

Warszawa, dnia 17 maja 2024 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17A  
02-676 Warszawa

**Zamawiający: Innobaltica sp. z o.o.**

KRS: 0000311943, NIP: 9571003404, REGON: 220639884  
e-mail: zamowienia@innobaltica.pl

**Odwołujący:**

**AlfavoX sp. z o.o.** z siedzibą w Poznaniu (60-164), przy ul. Ziębickiej 35, KRS: 0000223533, REGON: 072931308, NIP: 5472015075  
reprezentowana przez:

**radcę prawnego Martę Owczarczyk,**

e-mail: m.owczarczyk@siw.pl, tel. 724 890 145

**radcę prawnego Daniela Konicza,**

e-mail: d.konicz@siw.pl, tel. 690 420 866

**radcę prawnego Michała Szczęsnego,**

e-mail: m.szczesny@siw.pl, tel. 605 368 728

działających w ramach kancelarii Sadkowski i Wspólnicy Spółka Komandytowa z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 4 lok. U-7A, 00-131 Warszawa

**Dotyczy:**

postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Aktualizacja i utrzymanie platformy obsługi pasażera dla systemu PZUM oraz świadczenie usługi osobowej dla platformy obsługi pasażera dla systemu PZUM* (znak sprawy ZP/07/2024), dalej jako: „Postępowanie<sup>1</sup>”.

**Nr ogłoszenia:** ogłoszenie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 maja 2024 r. pod numerem 269084-2024

**ODWOŁANIE**

**W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA**

I. Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie udzielonego pełnomocnictwa (pełnomocnictwo wraz z opłatą skarbową w załączeniu), stosownie do art. 513 pkt 1 oraz art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych,

<sup>1</sup><https://platformazakupowa.pl/transakcja/923338>

Dz. U z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm. (dalej jako: „Pzp”), **składam odwołanie na niezgodne z przepisami Pzp czynności Zamawiającego** w postaci:

- 1) sformułowania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia (nadmierny) oraz ograniczający konkurencję i powodujący nierówne traktowanie wykonawców, przez dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyłącznie wykonawców, którzy legitymują się doświadczeniem w świadczeniu usług utrzymania **konkretnego** systemu informatycznego (Contactis) przez nieuprawnione ograniczenie konkurencji w Postępowaniu i nieuzasadnione faworyzowanie jednego wykonawcy – PIRIOS S.A. (dalej „PIRIOS”) będącego twórcą i dostawcą systemu informatycznego Contactis,

**co narusza** art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 oraz art. 16 pkt 1 i 3 Pzp;

- 2) sformułowania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia (nadmierny) oraz ograniczający konkurencję i powodujący nierówne traktowanie wykonawców, przez dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyłącznie wykonawców, którzy legitymują się ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną 3 miliony złotych,

**co narusza** art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 3 oraz art. 16 pkt 1 i 3 Pzp;

- 3) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, przez nieprzewidzenie możliwości zaoferowania Zamawiającemu – w miejsce obecnie wykorzystywanego oprogramowania POP (Contactis) – świadczenia w postaci wymiany oprogramowania na równoważne wraz z zapewnieniem migracji danych do nowego systemu i usług aktualizacji i utrzymania całego nowego systemu w wymaganym przez Zamawiającego okresie czasu;

**co narusza** art. 99 ust. 4 *in principio* w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp;

- 4) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który nie jest wyczerpujący i nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty ze skutkiem w postaci ograniczenia konkurencji, nierównego traktowania wykonawców oraz braku przejrzystości w Postępowaniu w zakresie w jakim Zamawiający, w szczególności:

- a) nie wskazał na czym ma dokładnie polegać aktualizacja oprogramowania POP ujęta w Zadaniu 1,
- b) poszczególne opisy z załącznika nr jeden do OPZ (Tabele nr 1) wprost wskazują na ostateczne ustalenie zakresu zadań wykonawcy dopiero na etapie wykonawstwa tak np. pkt: DZ.9, DZ.10, DZ.11;
- c) w pkt DZ. 10 załącznika nr jeden do OPZ (Tabele nr 1) dopuszczona została możliwość bliżej nieokreślonych dodatkowych rozliczeń „wycena odrębna na

żądanie”, choć projekt umowy w § 5 ust. 3 wskazuje, że wynagrodzenie jest ryczałtowe i wyczerpuje wszelkie roszczenia wykonawcy,

- d) nie zawarł w opisie przedmiotu zamówienia wyliczenia pól eksploatacji w udzielonych Zamawiającemu licencjach na obecnie wykorzystywane oprogramowanie celem doprecyzowania, czy wykonawca inny niż twórca i dostawca obecnie wykorzystywanego oprogramowania (Pirios) będzie miał możliwość ingerencji w to obecnie wykorzystywane oprogramowanie co jest istotne z punktu widzenia kalkulacji ceny oferty;
- e) nie wskazał o ile i o jakie licencje może być rozbudowany system i jaki ma to wpływ na obowiązki wykonawcy związane z realizacją umowy;

tym samym OPZ nie pozwala na skalkulowanie oferty, przewidzenie rozmiaru prac objętych przedmiotem zamówienia, przewidzenie ryzyk związanych z realizacją zamówienie i może być zrozumiała tylko dla jednego wykonawcy tj. twórcy i dostawcy obecnie wykorzystywanego przez Zamawiającego oprogramowania (PIRIOS), co powoduje że faworyzuje konkretnego wykonawcę,

**co narusza** art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp.

W oparciu o powyższe zarzuty **wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:**

1. zmianę warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonego w pkt. VII.3 specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) przez nadanie mu następującego brzmienia:

*Warunek ten zostanie spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie:*

- a) *wykonał co najmniej jedną usługę wyrażającą się utrzymaniem systemu typu contact center wielokanałowego (co najmniej: głos, mail, sms, formularz www, chatbot),*
- b) *zrealizował co najmniej jedną usługę polegającą na outsourcingu osobowym dla co najmniej 3 osób,*

z jednoczesną odpowiednią zmianą treści ogłoszenia o zamówieniu.

2. zmianę warunku udziału w Postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej przez dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy legitymują się ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną 1 miliona złotych, z jednoczesną odpowiednią zmianą treści ogłoszenia o zamówieniu;
3. uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia („OPZ”) zawartego w załączniku nr 10 do SWZ o możliwość zaoferowania przez wykonawcę świadczenia w postaci wymiany dotychczas używanego oprogramowania na równoważne wraz z zapewnieniem migracji

- danych do nowego systemu i usług utrzymania całego systemu w wymaganym przez Zamawiającego okresie czasu;
4. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który jest wyczerpujący i uwzględnia wszystkich wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w szczególności przez :
- a) precyzyjne wskazanie na czym ma dokładnie polegać aktualizacja oprogramowania POP ujęta w Zadaniu 1,
  - b) doprecyzowanie poszczególnych opisów z załącznika nr jeden do OPZ (Tabele nr 1) tak aby wynikał z nich jednoznacznie pełen zakres zadań wykonawcy;
  - c) dookreślenie ewentualnych dodatkowych rozliczeń z wykonawcą wraz z ewentualną zmianą projekt umowy w § 5,
  - d) zawarł w opisie przedmiotu zamówienia wyliczenia pól eksploatacji w udzielonych Zamawiającemu licencjach na obecnie wykorzystywane oprogramowanie celem doprecyzowania, czy wykonawca inny niż twórca i dostawca obecnie wykorzystywanego oprogramowania (PIRIOS) będzie miał możliwość ingerencji w to obecnie wykorzystywane oprogramowanie i czy Zamawiający dysponuje kodem źródłowym do tego oprogramowania;
  - e) precyzyjnie wskazał o ile i o jakie licencje może być rozbudowany system i jaki ma to wpływ na obowiązki wykonawcy związane z realizacją umowy.

**Ponadto wnoszę o zasądzenie** od Zamawiającego, na rzecz Odwołującego **kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego** na podstawie rachunku, który zostanie złożony do akt postępowania odwoławczego.

**II.** Stosownie do art. 516 ust. 2 pkt 1 oraz art. 517 ust. 2 Pzp, przedstawiam w załączeniu dowód uiszczenia wpisu w wysokości 15.000,00 zł przed upływem terminu do wniesienia odwołania (załącznik nr 3). Jednocześnie załączam dowód przekazania odwołania Zamawiającemu (załącznik nr 4).

**III.** Oświadczam, że **odwołanie zostało wniesione w terminie**. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 7 maja br. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił na stronie internetowej dokumenty zamówienia (zob. przypis nr 1). W konsekwencji termin na wniesienie odwołania upływa – zgodnie z przepisem art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp – w dniu 17 maja 2024 r.

**IV.** Stosownie do art. 505 ust. 1 Pzp wskazuję, że **Odwołujący spełnia materialnoprawne przesłanki do wniesienia odwołania**. Odwołujący jest wykonawcą, który buduje, wdraża i utrzymuje systemy informatyczne typu contact center (analogiczne do systemu, który ma być u Zamawiającego utrzymywany w wyniku udzielenia przedmiotowego zamówienia) *ergo* ma doświadczenie niezbędne do realizacji zamówienia. Niemniej jednak, w wyniku naruszenia przez

Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów Pzp Odwołujący może zostać pozbawiony szans na ubieganie się o udzielenie zamówienia, bowiem nie wpisuje się w niczym nieuzasadnione preferencje Zamawiającego w zakresie doświadczenia referującego do utrzymania konkretnego systemu oferowanego przez potencjalnego konkurenta Odwołującego. Ponadto przy jednoczesnym braku możliwości zaoferowania systemu równoważnego dokumenty zamówienia w obecnym kształcie w sposób nieuzasadniony faworyzują konkretnego wykonawcę (PIRIOS) przez jego naturalną przewagę konkurencyjną (obsługa własnego oprogramowania). Ponadto nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia również prowadzi do faworyzacji konkretnego wykonawcy (PIRIOS) przez fakt, że tylko dla niego OPZ może być czytelny. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku zidentyfikowanych naruszeń Pzp, która wyrażać się będzie pozbawieniem bądź szans w ogóle na udział w Postępowaniu, bądź nierówną pozycją w zakresie informacji niezbędnych dla prawidłowej kalkulacji ceny oferty, a w konsekwencji – brakiem szansy uzyskania i realizacji zamówienia.

Przedstawione powyżej zapatrywania Odwołującego na materialnoprawne przesłanki skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej znajdują odzwierciedlenie w utrwalonym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”). Przykładowo, w wyroku z dnia 11 marca 2022 r., KIO 501/22, stwierdzono, że: *Ponieważ przedmiotem zarzutów jest czynność polegająca na opisie warunków udziału w postępowaniu, interes w uzyskaniu zamówienia na moment wniesienia odwołania w zasadzie nie budzi wątpliwości. Ustalenie zasad na jakich będzie odbywać się kwalifikacja podmiotowa wykonawców stanowi zasadniczy etap postępowania dla każdego zainteresowanego wykonawcy, w którego interesie leży stworzenie warunków dla niego najbardziej korzystnych, jak również gwarantujących zgodność prowadzonego postępowania z przepisami prawa.* Podobnie, w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia Izba, w wyroku z 18 września 2017 r., KIO 1776/17, wskazała, że: *Sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz na możliwość złożenia konkurencyjnej oferty. Na etapie odwołania od treści postanowień SIWZ ofert, krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie (...)*

## UZASADNIENIE

### I. Stan faktyczny

- (1) Przedmiotem zamówienia jest – zgodnie z pkt. IV.1 OPZ – aktualizacja i utrzymanie platformy obsługi pasażera dla systemu PZUM oraz świadczenie usługi osobowej dla platformy obsługi pasażera.

- (2) W ramach Zadania 1 Zamawiający oczekuje aktualizacji oprogramowania POP przed rozpoczęciem świadczenia usług utrzymania, które objęte są Zadaniem 2.
- (3) W ramach Zadania 2 Zamawiający oczekuje:
- utrzymania platformy informatycznej do obsługi Klientów Zamawiającego – Portal Obsługi Pasażera zwanej dalej „POP” na serwerze Zamawiającego w Data Center Wykonawcy;
  - zapewnienia dostępu do platformy POP Zamawiającemu;
  - obsługi POP zespołem Wykonawcy w zakresie przyjmowania zgłoszeń oraz zapytań oraz udzielania odpowiedzi i pomocy Klientom lub też do przekierowania zgłoszonych spraw;
  - utrzymania platformy POP przez okres 36 miesięcy;
  - udostępnienia Zamawiającemu aktualizacji Systemu w rozumieniu łąt, poprawek funkcjonalnych, pakietów dostosowujących;
  - utrzymywania punktu kontaktowego z Zamawiającym w celu realizacji Umowy;
  - utrzymywania gotowości serwisowej;
  - realizacji Zgłoszeń zgodnie z ograniczeniami czasowymi SLA;
  - monitorowania kluczowych elementów Systemu określonych przez Zamawiającego;
  - prowadzenia rejestru Zgłoszeń.

**Dowód:** - OPZ – załącznik nr 10 do SWZ (w dokumentacji Postępowania).

- (4) W pkt. VI OPZ Zamawiający zamieścił zdawkową charakterystykę licencji na oprogramowanie będące składową aktualnie wykorzystywanego systemu w postaci następującego opisu:

*Zamawiający posiada Licencję na korzystanie z Oprogramowania Bazowego do korzystania z tego Oprogramowania w celu przetwarzania danych na potrzeby prowadzonej działalności, bez ograniczenia ilościowego.*

*Obecnie Wykonawca posiada obecne poniższe licencje:*

- Komponent Omnichannel Contact Center – 20 jednoczesnych użytkowników (dostępów);*
- Komponent Obsługi Zgłoszeń – 20 jednoczesnych użytkowników (dostępów);*
- Kanały IVR – 25 jednoczesnych kanałów;*
- Nagrywanie połączeń – 20 jednoczesnych kanałów.*

*Zamawiający jednocześnie zastrzega możliwość rozbudowy systemu o nowe licencje.*

- (5) Określając warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej Zamawiający w pkt. VII.3 SWZ przesądził, że:

*Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, wykonał co najmniej jedną usługę*

wyrażającą się utrzymaniem systemu Contactis składającego się co najmniej z poniższych elementów:

- Contactis Contact center wraz z modułem chatbot
- Contactis PeakOne
- Contactis Siren Studio
- Contactis Ticketing system

wraz z usługą outsourcingu osobowego dla co najmniej 3 konsultantów.

- (6) Z kolei w zakresie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej (pkt VII.4 SWZ) Zamawiający wskazał, że:

*Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:*

- 1) *jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną 3 miliony złotych.*
- 2) *posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 1 milion złotych.*

**Dowód:** - SWZ – pkt VII.3 i VII.4 (w dokumentacji Postępowania).

- (7) Ponadto, z ustaleń Odwołującego wynika, że Zamawiający aktualnie korzysta z systemu o nazwie handlowej Contactis, którego dostawcą jest PIRIOS S.A. (dalej „PIRIOS”) Zamawiający udzielił bowiem w 2023 r. ww. podmiotowi zamówienia pn.: *Budowa platformy obsługi pasażera dla systemu PZUM.*

**Dowód:** - zawiadomienie o wyborze oferty z dnia 4 grudnia 2023 r. (w załączeniu),  
- SWZ i OPZ z postępowania jw. (w załączeniu).

- (8) PIRIOS jest twórcą systemu Contactis, podobnie jak modułów wymienionych w treści kwestionowanego warunku udziału w Postępowaniu – informacje w tym przedmiocie można znaleźć na stronie internetowej PIRIOS (np. <https://pirios.com/contactis-contact-center/>, <https://pirios.com/contactis-ticketing-system/>).

**Dowód:** - zrzuty ekranu ze strony internetowej jw. (w załączeniu),

## II. Uzasadnienie zarzutów odwołania

### Zarzut z pkt 1 *petitum* odwołania – warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej

- (1) Warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej referujący do doświadczenia wykonawcy nabytego w związku ze świadczeniem usług utrzymania konkretnego, aktualnie wykorzystywanego przez Zamawiającego, systemu (tu – Contactis) stanowi jaskrawe naruszenie zasady proporcjonalności

warunku do przedmiotu zamówienia. Świadczy o tym chociażby okoliczność, że w treści warunku Zamawiający posłużył się po prostu nazwami handlowymi modułów znajdujących się w standardowej ofercie handlowej PIRIOS. Za orzeczeniem KIO z 16 czerwca 2021 r., KIO 1163/21, powtórzyć należy, że: *Proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu.*

- (2) Zdaniem Odwołującego w przedmiotowej sprawie nie istnieją obiektywne przesłanki przemawiające za pełnym utożsamieniem czynności składających się na wymagane doświadczenie wykonawcy z czynnościami wchodzącymi w zakres przedmiotu zamówienia, ponieważ wykorzystywany przez Zamawiającego system nie jest na tyle swoisty, aby uzasadniać odwoływanie się do doświadczenia wykonawcy tylko w jego wcześniejszej obsłudze.
- (3) **W przedmiotowej sprawie wspomniane ograniczenie *de facto* eliminuje wszystkich wykonawców poza dostawcą systemu Contactis czyli Pirios co stanowi niedozwolone i niczym nieuzasadnione ograniczenia konkurencji w Postępowaniu** oraz klasyczny wręcz przykład tzw. sytuacji *vendor lock-in* Zamawiającego, o której szerzej też w uzasadnieniu zarzutu nr 3.
- (4) Odwołujący wyjaśnia w tym miejscu, że w swojej dotychczasowej działalności z powodzeniem zbudował i wdrożył szereg systemów typu contact center o analogicznych do systemu Contactis właściwościach *ergo* zna budowę i zasady działania takich systemów, a co najważniejsze – potrafi takie systemy utrzymywać.
- (5) Nieproporcjonalność kwestionowanego warunku udziału w Postępowaniu wyraża się jego nadmiernością, którą – w świetle np. wyroku KIO z 13 października 2021 r., KIO 2746/21 – należy rozumieć (...) *jako utrudnioną możliwość uzyskania/spełnienia określonych wymagań zamawiającego przez profesjonalny podmiot działający w branży objętej przedmiotem zamówienia.* Odwołujący jest właśnie wspomnianym w zacytowanym fragmencie uzasadnienia profesjonalistą, któremu Zamawiający odmówił możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez naruszające Pzp sformułowanie warunku udziału w Postępowaniu.
- (6) Podkreślenia też wymaga, że zgodnie z art. 112 ust. 1 Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, **w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.**

Jak wskazuje się w orzecznictwie: *Warunki udziału w postępowaniu nie muszą być tożsame i identyczne z przedmiotem zamówienia. Warunki mają jedynie pozostawać*



w odpowiedniej proporcji do OPZ. Istotny jest także cel formułowania warunków, służą one jedynie weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. **Zdolny do wykonania zamówienia to nie zawsze taki wykonawca, który wykonał identyczne zamówienie z obecnie zamawianym** (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 25 maja 2020 r., KIO 457/20).

- (7) Tym samym zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 oraz art. 16 pkt 1 i 3 Pzp jest uzasadniony i konieczny.

#### **Zarzut z pkt 2 *petitum* odwołania – warunku udziału w Postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej**

- (8) W ocenie Odwołującego przedstawione na uzasadnienie zarzutu nr 1 zapatrywania na kwestię proporcjonalności warunku udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia można również odnieść do warunku w zakresie wymaganej polisy OC. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający *de facto* ustanowił podwójną barierę w ubieganiu się o udzielenie zamówienia. Po pierwsze – oczekując wykazania się posiadaniem środków finansowych (zdolności kredytowej) na poziomie 1 mln zł, po drugie – żądając polisy OC opiewającej na kwotę trzykrotnie wyższą. Tym samym, przy jednoczesnym żądaniu spełnienia obu wymogów warunek odnoszący się do wysokości sumy ubezpieczenia jest nadmierny i – zdaniem Odwołującego – powinien zostać obniżony do kwoty (tu – sumy ubezpieczenia) analogicznej jak w przypadku wymaganych środków finansowych (zdolności kredytowej), czyli do 1 mln zł.

#### **Zarzut z pkt 3 *petitum* odwołania – opis przedmiotu zamówienia ograniczający konkurencję**

- (9) Z OPZ (załącznik nr 10 do SWZ) wynika, że – po pierwsze – Zamawiający oczekuje aktualizacji oprogramowania POP aktualnie wykorzystywanego systemu (Zadanie 1), czyli oprogramowania Contactis dostawcy PIRIOS oraz szeregu świadczeń polegających na jego utrzymaniu oraz dostarczaniu łat, poprawek funkcjonalnych i pakietów dostosowujących (zadanie 2). Powyższe potwierdzają też zapisy załącznika nr 1 do OPZ (Tabeli nr 1) np. w pkt DZ.7, DZ.8

**Dowód:** - zawiadomienie o wyborze oferty z dnia 4 grudnia 2023 r. (w załączeniu),  
- SWZ i OPZ z postępowania jw. (w załączeniu).

- (10) Powyższe oznacza, że w hipotetycznej sytuacji wyboru w Postępowaniu wykonawcy innego niż dostawca systemu Contactis (jak wspomniano – PIRIOS) wykonawca taki będzie albo niejako zmuszony do współpracy z konkretnym podmiotem (PIRIOS) polegającej na nabywaniu aktualizacji, łat, poprawek funkcjonalnych, czy pakietów dostosowujących i ich dalszej odsprzedaży Zamawiającemu bez gwarancji, że ten podmiot podejmie z nim współpracę, albo będzie potrzebował zapewnionej przez Zamawiającego możliwości ingerencji w cudze oprogramowanie objęte prawami własności intelektualnej. Założenie to Odwołujący opiera na okoliczności, że

Zamawiający nie sprecyzował w OPZ pól eksploatacji w licencjach na oprogramowanie którymi dysponuje (o czym szerzej jeszcze w uzasadnieniu zarzutu nr 4) ergo nie jest wiadome, czy wykonawca inny niż PIRIOS będzie uprawniony do samodzielnej realizacji tych świadczeń.

- (11) To z kolei powoduje, że żaden inny poza PIRIOS podmiot nie jest w stanie rzetelnie skalkulować cenę oferty, skoro realizacja zamówienia przez innego niż PIRIOS wykonawcę uzależniona może być w istocie od nawiązania współpracy z PIRIOS i od warunków takiej współpracy o ile w ogóle będzie możliwa, a już z całą pewnością faworyzuje ten podmiot względem pozostałych wykonawców. W konsekwencji rzekomo konkurencyjna procedura prowadzona przez Zamawiającego jest w istocie fikcją, bowiem – podobnie jak ma to miejsce w płaszczyźnie kwestionowanego warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej – PIRIOS został w sposób nieuprawniony uprzywilejowany w dostępie do realizacji zamówienia.
- (12) Warto w tym miejscu zauważyć, że zgodnie z tomem II rekomendacji Prezesa UZP – *OPZ i przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na system informatyczny<sup>2</sup>: Jeśli bowiem zamawiający zakłada, że po zakończeniu realizacji zamówienia system nadal będzie wykorzystywany, a na potrzeby rozwoju i utrzymania tego systemu zamawiający będzie potrzebował skorzystać z pomocy zewnętrznych podmiotów (wykonawców), zamawiający co do zasady powinien w taki sposób ukształtować wymagania odnośnie uprawnień do zamawianego wcześniej systemu, aby realizacja tych czynności była możliwa także przez innych wykonawców, a nie jedynie przez wybranego wcześniej wykonawcę wdrażającego system – czyli, aby nie dopuścić do tak zwanej sytuacji vendor lock-in zamawiającego (rekomendacje, str. 41-42).*
- (13). Powyższe stanowi co najmniej o prawdopodobieństwie opisanego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, co jest wystarczające dla stwierdzenia zarzutu naruszenia przepisu art. 99 ust. 4 *in principio* Pzp. Jak bowiem trafnie uznała KIO w wyroku z 28 stycznia 2022 r., KIO 64/22: *Przepis art. 99 ust. 4 Pzp nie wymaga pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, a wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jego prawdopodobieństwa.*
- (14) Zdaniem Odwołującego w takiej sytuacji rozsądną, wyrównującą szanse na uzyskanie zamówienia przez innych niż PIRIOS wykonawców i stwarzającą konkurencyjność w Postępowaniu alternatywą byłoby uzupełnienie OPZ o postanowienia umożliwiające wykonawcom zaoferowanie świadczenia w postaci wymiany oprogramowania na równoważne wraz z zapewnieniem migracji danych

<sup>2</sup>[https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf\\_file/0024/53826/II-TOM-REKOMENDACJI-PREZESA-UZP-ZAMOWIENIA-PUBLICZNE-NA-SYSTEMY-INFORMATYCZNE.pdf](https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0024/53826/II-TOM-REKOMENDACJI-PREZESA-UZP-ZAMOWIENIA-PUBLICZNE-NA-SYSTEMY-INFORMATYCZNE.pdf), dostęp: 17.05.2024 r.

do nowego systemu i usług utrzymania całego systemu w wymaganym przez Zamawiającego okresie czasu.

- (15) W przeciwnym przypadku z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością do Postępowania przystąpi jedynie PIRIOS, podobnie jak to *nota bene* miało miejsce w przypadku postępowania na budowę systemu, w którym jego oferta została wybrana.

**Dowód:** - informacja z otwarcia ofert z postępowania pn.: *Budowa platformy obsługi pasażera dla systemu PZUM* (w załączeniu),

#### **Zarzut z pkt 4 *petitum* odwołania – niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia**

- (16) Zamawiający generalnie uchybił również dyrektywom sporządzania opisu przedmiotu zamówienia wynikającym z art. 99 ust. 1 Pzp, nakładającym nań obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący i uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Na kanwie tych wytycznych Izba w wyroku z dnia 8 listopada 2021 r., KIO 2944/21 stwierdziła, że: *Opisanie przedmiotu zamówienia jest jedną z kluczowych czynności w postępowaniu i jest z jednej strony uprawnieniem, z drugiej zaś obowiązkiem zamawiającego, który musi pamiętać o tym, aby w sposób wyczerpujący i kompleksowy przedstawić swoje wymagania, z drugiej uczynić to z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji. Prawidłowy opis przedmiotu zamówienia jest niezbędny nie tylko dla ustalenia wartości zamówienia, a w konsekwencji do zastosowania właściwego trybu udzielenia zamówienia ale przede wszystkim odzwierciedla on rzeczywiste potrzeby zamawiającego, a także umożliwia wykonawcy obliczenie ceny oferty oraz, zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców, zapewnia, że wszyscy wykonawcy rozumieją opis przedmiotu zamówienia tak samo.*

- (17) Potwierdzeniem wspomnianego powyżej uchybienia są – po pierwsze – zaniechanie wskazania na czym konkretnie ma polegać aktualizacja oprogramowania POP, o której mowa w Zadaniu 1 oraz – po drugie – lakoniczne postanowienia pkt. VI OPZ opisujące posiadane przez Zamawiającego licencje na oprogramowanie, z których zasadniczo nie wynika nic poza wskazaniem liczby jednoczesnych użytkowników (dostępów), czy kanałów. Tymczasem, skoro przedmiotem zamówienia jest aktualizacji i utrzymywanie oprogramowania objętego prawami własności intelektualnej określonego podmiotu (Pirios) co najmniej w zakresie oprogramowania bazowego Conactis (oprogramowanie POP) to Zamawiający powinien jasno określić min. jakim zakresem uprawnień prawnoautorskich i technicznych dysponuje do wykorzystywanych już przez niego systemów, tj. czy ma np. uprawnienia prawne (licencję lub autorskie prawa majątkowe) **do modyfikowania i rozwijania tego oprogramowania**, czy dysponuje kodami źródłowymi tego oprogramowania wraz z odpowiednim środowiskiem umożliwiającym swobodną modyfikację tego oprogramowania. Ponadto jeżeli po

stronie wykonawcy innego niż Pirios, czy realizacja obowiązków wykonawcy w jakimkolwiek zakresie będzie wymagała zapewnienia współpracy od Pirios i czy będzie to zapewnione przez Zamawiającego czy będzie leżeć wyłącznie po stronie wykonawcy.

(18)

(19) Co więcej, w pkt. VI OPZ znalazło się również stwierdzenie o możliwości rozbudowy systemu o nowe licencje, bez doprecyzowania liczby i rodzajów takich licencji, co również ma znaczenie dla możliwości złożenia oferty w Postępowaniu.

(20) Ponadto także inne postanowienia OPZ pozostają wysoce nieprecyzyjne, przykładowo poszczególne opisy z załącznika nr jeden do OPZ (Tabele nr 1) wprost wskazują na ostateczne ustalenie zakresu zadań wykonawcy dopiero na etapie wykonawstwa tak np. pkt: DZ.9, DZ.10, DZ.11, a w pkt DZ. 10 załącznika nr jeden do OPZ (Tabele nr 1) dopuszczona została możliwość bliżej nieokreślonych dodatkowych rozliczeń „wycena odrębna na żądanie”, choć projekt umowy w § 5 ust. 3 wskazuje, że wynagrodzenie jest ryczałtowe i wyczerpuje wszelkie roszczenia wykonawcy,

Wszystkie powyżej wskazane okoliczności potęgują tylko wrażenie, iż OPZ jest napisany w sposób możliwy do zrozumienia przez wyłącznie jeden podmiot (Pirios) i jego faworyzują dając mu nieuprawnioną i niczym nieuzasadnioną przewagę nad innymi wykonawcami mogącymi wykonać przedmiot zamówienia.

OPZ w obecnym kształcie nie pozwala na skalkulowanie oferty, przewidzenie rozmiaru prac objętych przedmiotem zamówienia, przewidzenie ryzyk związanych z realizacją zamówienia i może być zrozumiała tylko dla jednego wykonawcy tj. twórcy i dostawcy obecnie wykorzystywanego przez Zamawiającego oprogramowania (Pirios).

(21) Należy przychylić się do poglądu KIO wyrażonego m.in. w uzasadnieniu wyroku z dnia 21 lutego 2017 r., KIO 269/17, zgodnie z którym: *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. Zapisy SIWZ pozostawiające po stronie zamawiającego kompetencje otwarte – nie gwarantujące koniecznego współdziałania zamawiającego, niekompletne, niespójne – naruszają art. 29 ust. 1 i 2 Pzp z 2004 r. – działają w sposób antykonkurencyjny – zniechęcają wykonawców do uczestnictwa w takim przetargu i ubiegania się o zamówienie, gdzie niedookreślony opis przedmiotu zamówienia stwarza obawy, że wykonawca nie będzie się w stanie terminowo i należyście wywiązać z umowy i ponieść straty na przy jej wykonywaniu. Stąd nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę*

*Prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty.*

(22) W konsekwencji OPZ powinien być uzupełniony co najmniej o wskazane powyżej elementy i generalnie doprecyzowany, co czyni zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp uzasadnionym.

Mając na uwadze powyższe wnoszę i wywodzę jak w *petitum* odwołania.

**ZAŁĄCZNIKI:**

1. pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej;
2. wydruk z KRS Odwołującego;
3. dowód uiszczenia wpisu w wysokości 15.000,00 zł;
4. potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu;
5. dowody przywołane w treści uzasadnienia odwołania.