

Warszawa, dnia 7 stycznia 2021r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący: **GMV Innovating Solutions Sp. z o.o.**
ul. Hrubieszowska 2
01-209 Warszawa
KRS 0000315136
Tel. +48 22 395 51 65
Email: rkrzysiak@gmv.com

Zamawiający: **Górnośląsko-Zagłębiowska Metropolia**
ul. Barbary 21A
40-053 Katowice
REGON 367882926
NIP 634-290-18-73
Tel. +48 327180730
e-mail: zp@metropoliagzm.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn. „*ŚKUP 1.5 - Unowocześnienie systemu pobierania opłat za przejazdy publicznym transportem zbiorowym*”

Numer ogłoszenia DUUE: 2020/S 252-635226

ODWOŁANIE
WOBEC TREŚCI OGŁOSZENIA O ZAMÓWIENIU ORAZ POSTANOWIEŃ
SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Na podstawie przepisów art. 513 i następne ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych – Dz.U.2019.2019 (zwaną dalej „nPzp”), powołując się na udzielone mi pełnomocnictwo (pełnomocnictwo w załączeniu), wnoszę odwołanie od następujących treści ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) sporządzonych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn. „*ŚKUP 1.5 - Unowocześnienie systemu pobierania opłat za przejazdy publicznym transportem zbiorowym*”, a opublikowanych w dniu 28 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej:

1. **Rozdział III SIWZ punkty 1, 7, 8, 10, 12 – Opis Przedmiotu Zamówienia, co odpowiada treści pkt II.2.4 b) Ogłoszenia o zamówieniu oraz inne punkty załączników do SIWZ szczegółowo wskazane w treści niniejszego odwołania, w szczególności Załącznik nr 1 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia zawarty w pliku Zał_1_OPZ-Ogólny_opis_przedmiotu_zamówienia.pdf oraz Zał_2_OPZ-Szczegółowy_opis_przedmiotu_zamówienia-modernizacja.pdf**

Powyższym czynnościom Zamawiającego z zakresu sporządzenia ogłoszenia o zamówieniu oraz sporządzenia SIWZ Odwołujący zarzuca:

1. naruszenie przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „pzp” lub „Ustawą”) w zw. z art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt. 3 w zw. z art. 41 pkt. 4 pzp oraz art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań oraz okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz zaniechaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. w sposób uniemożliwiający Odwołującemu złożenie oferty i ubieganie się o udzielenie zamówienia, a także nakładający na wykonawców obowiązek spełnienia świadczenia, które jest niemożliwe do spełnienia, poprzez:
 - a) ustanowienie wymogu modernizacji oprogramowania zainstalowanego w urządzeniach wskazanych w punktach 8, 10 oraz 11 Rozdziału III SIWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia oraz urządzeń i oprogramowania wskazanego w punkcie 7 Rozdziału III SIWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia, pomimo braku posiadania przez Zamawiającego uprawnienia tak do ingerencji w same urządzenia jak i zainstalowane w nich oprogramowanie, w tym braku przekazania przez Zamawiającego tzw. kodów źródłowych do oprogramowania pozwalających jego modernizację oraz protokołów komunikacyjnych, co uniemożliwia sporządzenie oferty i realizację zamówienia,
 - b) poprzez iluzoryczne umożliwienie wykonawcy – w przypadku gdy modernizacja oprogramowania nie będzie możliwa – wymiany urządzeń na nowe, co:
 - a. wiąże się z dodatkowym bardzo wysokim kosztem niewspółmiernym w stosunku do kosztu związanego tylko z modernizacją oprogramowania,
 - b. powoduje, iż przedsiębiorstwo Asseco Data Systems S.A. (dostawca urządzeń, w których ma być dokonana modernizacja oprogramowania) nie będzie zainteresowane umożliwieniem takiej modernizacji podmiotom trzecim,

co w konsekwencji sprawia, że wykonanie zamówienia publicznego jest niemożliwe do objęcia normalnym ryzykiem kontraktowym, które to ryzyko jest niemożliwe do oszacowania, co w konsekwencji uniemożliwia przygotowanie należytej wyceny oferty,

2. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez preferowanie wykonawcy Asseco Data Systems S.A. oraz jego dostawców tj. AEP TICKETING SOLUTIONS S. R. L. oraz spółki ALMEX GmbH (właściciel marki Hoeft&Wessel) będących dostawcą urządzeń wraz z zainstalowanym oprogramowaniem, które to oprogramowanie ma być zmodernizowane w ramach wykonania przedmiotu zamówienia niniejszego postępowania, podczas gdy Ustawa nakazuje Zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
3. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o:

1. nakazanie Zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji,
2. nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ oraz opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób który będzie jednoznaczny i wyczerpujący i nie będzie utrudniał uczciwej konkurencji oraz będzie umożliwiał złożenie oferty, tj. w sposób opisany w uzasadnieniu zarzutów zawartych w niniejszym odwołaniu tj. w następującym zakresie:
 - a. **Rozdział III SIWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia**, co odpowiada treści **pkt II.2.4 b) Ogłoszenia o zamówieniu oraz inne punkty załączników do SIWZ** **szczegółowo wskazane w treści niniejszego odwołania** w ten sposób, że Zamawiający:
 - 1) W ramach przedmiotu zamówienia będzie wymagał od wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu bezwzględnej wymiany urządzeń typu UKP, UKAS, SAD na nowe wraz z oprogramowaniem,
lub
 - 2) Usunie z zakresu zamówienia obowiązek wykonania jakichkolwiek czynności związanych z urządzeniami UKP, UKAS, SAD tj. w zakresie obowiązku modernizacji ich oprogramowania lub wymiany urządzeń – przy jednoczesnym założeniu, iż wymagane zmiany w oprogramowaniu tych urządzeń zostaną wprowadzone przez podmioty uprawnione do

dokonywania takich modyfikacji zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i posiadające do tego możliwości techniczne na podstawie odrębnej/ych umów zawartych przez Zamawiającego z tymi podmiotami, w wyniku czego następnie zmienione oprogramowanie zostanie włączone do nowego systemu ŚKUP 1.5. poprzez zamówione przez Zamawiającego otwarte interfejsy API

Uzasadnienie

I. Warunki formalne i uzasadnienie interesu prawnego Odwołującego.

Ogłoszenie o zamówieniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 252-635226, a wartość zamówienia przekracza próg, od którego uzależniony jest obowiązek przekazywania treści ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Specyfikacja Istotnych Warunków zamówienia, której dotyczy niniejsze odwołanie, została umieszczony na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 28 grudnia 2020 r.

Zgodnie z przepisem art. 515 ust. 2 pkt 1 pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia lub SIWZ wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej. Z uwagi na okoliczność, iż zarówno dzień 6 stycznia 2021 r. jest dniem ustawowo wolnym od pracy, tym samym termin do wniesienia odwołania w zakresie treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ upływa 7 stycznia 2018 r., co oznacza, iż termin do wniesienia przedmiotowego odwołania został zachowany.

Odwołującemu, jako wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia, przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z dyspozycją przepisu art. 505 ust. 1 pzp. Interes Odwołującego wyraża się tym, że w razie braku wprowadzenia wnioskowanych zmian, a co za tym idzie utrzymania zapisów, które w ocenie Odwołującego są sprzeczne z przepisami pzp, Odwołujący może zostać pozbawiony możliwości złożenia prawidłowej, niepodlegającej odrzuceniu oferty, a co za tym idzie możliwości uzyskania zamówienia publicznego, jak również zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w przedmiocie zamówienia publicznego na warunkach, które umożliwiają jej wykonanie. W związku z powyższym skonstatować należy, iż interes prawny Odwołującego we wniesieniu odwołania jest bezsprzeczny.

II. Uzasadnienie w zakresie zarzutu – wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia

Zgodnie z art. 29 ust. 1 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. Naruszenie zasady wyrażonej w tym przepisie prowadzić może równocześnie do naruszenia zasad

wymienionych w art. 7 pzp, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości oraz proporcjonalności.

Wspomniana powyżej regulacja została poddana gruntownej analizie w orzecznictwie i doktrynie prawa zamówień publicznych, gdzie stwierdzono, iż „Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 80/07). Podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 czerwca 2016 r., KIO 969/16: „[...]Warunkiem prawidłowego przeprowadzenia postępowania jest w takim przypadku wyeliminowanie sytuacji, w których dokonuje się opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający udział w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekraczające jakąkolwiek konkurencję.” Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem w doktrynie, na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a więc taki, który nie będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców bądź nie będzie stwarzać określonej grupie wykonawców uprzywilejowanej pozycji (Bazan Aneta, Nowicki Józef Edmund, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. II).

Z powyższego wynika więc, iż bezwzględnym obowiązkiem zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia tak, aby umożliwiał on złożenie ofert porównywalnych, zawierających urządzenia spełniające identyczne wymagania techniczne i jakościowe.

W orzecznictwie sądów, doktrynie i judykaturze nie budzi wątpliwości, iż „przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia musi odbyć się z poszanowaniem zasad określonych w art. 7 i 29 PZP. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę, bądź też które eliminowałyby konkretnych wykonawców uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Nie jest dopuszczalne opisywanie przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego producenta, opis taki bowiem narusza zasadę konkurencyjności i równego dostępu do zamówienia. Określenie przedmiotu zamówienia w sposób, który wskazywałby na konkretnego producenta, nie stanowi naruszenia zasad uczciwej konkurencji tylko wówczas, jeżeli wynika to z braku możliwości zrealizowania potrzeb zamawiającego przez inne podmioty” (wyrok Sadu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 stycznia 2012 r. sygn. akt VI ACa 965/11).

W ocenie Odwołującego, w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie zrealizował swego podstawowego, opisanego powyżej obowiązku w zakresie przygotowania postępowania przetargowego. Doszło bowiem do naruszenia zarówno art. 29 ust. 1 i 2 pzp, jak i art. 7 pzp, gdyż Zamawiający dopuścił się opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, nie uwzględniając wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie

oferty. Co więcej dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z Specyfikacją **Rozdział III SIWZ – Opis Przedmiotu Zamówienia** zakresem zamówienia objęta jest:

1. *Przedmiotem zamówienia jest modernizacja, utrzymanie i rozwój systemu Śląskiej Karty Usług Publicznych („ŚKUP 1.5”), służącego m.in. do realizacji zadań organizatora komunikacji publicznej w zakresie sprzedaży biletów i innych usług, świadczenia usług rozliczeń transakcji oraz pośredniczeniu w rozrachunku środków pochodzących z tych transakcji, zarządzania infrastrukturą w czasie zbliżonym do rzeczywistego (online), obsługą kont i identyfikatorów, którymi będą się posługiwali użytkownicy systemu. System ma być kontocentryczny;*

(...)

7. Modernizacja urządzeń stanowiących infrastrukturę pojazdową, a następnie ich serwis (także w zakresie napraw sprzętu):

Ilość obecnie eksploatowanych urządzeń infrastruktury ŚKUP zamontowanych w pojazdach:

a. UKP_A – 1.562 szt. AEP model CDB6

b. UKAS_A – 1.539 szt. AEP model F240B

c. UKAS_B – 3865 szt. AEP model F3A

Ilość obecnie eksploatowanych Urządzeń w ramach „Systemu dla MZK”, które zostały zamontowane w pojazdach PKM Tychy i TLT – urządzenia obsługujące karty EMV:

a. UKP_B – 190 szt. AEON RTC-1200SK

b. UKAS_EMV – 560 szt. Mikroelektronika CVB48.TY

8. Modernizacja oprogramowania Automatów Biletowych SAD -> SADiS:

a. 109 szt., producent Hoeft&Wessel;

10. Modernizacja oprogramowania urządzeń kontrolerskich (UKNT):

a. Liczba urządzeń 180 szt., model PAX A920;

11. Modernizacja oprogramowania Terminali Sprzedażowych UPOS (Bitel):

a. Liczba urządzeń 1.200 szt. (w tym 800 szt. eksploatowanych i 400 szt. jako urządzenia magazynowe na wymianę);

12. W przypadku niewykorzystania przez Wykonawcę do modernizacji obecnie eksploatowanego sprzętu, zobowiązany on będzie do współpracy i przedstawienia komisji likwidacyjnej Zamawiającego:

- dokumentacji inwentaryzacyjnej zdemontowanych urządzeń (dokumentacja opisowa i zdjęciowa);

- wyceny zdemontowanego sprzętu (dla każdego urządzenia);

- przeprowadzenia wraz z Zamawiającym postępowania likwidacyjnego, które zostanie zakończone próbą sprzedaży zdemontowanego sprzętu np. w postępowaniu licytacyjnym (jako opcja na wniosek Zamawiającego);

lub

- dostarczenia zdemontowanego sprzętu do magazynu wskazanego przez Zamawiającego;

W przypadku braku sprzedaży, zdemontowany sprzęt Wykonawca będzie zobowiązany zutylizować (na własny koszt), z zachowaniem przepisów środowiskowych.

Z kolei w Opisie Przedmiotu Zamówienia w pliku Zał_1_OPZ-Ogólny_opis_przedmiotu_zamówienia.pdf na stronie 5 i 6 Zamawiający wskazał, że:

Modernizacja systemu ŚKUP musi uwzględniać płynne przejęcie zadań z systemu ŚKUP. Modernizowany system ŚKUP zostanie zrealizowany w sposób zapewniający działanie strategicznych procesów biznesowych realizowanych przez ŚKUP bez zakłóceń i przerw, oraz z zachowaniem potwierdzonego audytem stosowanego dla systemów płatniczych (PCI DSS) poziomu bezpieczeństwa wymaganego od oprogramowania oraz urzędzeń uczestniczących w procesie przetwarzania transakcji płatniczych.

Wykonawca wybierze sposób modernizacji systemu ŚKUP dogodny dla siebie, tzn. w formie modernizacji istniejących w systemie ŚKUP komponentów sprzętowych i oprogramowania lub w formie wymiany elementów istniejącego systemu na nowe, wymiana dotyczy jedynie oprogramowania, dopuszczalne jest także podejście mieszane. W związku z ograniczonym budżetem, w ramach postępowania Zamawiający nie przewidział wymiany urzędzeń na nowe, a jedynie ich modernizację. Jednakże Zamawiający dopuszcza przypadki zaoferowania przez Wykonawcę nowych urzędzeń spełniających postawione warunki lub zastosowania elementów charakteryzujących się parametrami technicznymi co najmniej takimi jak urządzenie wymieniane lub zastosowania dodatkowych elementów/modułów, które będą realizować funkcjonalności przewidziane w systemie ŚKUP 1.5. Za czynności związane z wymianą urzędzeń/komponentów na nowe, Wykonawcy nie będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie, dlatego koszty z tym związane musi skalkulować w złożonej ofercie.

Natomiast w dokumencie Zał_2_OPZ-Szczegółowy_opis_przedmiotu_zamówienia-modernizacja.pdf na stronach od 116 do 124 przedstawiono szczegółowe wymagania funkcjonalne dla urzędzeń pokładowych UKP, UKAS w zmodernizowanym systemie ŚKUP 1,5. Wymagania te wskazują na konieczność wykonania modernizacji oprogramowania urzędzeń do zapewnienia pełnej zgodności z wymaganiami Zamawiającego. Dotyczy to również 109 Stacjonarnych Automatów Dystrybucji i Sprzedaży (SADiS) do których nowe wymagania funkcjonalne przedstawiono na stronach 137-142.

Lp.	Typ urzędzeń ŚKUP/producent/model	Liczba [szt.]
1	UKP_A – model AEP CDB6	1562
2	UKAS_A – model AEP F240B (dualny)	1539
3	UKAS_B – model AEP F3A	3865
4	UKP_B – model AEON RTC-1200SK	190
5	UKAS_B - Mikroelektronika CVB48.TY (EMV)	560

Tabela 8. Ilość urzędzeń pojazdowych

Tym samym realizacja wymagań funkcjonalnych dla ww. urządzeń, zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i dokumentacją przetargową wymaga przeprowadzenia modernizacji oprogramowania urządzeń.

Z treści dokumentu Zał_3.1_OPZ-Wykaz oprogramowania i licencji.pdf wynika natomiast, że w przypadku urządzeń UKP_A i UKAS_A, UKS_B produkcji AEP (wiersze 20 – 22.1) Zamawiający jest w posiadaniu udzielonej mu sublicencji do oprogramowanie producenta AEP jednak nie posiada kodów źródłowych oprogramowania oraz prawa do ich modyfikacji.

Również w przypadku urządzenia Stacjonarny Automat Doładowania Kart (SADK), które ma przez wykonawcę zostać zmodernizowane do urządzenia SADiS, odczytujemy w wierszach 18.1-18.9, iż Zamawiający nie dysponuje kodami źródłowymi i możliwością ich modyfikacji dla urządzeń SADK, co wprost uniemożliwia realizację Zamówienia poprzez modernizację oprogramowania.

Informacje przekazane Odwołującemu w niniejszym postępowaniu potwierdzają, że Zamawiający nie posiada kodu źródłowego oprogramowania ani nie jest nawet stanie dostarczyć go Wykonawcy. Przede wszystkim jednak Zamawiający w ramach uzyskanej licencji na przedmiotowe oprogramowanie nie nabył uprawnień do ingerowania w nie, ani nie posiada żadnych innych praw przyznających mu możliwość wprowadzania modyfikacji kodu źródłowego. Zamawiający nie nabył od twórcy majątkowych praw autorskich do oprogramowania ani zależnych praw autorskich, czy też prawa do publicznego rozpowszechniania przedmiotu umowy. Tym samym w niniejszej sprawie szczególnie istotnym utrudnieniem jest wspomniana powyżej ochrona praw wyłącznych twórcy oraz brak dostępu do kodu źródłowego. Jak już wskazano powyżej, twórca oprogramowania posiada pełnię praw autorskich, a zatem korzysta z ochrony praw wyłącznych przyznanej mu przepisami prawa. W tym stanie rzeczy z przyczyn obiektywnych nie jest możliwa ingerencja w oprogramowanie innego twórcy ani w celu jego aktualizacji ani w celu zintegrowania go z innymi systemami, które wykonawca miałby dostarczyć Zamawiającemu w razie wyboru jego oferty. Zamawiający nie posiadając uprawnień przekazanych mu przez twórcę nie może udzielać podmiotowi trzeciemu – wykonawcy – praw, które wykraczają poza zakres praw przynależnych Zamawiającemu. Poprzez utrzymanie niezmiennego przedmiotu zamówienia Zamawiający oczekiwałby niejako, aby potencjalni wykonawcy (Odwołujący) łamali prawo, ingerując we własność intelektualną i przemysłową innego podmiotu obrotu gospodarczego.

Poza wszystkim zwrócenia uwagi wymaga kwestia znajomości zasad panujących w branży informatycznej. Nawet posiadanie kodu źródłowego przedmiotowego oprogramowania wymagałoby od wykonawcy ogromnego nakładu pracy, polegającego na konieczności przeanalizowania kilkuset tysięcy linii kodu źródłowego pisanego w różnych iteracjach, nie wspominając już o kolejnym etapie polegającym na modyfikacji jego treści. Jedynie twórca posiada adekwatną wiedzę w tym zakresie i może bez nadmiernych trudności dokonać

wymaganych zmian w kodzie źródłowym. Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 2 maja 2012 r. w sprawie o sygn. akt C-406/10 wyraził pogląd, że prawo do dekompilacji nie upoważnia nabywcy do powierzenia podmiotowi trzeciemu dokonywania modernizacji i rozbudowy już istniejącego programu, czy też wykorzystywania go do rozwijania, produkcji lub obrotu programami, korzystającymi z wiedzy uzyskanej na podstawie przekazanego kodu źródłowego.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że potencjalna alternatywa dla opisanego problemu również nastrocza wątpliwości w zakresie jej zgodności z prawami podmiotu trzeciego – w tym wypadku twórcy. Urządzenia jak Uniwersalny Komputer Pokładowy (UKP), Moduł do Pobierania Opłat za Przejazd (UKAS), Stacjonarny Automat Dystrybucji (SAD) stanowią wraz z oprogramowaniem przedmioty zupełne, będące gotowym produktem. Naruszenie przedmiotowej zupełności, istoty tych urządzeń, poprzez wymianę systemu (oprogramowania) na całkowicie nowy, stworzony przez Odwołującego, byłoby działaniem niezgodnym z prawami twórcy, a tym samym jest w całości niedopuszczalne. Poza faktem, że podjęcie takich działań podwyższałoby znacznie wartość ofert składanych w postępowaniu (z uwagi na znaczny niezbędny nakład pracy), mogłoby ono doprowadzić do występowania licznych błędów bądź zakłóceń w funkcjonowaniu tychże urządzeń. Zmiana otoczenia technologicznego urządzeń byłaby wysoce ryzykowna i mogłaby nie przynieść oczekiwanego rezultatu. Nadto, na marginesie wymaga zauważenia, że potencjalne wady funkcjonowania urządzeń dostarczonych Zamawiającemu przez twórcę, mogłyby godzić w jego dobre imię i spowodować straty wizerunkowe, a w konsekwencji zrodzić podstawę do skierowania roszczeń odszkodowawczych wobec Zamawiającego oraz podmiotu dokonującego ingerencji w urządzenia, w tym wypadku Odwołującego. Powyższe jako niedopuszczalne zostało potwierdzone w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2014 roku w sprawie sygn. KIO/KD 4/14.

Abstrahując od powyższego stwierdzić należy zatem, że Zamawiający w treści SIWZ nie wskazał również informacji w zakresie kodów źródłowych, protokołów komunikacyjnych ani pozostałej dokumentacji niezbędnej wykonawcom, która umożliwi w sposób należyty dokonanie modernizacji oprogramowania oraz integracji istniejących urządzeń. Brak przekazania przez Zamawiającego tzw. kodów źródłowych pozwalających na dokonanie modernizacji oprogramowania w istniejącej infrastrukturze Zamawiającego, uniemożliwia w istocie sporządzenie oferty i realizację zamówienia. Podkreślić należy, iż dopiero udostępnienie przez Zamawiającego kodów źródłowych oferentom oraz pozostałej dokumentacji technicznej, najpóźniej na 60 dni przed terminem składania ofert, umożliwi wykonawcom realizację przedmiotu zamówienia. Brak uwzględnienia przez Zamawiającego informacji w zakresie przekazania dokumentacji przerzuca na Wykonawców obowiązek dokonania modernizacji oprogramowania bez przekazania danych technicznych dotyczących urządzeń zamontowanych u Zamawiającego, jak i danych do integracji z systemem Zamawiającego. Nie ujawnienie danych technicznych warunkujących możliwość dokonania modernizacji oprogramowania w

rezultacie oznacza nałożenie na wykonawcę wyłonionego w przetargu samodzielnego uzyskania wszelkich informacji, danych, zgód i zezwoleń niezbędnych do zapewnienia modernizacji funkcjonujących urządzeń oraz zapewnienia sobie współpracy z podmiotami, którym przysługują prawa autorskie do oprogramowania, z którego aktualnie korzysta Zamawiający oraz prawa własności przemysłowej samych urządzeń. **W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien zobowiązać się do uzyskania wszelkich niezbędnych kodów źródłowych do oprogramowania, które ma być przedmiotem modernizacji oraz zgód i zezwoleń niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia i nie obarczać ryzykiem ich nieuzyskania wykonawców.** Wykonawca jest w rezultacie zdany na dobrą wolę dotychczasowych producentów i dostawców urządzeń, którzy mogą podyktować zróżnicowane warunki współpracy w zależności od danego wykonawcy, a co bardziej prawdopodobne nie udostępnić tych danych w ogóle, co umożliwi temu wykonawcy złożenie jedynej oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Reasumując powyższe wskazać należy, że brak w dokumentacji przetargowej kodów źródłowych oprogramowania, które ma być przedmiotem modyfikacji uniemożliwia wykonawcy wykonanie przedmiotu zamówienia, co nie stanowi problemu na konkurenta **Asseco Data Systems S.A.**

Tym samym też jedynym możliwym do rozważenia przez wykonawcę rozwiązaniem jest założenie wymiany i dostarczenia wszystkich nowych urządzeń, co będzie rozwiązaniem znacznie droższym. Wskazać w tym miejscu należy na niedopuszczalną w ocenie Odwołującego treść Zał_1_OPZ-Ogólny_opis_predmiotu_zamówienia.pdf na stronie 5 i 6, a związaną z opisem przedmiotu zamówienia:

„W związku z ograniczonym budżetem, w ramach postępowania Zamawiający nie przewidział wymiany urządzeń na nowe, a jedynie ich modernizację. Jednakże Zamawiający dopuszcza przypadki zaoferowania przez Wykonawcę nowych urządzeń spełniających postawione warunki lub zastosowania elementów charakteryzujących się parametrami technicznymi co najmniej takimi jak urządzenie wymieniane lub zastosowania dodatkowych elementów/modułów, które będą realizować funkcjonalności przewidziane w systemie ŚKUP 1.5. Za czynności związane z wymianą urządzeń/komponentów na nowe, Wykonawcy nie będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie, dlatego koszty z tym związane musi skalkulować w złożonej ofercie”.

Nałożenie na wykonawcę niebędącego dostawcą użytkowanych urządzeń i oprogramowania ich wymiany na nowe spowoduje konieczność poniesienia znacząco wyższych i niewspółmiernych kosztów związanych z zakupem lub produkcją prawie 7000 urządzeń UKP_A i UKAS_A, UKS_B oraz 109 urządzeń SADiS, a następnie kosztów związanych ich transportem i instalacją w miejscu docelowym.

Taki zakres świadczenia nie dotyczy jednak wykonawcy obecnie eksploatowanego systemu ŚKUP tj. spółki Asseco Data Systems S.A. oraz jego dostawców tj. AEP TICKETING SOLUTIONS S. R. L (producenta urządzeń UKP_A i UKAS_A, UKAS_B i zainstalowanego

w nich oprogramowania) oraz spółki Almex GmbH (właściciel marki Hoeft&Wessel) (producenta urządzeń SAD i SADK oraz zainstalowanego w nich oprogramowania), który dysponuje pełną wiedzą i kodami źródłowymi z bezpośrednim prawem ich samodzielnej modyfikacji lub też przez ich autorów będących w stałej współpracy z tym wykonawcą.

Tym samym taki opis przedmiotu zamówienia bezpośrednio w sposób jawny i rażący dyskryminuje pozostałych wykonawców i stawia w uprzywilejowanej pozycji do uzyskania zamówienia wykonawcę obecnego systemu tj. Asseco Data Systems S.A.

Jest to tym bardziej oczywiste i rażące, gdyż Zamawiający w OPZ do bieżącego postępowania sformułował szereg wymagań, co do otwartości systemu ŚKUP 1.5 i obowiązku opracowania interfejsu API umożliwiającego włączenie do wdrożonego systemu innych urządzeń niezależnych producentów, co znalazło swoje odzwierciedlenie na stronie 16, gdzie stwierdzono, że:

15. Wykonawca stworzy system oparty o otwarte interfejsy API umożliwiające podpięcie innych urządzeń i systemów zewnętrznych np. Rower Metropolitalny, wypożyczanie hulajnóg itp.;

16. Wykonawca stworzy procedurę integracji, certyfikacji i przyłączania, wg których będzie integrował, certyfikował i przyłączał zewnętrzne urządzenia i systemy do Systemu ŚKUP 1.5;

Należy przy tym wskazać, iż Zamawiający w pełni wydaje sobie zdawać sprawę z dokonanego naruszenia konkurencji, gdyż w dialogu technicznym prowadzonym w celu realizacji projektu ŚKUP 2.0 zakładał wymianę wszystkich zainstalowanych urządzeń na nowe, jak również wiedział, że tylko dostawca urządzeń Asseco Data Systems S.A. jest w stanie dokonać modernizacji oprogramowania Automatów Biletowych SAD do systemu SADiS. **Obecna sytuacja finansowa Zamawiającego i stwierdzenie zawarte w OPZ „W związku z ograniczonym budżetem, w ramach postępowania Zamawiający nie przewidział wymiany urządzeń na nowe, a jedynie ich modernizację” nie może w żadnym względzie stanowić podstawy do ograniczenia konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez takie jak w niniejszym postępowaniu określenie przedmiotu zamówienia.**

Dowody: dokumentacja dotycząca dialogu technicznego ŚKUP 2.0
nr sprawy ZA.8023.1.2018

Nic też nie stało zatem na przeszkodzie, aby Zamawiający mając na celu zasadę zachowania konkurencji i równego traktowania wykonawców w pierwszej kolejności przed ogłoszeniem niniejszego postępowania w ramach osobnego postępowania zlecił opracowanie interfejsów API i/lub nabył prawa autorskie do modyfikacji oprogramowania wraz z kodami źródłowymi. Takie działanie umożliwiłoby złożenie wszystkim wykonawcom porównywalnych ofert na wykonanie przedmiotu zamówienia.

Podkreślić należy, że zasada równego traktowania wykonawców sprzeciwia się preferowaniu lub dyskryminacji któregośkolwiek z wykonawców, gwarantuje wykonawcom

równe szanse w dostępie do informacji o zamówieniu i w uzyskaniu zamówienia oraz przeciwdziała wykorzystywaniu pozycji monopolistycznych przez któregokolwiek z wykonawców. Nie można określać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogów dla przedmiotu zamówienia tak, aby spełniał je tylko jeden oferowany na rynku produkt. Działanie takie narusza zasadę równego traktowania wykonawców (Norek Emil A., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. III).

Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego powoduje, iż producent i dostawca urządzeń wraz z zainstalowanym oprogramowaniem, który może być zainteresowany uzyskaniem zamówienia z uwagi na posiadanie pełnej wiedzy technicznej w przedmiocie specyfikacji technicznej i funkcjonalnej użytkowanych urządzeń, będzie w stanie przedstawić ofertę indywidualnie spełniającą wyznaczone przez Zamawiającego warunki, podczas, gdy inni wykonawcy nie mają takiej możliwości. Co więcej istnieje bardzo duże prawdopodobieństwo, graniczące niemalże z pewnością, iż podmiot ten nie udzieli przedmiotowych zgód innym wykonawcom lub ich udzielenie zostanie uzależnione od zapłaty niewspółmiernie wysokiego wynagrodzenia. Skonstatować zatem należy, iż wynik postępowania przetargowego może zleżeć od decyzji podjętych przez podmiot trzeci.

Powyższe nie pozwala na złożenie wszystkim wykonawcom porównywalnych ofert. W celu należytego wykonania przez Wykonawcę tego zakresu zamówienia, Zamawiający powinien zapewnić uprawnienie dla wszystkich wykonawców do modyfikacji posiadanego oprogramowania oraz przekazanie kodów źródłowych, które pozwolą Wykonawcy na bezpieczną modyfikację istniejących urządzeń Zamawiającego przy zapewnieniu ich pełnej funkcjonalności.

Zakwestionowane postanowienia SIWZ oraz Ogłoszenia o zamówieniu stawiają przedsiębiorstwo Asseco Data Systems S.A. w uprzywilejowanej pozycji w zabiegach o uzyskanie zamówienia, zachodzi tym samym naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Odwołując się zatem do zasad przejrzystości, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wskazać należy, że opis przedmiotu zamówienia powinien zapewniać porównywalność złożonych ofert, tak aby dawać możliwość weryfikacji prawidłowości dokonanej oferty (por. wyrok KIO z 14 sierpnia 2013 r. sygn. Akt KIO 1819/13). Obowiązek przejrzystości ma na celu zagwarantowanie równego traktowania wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu przez instytucję zamawiającą. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasnym precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ, by umożliwić wszystkim zainteresowanym i wskazującym zwykłą staranność wykonawcom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a także by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez ofertentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia. Na potwierdzenie powyższego stanowiska odwołujący wskazuje na wyrok ETS 324/14 z dnia 7 kwietnia 2016 r.

Konkludując, wszystkie przedstawione w niniejszym punkcie uzasadnienia okoliczności jednoznacznie przesądzają o tym, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób niespójny, niejednolity, wybrakowany, za pomocą niedokładnych i sprzecznych określeń oraz wartości, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a więc wbrew spoczywającemu na Zamawiającym obowiązkowi przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców. Skutkuje to naruszeniem przez Zamawiającego przepisów art. 29 ust. 1 i 2 pzp w zw. z art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt. 3 w zw. z art. 41 pkt. 4 pzp oraz art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 pzp, a tym samym pełną zasadnością żądania zmiany Opisu Przedmiotu Zamówienia, co odpowiada treści pkt II.2.4 b) Ogłoszenia o zamówieniu oraz pozostałych punktów załączników do SIWZ w ten sposób, że Zamawiający:

- 1) W ramach przedmiotu zamówienia będzie wymagał od wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu bezwzględnej wymiany urządzeń typu UKP, UKAS, SAD na nowe wraz z oprogramowaniem,

lub

- 2) Usunie z zakresu zamówienia obowiązek wykonania jakichkolwiek czynności związanych z urządzeniami UKP, UKAS, SAD tj. w zakresie obowiązku modernizacji ich oprogramowania lub wymiany urządzeń – przy jednoczesnym założeniu, iż wymagane zmiany w oprogramowaniu tych urządzeń zostaną wprowadzone przez podmioty uprawnione do dokonywania takich modyfikacji zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i posiadające do tego możliwości techniczne na podstawie odrębnej/ych umów zawartych przez Zamawiającego tymi podmiotami, w wyniku czego następnie zmienione oprogramowanie zostanie włączone do nowego systemu ŚKUP 1.5. poprzez zamówione przez Zamawiającego otwarte interfejsy API

III. Argumentacja dotycząca nakazania Zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji – zarzut 2) i 3)

W opinii Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców z przyczyn omówionych w niniejszym odwołaniu.

Zgodnie z podstawowym i fundamentalnym nakazem zawartym w art. 7 ust. 1 Ustawy Zamawiający w poszukiwaniu oferty najkorzystniejszej, w tym w szczególności podczas określania warunków udziału w postępowaniu, zobowiązany jest do zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nakaz ten oznacza, iż Zamawiający ma ustalać tak te warunki, aby umożliwić obiektywnie jak najszerszej liczbie wykonawców

zdolnych do wykonania zamówienia złożenie oferty, czego celem jest ochrona tak interesu Zamawiającego, jak i optymalne wykorzystanie środków publicznych. Należy przy tym podkreślić, iż zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców jest również w istocie podstawą wspólnotowego prawa zamówień publicznych, i to nie tylko w ujęciu krajowym, ale także w wymiarze unijnym.

Odwołujący pragnie w tym miejscu przywołać orzecznictwo sądowe, które potwierdza prezentowane stanowisko Odwołującego. W uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r. sygn. akt II Ca 587/05 z kolei czytamy, że: *"istotne jest aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Wystarczy, że zamawiający opíše przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, które posiada konkretny wyrób, tak, aby ofertę mógł złożyć określony producent lub dystrybutor tego wyrobu."* „Naruszeniem uczciwej konkurencji będzie opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, że poszczególne urządzenia wchodzące w skład zamówienia mogą pochodzić tylko od jednego producenta. Takie wskazania faworyzują bowiem w sposób nieuprawniony bezpośrednio takiego producenta, a pośrednio - również podmioty, które pozostają w stałych stosunkach gospodarczych z takim producentem" (wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2010 r., KIO 2550/10). Z kolei w wyroku KIO z dnia 25 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2479/15, zwrócono uwagę na to, że „zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 PZP wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymogami zamawiającego i konkurencyjnej oferty były dostępne wykonawcom na równych prawach. Zakres usług - możliwość ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania - nie może być pozostawiona domyślności wykonawcy, gdyż taka sytuacja prowadzi do składania ofert nieporównywalnych co do rozmiarów świadczeń i ich wyceny, (...) gdzie niedookreślenie przedmiotu zamówienia stwarza obawy, że wykonawca nie będzie się w stanie terminowo i należycie wywiązać się z umowy i ponieść straty przy jej wykonywaniu".

Za uzasadniony należy zatem uznać wniosek o nakazanie Zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji, w szczególności poprzez określone w odwołaniu zmodyfikowanie SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, co zapewni jak największej liczbie Wykonawców możliwość złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższe naruszenia skutkowały również naruszeniem art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

IV. Podsumowanie.

Zarzuty przedstawione i uzasadnione w niniejszym odwołaniu oraz opisany w nim stan faktyczny, uprawniają do przyjęcia, że doszło do naruszenia wskazanych przepisów pzp, tak więc przedmiotowe odwołanie jest w pełni zasadne, wobec czego żądania wyrażone na wstępie powinny zostać uwzględnione.

Rafał Krzysiak
Pełnomocnik

Załączniki:

- dowód uiszczenia wpisu od odwołania
- dowód uiszczenia opłaty skarbowej za pełnomocnictwo
- odpis KRS Odwołującego
- pełnomocnictwo dla Rafała Krzysiak
- dowód przesłania odwołania Zamawiającemu