

Sygn. akt: KIO 2756/13

Sygn. akt: KIO 2758/13

Sygn. akt: KIO 2759/13

Sygn. akt: KIO 2765/13

WYROK

z dnia 16 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska
Jolanta Markowska
Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołań, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2013 r. przez:

- A. EBS Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (KIO 2756/13),
- B. WB Consulting Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (KIO 2758/13),
- C. MC2 Spółkę Akcyjną w Warszawie (KIO 2159/13),
- D. Ekotrade Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (KIO 2765/13)

– w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Skarb Państwa - Ministerstwo Sprawiedliwości w Warszawie,**

przy udziale wykonawców:

A. zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2756/13 po stronie odwołującego:

- a) Comarch Polska Spółka Akcyjna w Krakowie
- b) Ekotrade Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,
- c) MC2 Spółka Akcyjna w Warszawie,

- d) Polkomtel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie
- e) WASKO Spółka Akcyjna w Gliwicach,
- f) WB Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

B. zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2758/13 po stronie odwołującego:

- a) Comarch Polska Spółka Akcyjna w Krakowie
- b) Ekotrade Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,
- c) MC2 Spółka Akcyjna w Warszawie,
- d) Polkomtel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie
- e) WASKO Spółka Akcyjna w Gliwicach,

C. zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2759/13 po stronie odwołującego:

- a) Comarch Polska Spółka Akcyjna w Krakowie
- b) Ekotrade Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,
- c) Polkomtel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie
- d) WASKO Spółka Akcyjna w Gliwicach,
- e) WB Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

D. zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2765/13 po stronie odwołującego:

- a) Comarch Polska Spółka Akcyjna w Krakowie
- b) MC2 Spółka Akcyjna w Warszawie,
- c) Polkomtel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie
- d) WASKO Spółka Akcyjna w Gliwicach,
- e) WB Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnić wszystkie odwołania i nakazuje zamawiającemu – **Skarbowi Państwa – Ministerstwu Sprawiedliwości w Warszawie** – modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) poprzez:

- określenie liczby osób podlegających wymianie środków technicznych w ciągu 1 dnia,
- dookreślenie, czy wymiana środków technicznych dokonywana będzie w dni robocze, czy także w dni świąteczne oraz dodatkowe dni wolne od pracy,
- określenie ilości patroli, które mają ze sobą współpracować ze strony dotychczasowego wykonawcy oraz wykonawcy, który złoży najkorzystniejszą ofertę,
- określenie zobowiązania zamawiającego do zapewnienia współpracy dotychczasowego wykonawcy na warunkach określonych w Załączniku nr 6 do SIWZ,
- nieponoszenia przez wykonawcę odpowiedzialności za niedochowanie terminu wymiany środków technicznych w przypadku braku należytej współpracy ze strony dotychczasowego wykonawcy,
- wykreślenie w Załączniku nr 6 zdania o treści: *Proponowane powyższe warunki przejęcia wykonywania dozoru od obecnego Wykonawcy należy potraktować jako jeden z możliwych scenariuszy do realizacji.*
- uwzględnienie w Załączniku Nr 6 do SIWZ wynagrodzenia za usługi wykonywania czynności materialno-technicznych wraz ze wsparciem infrastruktury technicznej i systemowej SDE w Etapie I,
- dookreślenie terminów realizacji poszczególnych etapów umowy na wypadek, gdyby wejście w życie umowy nie nastąpiło w dniu 1 marca 2014 roku.

2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa - Ministerstwo Sprawiedliwości w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **60 000 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: **EBS Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** (15 000 zł 00 gr), **WB Consulting**

Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (15 000 zł 00 gr), MC2 Spółkę Akcyjną w Warszawie (15 000 zł 00 gr), Ekotrade Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (15 000 zł 00 gr) tytułem wpisów od odwołań.

2.2. zasądza od **Skarbu Państwa - Ministerstwa Sprawiedliwości w Warszawie** na rzecz **EBS Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika

2.3. zasądza od **Skarbu Państwa - Ministerstwa Sprawiedliwości w Warszawie** na rzecz **WB Consulting Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania

2.4. zasądza od **Skarbu Państwa - Ministerstwa Sprawiedliwości w Warszawie** na rzecz **MC2 Spółki Akcyjnej w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

2.4. zasądza od **Skarbu Państwa - Ministerstwa Sprawiedliwości w Warszawie** na rzecz **Ekotrade Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

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

.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 2756/13

Sygn. akt: KIO 2758/13

Sygn. akt: KIO 2759/13

Sygn. akt: KIO 2765/13

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Ministerstwo Sprawiedliwości w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę eksploatacji i rozwoju Systemu Dozoru Elektronicznego.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 29 listopada 2013 roku wykonawcy: EBS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, WB Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, MC2 Spółka Akcyjna w Warszawie, Ekotrade Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie wnieśli odwołania wobec zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wykonawca EBS Sp. z o.o. w Warszawie zarzucił zamawiającemu:

- naruszenie art. 7 Pzp w zw. z art. 5 Kc poprzez zobowiązanie nowego, innego niż dotychczasowy wykonawca do wykonywania czynności określonych w § 5 załącznika nr 1 SIWZ - Wzór Umowy bez wynagrodzenia,
- naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz bez uwzględnienia wszystkich wymogów i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, poprzez niejasne i nieprecyzyjne i nie zapewniające trwałości opisanego sposobu przejęcia wykonywania dozoru od obecnego wykonawcy w Załączniku nr 6 do Umowy,
- naruszenie art. 29 ust. 1 poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz bez uwzględnienia wszystkich wymogów i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, poprzez niejasne i nieprecyzyjne określenie terminów realizacji poszczególnych faz realizacji Etapu I zamówienia w Załączniku nr 2 do Umowy - Terminy realizacji umowy.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że w w dniu 20 listopada 2013 r. zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej modyfikacje treści SIWZ.

W treści pkt. 3 załącznika nr 6 do Umowy - Warunki przejęcia wykonywania usługi dozoru od obecnego wykonawcy, dodanego w dniu 20 listopada 2013 r. zamawiający zobowiązał nowego wykonawcę do zapewnienia synchronicznej replikacji danych „z obecnej

bazy danych do nowej w całym okresie przejmowania osób objętych obecnym systemem SDE (do czasu zakończenia umowy z obecnie obowiązującym wykonawcą)". W pkt. 5 tego samego załącznika zamawiający wskazał, że „w ostatnim miesiącu Etapu I wykonawca zobowiązany jest do przeprowadzenia wymiany środków technicznych przy współpracy z wykonawcą obecnie obowiązującej umowy u osób objętych systemem (jednoczesna deinstalacja środków technicznych przez obecnego wykonawcę i instalacja środków technicznych przez nowego wykonawcę). (...) Wykonywanie czynności materialno-technicznych wobec przejętych osób od chwili zainstalowania nowych środków technicznych jest obowiązkiem nowego wykonawcy." Natomiast zgodnie z treścią § 8 ust. 4 Załącznika nr 1 do SIWZ - Wzór Umowy wynagrodzenie za wykonywanie czynności monitorowania należne są wyłącznie w Etapie II realizacji zamówienia, tj. fazie eksploatacji po dniu 1 września 2014 r. Analiza przywołanych powyżej zapisów prowadzi do kilku wniosków:

1. ze względu na jednokierunkową replikację danych (ze starego systemu do nowego systemu) zdarzenia systemowe dotyczące osoby skazanej nie będą rejestrowane w starym systemie od chwili jej przejęcia do nowego systemu, a wyłącznie w nowym systemie,
2. w celu zachowania ciągłości wykonywania kary, czynności dozoru wobec osoby przejętej do nowego systemu muszą być wykonywane od chwili jej przejęcia, nie zaś od określonej przez Zamawiającego daty rozpoczęcia eksploatacji systemu, tj. 1 września 2014 r.,
3. nowy system musi być produkcyjnie wdrożony i gotowy do eksploatacji przed rozpoczęciem przejmowania osób odbywających karę w systemie dozoru elektronicznego, 4. powyższe jest sprzeczne z terminami realizacji Umowy określony w Załączniku nr 2 do Umowy,
5. nowemu, innemu niż dotychczasowy wykonawca nie przysługuje wynagrodzenie za wykonywanie dozoru przed określoną przez Zamawiającego datą rozpoczęcia eksploatacji systemu, tj. 1 września 2014 r.

W ocenie odwołującego taka sytuacja narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania, jak również zasady współżycia społecznego. W związku z tym odwołujący żąda dokonania przez zamawiającego takiej zmiany treści SIWZ, która nie będzie nakładała na nowego, innego niż dotychczasowy wykonawca konieczności zrealizowania przeważającej części Etapu I w terminach krótszych niż terminy opisane w załączniku nr 2 do Umowy - Terminy realizacji umowy. Odwołujący żąda również wprowadzenia takich zmian, które nie będą skutkowały koniecznością faktycznego wykonywania dozoru i eksploatacji systemu przed dniem 1 września 2014 r.

W dniu 20 listopada 2013 r. zamawiający uzupełnił dokumentację przedmiotowego postępowania wprowadzając do niej Załącznik nr 6 do Umowy - Warunki przejęcia

wykonywania usługi dozoru od obecnego Wykonawcy. Odwołujący podkreślił, iż w uzasadnieniu (str. 55) do wyroku z dnia 7 października 2013 r. wydanego w sprawie o sygnaturze akt 2149/13 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż „przy braku określenia konkretnych i realnych warunków przejęcia skazanych do nowego systemu, tego typu przejęcie do oznaczonego dnia i rozpoczęcie nadzoru pierwszych 7500 osób od dnia 1 września 2014 r., może okazać się niemożliwe, a już z pewnością jest niemożliwe do wycenienia przy braku informacji, co do powyższych warunków”.

W odniesieniu do najistotniejszego elementu, tj. sposobu przejęcia skazanych do nowego systemu i związanej z tym koniecznością uzgodnienia i skoordynowania działań dotychczasowego i nowego wykonawcy (oczywiście przy założeniu, że nowym wykonawcą nie zostanie dotychczasowy wykonawca) jedyną informacją jaka wynika to taka, że nastąpi jednoczesna deinstalacja środków technicznych przez obecnego wykonawcę i instalacja środków technicznych przez nowego wykonawcę”. Trudno jest uznać, że informacja taka określa konkretne i realne warunki przejęcia skazanych. W szczególności nie zostało określone czy czynności te będą wykonywane zgodnie z jakimś uzgodnionym przez dotychczasowego i nowego wykonawcę przy udziale zamawiającego harmonogramem, sukcesywnie przez cały miesiąc poprzedzający rozpoczęcie eksploatację systemu, czy też przez - w skrajnym przypadku, np. jeden dzień.

Odwołujący zauważył, że w ostatnim akapicie Załącznika nr 6 do Umowy - Warunki przejęcia wykonywania usługi dozoru od obecnego wykonawcy, zamawiający stwierdził iż „(...) warunki przejęcia wykonywania usługi dozoru od obecnego wykonawcy należy traktować jako jeden z możliwych scenariuszy do realizacji”, jednakże zamawiający nie zawarł w dokumentacji przedmiotowego postępowania alternatywnych, „możliwych scenariuszy. Z powyższego wynika, iż wykonawca nie może mieć pewności co do stałości i niezmienności, a przede wszystkim rzeczywistej treści składającej się na opis przedmiotu zamówienia. Taki sposób opisu przedmiotu zamówienia w ocenie odwołującego stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp.

Wobec powyższego odwołujący żąda rzeczywistego, jednoznacznego i trwałego określenia zasad przejęcia wykonywania usługi dozoru.

Odwołujący podniósł, że w dniu 20 listopada 2013 r. zamawiający dokonał zmiany treści Załącznika nr 2 do Umowy – Terminy realizacji umowy. Poza usunięciem z treści tabeli kolumny „Procentowy udział wartości oferty na poszczególnych etapach realizacji Umowy” wprowadził istotną zmianę dotycząc terminów realizacji poszczególnych. W odnośniku oznaczonym gwiazdką, iż „terminy realizacji określone w tabeli są instrukcyjne. Datyienne podane w tabeli zostały podane przy założeniu, że wejście w życie Umowy nastąpi w dniu 1 marca 2014r”.

Określenie „termin instrukcyjny” jest - co do zasady określeniem procesowym, jest to termin dla organu do wykonania określonej czynności. Jednakże w tym przypadku należy przyjąć, że są to daty obowiązujące pod warunkiem, że umowa zostanie zawarta dokładnie w dniu 1 marca 2014 r.

Zamawiający nie określił ewentualnych konsekwencji dla zakreślonych tabeli terminów na wypadek przekroczenia założonego terminu wejścia w życie umowy. W szczególności nie jest jasne czy w takiej sytuacji zamawiający postanowi o odpowiednim wydłużeniu wszystkich zakreślonych w tabeli terminów, czy też wedle swojego uznania np. skróci terminy określone w dniach, przewidziane dla realizacji poszczególnych faz Etapu I w taki sposób aby zagwarantować sobie realizację przedmiotu zamówienia w datach poprzedzonych określeniem „nie później niż”.

Wobec powyższego odwołujący stwierdził, iż treść Załącznika nr 2 do Umowy - Terminy realizacji umowy w takiej postaci nie daje pewności co do rzeczywistych i stałych ram czasowych realizacji poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia. Brak precyzyjnej informacji dotyczącej terminów realizacji w znaczący sposób utrudnia dokonanie precyzyjnej oceny i oszacowania rzeczywistych nakładów po stronie wykonawcy związanych chociażby z liczbą członków zespołu osób i czasu ich zaangażowania w realizację projektu w każdej jego fazie, a tym samym właściwą kalkulację ceny oferty.

Odwołujący WB Consulting Sp. z o.o. zarzucił naruszenie następujących przepisów: art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 9 ust. 1, art. 22 ust. 4, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 36 ust. 1 ustawy Pzp, art. 139 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 140 ustawy pzp, art. 144 ustawy Pzp oraz art. 5, art. 58, art. 353¹, art. 387 ust. 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania. W ocenie odwołującego naruszenie powyższych przepisów może doprowadzić w konsekwencji do naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający dokonał w dniu 20 listopada 2013 roku zmian SIWZ poprzez dodanie do SIWZ Załącznika nr 6 do umowy SIWZ „Warunki przejęcia wykonywania usługi dozoru od obecnego Wykonawcy”.

Załącznik nr 6 zawiera jedynie 6 punktów o następującej treści:

„1. W celu sprawnego i niezakłóconego przejęcia osób objętych systemem nowy Wykonawca musi wykonać wszystkie zadania opisane w pkt. 1 - 7 w załączniku nr 2 do umowy - terminy realizacji umowy.

Nowy Wykonawca wykona migrację wszystkich danych z obecnej do nowej bazy danych. W tym celu Zamawiający udostępni wszystkie niezbędne informacje oraz zapewni współpracę z Wykonawcą obecnie obowiązującej umowy. Nowy Wykonawca jest

zobowiązany do zapewnienia prawidłowej migracji poprzez odpowiednie przygotowanie nowego Systemu Informatycznego SDE oraz niezbędnego do tego celu oprogramowania.

2. Nowy Wykonawca zapewni synchroniczną replikację danych z obecnej bazy danych do nowej w całym okresie przejmowania osób objętych obecnym systemem SDE (do czasu zakończenia umowy z obecnie obowiązującym Wykonawcą).

3. Po zakończeniu szkoleń użytkowników SDE (sędziowie, kuratorzy itd.) nowy Wykonawca wykona przełączenie ich do wytworzonego przez siebie Systemu Informatycznego SDE i nowej bazy danych.

4. W ostatnim miesiącu Etapu I Wykonawca zobowiązany jest do przeprowadzenia wymiany środków technicznych przy współpracy z Wykonawcą obecnie obowiązującej umowy u osób objętych systemem (jednoczesna deinstalacja środków technicznych przez obecnego Wykonawcę i instalacja środków technicznych przez nowego Wykonawcę). Nie dotyczy to osób objętych systemem, których kara lub środek karny kończy się przed 01.09.2014 r. Wykonywanie czynności materialno-technicznych wobec przejętych osób od chwili zainstalowania nowych środków technicznych jest obowiązkiem nowego Wykonawcy. Powyższe czynności będą koordynowane przez Zamawiającego przy współpracy z obecnym i nowym Wykonawcą.

5. W ostatnim miesiącu Etapu I sprawdzanie warunków technicznych oraz wykonywanie czynności materialno-technicznych wobec osób rozpoczynających odbywanie kary lub środka karnego w SDE realizuje wyłącznie nowy Wykonawca w nowym systemie SDE.

6. W chwili zakończenia Etapu I nastąpi całkowite przejęcie wszelkich czynności związanych z wykonywaniem kary lub środków karnych w nowym systemie SDE przez nowego Wykonawcę."

Odwołujący podniósł, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 7 października 2013 roku wyraźnie wskazała, że w SIWZ niezbędne jest „podanie warunków i zakresu współpracy, do którego zobowiązany będzie operator systemu użytkowanego obecnie” (strona 55 uzasadnienia]. Tymczasem zapisy Załącznika nr 6 w zakresie rzeczywistego przejęcia pierwszych 7.500 osób ograniczają się do regulacji punktu 5. Wskazano w nim jedynie okres, w którym to przejmowanie będzie dokonywane - tj. ostatni miesiąc, przy czym nie podano żadnych innych warunków i zakresu tego przejęcia, w szczególności nie wskazano, w jakim zakresie wykonawca obecnie obowiązującej umowy będzie współpracował. Co więcej - z treści punktu 5 wynika, że to nowo wybrany wykonawca (ten, którego oferta będzie najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu) ma dokonać tych czynności „we współpracy z wykonawcą obecnie obowiązującej umowy”, zaś czynności wymiany będą jedynie koordynowane przez zamawiającego. Tym samym wykonawcy w niniejszym postępowaniu znają jedynie czasokres wymiany (1 miesiąc] oraz mają

zapewnioną bliżej nieokreśloną koordynację czynności wymiany przez zamawiającego. Wynika z tego, że w 22 dni (tyle średnio jest dni roboczych w miesiącu] należy dokonać wymiany środków technicznych u 7.500 osób. Zatem należy dokonać wymiany środków technicznych (starych na nowe] u minimum 340 osób dziennie. Teoretycznie liczba ta nie wydaje się niemożliwa - jednakże w rzeczywistości jest ona niemożliwa z przyczyn leżących po stronie dotychczasowego wykonawcy. Otóż firma COMP SA, dotychczasowy wykonawca umowy, realizuje umowę z wykorzystaniem jedynie 26 patroli. Wynika to z odpowiedzi na pytanie nr 43a z dnia 24 października 2013 roku, w której zamawiający wskazał ile patroli i w jakich miastach funkcjonuje u dotychczasowego wykonawcy. Zatem wykonawcy muszą przyjąć, że także ta sama liczba patroli zostanie przez COMP SA udostępniona w okresie przejściowym. Wynika z tego, że każdy patrol musiałby dokonać wymiany u co najmniej 13-14 skazanych dziennie. Jest to całkowicie niemożliwe do wykonania, gdyż sama czynność wymiany środków technicznych, wraz z zainstalowaniem nowych urządzeń monitorujących, sprawdzeniem poprawności działania, przetestowaniem zajmie co najmniej od 1,5 godziny do 2 godzin, gdyż samo szkolenie zajmuje do najmniej 30 minut, zaś szkolenie jest obowiązkowe. Do tego należy dodać czas dojazdu pomiędzy poszczególnymi skazanymi - od 30 minut w mieście do minimum 1 godziny, jeśli skazani nie przebywają w tym samym mieście. Co oznaczałoby, że patrole musiałby pracować przez wszystkie dni robocze po 24 godziny na dobę, a i tak nie byłoby możliwe dokonanie zamiany we wskazanym terminie. Gdyby nawet przyjąć, że wymiana środków technicznych dokonywana byłaby cały miesiąc, także w dni świąteczne, to należałoby dziennie dokonać wymiany u 250 osób - co przy 26 patrolach dalej daje 9-10 (średnio 9,61] osób dziennie. Wynikałoby z tego, że te same 26 patroli musiałby pracować przez cały miesiąc po co najmniej 20 godzin na dobę. Jest to zarówno niemożliwe do zrealizowania ze względu na zmęczenie osób w patrolach, jak i - niezgodne z prawem, gdyż pracownicy ochrony muszą przestrzegać odpowiednich norm regulujących czas pracy.

Jak zatem wynika z powyższego - jeśli w Załączniku nr 6 nie będzie określone, ile minimum patroli w celu wymiany środków technicznych wystawi COMP SA, to SIWZ (wskutek braku odpowiednich regulacji] zawiera zapisy, które doprowadzić muszą z jednej strony do naruszenia prawa (w zakresie norm czasu pracy pracowników ochrony], z drugiej zaś - do niedookreśloności przedmiotu zamówienia w tym zakresie. Wykonawcy mogą bowiem zakładać jedynie, że COMP SA wystawi w celu wymiany tyle patroli, z ilu dotychczas korzysta - ale są to wciąż domysły.

Mając powyższe na uwadze odwołujący zażądał dokonania zmian w Załączniku nr 6 do wzoru umowy poprzez dookreślenie:

- 1) liczby osób podlegających wymianie środków technicznych 1 dnia:

2) dookreślenia. czy wymiana środków technicznych dokonywana będzie w dni robocze. czy także w dni świąteczne oraz dodatkowe dni wolne od pracy.

3) ilości patroli, które mają ze sobą współpracować ze strony dotychczasowego wykonawcy oraz wykonawcy, który złoży najkorzystniejszą ofertę.

4) zobowiązania zamawiającego do zapewnienia współpracy dotychczasowego wykonawcy na warunkach określonych w Załączniku nr 6.

5) nieponoszenia przez wykonawcę odpowiedzialności za niedochowanie terminu wymiany środków technicznych w przypadku braku należytej współpracy ze strony dotychczasowego wykonawcy

Odwołujący wniósł także o wykreślenie z Załącznika 6 zdania: „Proponowane powyższe warunki przejęcia wykonywania usługi dozoru od obecnego Wykonawcy należy traktować jako jeden z możliwych scenariuszy do realizacji.”

Wykonawca MC2 SA w Warszawie wniósł odwołanie od:

1) niezgodnej z ustawą czynności zamawiającego polegającą na określeniu „Warunków przejęcia wykonywania usługi dozoru od obecnego Wykonawcy ” (stanowiących załącznik nr 6 do umowy) w sposób: niejednoznaczny, nie wyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności w sposób uniemożliwiający dokonanie prawidłowej wyceny - takie określenie kluczowego etapu przedmiotu zamówienia spowodowało, że jego opis może utrudniać uczciwą konkurencję, a w konsekwencji powoduje, że Zamawiający naruszył przepisy art. 29 ust. 1 i ust. 2 , art. 36 ust 1 pkt 3 oraz z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w związku z przepisami wskazanymi w uzasadnieniu odwołania.

2) zaniechanie przez zamawiającego określenia w treści załącznika nr 6 do SWIZ wynagrodzenia za „wykonywania czynności materialno-technicznych (wraz ze wsparciem infrastruktury technicznej i systemowej SDE) w Etapie I. ”, co w konsekwencji powoduje, że zamawiający naruszył przepisy art. 29 ust. 1 i ust. 2 , art. 36 ust 1 pkt 12 oraz z art. 7 ust.1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust 1 oraz innymi przepisami wskazanymi w uzasadnieniu odwołania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez doprecyzowanie „Warunków przejęcia wykonywania usługi dozoru od obecnego wykonawcy”,

- dokonania modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez

uwzględnienie w załączniku nr 6 do SIWZ wynagrodzenia za usługi „wykonywania czynności materialno-technicznych (wraz ze wsparciem infrastruktury technicznej i systemowej SDE) w Etapie I. ”,

- określenia terminu składania ofert w sposób umożliwiający wykonawcom wyliczenie i uwzględnienie kosztów świadczenia usług w cenie oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w dniach 20 i 21 listopada 2013 r. zamawiający dokonał modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) uzupełniając jej treść o szereg załączników w tym załącznik nr 6 do umowy, załącznik nr 2 do umowy oraz załącznik nr 6 do SIWZ.

Powyższa modyfikacja dokonana została w następstwie uwzględniania przez zamawiającego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7.10.2013 r. sygn. akt 2149/13. Jednakże zamawiający nie zastosował się do ustaleń Krajowej Izby Odwoławczej czym naruszył art. 29 oraz art. 7 ustawy Pzp.

Załącznik nr 6 do umowy opisuje bowiem proces przejścia wykonywania usługi dozoru od obecnego wykonawcy w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a ponadto pozostaje w sprzeczności z treścią załącznika nr 2 :

Na przykład załącznik nr 6 do umowy w ogóle nie reguluje sytuacji, w której warunki techniczne sprawdził obecny wykonawca, ale przed rozpoczęciem ostatniego miesiąca Etapu I nie zainstalował środków technicznych. Powstają pytania: Czy nowy wykonawca będzie zobowiązany opierać się na ustaleniach dokonanych przez poprzedniego wykonawcę i czy będą one dla niego wiążące? Czy nowy wykonawca będzie zobowiązany do dokonania własnego rozpoznania? Jaką procedurę należy zastosować, jeżeli nowe środki techniczne nie będą działały w danej lokalizacji?

Nie wiadomo co oznacza, że „Powyższe czynności będą koordynowane przez zamawiającego

przy współpracy z obecnym i nowym Wykonawcą Czy oznacza to, że terminy będą ustalane przez zamawiającego, czy też przez wykonawców za pośrednictwem zamawiającego? Z jakim wyprzedzeniem będzie to następowało? W jakiej formie? Kto będzie podejmował ostateczną decyzję?

Nowy wykonawca zobowiązany jest wykonać „migrację wszystkich danych z obecnej do nowej bazy danych”. Zamawiający nie określił jednak kiedy „udostępni wszystkie niezbędne informacje” oraz w jaki sposób zapewni współpracę z wykonawcą obecnie obowiązującej umowy. ”

Zgodnie z załącznikiem „ W ostatnim miesiącu Etapu I Wykonawca zobowiązany jest do przeprowadzenia wymiany środków technicznych przy współpracy z wykonawcą obecnie obowiązującej umowy u osób objętych systemem

(jednoczesna deinstalacja środków technicznych przez obecnego wykonawcę i instalacja środków technicznych przez nowego wykonawcę). ”

Zamawiający nie zawarł w SIWZ żadnych informacji pozwalających na oszacowanie kosztów wymiany np. Czy patrol dokonujący przejścia skazanych musi być dwuosobowy czy wystarczy jednoosobowy, skoro u skazanego jednocześnie będą przebywać przedstawiciele dwóch wykonawców systemów? Powyższe ma wpływ na koszt całego procesu przejmowania skazanych tj. kilku tysięcy wizyt w ograniczonym czasie.

Odwołujący podnosi, że w odniesieniu wymiany środków zamawiający nie zagwarantował współpracy z obecnym wykonawcą a jedynie „koordynowanie przez zamawiającego przy współpracy z obecnym i nowym wykonawcą ”.

Ponadto „ Wykonywanie czynności materialno-technicznych wobec przejętych osób od chwili zainstalowania nowych środków technicznych jest obowiązkiem nowego wykonawcy” oraz „sprawdzanie warunków technicznych oraz wykonywanie czynności materialno-technicznych wobec osób rozpoczynających odbywanie kary lub środka karnego w SDE realizuje wyłącznie nowy wykonawca w nowym systemie SDE.”- oznacza to *de facto* obowiązek świadczenia usługi „w ostatnim miesiącu Etapu I” w zakresie czynności materialno-technicznych bez wynagrodzenia, gdyż załącznik nr 6 nie przewiduje wynagrodzenia za tego rodzaju usługi.

Tym samym pomimo konieczności ponoszenia kosztów związanych z ich wykonywaniem wykonawca nie ma możliwości uwzględnienia ich w cenie tym bardziej nie ma możliwości uwzględnienia w cenie związanych z nimi ryzyk.

Brak możliwości oszacowania kosztów przejścia wynika również z zawartego w treści załącznika nr 6 zastrzeżenia, zgodnie z którym „Proponowane powyższe warunki przejścia jako jeden z możliwych scenariuszy do realizacji. Powyższy zapis jest niejednoznaczny oraz powoduje, że określone w SIWZ zasady przejścia są niewiążące i mogą być (w dowolny sposób) modyfikowane przez zamawiającego, gdyż to on dysponuje danymi osób objętych dozorem elektronicznym.

Odwołujący zauważył, że załącznik nr 6 do SIWZ wyraźnie wskazuje, że: „Łączna cena oferty za cały przedmiot zamówienia uwzględnia następujące ceny, za które będzie wykonany cały przedmiot zamówienia i stanowi sumę:

- a) łącznej ryczałtowej ceny realizacji przedmiotu zamówienia w Etapie I która wynosi nie więcej niż 7 % łącznej ceny oferty za cały przedmiot zamówienia,
- b) iloczynu dobowego ryczałtowanego kosztu wykonywania czynności materialno-technicznych (wraz ze wsparciem infrastruktury technicznej i systemowej SDE) w stosunku do jednej osoby objętej systemem w Etapie II oraz liczby 18 260

000 (słownie: osiemnaście milionów dwieście sześćdziesiąt tysięcy), która stanowi liczbę wszystkich osobodób. ”

Tym samym zamawiający nie przewiduje zapłaty za usługi polegające na wykonywaniu czynności materialno-technicznych w Etapie I. Powyższe zaniechanie narusza dyspozycję art. 36 ust 1 pkt 12 Pzp, a ponadto powoduje, że przedmiot zamówienia określony został z naruszeniem dyspozycji art. 29 ust. 1 w związku z art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy.

Jak wykazano wyżej, na podstawie informacji zawartych w SIWZ nie można określić kosztów wykonania zamówienia, a zatem nie jest możliwe określenie przez oferentów ceny w taki sposób aby zapewnić, że jest ona wyższa niż koszty jakie musi pokryć wykonawca w celu realizacji umowy. Pominięcie w wycenie oferty wynagrodzenia za świadczenie usług powoduje, że tak określona cena jest ceną rażąco niską w rozumieniu ustawy. Powyższe wynika z faktu, że pominięcie w kalkulacji ceny jej istotnego składnika oznacza świadczenie usług poniżej kosztów ich wytworzenia.

Wykonawca Ekotrade Sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie na czynność modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 38 ust. 4 oraz art. 29 ust. 1 i 2 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 192 Pzp poprzez dokonanie modyfikacji SIWZ - dodanie Załącznika nr 6 „Warunki przejęcia wykonywania usługi od obecnego Wykonawcy” - niezgodnie z nakazem wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2013 r. w sprawie KIO 2149/13, a przez to opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz utrudniający uczciwą konkurencję,

2. art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez dokonanie niejednoznacznej zmiany opisu przedmiotu zamówienia - Załącznik nr 1 do umowy „Opis Przedmiotu Zamówienia”, roz. 1, pkt 3.3.17 - powodującej, iż jest on w tym zakresie niewyczerpujący i utrudnia uczciwą konkurencję,

3. art. 38 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez nieudzielenie wystarczającej odpowiedzi na pytanie nr 3 (wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 19.11.2013 r.), a w konsekwencji pozostawienie niejednoznacznych i naruszających uczciwą konkurencję postanowień SIWZ,

4. a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. Opisania w sposób jednoznaczny i wyczerpujący warunków przejęcia

wykonywania usługi dozoru od obecnego Wykonawcy (Załącznik nr 6 do Umowy);

2. Opisania w sposób jednoznaczny i wyczerpujący wymagań dotyczących przechowywania przez urządzenie stacjonarne zdarzeń w przypadku przerwania łączności, w szczególności poprzez wskazanie górnego limitu liczby komunikatów w ramach jednego zdarzenia, czyli umożliwienie wykonawcy ocenę czy oferowane rozwiązanie spełnia wymagania SIWZ czy nie (pkt 3.3.17, roz. I OPZ);

3. Udzielenia odpowiedzi na Pytanie nr 3 z wyjaśnien treści SIWZ z dnia 19.11.2013 r. poprzez dokładne określenie sprzętu komputerowego i jego charakterystyki.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią art 29 ust 1 ustawy Pzp 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. W myśl art. 7 ustawy, czynności Zamawiającego powinny zmierzać do zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców.

Zamawiający dokonując opisu zakresu zamówienia dopuścił się naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Opis przedmiotu zamówienia - Załącznik nr 6 do Umowy jest bowiem niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ponadto, opis ten utrudnia uczciwą konkurencję i narusza równe traktowanie wykonawców.

Załącznik nr 6 do Umowy ma określać warunki przejęcia wykonywania usługi dozoru od obecnego wykonawcy, określając przy tym zakres zadań koniecznych do wykonania przez nowego wykonawcę i nakładając na niego określone obowiązki. Ponadto zmodyfikowany Załącznik nr 2 do Umowy „Tabela Terminy realizacji umowy” określa terminy, w których wykonawca musi wykonać wszystkie zadania opisane w pkt 1-7 tego załącznika, wskazane przez zamawiającego jako niezbędne do sprawnego i niezakłóconego przejęcia osób objętych systemem.

W ocenie odwołującego opis obowiązków wykonawcy w zakresie przejęcia wykonywania usługi dozoru od obecnego wykonawcy został dokonany w sposób niejednoznaczny i uniemożliwiający wycenę tego zakresu usługi, a tym samym - oszacowanie ceny za I Etap realizacji zamówienia.

Zamawiający nie sprecyzował kto i na podstawie jakich kryteriów określi harmonogram przejęcia skazanych w ostatnim miesiącu Etapu I. Zamawiający wskazuje, iż czynności będą „koordynowane” przez niego „przy współpracy z obecnym i nowym Wykonawcą”, nie precyzuje natomiast, kto ma przedstawić propozycję nowego harmonogramu: zamawiający, nowy czy obecny wykonawca. Nie wiadomo również, czy

nowy wykonawca będzie miał możliwość wpływu (a jeśli tak, to w jakim stopniu i formie) na kształt harmonogramu czynności. Doprecyzowanie zasad ustalania harmonogramu przejęcia skazanych na etapie tworzenia SIWZ umożliwi, po pierwsze - należyłą wycenę przedmiotu zamówienia w tym zakresie, zaś po drugie - usunie zagrożenia naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

Zamawiający nie precyzuje, czy przejęcie skazanych będzie odbywać się równolegle na terenie całego kraju, czy też będzie dokonywane sukcesywnie w kolejnych apelacjach lub też według innego schematu działania.

Przedstawiony scenariusz nie określa sposobu postępowania w przypadku, gdy ocena warunków technicznych przez nowego wykonawcę, co do możliwości wykonywania kary w systemie dozoru elektronicznego będzie inna niż ocena obecnego wykonawcy. Zgodnie z art. 42 ustawy o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego, warunki techniczne stoją na przeszkodzie wydaniu zezwolenia na odbywanie kary w systemie dozoru elektronicznego, przy czym w celu ustalenia, czy taka przeszkoda występuje, sąd penitencjarny zwraca się o informację do podmiotu dozoru. Zamawiający nie określił sposobu postępowania w przypadku, gdy nowe środki techniczne nie będą działały z powyższych względów oraz wynikających stąd obowiązków obciążających nowego wykonawcę.

Zarzut niedookreślenia warunków przejęcia skazanych do nowego systemu jest również powiązany z terminami realizacji umowy - Załącznika nr 2 do Umowy. W dopisku pod tabelą zamawiający wskazał, iż terminy realizacji są instrukcyjne, zaś datyienne podane w tabeli zostały podane przy założeniu, że wejście w życie Umowy nastąpi w dniu 1 marca 2014 r. Zamawiający nie precyzuje, co wydarzy się w sytuacji, jeśli do podpisania umowy dojdzie w terminie późniejszym, tj. po upływie okresu obowiązywania umowy z dotychczasowym wykonawcą i w jakim stopniu konsekwencje związane z opóźnieniem w przejęciu wykonywania usługi w związku z późniejszym terminem zawarcia umowy oraz ewentualne obowiązki stąd wynikające obciążą wykonawcę.

Powyższe niejednoznaczności i luki w opisie warunków przejęcia wykonywania usługi dozoru od obecnego wykonawcy uniemożliwiają prawidłowe oszacowanie kosztów i ryzyka po stronie wykonawcy składającego ofertę.

Ponadto, zgodnie z dokonaną modyfikacją SIWZ w pkt 5 i 6 Załącznika nr 6, w zakres obowiązków nałożonych na wykonawcę w ramach przejęcia wykonywania usługi dozoru, wchodzi również dokonywanie czynności materialno-technicznych realizowanych przez nowego wykonawcę w nowym systemie SDE.

Postanowienia Załącznika nr 6 w istocie skracającym samym o 1 miesiąc okres przygotowań technicznych przewidzianych wcześniej dla wykonawców w celu opracowania i przygotowania nowego systemu do funkcjonowania. W stosunku do nieokreślonej i

wzrastającej zgodnie z nieokreślonym harmonogramem liczby skazanych, nowy wykonawca ma przejąć w pełni wykonywanie usługi dozoru. Rozpoczęcie wykonywania czynności materialno-technicznych wiąże się z przejściem do kolejnego etapu związanego z kontrolą zachowania skazanego i przyjęciem pełnej odpowiedzialności zgodnie z przepisami ustawy o -wykonywaniu kary wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego. Okoliczność ta nie została wskazana w harmonogramie realizacji umowy i *de facto* oznacza wprowadzenie nowego, w stosunku do nieokreślonej liczby skazanych, terminu rozpoczęcia usługi eksploatacji SDE, objętej Etapem II.

Równocześnie, nie został określony sposób obliczania wynagrodzenia dla czynności materialno-technicznych, których wykonywanie Załącznik nr 6 przewiduje w ostatnim miesiącu Etapu I. Zgodnie z zasadami płatności określonymi w par. 8 ust. 4 pkt 1 Wzoru umowy (Załącznik nr 1 do SIWZ), w ramach etapu technicznego (Etap I) Zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie za realizację prac określonych w załączniku nr 2 do Umowy. Zakres prac wynikających z Załącznika nr 2 nie obejmuje wykonywania czynności materialno-technicznych, które zgodnie z Załącznikiem nr 6 wykonawca ma wykonywać w ostatnim miesiącu Etapu I. Jednocześnie, zgodnie z zasadami płatności, obliczenie wynagrodzenia na podstawie stawki za wykonywanie czynności materialno-technicznych w ramach eksploatacji systemu, jest przewidziane jedynie w Etapie II. Tym samym, zamawiający nie wskazał sposobu obliczenia wynagrodzenia i w istocie - nie przewidział jego zapłaty - za czynności materialno-techniczne świadczone przez wykonawcę w ostatnim miesiącu Etapu I.

Dodatkowo zamawiający zaznaczył, iż: proponowane powyższe warunki przejęcia wykonywania usługi dozoru od obecnego wykonawcy należy traktować jako jeden z możliwych scenariuszy do realizacji". Oznacza to, iż w istocie zamawiający nie przedstawił warunków przejęcia wykonywania usługi dozoru, a jedynie -- jeden z możliwych scenariuszy, pozostawiając sobie możliwość ich zupełnie dowolnej modyfikacji. Takie ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia stanowi rażące naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, powoduje bowiem sytuację, w której świadczenie do którego zobowiązany jest wykonawca pozostaje niedookreślone.

W ocenie odwołującego dokonana przez zamawiającego modyfikacja poprzez dodanie Załącznika nr 6 do Umowy - o ogólnikowej i niewyczerpującej treści, a ponadto opatrzonego klauzulą, iż mogą zostać zrealizowane również inne scenariusze, o nieokreślonych w żaden sposób warunkach, jest czynnością dokonaną niezgodnie z nakazem wyroku KIO w sprawie KIO 2149/13.

Odwołujący podniósł, że w dniu 27 listopada 2103 r., zamawiający dokonał zmiany w zakresie liczby zdarzeń, jakie ma przechowywać stacjonarne urządzenie monitorujące w przypadku przerwania łączności. Zamawiający zmniejszył liczbę zdarzeń, jednakże wskazał

jednocześnie, iż jedno zdarzenie posiada wiele komunikatów. Postanowienia SIWZ nie precyzują ile i jakich komunikatów może posiadać jedno zdarzenie. Tym samym, wykonawcy nie są w stanie zagwarantować spełnienia ww. wymagania, nie posiadając wiedzy, co do parametrów, które powinno posiadać oferowane urządzenie w celu zapewnienia przechowywania określonej ilości danych (niezależnie od określenia ich w formie zdarzeń czy komunikatów). Umożliwienie wykonawcom określenia parametrów technicznych oferowanego urządzenia, a tym samym - ocena możliwości złożenia oferty i oszacowania jej ceny - jest możliwe jedynie w przypadku jednoznacznego określenia wymagań zamawiającego w tym zakresie, np. poprzez podanie bezwzględnej maksymalnej liczby komunikatów, które przechowywać ma stacjonarne urządzenie monitorujące.

Odwołujący podniósł, że w pkt 3.4 roz. II Opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający określił, iż dostarczy wykonawcy sprzęt, na którym zostanie zainstalowane niezbędne oprogramowanie. Wobec ogólnikowego brzmienia treści SIWZ, wykonawcy zwrócili się o doprecyzowanie, jaki sprzęt komputerowy dostarczy zamawiający. W odpowiedzi na powyższe pytanie z dnia 19.11.2013 r., zamawiający wskazał jedynie, iż sprzęt komputerowy, o którym mowa to komputery PC z systemem operacyjnym Windows 7. 2.

Zamawiający w treści odpowiedzi na pytanie nr 3 (126) narzuca wykonawcy wykorzystanie jako sprzętu komputerowego, na którym zainstalowany będzie System Informatyczny SDE dostarczanych przez zamawiającego komputerów:

Pytanie nr 3 (126)

Dotyczy: OPZcz. II, 3.4.2, 3.4.6. 3.4.7

„Prosimy o wskazanie jaki sprzęt komputerowy Zamawiający dostarczy? Jakie oprogramowanie ma zostać zainstalowane przez Wykonawcę? Co oznacza zapis w pkt. 3.4.6 mówiący, że sprzęt komputerowy dostarczony przez Zamawiającego będzie służył również do wdrożenia ostatecznej wersji oprogramowania (jakiego oprogramowania?) ?

Odpowiedź nr 3

Zamawiający przekaze do dyspozycji wykonawcy sprzęt komputerowy w postaci: komputerów PC centrali monitorowania wymieniony w lit. e) pkt. 5.11 roz. I.

Wymagania ogólne dla systemu dozoru elektronicznego (SDE) w załączniku nr 1 do Umowy Opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający używając terminu „oprogramowanie” ma na myśli System Informatyczny SDE. Wykonawca musi przekazać również wszelkie instrukcje potrzebne do prawidłowego powtórzenia procesu instalacji tego oprogramowania. Zapis „że sprzęt komputerowy dostarczony przez Zamawiającego będzie służył również do wdrożenia ostatecznej wersji oprogramowania ” oznacza, iż sprzęt ten zostanie wykorzystany również do instalacji ostatecznej wersji Systemu Informatycznego SDE.

Jednocześnie zamawiający nie przekazuje w treści odpowiedzi parametrów dostarczanego przez siebie sprzętu, który ma być wykorzystany do instalacji Systemu

Informatycznego SDE. W ten sposób Wykonawca zmuszony będzie do instalacji dostarczanego przez siebie oprogramowania, na sprzęcie dostarczanym przez Zamawiającego, o nieznanymi parametrach technicznych. W świetle wymagań Zamawiającego, który precyzuje w Opisie przedmiotu zamówienia, iż wydajność systemu ma znacząco wzrosnąć w porównaniu do obecnie eksploatowanego systemu (ma być przystosowany do obsługi 2500 użytkowników jednoczesnych - Wymaganie 6.5.25. OPZ - Przewidywana liczba użytkowników obsługujących system informatyczny SDE nie będzie przekraczać 10000 osób, a jednoczesny dostęp nie przekroczy 2500 użytkowników, podczas gdy obecnie wykorzystywany system ma wydajność jedynie 500 jednoczesnych użytkowników), prawdopodobne jest, iż obecnie wykorzystywane przez Zamawiającego komputery nie będą wystarczające do uruchomienia nowego systemu. Narzucenie przez Zamawiającego konieczności instalacji Systemu Informatycznego SDE na przekazanej platformie stoi również w sprzeczności z treścią innych zapisów OPZ oraz pytań i odpowiedzi, gdzie Zamawiający nie narzuca Wykonawcy konkretnej formy rozwiązań technicznych, które mają zostać użyte do realizacji przedmiotu zamówienia.

Wobec faktu, iż zamawiający wymaga stworzenia środowiska systemowego i programowego z wykorzystaniem sprzętu dostarczonego przez zamawiającego, odpowiedź udzielona na Pytanie 3 jest dalece niewystarczająca i należy uznać, że zamawiający *de facto* nie odpowiedział na postawione pytanie, co stanowi naruszenie przepisów ustawy. Zamawiający odpowiadając na pytania wykonawców, powinien udzielić odpowiedzi merytorycznej i adekwatnej do treści zapytania, wyjaśniając wyczerpująco wątpliwości wykonawcy i podając wszystkie posiadane przez siebie informacje.

Izba ustaliła, co następuje:

Wyrokiem z dnia 7 października 2013 roku sygn. akt KIO 2149/13 Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie wobec treści SIWZ w przedmiotowym postępowaniu, orzekła, co następuje:

W związku z specyfiką wymagań ustawowych związanych z elektronicznym nadzorem skazanych, przejawiającym się m.in. tym, iż skazany nie może być nadzorowany przy pomocy dwóch różnych systemów jednocześnie, operacja przejmwania do nowego systemu kilku tysięcy skazanych winna być skoordynowana i rozłożona w czasie. Tym samym dla przeprowadzenia i zaplanowania powyższego niezbędne jest podanie warunków zakresu współpracy, do którego zobowiązany będzie operator systemu użytkowanego obecnie. Przy braku tego typu informacji niewystarczające jest określenie nawet najdłuższego okresu czasu, w którym wykonawca ma przygotować się do

rozpoczęcia świadczenia usług nadzoru. Przy braku określenia konkretnych i realnych warunków przejęcia skazanych do nowego systemu, tego typu przejęcie do oznaczonego dnia i rozpoczęcie nadzoru pierwszych 7500 osób od dnia 1 września 2014 r., może okazać się niemożliwe, a już z pewnością jest niemożliwe do wycenienia przy braku informacji, co do powyższych warunków. W przypadku gdy zamawiający nie jest w stanie zobowiązać dotychczasowego wykonawcę usług do współpracy i opisać warunków sukcesywnego przekazywania skazanych do nowego systemu, ale dotychczasowy wykonawca zamierza świadczyć usługi do końca terminu, który określa jego zobowiązanie, a następnie skazanych po prostu pozostawić, zamawiający winien albo przewidzieć odpowiednie mechanizmy umowne kompensujące tego typu sytuację i liczące się z tego typu skutkiem, albo po prostu podać wykonawcom, że mają w rzeczywistości przejąć wszystkich skazanych w terminie wskazywanych przez odwołującego dwu dni, albo nawet kilku godzin i w związku z tym winni przewidzieć zatrudnienie odpowiedniej ilości osób, które tego typu operację, w całym kraju przeprowadzą - tak aby powyższe mogli wycenić w swoich ofertach, a nie domyślać się, jakie informacje w tym zakresie przekaże im zamawiający po podpisaniu umowy (co zamawiający deklarował na rozprawie).

W związku z powyższym potwierdzono naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz nakazano uzupełnienie SIWZ o informacje niezbędne wykonawcom do przygotowania i wycenienia czynności przejęcia skazanych do systemu (jakkolwiek nakaz ten zostanie zrealizowany).

Zamawiający, wykonując wskazany wyżej wyrok KIO, wprowadził Załącznik Nr 6 do umowy o następującej treści:

„1. W celu sprawnego i niezakłóconego przejęcia osób objętych systemem nowy Wykonawca musi wykonać wszystkie zadania opisane w pkt. 1 - 7 w załączniku nr 2 do Umowy - terminy realizacji umowy.

2. Nowy Wykonawca wykona migrację wszystkich danych z obecnej do nowej bazy danych. W tym celu Zamawiający udostępni wszystkie niezbędne informacje oraz zapewni współpracę z Wykonawcą obecnie obowiązującej umowy. Nowy Wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia prawidłowej migracji poprzez odpowiednie przygotowanie nowego Systemu Informatycznego SDE oraz niezbędnego do tego celu oprogramowania.

3. Nowy Wykonawca zapewni synchroniczną replikację danych z obecnej bazy danych do nowej w całym okresie przejmowania osób objętych obecnym systemem SDE (do czasu zakończenia umowy z obecnie obowiązującym Wykonawcą).

4. Po zakończeniu szkoleń użytkowników SDE (sędziowie, kuratorzy itd.) nowy Wykonawca wykona przełączenie ich do wytworzonego przez siebie Systemu Informatycznego SDE i

nowej bazy danych.

5. W ostatnim miesiącu Etapu I Wykonawca zobowiązany jest do przeprowadzenia wymiany środków technicznych przy współpracy z Wykonawcą obecnie obowiązującej umowy u osób objętych systemem (jednoczesna deinstalacja środków technicznych przez obecnego Wykonawcę i instalacja środków technicznych przez nowego Wykonawcę). Nie dotyczy to osób objętych systemem, których kara lub środek karny kończy się przed 01.09.2014 r. Wykonywanie czynności materialno-technicznych wobec przejętych osób od chwili zainstalowania nowych środków technicznych jest obowiązkiem nowego Wykonawcy. Powyższe czynności będą koordynowane przez Zamawiającego przy współpracy z obecnym i nowym Wykonawcą.

6. W ostatnim miesiącu Etapu I sprawdzanie warunków technicznych oraz wykonywanie czynności materialno-technicznych wobec osób rozpoczynających odbywanie kary lub środka karnego w SDE realizuje wyłącznie nowy Wykonawca w nowym systemie SDE.

7. W chwili zakończenia Etapu I nastąpi całkowite przejęcie wszelkich czynności związanych z wykonywaniem kary lub środków karnych w nowym systemie SDE przez nowego Wykonawcę.

Proponowane powyższe warunki przejęcia wykonywania usługi dozoru od obecnego Wykonawcy należy traktować jako jeden z możliwych scenariuszy do realizacji."

W załączniku nr 2 do Umowy zamawiający wskazał terminy poszczególnych etapów realizacji przedmiotu zamówienia określone poprzez konkretne daty. Jednocześnie stwierdził, iż terminy te są instrukcyjne. Datyienne podane w tabeli zostały podane przy założeniu, że wejście w życie Umowy nastąpi w dniu 1 marca 2014 roku.

W załączniku nr 6 do SIWZ zamawiający zamieścił uwagę o treści:

Łączna cena oferty za cały przedmiot zamówienia uwzględnia następujące ceny, z które będzie wykonany cały przedmiot zamówienia i stanowi sumę:

c) łącznej zryczałtowanej ceny realizacji przedmiotu zamówienia w Etapie I, która wynosi nie więcej niż 7% łącznej ceny oferty za cały przedmiot zamówienia,

d) iloczynu dobowego zryczałtowanego kosztu wykonywania czynności materialno-technicznych (wraz ze wsparciem infrastruktury technicznej i systemowej SDE) w stosunku do jednej osoby objętej systemem w Etapie II oraz liczby 18 260 000 (słownie: osiemnaście milionów dwieście sześćdziesiąt tysięcy), która stanowi liczbę wszystkich osobodób.

W załączniku nr 1 do Umowy – Opis przedmiotu zamówienia zamawiający podał definicje „komunikatu” i „zdarzenia”. I tak:

- 1) „Komunikat” – odpowiednio zakodowana wiadomość komunikująca się pomiędzy wszystkimi urządzeniami monitorującymi, a centralą monitorowania przekazująca sygnały z tych urządzeń w postaci zdarzeń.
- 2) ”Zdarzenie” – sygnały generowane w urządzeniu monitorującym, które posiadają czas rozpoczęcia i zakończenia oraz są przesyłane jako komunikaty zdefiniowane do centrali monitorowania.

Z kolei w pkt. 3.3.17 wskazał, iż W przypadku przerwania łączności, stacjonarne urządzenie monitorujące musi przechowywać wszystkie komunikaty nie przekazane do centrali monitorowania. Jeżeli nie będzie łączności z centralą monitorowania, stacjonarne urządzenie monitorujące musi przechowywać informacje zebrane co najmniej z 72 godzin. W przypadku nawiązania łączności składowe komunikaty muszą być transmitowane do centrali monitorowania.

Zgodnie z pkt. 2.4 części 2 „Szczegóły techniczne systemu informatycznego SDE” *W ramach umowy (zamówienia) Wykonawca dostarczy: infrastrukturę techniczno-systemową (sprzęt i oprogramowanie) o funkcjonalności, wydajności i niezawodności wymaganej do prawidłowej, bezpiecznej i niezawodnej eksploatacji systemu informatycznego SDE, oprogramowanie spełniające wymagania funkcjonalne dla platformy integracyjnej oraz wszystkie wymagane bezterminowe licencje.*

Izba zważyła, co następuje:

Odwołania są zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzuty wszystkich odwołań dotyczyły w szczególności treści Załącznika nr 6 do Umowy, który to załącznik został wprowadzony przez zamawiającego w wyniku wykonania przez zamawiającego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2013 roku sygn. akt KIO 2149/13.

Treść załącznika niewątpliwie jest elementem opisu przedmiotu zamówienia, a zatem powinna odpowiadać zasadom określonym w art. 29 i następnych ustawy Pzp.

Dokonywany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opis przedmiotu zamówienia wpływa na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowi o istotnych postanowieniach późniejszej umowy. Stąd też, na zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia musi uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym również umożliwić wykonawcom obliczenie ceny oferty z uwzględnieniem wszystkich czynników (elementów) mających wpływ na wysokość ceny.

Analiza treści Załącznika nr 6 do Umowy pozwala na wniosek, iż zamawiający naruszył wskazane wyżej zasady, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający dokonanie prawidłowej wyceny, a także może doprowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 października 2013 roku wyraźnie wskazała, że w SIWZ niezbędne jest podanie warunków i zakresu współpracy, do którego zobowiązany będzie operator systemu użytkowanego obecnie. Realizacją tego zobowiązania jest pkt 5 Załącznika nr 6, zgodnie z którym: *W ostatnim miesiącu Etapu I Wykonawca zobowiązany jest do przeprowadzenia wymiany środków technicznych przy współpracy z Wykonawcą obecnie obowiązującej umowy u osób objętych systemem (jednoczesna deinstalacja środków technicznych przez obecnego Wykonawcę i instalacja środków technicznych przez nowego Wykonawcę). Nie dotyczy to osób objętych systemem, których kara lub środek karny kończy się przed 01.09.2014 r. Wykonywanie czynności materialno-technicznych wobec przejętych osób od chwili zainstalowania nowych środków technicznych jest obowiązkiem nowego Wykonawcy. Powyższe czynności będą koordynowane przez Zamawiającego przy współpracy z obecnym i nowym Wykonawcą.*

W ocenie Izby taki zapis nie czyni zadość obowiązkom zamawiającego, wynikającym ze wskazanego wyżej wyroku KIO. Zamawiający nie podał bowiem żadnych warunków i zakresu współpracy wybranego wykonawcy z dotychczasowym, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że deinstalacja środków technicznych przez obecnego wykonawcę i instalacja środków technicznych przez nowego wykonawcę mają się odbywać jednocześnie. Taki zapis wiąże się z koniecznością podjęcia współpracy przez wykonawcę wybranego i dotychczasowego, polegającą w szczególności na ustaleniu konkretnych terminów poszczególnych czynności wymiany, liczby patroli skierowanych do wykonywania tych

czynności, ilości wymian dokonywanych w danym dniu i innych. Takich danych zamawiający w Załączniku Nr 6 nie uwzględnił, wskazując jedynie, że faktyczne przejęcie pierwszych 7.500 osób ma mieć miejsce w ciągu ostatniego miesiąca Etapu I. Brak danych powoduje, że wykonawcy nie mają możliwości poprawnej wyceny oferty.

Należy przy tym z całą mocą podkreślić, że na podstawie dotychczasowych zapisów wybrany wykonawca nie będzie dysponował żadnymi instrumentami, aby skłonić dotychczasowego wykonawcę usługi do współpracy we wskazanym wyżej zakresie. Wykonawcy ci bowiem nie są i nie będą związani żadnym stosunkiem zobowiązaniowym i nowo wybranemu wykonawcy nie będą przysługiwały żadne roszczenia związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem usługi deinstalacji przez wykonawcę COMP. Tym samym niezbędne jest zabezpieczenie ze strony zamawiającego właściwego wykonania takich usług. Formuła, jaką przewidział zamawiający w załączniku Nr 6, polegająca na stwierdzeniu, iż czynności związane z deinstalacją i instalacją środków technicznych będą koordynowane przez zamawiającego, jest w ocenie Izby niewystarczająca. Nie wiadomo bowiem, na czym owa koordynacja miałaby polegać – czy wyłącznie na nadzorze, czy na wydawaniu wiążących poleceń wykonawcom czy też na jeszcze innych czynnościach. W związku z powyższym Izba widzi potrzebę zobowiązania zamawiającego do wprowadzenia do SIWZ instrumentów zapewniających współpracę dotychczasowego wykonawcy w czynnościach opisanych w Załączniku Nr 6 do Umowy.

Idąc dalej, Izba nakazała zamawiającemu wykreślenie zdania o treści: *Proponowane powyższe warunki przejęcia wykonywania usługi od obecnego Wykonawcy należy traktować jako jeden z możliwych scenariuszy do realizacji.*

Jak już wyżej wskazano przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób precyzyjny, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności niezbędne do rzetelnego oszacowania oferty. Wymogom tym nie odpowiada sformułowanie pozwalające w sposób dowolny na odstępianie od przyjętych uwarunkowań. Jest to o tyle istotne, iż zamawiający nie sprecyzował, czy w związku z takim zapisem wybór innego scenariusza przysługuje wyłącznie zamawiającemu, czy też wykonawcy. Pozostaje również otwarte pytanie, w jaki sposób nowy scenariusz będzie wiążący dla dotychczasowego wykonawcy w kontekście jego współpracy związanej z deinstalacją środków technicznych.

Zgodzić się należy zatem z odwołującymi, iż nie mogą mieć oni pewności co do stałości i niezmienności, a przede wszystkim rzeczywistej treści składającej się na opis

przedmiotu zamówienia. Tym samym stwierdzić należy, że zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący braku wynagrodzenia za wykonywanie dozoru przed datą rozpoczęcia eksploatacji systemu, tj. 1 września 2014 roku, tj. zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Sam zamawiający w załączniku nr 2 do Umowy wskazał, że Etap I (techniczny) obejmuje przygotowanie do świadczenia usługi. Analiza treści załącznika dostarcza informacji, jakiego rodzaju czynności przygotowawcze obejmuje Etap I. Wprowadzając załącznik nr 6 do Umowy zamawiający zobowiązał wybranego wykonawcę do świadczenia czynności materialno-technicznych wobec osób przejętych jeszcze przed rozpoczęciem Etapu II. Jednocześnie zamawiający nie wprowadził żadnych modyfikacji do treści SIWZ, z których wynikałoby, że wykonawcy przysługuje jakiegokolwiek wynagrodzenie za usługi dozoru wykonywane przed 1 września 2014 roku. Zważywszy na fakt, iż w myśl art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, odpłatność jest niezbędnym elementem zamówień publicznych, zamawiający ma obowiązek umożliwić, a wykonawcy uwzględnić w swych szacunkach każdą czynność, jaką, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, będą obowiązani wykonać.

Izba uwzględniła zarzut naruszenia dotyczący nieprecyzyjnego i niejednoznacznego określenia terminów realizacji poszczególnych faz realizacji Etapu I zamówienia w Załączniku nr 2 do Umowy.

Zamawiający określił terminy realizacji poszczególnych faz etapu, jednakże zawarł klauzulę, iż terminy realizacji w tabeli są instrukcyjne. Datyienne podane w tabeli zostały podane przy założeniu, że wejście w życie Umowy nastąpi w dniu 1 marca 2014 roku. Zamawiający nie podał, w jaki sposób będą liczone terminy w sytuacji, gdy umowa nie wejdzie w życie w dniu 1 marca 2014 roku. W szczególności nie jest jasne, czy w takiej sytuacji zamawiający postanowi o odpowiednim wydłużeniu wszystkich terminów, czy też skróci terminy określone w dniach tak, by zagwarantować sobie realizację przedmiotu zamówienia w datach poprzedzonych określeniem „nie później niż”. Kwestia ta wymaga doprecyzowania, do czego zamawiający został zobligowany niniejszym orzeczeniem.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego pkt. 3.317 załącznika nr 1 do Umowy „Opis przedmiotu zamówienia”. Odwołujący Ekotrade Sp. z o.o. wskazał, że zamawiający w dniu 27 listopada 2013 roku dokonał zmiany w zakresie liczny zdarzeń, jakie ma przechowywać stacjonarne urządzenie monitorujące w przypadku przerwania łączności. Zamawiający

zmniejszył liczbę zdarzeń, jednakże wskazał jednocześnie, że jedno zdarzenie posiada wiele komunikatów. Postanowienia SIWZ nie precyzują ile i jakich komunikatów może posiadać jedno zdarzenie. Odwołujący stwierdził, iż ocena możliwości oszacowania oferty jest możliwa jedynie w przypadku jednoznacznego określenia wymagań zamawiającego, np. poprzez podanie bezwzględnej maksymalnej ilości komunikatów, które przechowywać ma stacjonarne urządzenie monitorujące.

W ocenie Izby Informacje wskazane w Załączniku nr 1 do Umowy, gdzie zamawiający podał minimalny czas przechowywania komunikatów czyni zadość wymogom ustawy w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego odpowiedzi na pytanie 3 wyjaśnień SIWZ z dnia 19 listopada 2013 roku. Zważywszy na treść pytania nr 3 wystosowanego przez wykonawcę Ekotrade do zamawiającego uznać należy, że wykonawca ten pytał o sprzęt komputerowy dostarczany przez zamawiającego w ramach czynności testowania, o którym mowa w rozdz. 3 Załącznika nr 1 do Umowy. Tymczasem w pkt 2. 4 części II tegoż załącznika zamawiający wyraźnie wskazał, jakiego rozwiązania technicznego i jakiego sprzętu oczekuje w zakresie systemu informatycznego SDE.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....