

Braniewo, dnia 13 lipca 2017 r.

***Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę i instalację infrastruktury sprzętowej oraz dostawę oprogramowania - systemu administrowania i zarządzania pracą w Wodociągach Miejskich w Braniewie wraz z udzieleniem licencji, szkoleniem pracowników, przeniesieniem danych i wdrożeniem tego oprogramowania.*

Numer sprawy - ZP 01/2017

ODPOWIEDZI NA PYTANIA Z DNIA 09.07.2017 R.

Zamawiający informuje, że w toku ww. postępowania przetargowego zostały złożone pytania do treści SIWZ. W związku z tym, Zamawiający, w oparciu o treści art. 38 ustawy prawo zamówień publicznych, podaje do wiadomości treść pytań, udziela na nie odpowiedzi, oraz modyfikuje treść SIWZ jednocześnie zmieniając treść ogłoszeń w wymaganym zakresie.

Pytanie numer 1.

Proszę o jednoznaczne wyjaśnienie co jest głównym przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego? Zgodnie z treścią ogłoszenia jest nim dostawa, natomiast opis przedmiotu zamówienia odpowiednio do art. 30 ust. 7 Pzp zawiera kody CPV zarówno dostaw jak i usług. Zgodnie z art. 5c ust. 1 Pzp do udzielenia zamówienia, na przedmiot którego składają się co najmniej dwa rodzaje zamówień, Zamawiający winien stosować przepisy dotyczące tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego **głównemu przedmiotowi**.

Pragniemy zauważyć, że obowiązująca od dnia 28 sierpnia 2016 r. ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, wprowadziła w art. 2 pkt 2 Pzp nowe brzmienie definicji dostawy. W konsekwencji usunięcie z tej definicji praw, a za takie było dotychczas uznawane udzielenie licencji m.in. na oprogramowanie, jest obecnie uznawane za usługę, o której mowa w art. 2 pkt 10 Pzp. Jednocześnie uchylony został art. 5 ust. 2 Pzp i wprowadzony art. 5c regulujący kwestie zamówień mieszanych. W naszej ocenie, w aktualnym stanie prawnym, w przedmiotowym postępowaniu per analogiam zastosowanie mają przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące umowy a dzieło. Jeżeli jednak Zamawiający podtrzymuje stanowisko o stosowaniu przepisów dotyczących dostaw, to w naszej ocenie, określone przez Zamawiającego warunki udziału, a także niektóre postanowienia SIWZ, odnoszące się do usług mogą prowadzić co najmniej do naruszenia art. 5b ust. 1, art. 5c ust. 1 oraz zasad podstawowych zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 3. Pzp, a w konsekwencji również art. 7 ust. 3 Pzp.

Odpowiedź Zamawiającego.

W ocenie Zamawiającego nowelizacja ustawy prawo zamówień publicznych (dalej pzp) nie ma znaczenia dla określenia przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu.

Głównym przedmiotem świadczenia jest bowiem dostawa infrastruktury sprzętowej oraz dostawa systemu informatycznego (w tym bazy danych). Zamawiający zwraca uwagę, że zgodnie z treścią znowelizowanego (obecnie obowiązującego) art. 2 pkt. 2 poprzez dostawę należy rozumieć nabywanie rzeczy oraz innych dóbr. W ocenie Zamawiającego nabycie praw do korzystania systemu informatycznego mieści się w zakresie pojęcia „innych dóbr”, o których mowa w tym przepisie, zwłaszcza, że system informatyczny będzie wykorzystywany na sprzęcie Zamawiającego. Ponadto zgodnie z SIWZ licencja na wykorzystywanie oprogramowania ma być nieograniczona w czasie. Trudno więc przyjmować, że dostawa oprogramowania na takich warunkach jest świadczeniem usługi.

Dlatego Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko, że głównym przedmiotem zamówienia jest dostawa.

Pytanie nr 2.

Mając na uwadze art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 Pzp, a także art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 70¹ § 4 Kodeksu cywilnego proszę o wyjaśnienie, w jakim zakresie Zamawiający dopuszcza oferowanie rozwiązań równoważnych oraz jakie parametry będą oceniane w celu oceny równoważności. W naszej ocenie, postanowienie rozdziału 3 pkt 4 SIWZ oraz drugiego akapitu w pkt 1. Załącznika nr 5 do SIWZ, będące blankietowym pouczeniem zaczerpniętym z art. 30 ust. 5 Pzp, nie są wystarczające dla uznania, że Zamawiający wypełnił ustawowe obowiązki w tym zakresie. Należy zauważyć, że podjęta w Ad. 4 pkt 1 Załącznika nr 5 do SIWZ próba opisanie dopuszczalnej równoważności, nie spełnia wymagań ustawowych, na które wskazuje np. opinia prawna Urzędu Zamówień Publicznych (UZP) Formułowanie wymagań zamawiającego dla parametrów technicznych sprzętu komputerowego. Przykładowo Zamawiający podał procesor min. czterordzeniowy Xeon min. Intel Xeon E3-1230v5 (3.4GHz, 8A4 cache, 4C/87, turbo (80W) natomiast UZP wskazuje, że Podczas przygotowania opisu parametrów technicznych sprzętu komputerowego nie jest, co do zasady, możliwe: odniesienie tylko do konkretnego producenta lub konkretnych producentów, odniesienie do mikroprocesorów konkretnej marki, wskazanie określonej lub minimalnej częstotliwości zegara. Zamawiający zaniechał wskazania liczby punktów w wybranym teście z podaniem nazwy testu, no co wskazuje UZP w swojej opinii jako działanie odpowiadające Pzp. W judykaturze powszechnie uznaje się, iż nie jest wystarczające wskazanie danego rozwiązania konkretnego producenta z określeniem "lub równoważnie", lecz na obowiązek **dokładnego określenia kryteriów równoważności**, dzięki którym zarówno wykonawca podczas sporządzania oferty jak i zamawiający podczas jej badania, na zasadzie zerojedynkowej będą mogli ocenić, czy dane rozwiązanie spełnia istotne parametry wymagane przez zamawiającego i w konsekwencji stwierdzić równoważność. Jak zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza np. w wyroku z dnia 12 maja br.³ [...] *jeżeli zamawiający wprawdzie dopuszcza urządzenia równoważne, niemniej takie, które jest całkowicie zgodne pod względem wszystkich parametrów i funkcjonalności z urządzeniem określonego producenta lub określonego modelu, to mamy do czynienia jedynie z równoważnością iluzoryczną pozorną - takie zaś rozwiązanie jest na gruncie przepisów pzp niedopuszczalne*. Bowiem, jak również zauważyła Izba np, w wyroku z dnia 16 lutego 2016 r.⁴ [...] *w orzecznictwie izby przyjęło się stanowisko, że w takim przypadku obowiązkiem zamawiającego jest opisanie, w jaki sposób będzie oceniał taką równoważność, gdyż wiadome jest, że produkt równoważny nie będzie identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale ma posiadać pewne zbliżone do niego cechy i parametry, które winien wskazać zamawiający*.

Odpowiedź Zamawiającego.

Zamawiający wyjaśnia, że nie pod pojęciem rozwiązań równoważnych nie rozumie rozwiązań identycznych do tych, które opisane są w treści SIWZ. Rozwiązanie równoważne to rozwiązanie posiadające zbliżone cechy i parametry do rozwiązań opisanych w SIWZ. Zamawiający dopuszcza stosowanie rozwiązań równoważnych w pełnym zakresie objętym zamówieniem, tj. w zarówno w części dotyczącej dostawy infrastruktury sprzętowej jak i w części dotyczącej dostawy oprogramowania. Oceniając, czy proponowane przez wykonawcę jest rozwiązaniem równoważnym Zamawiający będzie brał pod uwagę następujące kryteria: funkcjonalność, tj. zdolność do wykonywania funkcji opisanych w załączniku nr 5 do SIWZ, szybkość i stabilność działania oraz możliwość rozwoju systemu.

Pytanie nr 3.

W związku z postanowieniem pkt 6 prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający bezwzględnie wymaga osobistego wykonania przez wykonawcę usługi wdrożenia (CPV 2263000-6) bez możliwości korzystania z podwykonawstwa. W przypadku potwierdzenia powyższego zastrzeżenia, w naszej ocenie, konieczna jest modyfikacja co najmniej SIWZ w zakresie związanym z postanowieniem Rozdziału 5 pkt 5 SIWZ, gdyż nie jest możliwy transfer wiedzy i doświadczenia innego podmiotu bez jego uczestnictwa w realizacji zamówienia w zakresie usługi wdrożenia. Jednocześnie należy zauważyć, że art. 22a ust. 4 Pzp wprowadzony ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw jednoznacznie wskazuje na transfer m.in. wiedzy i doświadczenia wyłącznie w drodze podwykonawstwa, tj. poprzez osobisty udział podmiotu udostępniającego ten zasób. Przy czym przepis ten dotyczy wyłącznie robót budowlanych lub usług, a nie ma zastosowania w przypadku dostaw, które Zamawiający wskazał w ogłoszeniu. Tym samym, w naszej ocenie, powyższe postanowienia SIWZ wykraczają poza ramy dopuszczone w Pzp.

Odpowiedź Zamawiającego.

Zamawiający potwierdza, że oczekuje osobistego wykonania przez wykonawcę prac związanych z instalacją oraz wdrożeniem przedmiotu dostawy.

Pytanie nr 4.

Prosimy o wyjaśnienie, czy zastrzeżenie dotyczące powtarzalności osób z warte w uwadze w pkt 1 lit. b. b), dotyczy wyłącznie konsultantów ds. wdrożenia (tiret drugie — piąte).

Odpowiedź Zamawiającego.

Treść pkt. 1 lit. b. b) Rozdziału 5 jest również przedmiotem dalszych pytań i uwag wykonawcy, wobec tego Zamawiający w tym zakresie odsyła do zawartej w niniejszym piśmie odpowiedzi na pytanie nr 6.

Pytanie nr 5.

Prosimy o wyjaśnienie, tj. o jednoznaczne i wyczerpujące określenie, co Zamawiający rozumie pod pojęciem podobnego systemu, które zostało zawarte w pkt 1 lit. b. a). Jeżeli pod tym pojęciem Zamawiający rozumie system w zakresie obejmujący pełen pakiet opisany w Załączniku Nr 5 do SIWZ z wyłączeniem aplikacji webowych, to w naszej ocenie taki warunek (wiedzy i doświadczenia) nie spełnia kryterium proporcjonalności. Potwierdza to ugruntowane

orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok z dnia 24 czerwca 2016 r. - W orzecznictwie Izby podkreśla się, że nie można mówić, by warunek był proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, gdy w istocie jest to warunek wprost powielający przedmiot zamówienia. Nie chodzi bowiem o to, by wykonawca musiał się legitymować wykonaniem takiej samej inwestycji, jak ta objęta przedmiotem zamówienia - takie podejście ogranicza bowiem w sposób niezasadny konkurencję, gdyż wykonawcy posiadający zbliżone doświadczenie, posiadający możliwość należytego wykonania całości zamówienia, byliby eliminowani z postępowania tylko dlatego, że nie mają w swoim portfolio inwestycji tożsamej czy analogicznej do inwestycji objętej danym zamówieniem. W wyroku z dnia 21 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1435/15, Izba wskazała m.in., że "Opis warunku nie musi być identyczny z przedmiotem zamówienia, gdyż ma jedynie wykazywać z nim związek, a ponadto powinien być proporcjonalny, co oznacza, że nie może być nadmierny, czyli wykluczać wykonawcę zdolnego do wykonania zamówienia". W wyroku z dnia 30 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2075/14, Izba wyraziła ocenę, iż: Przepis art. 22 ust. 4 p.z.p. Brzmi „Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 (m.in. posiadania wiedzy i doświadczenia), powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ustawodawca dozwala do żądania wykazania wykonania nie takiego samego przedmiotu, ale jedynie wykazania wykonania przedmiotu związanego z przedmiotem zamówienia". W wyroku z dnia 14 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2273/14, Izba wskazała, że: "Niewłaściwym jest wymaganie doświadczenia w realizacji zamówienia tożsamego z tym, które opisane zostało w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ. Jak to stanowi art. 22 ust. 5 p.z.p. warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia służyć mają weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, nie stanowią jednak elementu opisu przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia i jego opis może stanowić dla nich punkt odniesienia w celu zbadania, czy nie zostały przez zamawiającego określone w sposób nadmiernie rygorystyczny - zbadania, czy są, jak to stanowi art. 22 ust. 4 p.z.p., do niego proporcjonalne". W tożsamym kierunku Izba, wypowiedziała się w uchwale z dnia 3 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO/KD 30/15, gdzie wyrażono stanowisko, iż: „Zgodnie z art 22 ust. 4 p.z.p. opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność należy rozumieć przy tym, jako zakaz ustanowienia wymogów nadmiernie wygórowanych, eliminujących w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Dlatego też sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb zamawiającego, z drugiej zaś umożliwienia dostępu do tego zamówienia szerokiej grupie wykonawców. Postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być miernikiem tego, czy dany wykonawca wykona w sposób prawidłowy przedmiotowe zamówienie. Nie oznacza to przy tym, że zamówienie, którym ma się legitymować, ma być tożsame z przedmiotem zamówienia. Zamówienie to ma potwierdzać zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, a więc obejmować takie elementy, które są istotne dla ustalenia czy wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie". W ocenie składu orzekającego Izby, po to ustawodawca wprowadził wymóg proporcjonalności, by zamawiający w sposób wyważony stawiali granicę w zakresie wiedzy i doświadczenia niezbędnej do wykonania zamówienia, a nie po to, by dopuszczać tylko takiego wykonawcę, który wykonał wcześniej analogiczną, taką samą, inwestycję. Jest to szczególnie widoczne w tej sprawie, gdzie przedmiot zamówienia jest wysoce specjalistyczny i już z racji tego faktu ilość potencjalnych oferentów ulega znacznemu zawężeniu.

Mając na uwadze powyższe wnosimy o dopuszczenie możliwości wykazania się trzema dostawami (udokumentowanymi) polegającymi na dostawie i wdrożeniu podobnego systemu w przedsiębiorstwach komunalnych zajmujących się co najmniej świadczeniem usług w zakresie produkcji i dystrybucji wody, odprowadzania i unieszkodliwiania ścieków, w tym co najmniej jedną dostawę w jednym z ww. przedsiębiorstw na minimum 20 stanowisk, gdzie liczba faktur wystawianych rocznie przez to przedsiębiorstwo jest nie mniejsza niż 20 000 oraz w zakresie obejmujący pakiet opisany w Załączniku Nr 5 do SIWZ z wyłączeniem aplikacji webowych oraz modułów: zaopatrzenie, przetargi, waga z gospodarką odpadami, masowe powiadomienia do klientów.

Odpowiedź Zamawiającego.

Zamawiający zwraca uwagę, że w treści załącznika nr 5 do SIWZ został zawarty szczegółowy opis funkcjonalności poszczególnych modułów systemu. Zamawiający podkreśla, że pod pojęciem „podobnego systemu” nie uważa systemu, który został wdrożony przez wykonawcę i który posiadał dokładnie takie same parametry i funkcjonalność jak opisano to dla poszczególnych modułów w treści załącznika nr 5 do SIWZ. Niemniej jednak Zamawiający oczekuje od potencjalnych wykonawców doświadczenia we wdrażaniu systemów, które przynajmniej co do zasadniczych parametrów odpowiadają systemowi będącemu przedmiotem niniejszego postępowania. Dlatego Zamawiający oczekuje wykazania przez wykonawców wcześniejszego wdrożenia systemów zawierających moduły wymienione w SIWZ. To natomiast, czy konkretne rozwiązania i zakres funkcji w konkretnych modułach będących przedmiotem wcześniejszych dostaw są tożsame z wyrażonymi w załączniku do SIWZ oczekiwaniami Zamawiającego jest rzeczą drugorzędną. Zamawiający rozumie bowiem, że szczegółowe rozwiązania dotyczące funkcji i możliwości poszczególnych modułów mogły wynikać z konkretnych i indywidualnych oczekiwań odbiorcy dla którego aplikacje były tworzone. Mając na uwadze tak rozumiane podobieństwo Zamawiający podkreśla jeszcze, że zamawiany przez niego system ma służyć do kompleksowej obsługi jego przedsiębiorstwa. Wynika to zarówno z zasad racjonalnego zarządzania przedsiębiorstwem jak i z zawartej przez Zamawiającego umowy na dofinansowanie zakupu systemu będącego przedmiotem niniejszego zamówienia. Jednym z istotniejszych przedmiotów działalności Zamawiającego jest [m.in.](#) gospodarka odpadami. Zamawiający nie może więc zrezygnować z oczekiwania wykazania doświadczenia w zakresie wykonstwa oprogramowania zawierającego moduły: zaopatrzenie, przetargi, waga z gospodarką odpadami, masowe powiadomienia do klientów.

Analizując tę sprawę Zamawiający doszedł jednak do wniosku, że wymaganie wykazania 3 dostaw podobnego systemu może być uznane za nieproporcjonalne i ograniczające konkurencję. Dlatego Zamawiający postanowił zmienić ten warunek w ten sposób, że Zamawiający oczekuje obecnie wykazania przez wykonawcę dwóch dostaw. Dlatego treść Rozdziału 5 pkt. 1. 1) lit. b otrzymuje brzmienie:

*Zamawiający uzna warunek za spełniony jeśli wykonawca wykaże, że w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert - a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również należycie wykonuje **co najmniej dwie dostawy** (udokumentowane) polegające na dostawie i wdrożeniu podobnego systemu w przedsiębiorstwach zajmujących się świadczeniem usług w zakresie*

produkcji i dystrybucji wody, odprowadzania i unieszkodliwiania ścieków oraz gospodarki odpadami, w tym co najmniej jedną dostawę w jednym z ww. przedsiębiorstw na minimum 20 stanowisk, gdzie liczba faktur wystawianych rocznie przez to przedsiębiorstwo jest nie mniejsza niż 20 000 oraz w zakresie obejmujący pełen pakiet opisany w Załączniku Nr 5 do SIWZ z wyłączeniem aplikacji webowych.

Pytanie nr 6.

Prosimy o wyjaśnienie, czym kierował się Zamawiający określając w pkt 1 lit. b. b) wymaganie dysponowania osobami zdolnymi do wdrożenia oprogramowania w przedsiębiorstwie zamawiającego? Pragniemy zauważyć, że zgodnie z art 22 ust. 1a Pzp, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako **minimalne poziomy zdolności**.

W naszej ocenie, wymaganie to nie jest proporcjonalne z następujących powodów:

- a) Zamawiający w trybie art. 26 ust. 2 Pzp wezwie do złożenia wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego. Jednak Załącznik nr 6 do SIWZ, poza postanowieniem pkt IV. 3, nie zawiera uregulowań dotyczących tych osób. Skoro zatem w nomen omen istotnych postanowieniach umowy zamawiający nie uregulował kwestii związanych z personelem wykonawcy, w szczególności zastępowalności tych osób czy sankcji za brak tych osób podczas realizacji zamówienia, za uprawdopodobnione może być uznane twierdzenie, że nie są to dla zamawiającego kwestie istotne. W konsekwencji można stwierdzić, że zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagań dysponowania osobami oraz skierowania ich do realizacji przedmiotowego zamówienia jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i z nim niezwiązany.
- b) Wobec zastrzeżenia Rozdziału 3 pkt 6 SIWZ, osoby te winny by pracownikami wyłącznie wykonawcy, choć wobec braku wymogu, o którym mowa w art. 29 ust. 3a Pzp, również na podstawie umowy cywilnoprawnej. Wskazywanie podstawy dysponowania tymi osobami, wobec praktycznego wyłączenia w SIWZ uprawnienia wykonawcy zawartego w art. 22a Pzp, jest niezasadne.
- c) Wątpliwa jest zasadność wskazywania w wykazie osób zakresu wykonywanych przez nie czynności, skoro ani w ogłoszeniu ani w SIWZ Zamawiający nie zawarł wymagań sankcjonujących konieczność zawarcia w wykazie osób zakresu czynności. Należy również zauważyć, że Zamawiający nie przewidział doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia jako kryterium oceny ofert, o którym mowa w art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp, co potwierdza niespełnianie kryterium proporcjonalności przez kumulatywny opis warunku dotyczącego dysponowaniem osobami.

Dlatego wnosimy o dopuszczenie, aby przyjemniej wykonawca w celu spełniania warunku, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt 1 lit a. b) tiret siódme, mogli wykazać dysponowanie **konsultantem ds. baz danych — co najmniej 1 osobą z wykształceniem wyższym informatycznym, z minimum 5 letnim doświadczeniem w zakresie baz danych współpracujących z systemem wykonawcy.**

d) Wymóg dysponowania oraz skierowania do realizacji przedmiotowego zamówienia, obejmującego dostawę i wdrożenie istniejącego oprogramowania, dotyczy minimum 10-17 osób (z zastrzeżeniem pytania 3) i w naszej ocenie warunek ten nie tylko jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, ale również wyklucza możliwość ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne przez mikro oraz małe przedsiębiorstwa zdolne do należytego wykonania zamówienia. Mając na uwadze motyw 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, zawarte w ogłoszeniu i SIWZ wymaganie wykraczające poza zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia nie znajdują oparcia zarówno w prawie unijnym jak i krajowym. Tak duża liczba specjalistów, nie wydaje się być niezbędna dla należytego wykonania przedmiotowego zamówienia u Zamawiającego, preferuje średnie i duże przedsiębiorstwa, a ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia i ograniczony krąg potencjalnych na jeden podmiot zatrudniający ponad 200 specjalistów IT.

Powyższe opieramy na judykaturze, w tym:

wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Kielcach⁶ z dnia 3 marca 2015 r. - Zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, musi mieć na względzie konkurencyjne i przeciwstawne interesy, tj. zasadę zakazu dyskryminacji nakazującą poszanowanie uczciwej konkurencji w interesie i w stosunku do wykonawców oraz przesłankę prowadzącą do dopuszczenia do udziału w postępowaniu tylko takich wykonawców, których posiadana wiedza i doświadczenie zapewniają należyte wykonanie zamówienia. W celu realizacji przesłanek określonych w art. 7 ustawy Pzp. ustalenie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu powinno wynikać bezpośrednio z przewidzianego do wykonania konkretnego przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może żądać od potencjalnych wykonawców większej wiedzy i doświadczenia niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Przepisy ustawy Pzp. Nakazują ustalenie warunków ubiegania się o zamówienie tak, by były one proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, co należy rozumieć w ten sposób, że nie mogą one być nadmierne, zbyt wygórowane w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.). Test proporcjonalności polega na wykazaniu, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. W doktrynie, w oparciu o orzecznictwo Trybunału (wyrok z dnia 4 grudnia 2003 r. sprawie C-448/01) podnosi się, że postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może faworyzować duże przedsiębiorstwa a dyskryminowanie małych dostawców, którzy mogliby z powodzeniem wykonać zamówienie. Takie ograniczenie kręgu wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu może skutkować udaremnieniem realizacji celów dyrektyw wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych, jakim jest otwarcie rynku zamówień na konkurencję (tak Józef Edmund Nowicki - Komentarz do art. 22 ustawy P.z.p. dostępny w programie LEX). (...) Ustawa o zamówieniach publicznych (art. 22 ust. 1 pkt. 2) nie definiuje, jak należy rozumieć pojęcie "wiedza i doświadczenie stanowiące warunek, jaki winni spełnić wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne. Istotą posiadania wiedzy i doświadczenia jest posiadanie odpowiednich kwalifikacji, wykazanie się wykonywaniem określonych czynności, a odpowiednim sposobem nabycia doświadczenia będzie uprzednie wykonywanie prac odpowiadających przedmiotowi zamówienia. Zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jeżeli warunki udziału w postępowaniu zostaną określone w sposób zbyt rygorystyczny, może to ograniczyć krąg wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie / doprowadzić do ograniczenia uczciwej konkurencji. Obowiązek poszanowania zasad równego traktowania stanowi samą istotę dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, które służą w

szczegółności popieraniu rozwoju rzeczywistej konkurencji w dziedzinach, które należą do odpowiednich ich zakresów zastosowania i które prze widują kryteria udzielenia zamówienia służące zagwarantowaniu takiej konkurencji (tak Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99). W wyroku tym Trybunał podkreślił, odwołując się do stanowiska Trybunału zawartego w wyroku z dnia 26 września 2000 r. w sprawie C-225/98, że kryteria udzielenia zamówienia publicznego „powinny być zgodne ze wszelkimi zasadami ogólnymi prawa wspólnotowego, a w szczególności zasadą niedyskryminacji, wynikającej z postanowień traktatu w dziedzinie prawa działalności gospodarczej i swobody świadczenia usług”.

uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2014 r.⁷ potwierdzającej ujawnione przez kontrolę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych naruszenia przepisów Pzp - w wyroku z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl / Consorzio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że przy określaniu którzy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a ewentualne ograniczania konkurencji winny być jak najmniejsze i stosowane jedynie w zakresie, niezbędnym dla osiągnięcia celów danego zamówienia. W innych z wyrokach tj. z dnia 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA przeciwko Instituto Nacionai de Gestion Sanitaria (C-234/03), i w wyroku z dnia 16 września 1999 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii (C-414/97) Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, iż naruszeniem Traktatu jest żądanie wymogu doświadczenia, który nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, a nadto zabronione jest postawienie wymagań w stopniu nieadekwatnym i koniecznym do osiągnięcia wybranego celu.

wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 października 2015 r. - Wprowadzenie warunków tożsamyh lub istotne zbliżonych do warunków realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania w sposób znaczący narusza ten przepis [art. 22 ust. 4 i 5 ustawy - przypis redakcyjny] i stanowi o ograniczeniu konkurencyjności zamówień publicznych.

Odwołujący wskazuje na wyrok TSUE z 4 grudnia 2003 r. (sygn. akt. C-488/01), wyrok KIO z 4 sierpnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 749/08), wyrok KIO z 13 października 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 2106/10; wyrok KIO z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt. KIO/UZP 350/08. Wychodząc natomiast od językowego rozumienia słowa „proporcjonalny”, należy stwierdzić, iż przymiotnik ten oznacza „mający określony stosunek części do całości, wyrażający określony stosunek do jakiejś wielkości”(Słownik języka polskiego pod redakcją Witolda Doroszewskiego, wersja elektroniczna, Wydawnictwo Naukowe PWN 1997). Natomiast w przypadku określania sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oczywistym jest, iż przy ustalaniu właściwej proporcji do przedmiotu zamówienia na podstawie przepisu art. 22 ust. 4 ustawy należy kierować się koniecznością zachowania podstawowych zasad jego prowadzenia wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy jako zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odpowiedź Zamawiającego.

Zamawiający zwraca uwagę, że etap instalacji i wdrożenia systemu jest etapem, który wymaga sprawnego i profesjonalnego działania. Zamawiający przypomina, że nabywany system będzie służył do zarządzania całym przedsiębiorstwem Zamawiającego. Zamawiający jest natomiast przedsiębiorstwem użyteczności publicznej i wobec tego ewentualne trwale zakłócenie jego działalności spowodowane wdrażaniem systemu mogłoby wywołać skutki szkodliwe, o rozmiarach trudnych do przewidzenia. Ponadto, z uwagi na przedmiot swojej

działalności, Zamawiający administruje danymi osobowymi kilku tysięcy osób. Właśnie dlatego Zamawiający oczekuje, zgodnie z treścią art. 36a, p.z.p. osobistego wykonania przez wykonawcę etapu instalacji i wdrożenia systemu i również dlatego Zamawiający określił rygorystyczne wymagania dot. personelu wykonawcy, który miałby zainstalować i wdrożyć system. Zamawiający zdaje sobie sprawę, iż granica pomiędzy uzasadnionymi oczekiwaniami zamawiającego a wymaganiami, które uzasadnione już nie są i de facto prowadzą do ograniczenia konkurencji, jest płynna i trudna do uchwycenia. Dlatego, nie wycofując się z oczekiwania sprawnego zainstalowania i wdrożenia systemu bez udziału podwykonawcy, Zamawiający zdecydował się ograniczyć oczekiwania co do ilości i doświadczenia zawodowego personelu wykonawcy. Dlatego treść Rozdziału 5 pkt. 1. 1) b.b) otrzymuje brzmienie:

b) dysponuje osobami zdolnymi do wdrożenia oprogramowania w przedsiębiorstwie zamawiającego, tj.

- **kierownik projektu** – co najmniej 1 osoba z wykształceniem wyższym, z minimum 5 letnim doświadczeniem w kierowaniu pracami wdrożeniowymi i wdrażaniu systemu wykonawcy (co najmniej 2 wdrożenia) oraz posiadająca certyfikat Prince2 Foundation,*
- **konsultant ds. wdrożenia** – co najmniej 1 osoba z minimum 2 letnim doświadczeniem we wdrażaniu systemu wykonawcy.*

***Uwaga** - osoby wskazane na ww. stanowiskach nie mogą się powtórzyć.*

Pytanie nr 7

Jednocześnie, wobec zastrzeżenia Rozdziału 5 pkt 8 ppkt 3 lit b. SIWZ, pragniemy zauważyć, że zakaz sumowania polis nie znajduje potwierdzenia w judykaturze. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi w wyroku z dnia 9 lipca 2015 r.⁹ stwierdził, Określenie wymogu posiadania przez co najmniej jednego członka konsorcjum polisy ubezpieczeniowej na kwotę określoną w SIWZ oraz zakaz sumowania polis wyklucza od udziału w postępowaniu te konsorcja, którego członkowie posiadają co prawda ubezpieczenie na kwotę niższą od wymaganej, ale wspólnie suma polis przekracza kwotę wymaganą przez stronę skarżącą. Pogląd, że zakaz sumowania polis i wymóg posiadania pełnego ubezpieczenia przez jednego członka konsorcjum stanowi ograniczenie konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców wyraził Wojewódzki Sąd Administracyjny w Olsztynie w wyroku z 25 kwietnia 2013 r. w spr. I SA/01 154/13. Podobny pogląd wyraziła również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 2 września 2009 r, w spr. KIO/UZP 1085/09. Sąd w obecnym składzie podzielił pogląd wyrażony w wymienionych orzeczeniach i uznał, że sumowanie potencjału członków konsorcjum obejmuje także polisy ubezpieczeniowe. Polisy te można zatem sumować tak jak dopuszczalne jest sumowanie zdolności kredytowej czy posiadane środki poszczególnych członków konsorcjum. Instytucja Zarządzająca trafnie uznała, że miało miejsce naruszenie art. 7 ust.1 w związku z art.23 ust.1 p.z.p, gdyż doszło do ograniczenia konkurencji oraz naruszono zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ponadto zauważamy że § 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dopuszcza każdy dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z

przedmiotem zamówienia na określoną sumę gwarancyjną. Polisa ubezpieczeniowa wskazana w Rozdziale 6 pkt 5 ppkt 1 lit. b) SIWZ jest jednym z dokumentów, a dokonane przez Zamawiającego ograniczenie nie znajduje uzasadnienia w Pzp i ww. rozporządzenia.

Odpowiedź Zamawiającego.

Zamawiający zgadza się z uwagą wykonawcy dot. zakazu łączenia polis. Dlatego Zamawiający wykreśla z rozdziału 5 SIWZ pkt. 8. 3) lit. b. Trafna jest również uwaga wykonawcy dot. Rozdziale 6 pkt 5 ppkt 1 lit. b). Dlatego Zamawiający zmienia treść Rozdziału 6 pkt. 5. 1. lit. b) nadając tej jednostce redakcyjnej następujące brzmienie:

dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego w Rozdziale 5 pkt. 1.

1) a. b).

Pytanie nr 8

W związku z sankcją przewidzianą w Rozdziale 5 pkt 6 ppkt 3) lit. b-d SIWZ proszę o podanie imion i nazwisk, a także innych danych identyfikujących te osoby.

Odpowiedź Zamawiającego.

Zamawiający informuje, że osobami uprawnionymi do reprezentowania Zamawiającego są: Bartłomiej Adam Fita (prezes zarządu), Leszek Filipiak (członek zarządu) , Jerzy Witkowski, (prokurent) oraz Karol Julian Marzec (prokurent). Członkami komisji przetargowej są: Karol Julian Marzec, Leszek Filipiak, Jarosław Bakan, Jerzy Witkowski, Roman Bendryn, Kinga Brzozowska, Urszula Jankowska oraz Stanisław Misiuk. Ponadto zamawiający wyjaśnia, że nikt nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2a p.z.p.

Pytanie nr 9

Proszę o wyjaśnienie czy oświadczenia wykonawcy o przynależności albo braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, mają złożyć wszyscy wykonawcy czy, jak wynika z Rozdziału 6 pkt 5 SIWZ, wyłącznie wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona?

Odpowiedź Zamawiającego.

Oświadczenia, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, mają złożyć wszyscy wykonawcy. Umieszczenie tego zapisu w Rozdziale 6 SIWZ jest niefortunne i wywołuje wątpliwości. Dlatego Zamawiający wykreśla z Rozdziału 6 pkt. 5. 3) lit. f oraz pkt. 6 i wprowadza do Rozdziału 5 pkt. 8 o brzmieniu:

Wykonawca w terminie 3 dni od dnia zamieszczenia na stronie internetowej informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 ustawy Pzp, przekaże zamawiającemu oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. Wraz ze złożeniem oświadczenia, wykonawca może przedstawić dowody, że

powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Pytanie nr 10.

Proszę o wskazanie podstawy prawnej wykluczenia, o którym mowa w Rozdziale 8 pkt 6 zdanie trzecie SIWZ. Czy niedostarczenie kopii przelewu Zamawiający określa jako obowiązek Wykonawcy czy jako zalecenie?

Odpowiedź Zamawiającego.

Zamawiający zmienia treść SWIZ w ten sposób, że wykreśla z Rozdziału 8 pkt. 6 słowa „Wykonawca, który nie złoży wadium w wymaganej wysokości lub z przekroczeniem terminu oznaczonego w specyfikacji, albo bez zachowania formy określonej w pkt 4, zostanie wykluczony z postępowania, a jego oferta zostanie uznana za odrzuconą”. Jednocześnie Zamawiający przypomina jednak, że zgodnie z treścią 89 ust. 1 pkt. 7b p.z.p. Zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy, jeżeli wadium nie zostanie wniesione lub zostanie wniesione w sposób nieprawidłowy.

Pytanie nr 11

Czy przez zastrzeżenie zawarte w pkt 3 należy również rozumieć, że Zamawiający nie przewiduje zwrotu kosztów w okolicznościach, o których mowa w art. 93 ust. 4 Pzp?

Odpowiedź Zamawiającego.

Zamawiający przewiduje zwrot kosztów przygotowania oferty w okolicznościach, o których mowa w pytaniu zamawiającego. W związku z tym, w celu uniknięcia wątpliwości Zamawiający zmienia treść Rozdziału 24 pkt. 3 SIWZ nadając tej jednostce redakcyjnej następujące brzmienie:

W przypadku unieważnienia postępowania zamawiający nie będzie ponosił kosztów związanych z przygotowaniem ofert przez wykonawców. Zastrzeżenie, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym nie dotyczy przypadku określonego w art. 93 ust. 4 ustawy prawo zamówień publicznych.

Pytanie nr 12

W naszej ocenie opis przedmiotu zamówienia nosi znamiona dyskryminacji co najmniej pośredniej. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia z dnia 6 maja 2010 r., że dyskryminacja wykonawców może wynikać z użycia przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń konkretnego producenta lub konkretnego produktu (dyskryminacja bezpośrednia) lub posługiwania się parametrami wskazującymi na konkretnego producenta lub konkretny produkt (dyskryminacja pośrednia). Jako formę dyskryminacji pośredniej przyjmuje się również ustalanie wymagań na tyle rygorystycznych, że nie jest to uzasadnione potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia do jednego wykonawcy lub ogranicza krąg wykonawców do podmiotów mogących zaoferować urządzenia tylko jednego producenta.

Czy system baz danych musi być oparty o **komercyjną** relacyjną bazę danych? Wymaganie serwera jednoprocessorowego koresponduje z sposobem licencjonowania bazy danych Oracle.

Licencje tej bazy danych dla serwera z jednym procesorem są tańsze od innych nie posiadających takich ograniczeń. Jednocześnie należy podkreślić, że baza danych Oracle to najdroższy na rynku produkt tego rodzaju i wg naszej wiedzy istnieją wiele rozwiązań równoważnych nie wymagających ponoszenia znacznych kosztów na zakup i utrzymanie bazy danych Oracle. Zamawiający wskazuje faktycznie bazę danych Oracle, mimo że, nie wymienia jej nazwy wprost w SIWZ.

Mając na uwadze powyższe oraz nasze doświadczenie z podobnych postępowań prowadzonych przez innych Zamawiających pragniemy zauważyć, że tak opisany przedmiot zamówienia prowadzi do dyskryminacji wykonawców, zdolnych do należytego wykonania zamówienia.

Odpowiedź Zamawiającego.

Tak, system baz danych musi być oparty o komercyjną relacyjną bazę danych. Zamawiający zdecydował się zmienić treść SIWZ poprzez rezygnację z wymogu dostarczenia serwera jednoprocessorowego. W związku z tym treść załącznika nr 5 Ad. 4 pkt. 1 od słów „Serwer bazy danych z systemem operacyjnym” do słów „w tym 3 zdalnych” otrzymuje brzmienie:

Serwer bazy danych z systemem operacyjnym

- Obudowa RACK 1U;
- Procesor przystosowany do pracy w serwerach, minimalna liczba rdzeni: 4, bazowa częstotliwość procesora na poziomie 3.4 GHz umożliwiającą swobodną pracę serwera bazodanowego przez wieloletni okres (wsparcie techniczne dostawcy, aktualizacje sterowników), Cache 8MB, obsługa pamięci DDR4 do 32 GB, litografia nie większa niż 14 nm
- Kontroler RAID sprzętowy z możliwością stworzenia RAID 0, 1, 10, 5, 50, 6 i 60 i 1GB nieulotnej pamięci podręcznej cache;
- Min. 4 dyski z możliwością wyciągnięcia w trakcie pracy (Hot Plug) 200GB SSD
- Zarządzanie serwerem zdalne – wejście do BIOSa serwera;
- Dodatkowy (redundantny) zasilacz 350W;
- Karta sieciowa 2x 1GbEthernet LAN;
- DVD-RW;
- Gwarancja producenta 36 m-cy na miejscu – naprawa serwera w wypadku awarii uniemożliwiającej pracę na następny dzień roboczy;
- Klawiatura i mysz USB 36 mcy gwarancji producenta;
- Monitor LCD 36 m-cy gwarancji producenta;
- System operacyjny Windows Server 2012R2 w wersji Standard dla 30 użytkowników, w tym 3 zdalnych.

Ponadto Zamawiający zmienia treść załącznika nr 5 Ad. 4 pkt. 1 od słów „Serwer e Bok” z systemem operacyjnym” do słów „Internetowego Biura Obsługi Klienta” otrzymuje brzmienie:

Serwer e-BOK

- Obudowa RACK 1U;
- Procesor przystosowany do pracy w serwerach, minimalna liczba rdzeni: 4, bazowa częstotliwość procesora na poziomie 3.4 GHz umożliwiającą swobodną pracę serwera bazodanowego przez

wieloletni okres (wsparcie techniczne dostawcy, aktualizacje sterowników), Cache 8MB, obsługa pamięci DDR4 do 32 GB, litografia nie większa 14 niż nm”

- Kontroler RAID sprzętowy z możliwością stworzenia RAID 0, 1, 10, 5, 50;
- Min. 2 dyski po 1TB SATA HotPlug;
- Pojedynczy zasilacz 250W;
- Karta sieciowa 2x 1GbEthernet LAN;
- Napęd DVD-RW;
- Gwarancja producenta 36 mcy na miejscu na następny dzień roboczy;
- Szyny do wysuwania serwera z szafy;
- KVM sprzętowy na USB dla 4 komputerów z okablowaniem dla dwóch kupowanych serwerów;
- System operacyjny Linux wraz z instalacją i konfiguracją;
- Baza danych do obsługi systemu Internetowego Biura Obsługi Klienta.

W ocenie Zamawiającego treść SIWZ nie wymusza stosowania bazy danych Oracle. System bazy danych musi być oparty na komercyjnym rozwiązaniu, gwarantującym niezawodność, dostępność, stabilność i długoletnie wsparcie przez jego producenta z możliwością aktualizacji do najnowszej wersji. Nie dopuszcza się rozwiązania opartego na bazie danych typu „open source”.

Pytanie nr 13

Czy Zamawiający wymaga oddzielnych modułów **Zaopatrzenie i Przetargi**?

Odpowiedź Zamawiającego.

Zamawiający nie wymaga oddzielnych modułów Zaopatrzenie i Przetargi. Zarówno nazwa jak i ilość modułów wymienionych w SIWZ ma znaczenie pomocnicze. Decydująca dla Zamawiającego jest funkcjonalność systemu. Jeżeli więc system dostarczony przez wykonawcę będzie zawierał wszystkie oczekiwane przez Zamawiającego funkcje, moduły mogą być połączone.

Pytanie nr 14

Czy Zamawiający żąda, żeby moduł Przetargi spełniał wymagania m.in. art. 15, 17- 18 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych? Czy Zamawiający wymaga również, żeby moduł Przetargi współpracował z systemem przygotowywanym przez Ministerstwo Cyfryzacji i Urząd Zamówień *Publicznych* w ramach projektu *eZamówienia - elektroniczne zamówienia publiczne*?

Odpowiedź Zamawiającego.

Zamawiający nie oczekuje spełniania wymagań, o których mowa w pytaniu wykonawcy. Zamawiający oczekuje, aby moduł przetargi spełniał wymagania opisane w załączniku nr 5 do SIWZ.