych, przewidzianych w IPU w sposób wygórowany. Ustawa Pzp, jak również przepisy kodeksu cywilnego nie określają maksymalnej wysokości kar umownych, ani nie formułują definicji kary rażąco wysokiej. Aby uznać, czy kara jest rażąco wygórowana należy odwołać się do ugruntowanego orzecznictwa i doktryny, które dla oceny czy kara nosi znamiona kary rażąco wygórowanej wymagają porównania jej wysokości ze świadczeniem dłużnika. Przewidziane w pkt 20.7.1, 20.7.2, 20.7.3 IPU kary umowne z tytułu naruszenia przepisów dotyczących ochrony informacji niejawnych, ochrony danych, naruszenia zasad przetwarzania danych osobowych czy naruszenia praw własności intelektualnej w wysokościach 1 000 000 oraz 800 000 zł, stanowią niespełna 0,1% wartości szacunkowej zamówienia, która wynosi 140 000 0000 zł. Ponadto należy wziąć pod uwagę okoliczność, że ewentualne odszkodowanie z tytułu naruszeń, opisanych w pkt 20.7.1, 20.7.2, 20.7.3 IPU może przekroczyć ustaloną wysokość kary umownej.

2. wprowadzenie możliwości odstąpienia od umowy z żądaniem zapłaty kary umownej w przypadku powstania opóźnienia niezależnego od wykonawcy (23.8.2).

Zarzut niezasadny.

Kwestionowane postanowienie umowy dotyczy prawa zamawiającego do odstąpienia od części lub całości umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w sytuacji, gdy w realizacji jakiegokolwiek obowiązku określonego w umowie powstaną opóźnienia po stronie wykonawcy i umowa uprawnia zamawiającego do odstąpienia. Jednocześnie postanowienie to wskazuje na pkt 5.7 IPU oraz 11.22, który przewiduje już w przypadku przekroczenia terminów realizacji umowy możliwość naliczenia kar umownych, wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy. Z kolei pkt 11.22 dopuszcza naliczenie kar umownych, wypowiedzenie czy odstąpienie od umowy w przypadku nienależytego wykonania umowy. Zamawiający ustanowił tym samym odpowiedzialność wykonawcy już w sytuacji samego opóźnienia, za które wykonawca nie ponosi winy, co jest działaniem dopuszczalnym na gruncie przepisów, o czym wskazano wyżej.

3. wprowadzenie wymogu posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę 48 mln, złotych, niezależnego od zabezpieczenia należytego wykonania umowy, która to suma ubezpieczenia stanowi blisko 1/3 maksymalnej szacowanej wartości zamówienia określonej w siwz.

Zarzut zasadny w odniesieniu do nieostrych sformułowań dotyczących towarzystwa ubezpieczeniowego, z którym należy zawrzeć umowę ubezpieczenia. Zarzut niezasadny co do wysokości sumy ubezpieczenia.

W ocenie Izby wymóg zawarcia umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności niezależnie od zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest w pełni uzasadniony. Są to dwie różne, nie wykluczające się instytucje, które odnoszą się do odmiennych podstaw prawnych, przedmiotu i form zabezpieczenia. Analizując postanowienie pkt 22.1 IPU Izba stwierdziła, że sformułowanie użyte przez zamawiającego, w którym zobowiązuje on wykonawcę do zawarcia umowy „*w wiodącym na rynku towarzystwie ubezpieczeniowym o niezachwianej sytuacji finansowej, posiadającym zezwolenie do wystawiania polis ubezpieczeniowych na terenie Polski*” jest sformułowaniem pozostawiającym zbyt dużą dowolność interpretacyjną co do towarzystw ubezpieczeniowych, spełniających wymagania w ten sposób określone. Izba uznała za konieczne nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany w tym zakresie przez wykreślenie nieostrych pojęć dotyczących towarzystwa ubezpieczeniowego, z którym należy zawrzeć umowę ubezpieczenia.

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę rozmiar przedsięwzięcia, jego wartość szacunkową oraz ewentualne szkody wynikające z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy zasadnym jest żądanie wskazanej wysokości sumy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej oraz żądanie należytego wykonania umowy.

4. wprowadzenie obowiązku zapłaty wynagrodzenia na rzecz zamawiającego w pkt 23.10 IPU.

Zarzut bezprzedmiotowy wobec zmiany brzmienia treści pkt 23.10 IPU nadanej pismem z dnia 4 lipca 2012 roku, która określa „obowiązek zapłaty wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy” i wyczerpuje w pełni żądanie odwołującego w tym zakresie.

5. wprowadzenie niejednoznacznego postanowienia dotyczącego momentu odbioru Wersji Docelowej (pkt 11.4 IPU).

Zarzut zasadny.

Odwołujący podniósł, że postanowienie pkt 11.4 IPU jest niejednoznaczne, bowiem może sugerować, że Odbiór Wersji Docelowej następuje po wygaśnięciu Gwarancji. Zdaniem odwołującego niejasność ta może mieć istotne znaczenie praktyczne, bowiem IPU z

kwestią podpisania protokołu Odbioru Wersji Docelowej wiąże wypłatę 40% wartość wytworzenia systemu. Co prawda wyjaśnienia zamawiającego przedstawione w toku rozprawy nie potwierdziły stanowiska odwołującego, ale aby nie pozostawiać niejasności, które mogą wyniknąć na tle realizacji umowy, w ocenie Izby zasadnym jest doprecyzowanie przez zamawiającego momentu odbioru Wersji Docelowej.

6. wprowadzenie obowiązku modyfikacji rezultatów prac w przypadku istnienia prawdopodobieństwa zgłoszenia roszczenia osoby trzeciej związanych z wadą prawną produktu lub Oprogramowania (pkt 15.3 IPU).

Zarzut niezasadny.

Zamawiający dokonał częściowo modyfikacji pismem z dnia 4 lipca 2012 roku, zgodnie z żądaniem odwołującego, wykreślając sformułowanie użyte w nawiasie „*lub będzie istnieć prawdopodobieństwo jego zgłoszenie*”. Pozostawiona część sformułowania „*informacje o naruszeniu uzasadnią będą potrzebę podjęcia niezbędnych działań jeszcze przed podniesieniem roszczenia*” zobowiązuje wykonawcę do niezwłocznego zmodyfikowania dotychczas przekazanych zamawiającemu rezultatów prac, w sytuacji gdy samo roszczenie osoby trzeciej związane z wadą prawną produktu lub jego części jeszcze nie zostało podniesione ale informacje o naruszeniu uzasadniają potrzebę podjęcia niezbędnych działań. Celem takiego postanowienia jest możliwe szybkie zapobiegnięcie roszczeniu osób trzecich związanych z wadą prawną produktu, co zdaniem Izby jest zasadne. Ponadto podnieść należy, że odwołujący nie wykazał, w jaki sposób i dlaczego sformułowanie użyte przez zamawiającego narusza lub mogłoby naruszać jego uzasadniony interes.

7. wprowadzenie obowiązku przeniesienia autorskich praw majątkowych z chwilą instalacji, implementacji, z chwilą powstania lub najpóźniej w momencie złożenia do depozytu zgodnie z pkt 16 umowy, przekazania zamawiającemu danego elementu Dokumentacji (pkt 15.9 IPU).

Zarzut zasadny, Izba nakazała dokonanie modyfikacji treści pkt 15.9 i nadanie mu brzmienia, zgodnego z żądaniem odwołującego:

„Przeniesienie praw, o których mowa w pkt 15.5, 15.6, 15.7 następuje z chwilą podpisania Protokołu Odbioru Wersji Podstawowej Systemu, Protokołu Odbioru Wersji Docelowej Systemu oraz Protokołu Odbioru Końcowego Przedmiotu Zamówienia, w odniesieniu do Oprogramowania Użytkowego czy aktualizacji lub innych aplikacji (z wyłączeniem Oprogramowania Obcego), Elementów Autorskich, Dokumentacji, czy innych utworów, odbieranych przez Zamawiającego w ramach danego Protokołu.”

Zgodzić się należy co do zasady z zamawiającym, że przeniesienie autorskich praw majątkowych może nastąpić w dowolnym momencie ustalonym w umowie przez strony, bowiem brak obowiązku w przepisach prawa aby przeniesienie nastąpiło z chwilą zapłaty wynagrodzenia lub w innym konkretnie określonym momencie. Jednak, mając na uwadze podnoszone przez odwołującego obawy, że kwestionowane przez odwołującego postanowienie może doprowadzić do przeniesienia autorskich praw majątkowych na zamawiającego, z którym to przeniesieniem nie będzie związany obowiązek zapłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy, Izba uznała, że dla zachowania równości stron stosunku zobowiązaniowego zasadnym jest dokonanie modyfikacji postanowienia 15.9 w ten sposób, aby przeniesienie autorskich praw majątkowych nastąpiło w chwili podpisania protokołów odbioru.

8. wprowadzenie bardzo szerokiego zakresu licencji na Oprogramowanie Obce (pkt 15.14).

Zarzut bezprzedmiotowy, bowiem w dniu 22 czerwca 2012 roku zamawiający dokonał zmiany siwz z tym zakresie a odwołujący potwierdził w toku rozprawy, że dokonana zmiana spełnia jego oczekiwania.

W świetle powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....