

Gdańsk, dnia 02 października 2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

ul. H. Wieniawskiego 1, 61-722 Poznań
tel.: + +48 618294305, fax + 48 618294012
e-mail: kw@amu.edu.pl ,
karolina.ciechanowska@amu.edu.pl (z ogłoszenia o
zamówieniu)
strona: www.amu.edu.pl
strona internetowa postępowania: [https://e-
propublico.pl/Ogloszenia/DokumentyZamowienia?przetarg
Id=a79b3ced-1632-4bfb-8b39-767b964bf14a](https://e-propublico.pl/Ogloszenia/DokumentyZamowienia?przetargId=a79b3ced-1632-4bfb-8b39-767b964bf14a)

Odwołujący:

Asseco Data Systems Spółka Akcyjna

ul. Jana z Kolna 11, 80-864 Gdańsk
KRS: 0000421310
e-mail: agnieszka.gzela@assecods.pl, tel. +48 504198018
reprezentowana przez pełnomocnika: Panią Agnieszkę
Gzela.

ODWOŁANIE

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wdrożenie Portalu pracownika w oparciu o Standardowe Oprogramowanie Aplikacyjne klasy LCDP dla pracowników Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu (nr referencyjny: ZP/1561/U/23)”.

I. Działając w imieniu Asseco Data Systems Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni (dalej: „Odwołujący”), na podstawie art. 505 ust. 1 w związku z art. 513 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j Dz.U. z 2023 r. poz. 1605), ze zm. - dalej: „Pzp”), niniejszym wnoszę odwołanie na treść specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”), która została zamieszczona przez Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu (dalej: „Zamawiający”) na stronie internetowej i stawiam następujące zarzuty:

- 1) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp w związku z art. 112 ust. 1 Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp, polegający na ustaleniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej wykonawcy - wskazanego w Rozdziale E SWZ „Informacja o warunkach udziału w postępowaniu i niepodleganiu wykluczeniu oraz podmiotowych środkach dowodowych” pkt 12.d.2.4 SWZ, dotyczącego „Testera oprogramowania”, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia,

- 2) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp w związku z art. 241 ust. 3 Pzp, polegający na wadliwym ustaleniu kryterium oceny ofert pod nazwą „Partnerstwo producenta LCDP” opisanego w Rozdziale T „Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” pkt 37 c SWZ oraz pkt 38 c SWZ, tj. wskazanie kryterium oceny ofert odnoszącego się do właściwości technicznej wykonawcy,
- 3) zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 lub art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, polegający na takim sformułowaniu opisu zamówienia, który nie jest opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, lub jest sformułowany w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

Zarzuty wobec konkretnych wyjaśnień Zamawiającego lub postanowień SWZ opisano w uzasadnieniu do niniejszego odwołania.

1. Wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu aby:
 - 1) dokonał modyfikacji SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania, ,
 - 2) jeśli to konieczne, dokonał modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej,
 - 3) przedłużył termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach

Dodatkowo wnoszę o:

- 1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania na okoliczności opisane w jego treści;
 - 2) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.
2. W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 522 ust. 1 Pzp) żądam od Zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanymi powyżej żądaniami.
 3. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20 września 2023 roku pod nr 2023/S 181-566831.
 4. Strona internetowa, na której Zamawiający zamieścił dokumentację postępowania:
<https://e-propublico.pl/Ogloszenia/DokumentyZamowienia?przetargId=a79b3ced-1632-4bfb-8b39-767b964bf14a>
 5. Wskazanie interesu i szkody Odwołującego.

Odwołującemu przysługuje środek ochrony prawnej w postaci niniejszego odwołania zgodnie z treścią art. 504 ust. 1 Pzp, który to przepis jako warunek sine qua non skorzystania ze środków ochrony prawnej wskazuje łącznie dwie przesłanki: interes w uzyskaniu zamówienia oraz szkodę wynikłą z naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Za interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 504 ust. 1 Pzp rozumie się możliwość uzyskania takiego zamówienia. Podkreślić należy, że zarówno w doktrynie prawniczej, jak i judykaturze interes w uzyskaniu zamówienia traktuje się szeroko. Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu analizowanego przepisu jest chociażby potencjalna szansa uzyskania przez

odwołującego zamówienia. Bezspornym jest to, że na etapie składania niniejszego odwołania Odwołujący ma realną szansę na uzyskania zamówienia w postępowaniu. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia, jednak opis przedmiotu zamówienia i opis warunków udziału w postępowaniu, uniemożliwiają mu złożenie oferty. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami prawa, tj. prawidłowo sformułował postanowienia SWZ, Odwołujący mógłby złożyć ofertę spełniającą wszystkie wymagania SWZ. Tym samym oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez wskazane powyżej wadliwości SWZ, pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia. Zamawiający doprowadził bowiem do sytuacji, w której Odwołujący nie jest w stanie złożyć prawidłowej oferty, a także nie jest w stanie prawidłowo skalkulować kosztów oferty, ze względu na nieprawidłowe określenie przedmiotu zobowiązania Wykonawcy.

Spełniona w niniejszej sprawie jest także druga przesłanka, o której mowa w treści art. 504 ust. 1 Pzp, tj. poniesienie lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Na skutek działania Zamawiającego, Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania określonego zysku w następstwie uniemożliwienia wyboru jego oferty w dalszym etapie postępowania. Warto w tym miejscu wskazać, że do spełnienia analizowanej przesłanki wystarczająca jest sama możliwość poniesienia szkody jako prawdopodobne następstwo naruszenia przez zamawiającego przepisów. Jak zgodnie podkreśla się w doktrynie prawniczej i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „KIO”) oraz sądowym, takie rozumienie analizowanej przesłanki umożliwia wnoszenie środków ochrony prawnej, np.: wobec pierwszych czynności Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (np.: odwołanie od postanowień ogłoszenia o zamówieniu lub treści SWZ. Wobec powyższego interes Odwołującego oraz możliwość poniesienia szkody określona w art. 504 ust. 1 Pzp została wykazana.

6. Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.
Biorąc pod uwagę przedmiot odwołania, zgodnie z treścią art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp termin na odwołanie liczy się od 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne. Podstawę odwołania stanowi czynność Zamawiającego z dnia 20 października 2023 roku – zamieszczenie na stronie internetowej treści SWZ. Termin ten wypadał w sobotę – 30 września 2023, zatem uprawnione jest złożenie niniejszego odwołania w dniu 02 października 2023 roku.
7. Odwołujący uiszczył wymagany wpis od odwołania, na dowód czego jako załącznik nr 4 do odwołania przedkłada bankowe potwierdzenie dokonania wpisu.
8. Czyniąc zadość obowiązkowi przewidzianemu w art. 516 ust. 2 pkt 2 Pzp, Odwołujący przedkłada dowód doręczenia odwołania Zamawiającemu - jako załącznik nr 5 do odwołania.
9. Opis przedmiotu zamówienia.
Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie, wdrożenie, uruchomienie, utrzymanie oraz rozwój Portalu pracownika, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w

Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”), Załączniku nr 1 do OPZ oraz Umowie, w tym:

- a) dostawa licencji na Standardowe Oprogramowanie Aplikacyjne klasy LCDP;
- b) instalacja oraz konfiguracja Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego klasy LCDP w infrastrukturze Zamawiającego, zgodnie z wymaganiami opisanymi w OPZ;
- c) inicjalizacja projektu, w ramach którego Wykonawca opracuje i przedstawi do odbioru Zamawiającemu Dokument Inicjujący Projekt (DIP);
- d) przeprowadzenie analizy przedwdrożeniowej, w trakcie której, w formie warsztatowej, na podstawie dokumentacji AP, stanowiącej Załącznik nr 1 do OPZ, zostaną szczegółowo omówione wymagania Zamawiającego w stosunku do każdej z AP oraz przeprowadzone zostaną usprawnienia i dostosowania AP do charakterystyki oferowanej LCDP. W wyniku analizy przedwdrożeniowej zostanie opracowany Dokument Analizy (DA) zawierający m.in. projekt architektury Portalu pracownika oraz Harmonogram Szczegółowy wdrożenia wraz ze sposobem implementacji poszczególnych AP;
- e) wdrożenie, w oparciu o Standardowe Oprogramowanie Aplikacyjne klasy LCDP, Portalu pracownika wraz z AP, zgodnie z wymaganiami opisanymi w OPZ, Załączniku nr 1 do OPZ oraz wynikami analizy przedwdrożeniowej zawartymi w DA. Dla każdej AP zostaną wykonane następujące zadania wdrożeniowe.

UZASADNIENIE

II. Stan faktyczny.

W dniu 20 września 2023 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu. Tego dnia Zamawiający zamieścił SWZ na stronie internetowej udostępniając dokumentację wykonawcom.

III. Uzasadnienie żądania.

Ustawa PZP wprowadza jasny podział na Zamawiającego, jako organizatora postępowania o zamówienie publiczne oraz wykonawcę, którego celem jest złożenie oferty najkorzystniejszej. Tworząc taki podział ustawodawca nałożył na każdy z ww. podmiotów określone prawa i obowiązki. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający, ze swoich obowiązków organizatora i prowadzącego przedmiotowe postępowanie o zamówienie publiczne nie wywiązał się w sposób należyty, określając warunki udziału w postępowaniu w sposób niezgodny z art. 112 Pzp, dokonując opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający przepis art. 99 Pzp, wreszcie wskazując kryterium oceny ofert w sposób naruszający art. 241 ust. 3 Pzp.

Należy wskazać, że określenie warunków udziału w postępowaniu ma charakter kluczowy dla wykonawców, bowiem stanowi barierę, dla wykonawców, którzy posiadają niezbędne zdolności i umiejętności do wykonania zamówienia, ale ze względu na sformułowanie danego warunku udziału w postępowaniu nie mogą złożyć oferty. Analogicznie dokonanie opisu przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi bowiem podstawowy element SWZ wskazany w art. 281 ust. 1 Pzp. Dodatkowo

wagę tego elementu podkreślił ustawodawca konstruując przepis art. 112, gdzie w sposób wyraźny zobowiązał Zamawiającego do właściwego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący pragnie przypomnieć, że po złożeniu oferty, która stanowi odpowiedź na wszystkie wymagane przez Zamawiającego warunki, jest ona wiążąca dla wykonawcy. Zatem, aby móc złożyć ofertę rzetelną odpowiadającą wymaganiom i przepisom prawa, wykonawca nie może mieć żadnych wątpliwości, co jest przedmiotem zamówienia czy jaki jest jego zakres. Zamawiający w szeroko rozumianym SWZ zawarł pojęcia nieostre, niejednoznaczne lub bez należytego szczegółowego opisu sposobu wykonania zamówienia. Brak należytego opisu przedmiotu zamówienia rodzi realne niebezpieczeństwo, że Zamawiający przerzuca w ten sposób ryzyka związane z wykonaniem zamówienia na Wykonawcę. Biorąc pod uwagę termin wykonania zamówienia wskazany przez Zamawiającego, aby móc określić, czy Odwołujący sam lub wspólnie z innymi podmiotami jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie, opis zamówienia musi być wystarczająco jednoznaczny i dokładny. Bez odpowiednich informacji, Odwołujący nie ma możliwości do oceny czy przedmiot zamówienia jest możliwy do wykonania w wyznaczonym horyzoncie czasowym.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający sformułował postanowienia SWZ w sposób, który jednoznacznie narusza zasady uczciwej konkurencji, uniemożliwiając tym samym Odwołującemu wykonanie przedmiotu zamówienia, co skutkuje niemożnością złożenia oferty. Sformułowania użyte przez Zamawiającego zaburzają uczciwą konkurencję w postępowaniu, gdyż mogą pozwolić na zamawianie nowych usług lub funkcjonalności przedmiotu zamówienia już po zawarciu umowy, zgodnie z subiektywnymi decyzjami Zamawiającego, co całkowicie naruszy pierwotny kształt relacji pomiędzy stronami przyszłej umowy.

Odwołujący zaznacza, że składając ofertę zgodnie z postanowienia SWZ winien złożyć formularz, którego wzór stanowi Załącznik nr 2 do SWZ. Zamawiający wymaga, aby wykonawcy złożyli oświadczenie, w którym m.in. zobowiązani są oświadczyć :

- „3.Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia, w tym z projektem umowy i nie wnosimy do nich zastrzeżeń oraz przyjmujemy warunki w nich zawarte.
4. Oświadczamy, że uważamy się za związanych niniejszą ofertą: zgodnie z SWZ.
5. Oświadczamy, że akceptujemy warunki płatności określone przez zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz projekcie umowy dotyczącym przedmiotowego postępowania.
6. Oświadczamy, że uzyskaliśmy wszelkie informacje niezbędne do prawidłowego przygotowania i złożenia niniejszej oferty.”

Z tej przyczyny, Odwołujący w celu ochrony swojego interesu prawnego zmuszony został do złożenia przedmiotowego odwołania. Odwołujący wskazuje na następujące naruszenia przez Zamawiającego w zakresie podniesionych zarzutów.

- 1. Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp w związku z art. 112 ust. 1 Pzp w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp, polegający na ustaleniu warunku udziału w postępowaniu w**

zakresie posiadania zdolności technicznej wykonawcy - wskazanego w Rozdziale E SWZ „Informacja o warunkach udziału w postępowaniu i niepodleganiu wykluczeniu oraz podmiotowych środkach dowodowych” pkt 12.d.2.4 SWZ, dotyczącego „Testera oprogramowania”, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

1) Uwagi ogólne.

Warunki udziału w postępowaniu, wymienione w art. 112 Pzp mają charakter blankietowy a ich konkretyzacji dokonuje się w sposób adekwatny do potrzeb danego postępowania. Zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. W orzecznictwie wskazuje się jednolicie, że respektowanie tych wytycznych przez zamawiającego służy zapewnieniu realizacji podstawowych zasad - uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W orzecznictwie i doktrynie wypracowany został również jednolity pogląd, że sformułowane warunki udziału w postępowaniu powinny być określone w taki sposób, by ich weryfikacja pozwalała na ocenę, że sytuacja podmiotowa określonego wykonawcy, w szczególności potencjał, którym on dysponuje i który może wykorzystać do wykonania zamówienia, są wystarczające dla uznania, iż wykonawca ten będzie w stanie wykonać zamówienie zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Zamawiający przy ustalaniu warunku udziału w postępowaniu powinien brać pod uwagę specyfikę zamówienia, jego zakres, wartość, stopień złożoności czy warunki realizacji. Proporcjonalność opisu do przedmiotu zamówienia oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki muszą być adekwatne do celu, dla którego w danym postępowaniu określone są warunki udziału w postępowaniu oraz nie mogą ponad ten cel wykraczać. Zachowanie zasady proporcjonalności opisu oceny warunków do przedmiotu zamówienia służy zapewnieniu dostępu do udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do realizacji określonego zamówienia. Jak wskazano w Uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 07.12.2013 sygn. KIO/KD/ 102/13, która w pełni pozostaje w mocy pomimo dokonywanych nowelizacji PZP - „Art. 22 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi, iż opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Tak więc skonkretyzowane w opisie warunki udziału w postępowaniu nie mogą być określone ponad potrzeby zamawiającego. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi być bowiem adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz wynikać z uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Tym samym zamawiający, jeżeli dokonuje określonego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków musi potrafić dowieść, że postawione przez niego warunki są rzeczywiście niezbędne dla zagwarantowania należytego wykonania zamówienia". Podobnie wskazano w wyroku z dnia 13.06.2013r. sygn. akt KIO 1276/13 - „Warunki udziału w postępowaniu nie mogą w drodze nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu niektórych wykonawców. Nie można bowiem żądać od potencjalnych wykonawców spełniania warunków w stopniu większym, niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia". Odwołujący stwierdza, iż niżej

wskazane postanowienia SWZ naruszają powyższe zasady i stanowią nadmierne zaostreżenie warunków, które nie ma uzasadnienia w opisie przedmiotu zamówienia i prowadzą do ograniczenia konkurencji.

2) Warunek opisany w Rozdziale E SWZ „Informacja o warunkach udziału w postępowaniu i niepodleganiu wykluczeniu oraz podmiotowych środkach dowodowych” w pkt 12.d.2.4 SWZ, dotyczący „Testera oprogramowania”.

Zamawiający sformułował kwestionowany warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej - w Rozdziale E SWZ „Informacja o warunkach udziału w postępowaniu i niepodleganiu wykluczeniu oraz podmiotowych środkach dowodowych” w pkt 12.d.2.4 SWZ - w sposób następujący:

„Tester oprogramowania, który:

- w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, zdobyła co najmniej 2 letnie (24 miesiące) doświadczenie we wdrażaniu, instalacji, konfiguracji i uruchomieniu produkcyjnym oprogramowania informatycznego wyrażone łącznym okresem zatrudnienia w projektach informatycznych polegających na dostarczeniu, wdrożeniu, instalacji i konfiguracji oprogramowania informatycznego.
Na potrzeby oceny spełnienia warunku wykazać należy faktyczny okres zatrudnienia danego Testera Oprogramowania, bez względu na formę prawną, przez łączny okres 2 lat (24 miesiące) w jednym, dwóch lub więcej projektach informatycznych polegających na dostarczeniu, wdrożeniu, instalacji i konfiguracji oprogramowania informatycznego;
- w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, zdobyła doświadczenie we wdrażaniu, instalacji, konfiguracji i uruchomieniu produkcyjnym oprogramowania informatycznego, wyrażone pracą (bez względu na formę prawną) w co najmniej 2 projektach informatycznych polegających na dostarczeniu, wdrożeniu, instalacji i konfiguracji oprogramowania informatycznego o budżecie co najmniej 1.000.000,00 zł brutto, przy czym przynajmniej jeden z tych projektów informatycznych zrealizowany był dla Uczelni;
- posiada biegłą znajomość języka polskiego;
- posiada aktualny certyfikat Certified SCRUM Master lub Certified SCRUM Product Owner lub równoważne (za równoważne Zamawiający uzna następujące certyfikaty Scrum Alliance CSP lub Scrum Alliance CSPO, Scaled Agile Academy SP).”

Odwołujący kwestionuje następującą treść przedmiotowego warunku:

„posiada aktualny certyfikat Certified SCRUM Master lub Certified SCRUM Product Owner lub równoważne (za równoważne Zamawiający uzna następujące certyfikaty Scrum Alliance CSP lub Scrum Alliance CSPO, Scaled Agile Academy SP).”

Wymaganie, aby osoba delegowana do roli testera oprogramowania posiadała aktualny certyfikat Certified SCRUM Master lub Certified SCRUM Product Owner lub równoważny należy uznać za wymaganie nadmierne. Wspomniane certyfikaty odnoszą się przede wszystkim do obowiązków i zadań innych specjalistów z zakresu informatyki odpowiedzialnych za powstanie produktu tzw. Scrum Mastera i Product Ownera.

Zamawiający wymaga zatem, aby tester oprogramowania posiadał certyfikat, który potwierdza wiedzę i kwalifikacje w zakresie ról/stanowisk (SCRUM Master lub Product Owner), **których tester nie pełni**. Należy przy tym podkreślić, iż podstawowym zadaniem/rolą testera jest testowanie oprogramowania, nie zaś definiowanie wizji systemu lub produktu (jak ma to miejsce przypadku Product Ownera), lub też odpowiedzialność za sprawne działanie zespołu scrumowego (co ma miejsce w przypadku SCRUM Mastera).

Należy również wskazać, że Zamawiający w żadnym miejscu SWZ nie określił konkretnej metodyki zgodnie, z którą ma być realizowane zamówienie, zatem wymaganie od testera ww. certyfikatów tym bardziej należy uznać za bezzasadne.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenie kwestionowanego fragmentu wymagania lub nadanie mu następującej treści: „posiada aktualny certyfikat ISTQB® Certified Tester”, który bezpośrednio odnosi się do roli testera oprogramowania.

- 2. Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp w związku z art. 241 ust. 3 Pzp, polegający na wadliwym ustaleniu kryterium oceny ofert pod nazwą „Partnerstwo producenta LCDP” opisanego w Rozdziale T „Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” pkt 37 c SWZ oraz pkt 38 c SWZ, tj. wskazanie kryterium oceny ofert odnoszącego się do właściwości technicznej wykonawcy.**

Wyboru oferty najkorzystniejszej dokonuje się na podstawie kryteriów oceny ofert. Zgodnie z definicją oferty najkorzystniejszej, tj. takiej, która przedstawia najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub zawierającej najniższą cenę lub koszt. Kryteria oceny ofert, jakie mogą zostać zastosowane przez zamawiającego w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, muszą odnosić się do przedmiotu zamówienia, co określił ustawodawca w art. 241 ust. 1, wzmacniając ten przekaz jednoznacznym zakazem, określonym w art. 241 ust. 3 Pzp, stosowania kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości wykonawcy, w tym jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej ani finansowej.

Zamawiający opisał przedmiotowe kryterium w sposób następujący:

„c) Partnerstwo producenta LCDP

- 38.c.1. W ramach kryterium "Partnerstwo producenta LCDP" Zamawiający wymaga przedstawienia od Wykonawcy ważnego certyfikatu lub równoważnego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest autoryzowanym partnerem producenta LCDP;
- 38.c.2. W kryterium oferta może uzyskać maksymalnie 10 pkt;
- 38.c.3. Za posiadanie przez Wykonawcę ważnego certyfikatu lub równoważnego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest autoryzowanym partnerem producenta LCDP, oferta Wykonawcy otrzyma 10 punktów;
- 38.c.4. W przypadku nieposiadania przez Wykonawcę ważnego certyfikatu lub równoważnego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest autoryzowanym partnerem producenta Platformy LOW-CODE, oferta Wykonawcy otrzyma 0 punktów.”

W sposób jednoznaczny kryterium odnosi się do właściwości wykonawcy, posiadania przez niego bądź nie odpowiedniej autoryzacji u producenta oprogramowania. Narusza to w sposób oczywisty normę wyrażoną w art. 241 ust. 3 Pzp.

Odwołujący z ostrożności wskazuje, że jest mu znany przepis art. 242 ust. 2 pkt 5 Pzp, w którym to jako przykładowe wymieniono kryteria odnoszące się do organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (przy czym podkreślono, że kryteria oceny ofert mogą dotyczyć tych aspektów, o ile mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia). Jednak treść kwestionowanego postanowienia SWZ nie odnosi się do wiedzy osób wykonujących zamówienie, lecz wskazuje wprost na wykonawcę i preferowaną przez Zamawiającego właściwość wykonawcy.

Odwołujący podnosi, że w zakresie omawianego stanu faktycznego, swoje stanowisko zajmowała Krajowa Izba Odwoławcza, choćby w wyroku z 14.02.2020 r. (sygn. akt KIO 203/20), w którym to KIO stwierdziła, że niezgodne z Pzp jest kryterium oceny ofert **premijące posiadanie autoryzacji producenta. Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła, że jest to cecha wykonawcy i nie jest ona powiązana z dysponowaniem osobami z odpowiednią wiedzą czy kwalifikacjami zapewniającymi lepszą jakość wykonania zamówienia.**

Wobec powyższego wnoszę o nakazanie Zamawiającemu usunięcie przedmiotowego kryterium oceny ofert, zastąpienie go innym spełniającym wymagania określone prawem bądź przyporządkowanie dwóm pozostałym kryterium ofert takiej liczby punktów, aby łącznie ich suma dawała 100 %, a więc odpowiednią modyfikację postanowień w Rozdziale T „Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert SWZ” pkt 37 i pkt 40. Wnoszę także, jako logiczną konsekwencję żądania usunięcia przedmiotowego kryterium, o nakazanie Zamawiającemu usunięcia postanowienia opisanego 2 Rozdziale H „Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych” w pkt 35 b SWZ, tj. w którym żąda przedstawienia jako podmiotowego środka dowodowego następującego dokumentu: „b) ważnego certyfikatu lub równoważnego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest autoryzowanym partnerem producenta LCDP – jeżeli Wykonawca go posiada – do przyznania punktów wg. kryteriów oceny ofert określonych przez Zamawiającego w niniejszej SWZ.”

3. Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 lub art. 99 ust. 1 i 4 Pzp, polegający na takim sformułowaniu opisu zamówienia, który nie jest opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, lub jest sformułowany w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

Odwołujący po dokonaniu analizy opisu przedmiotu zamówienia zarzuca Zamawiającemu, iż dopuścił się takiego sformułowania wymagań dotyczących zamawianego rozwiązania informatycznego, które umożliwiają dostarczenie tylko jednego konkretnego rozwiązania. Nie podał równocześnie uzasadnienia o charakterze obiektywnym usprawiedliwiającym takie działanie co narusza zasadę uczciwej konkurencji. Opis przedmiotu zamówienia winien opisywać założenia lub rezultaty, które winien realizować system informatyczny, a nie szczegółowy sposób realizacji danego wymagania lub sposobu świadczenia usługi

Odwołujący wnosi zarzuty wobec następujących postanowień Załącznika nr 1 do SWZ „Opis Przedmiotu Zamówienia” (dalej: „OPZ”):

1) Postanowienie w pkt 9.1 OPZ, o treści:

„9.1. LCDP musi być Standardowym Oprogramowaniem Aplikacyjnym, które na dzień złożenia oferty jest wdrażane i serwisowane przez sieć partnerską firm wdrażających, autoryzowaną przez jej producenta, obejmującą co najmniej 5 (pięć) firm wdrożeniowych, niezależnych kapitałowo od siebie (każda z tych firm) i od jej producenta.”

Należy stwierdzić, że przedmiotowe wymaganie Zamawiającego nie jest w żaden sposób powiązane z przedmiotem zamówienia. Stanowi wprost, ukryte w opisie przedmiotu zamówienia, ograniczenie podmiotowe (choć opisane w sposób pozornie odnoszący się do przedmiotu zamówienia). Powoduje to sztuczne, nieuzasadnione ograniczenie konkurencji.

Żądanie, aby co najmniej 5 firm wdrożeniowych, do tego o szczególnych cechach takich jak niezależność kapitałowa, wskazuje, że Zamawiający w sposób nieuzasadniony ogranicza konkurencję. Trzeba wskazać, że Zamawiający nie wskazuje co oznacza pojęcie odnoszące się do autoryzowanych podmiotów „niezależnych kapitałowo od siebie (każda z firm)”. Powyższe wymaganie w sposób nieuzasadniony wyklucza z możliwości wykonania zamówienia także producenta oprogramowania, którego model świadczenia usług opiera się na osobistym wykonywaniu przedmiotowych usług, co zgodnie z umową o wykonanie zamówienia publicznego spoczywa na wykonawcy (usługa gwarancyjna i odpowiedzialność z tytułu rękojmi). W związku z powyższym wnoszę o nakazanie Zamawiającemu usunięcie przedmiotowego postanowienia lub jego zmianę i nadanie mu treści:

„9.1. LCDP musi być Standardowym Oprogramowaniem Aplikacyjnym, które na dzień złożenia oferty jest wdrażane i serwisowane przez producenta lub przez sieć partnerską firm wdrażających, autoryzowaną przez jej producenta, obejmującą co najmniej 2 (dwie) firmy wdrożeniowe”.

2) Postanowienie w pkt 9.2 OPZ, o treści:

„9.2. LCDP musi być dostępna na rynku przynajmniej od 6 lat.”

Powyższe wymaganie nie znajduje uzasadnienia i jest nieprecyzyjne.

Zamawiający nie definiuje pojęcia „dostępność na rynku”. Czy oznacza to, że czas obecności na rynku ma być liczony od dnia wytworzenia oprogramowania przez danego producenta, czy informacji marketingowej, czy momentu zawarcia pierwszej umowy, której przedmiotem jest oprogramowanie, czy wreszcie daty wdrożenia. Co oznacza pojęcie „rynku”: świat, Europa, terytorium Unii Europejskiej, Polska czy może Poznań, bo Zamawiający ma swoją siedzibę w Poznaniu. Przedmiotowe kryterium jest tak nieprecyzyjne i nieostre, pozwalające na daleko idące nadużycia przy ocenie jego spełnienia, że jedynym możliwym żądaniem Odwołującego może być nakazanie Zamawiającemu jego usunięcie.

3) Postanowienie w pkt 9.12 OPZ, o treści:

„LCDP musi umożliwiać stworzenie dowolnego rozszerzenia funkcjonalności lub integracji z systemami zewnętrznymi w oparciu o prace programistyczne

Zamawiającego bez konieczności wyłącznej współpracy z Wykonawcą. Zamawiający nie oczekuje dostarczenia licencji na tę funkcjonalność”.

Odwołujący wskazuje, że nie jest możliwa do złożenia deklaracja, czy powstałe w przyszłości rozwiązania informatyczne, np. systemy baz danych nie będą wymagały współpracy Zamawiającego z wykonawcą w przypadku integracji z takimi nowymi rozwiązaniami informatycznymi. Zmiany technologiczne nie są do przewidzenia, Wskazuje nadto, że sformułowanie „dowolnego rozszerzenia funkcjonalności” oznacza, iż Zamawiający może oczekiwać zaimplementowania w oparciu o LCDP każdego rozwiązania np. systemu sztucznej inteligencji, który na dzień dzisiejszy nie jest przedmiotem zapytania.

Mając na uwadze zakładaną intencję Zamawiającego, którą jest możliwość samodzielnego rozwoju systemu, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści postanowienia i nadanie mu następującej treści:

„9.12. LCDP musi umożliwiać stworzenie rozszerzenia funkcjonalności lub integracji z systemami zewnętrznymi, w zakresie przewidzianym w SWZ, w oparciu o prace programistyczne Zamawiającego bez konieczności wyłącznej współpracy z Wykonawcą. Zamawiający nie oczekuje dostarczenia licencji na tę funkcjonalność.”

4) Postanowienie w pkt 9.17 OPZ, o treści:

„9.17. LCDP musi posiadać własny silnik procesowy (tzn. nie może wykorzystywać silnika innych rozwiązań, np. Microsoft .NET Workflow., Microsoft Flow, Microsoft Power Automate, Microsoft SharePoint).”

Odwołujący wskazuje, że trudno o bardziej wyrazisty przykład nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. Odwołujący, jako profesjonalny podmiot od lat tworzący oprogramowanie i wdrażający je u swoich klientów, nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia dla takiego technologicznego ograniczenia. Z jakiej obiektywnej przyczyny oferowany system musi posiadać własny silnik procesowy, skoro wielu producentów oprogramowania korzysta z zewnętrznych rozwiązań. Zamawiający nie wskazał żadnego uzasadnienia dla tak postawionego warunku, co pozwala twierdzić, że ma to na celu ograniczeniu konkurencji, w sposób nieuczciwy.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu usunięcia przedmiotowego postanowienia.

5) Postanowienie w pkt 9.18 OPZ, o treści:

„9.18. LCDP musi umożliwiać uruchomienie w oparciu o platformę Microsoft SharePoint lub uruchomienie w usłudze M365, także w scenariuszu instalacji hybrydowej Microsoft SharePoint oraz całkowicie niezależnie od Microsoft SharePoint.”

Odwołujący wskazuje, że trudno o bardziej wyrazisty przykład nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. Odwołujący, jako profesjonalny podmiot od lat tworzący oprogramowanie i wdrażający je u swoich klientów, nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia dla takiego technologicznego ograniczenia. Zamawiający nie wskazał

żadnego uzasadnienia dla tak postawionego warunku, co pozwala twierdzić, że ma to na celu ograniczeniu konkurencji, w sposób nieuczciwy.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu usunięcia przedmiotowego postanowienia.

6) Postanowienie w pkt 9.79 OPZ, o treści:

„9.79. Obsługa LCDP dla Użytkowników Końcowych (niepełniących funkcji administracyjnych) musi odbywać się z poziomu przeglądarki internetowej. Poza tym LCDP musi udostępniać następujące interfejsy Użytkownika Końcowego do danych biznesowych: przeglądarka internetowa wersja na urządzenie mobilne, aplikacja mobilna, prezentacja i edycja danych w aplikacji Microsoft Teams oraz umożliwiać dostęp do formularzy i załączników w aplikacji Microsoft Outlook.”

Zamawiający nie wskazał żadnego uzasadnienia dla tak postawionego warunku, co pozwala twierdzić, że ma to na celu ograniczeniu konkurencji, w sposób nieuczciwy.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści postanowienia i nadanie mu następującej treści:

„9.79. Obsługa LCDP dla Użytkowników Końcowych (niepełniących funkcji administracyjnych) musi odbywać się z poziomu przeglądarki internetowej. Poza tym LCDP musi udostępniać następujące interfejsy Użytkownika Końcowego do danych biznesowych: przeglądarka internetowa wersja na urządzenie mobilne”.

Na koniec Odwołujący wskazuje, że formułując zarzuty w każdym przypadku odnosił się do normy wynikającej z przepisu art. 99 ust. 4 Pzp (art. 29 ust. 2 poprzednio obowiązującej ustawy o zamówieniach publicznych). Dlatego w tym zakresie pragnie dodatkowo podkreślić, że użyty w treści tego przepisu zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie Zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Na powyższe wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Oprócz powołanego powyżej wyroku KIO 694/13 wskazać można w tym zakresie choćby na wyrok KIO z 30 grudnia 2010r., sygn. akt 2729/10, zgodnie z którym: „treść art. 29 ust. 2 ustawy Pzp [odpowiednik art. 99 ust. 4 Pzp] ustawy stanowi, iż do naruszenia normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie dochodzi już przypadku utrudnienia konkurencji, nie zaś jedynie wówczas jeżeli skutek dokonania opisu przedmiotu zamówienia dochodzi do jej całkowitego wyeliminowania. Utrudnianie konkurencji nie polega wszakże na całkowitej eliminacji wszystkich producentów, dostawców lub dystrybutorów poza jednym, jak również wszystkich urządzeń, technologii lub rozwiązań poza jednym. Literalna wykładnia normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie wskazuje, iż nieuzasadnione utrudnianie konkurencji (wobec określonego i równouprawnionego do

udziału w rynku wykonawcy lub oferowanego produktu) prowadzi do wypełnienia hipotezy normy prawnej wyrażonej w art. 29 ust. 2 ustawy".

W związku z powyższym wnioskuję jak w petitum.

W imieniu Odwołującego:

.....

W załączeniu:

1. Załącznik nr 1 - Odpis z rejestru przedsiębiorców KRS Odwołującego;
2. Załącznik nr 2 – Pełnomocnictwo;
3. Załącznik nr 3 – Potwierdzenia wniesienia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
4. Załącznik nr 4 - Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
5. Załącznik nr 5 - Dowód doręczenia odwołania Zamawiającemu.