

WYROK

z dnia 18 lipca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kurowska

Członkowie: Rafał Malinowski

Małgorzata Matecka

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2022 roku przez Wykonawcę IQVIA Commercial sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Agencję Badań Medycznych z siedzibą w Warszawie przy udziale Wykonawcy pTAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie, w jakim podstawą faktyczną zarzutów odwołania są:

- a) pkt 5.1 litera c wymagania jakościowe załącznik nr 1 do SWZ;
- b) pkt 5.1 litera d wymagania jakościowe załącznik nr 1 do SWZ;
- c) pkt 6.2 litera h wymagania funkcjonalne załącznik nr 1 do SWZ;
- d) pkt 7.1 litera e system eCRF załącznik nr 1 do SWZ;
- e) pkt 9.1 litera c i p zdanie 1 załącznik nr 1 do SWZ;
- f) pkt 12.1 opis przebieg wdrożenia i harmonogram załącznik nr 1 do SWZ;
- g) § 1 ust. 21 umowy załącznik nr 3 do SWZ;
- h) § 6 ust. 4 umowy załącznik nr 3 do SWZ;
 - i) § 6 ust. 12 umowy załącznik nr 3 do SWZ;
 - j) § 6 ust. 21 i 22 umowy załącznik nr 3 do SWZ;
 - k) § 9 ust. 2 umowy załącznik nr 3 do SWZ;
 - l) § 9 ust. 8 umowy załącznik nr 3 do SWZ;
 - m) § 11 ust. 12 umowy załącznik nr 3 do SWZ;
 - n) § 14 ust. 1 umowy załącznik nr 3 do SWZ;

2. uwzględnia odwołanie w zakresie, w jakim podstawą faktyczną zarzutu jest:
- a) postanowienie § 6 ust. 10 Umowy - załącznik nr 3 do SWZ i nakazuje Zamawiającemu usunięcie lub zmianę przedmiotowego postanowienia umowy;
 - b) postanowienie § 6 ust. 27 Umowy - załącznik nr 3 do SWZ i nakazuje Zamawiającemu zmianę przedmiotowego postanowienia umowy;
 - c) postanowienie § 6 ust. 28 Umowy - załącznik nr 3 do SWZ i nakazuje Zamawiającemu zmianę przedmiotowego postanowienia umowy poprzez zdefiniowanie pojęcia „przekazanie licencji”;
 - d) postanowienie § 7 ust. 6 Umowy - Załącznik nr 3 do SWZ i nakazuje Zamawiającemu usunięcie przedmiotowego postanowienia umowy lub jego zmianę poprzez dostosowanie go do obowiązujących przepisów - ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych;
3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie;
4. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części 4/19 i Odwołującego w części 15/19 i:
- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 4.2. zasądza od Zamawiającego rzecz Odwołującego kwotę 316,00 zł (słownie: trzysta szesnaście złotych 00/100).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt KIO 1652/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Agencja Badań Medycznych w Warszawie - prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 roku poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego mającego za przedmiot Dostawę, instalację i wdrożenie Systemu PSBK”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 czerwca 2022 r. pod numerem: 2022/S 109-307285.

W dniu 20 czerwca 2022 r. Wykonawca IQVIA Commercial Sp. z o.o. (dalej jako

„Odwołujący”) wniósł odwołanie wskazując w formie tabelarycznej zakres czynności Zamawiającego podlegających zaskarżeniu oraz przypisane im zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp:

Jednostka redakcyjna	Zaskarżana treść	Wskazanie naruszanego przepisu Pzp wraz z opisem stanu faktycznego
Nazwa przedmiotu zamówienia	Zamawiający wskazał, iż prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego „na dostawę, instalację i wdrożenie Systemu Teleinformatycznego PSBK”,	Natomiast z treści dokumentów przetargu wynika, iż przedmiotem zamówienia jest de facto: „budowa, przekazanie kodów źródłowych do systemu, dostawa, wdrożenie i utrzymanie Systemu Teleinformatycznego PSBK”. Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 PZP, bowiem przedmiot zamówienia zgodnie z zasadą przejrzystości powinien być określony w sposób jednoznaczny.

Jednostka redakcyjna	Zaskarżana treść	Wskazanie naruszanego przepisu Pzp wraz z opisem stanu faktycznego
2.1 Definicje - Załącznik nr 1 do SWZ	Czas Naprawy - czas, jaki upłynął od pierwszego kontaktu z Zamawiającym w sprawie zgłoszenia wady do przywrócenia bezbłędnej pracy w środowisku produkcyjnym.	Natomiast w punkcie 9.2 lit j Załącznika nr 1 do SWZ: „Za przyjęte uznaje się zgłoszenie, któremu nadano odpowiedni, unikalny numer zlecenia serwisowego przez Zamawiającego. W przypadku braku otrzymania potwierdzenia przyjęcia zgłoszenia wysłanego drogą elektroniczną, Zamawiający zobowiązany jest do przekazania zgłoszenia telefonicznie. Powtórne telefoniczne zgłoszenie uważa się za przyjęte w momencie tej rozmowy telefonicznej”. Definicja pojęcia czas naprawy jest niejednoznaczna i niezrozumiała w kontekście dalszej części OPZ, gdzie zamawiający sam wskazuje, iż może istnieć uzasadniona rozbieżność czasowa pomiędzy „pierwszym kontaktem”, o którym mowa w definicji, a zgłoszeniem. W ocenie odwołującego czas naprawy winien być liczony od przyjęcia zgłoszenia. Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 PZP, bowiem przedmiot zamówienia zgodnie z zasadą przejrzystości powinien być określony w sposób jednoznaczny.

5.1 lit a) Wymagania jakościowe Załącznik nr 1 do SWZ	„Zamawiający oczekuje, że System Teleinformatyczny PSBK będzie udostępniać wyniki kwerend oraz widoki wywoływanych stron bez zauważalnych opóźnień przy założeniu jednoczesnego przetwarzania danych	Zamawiający formułuje wymaganie jakościowe w sposób niejednoznaczny poprzez użycie wyrażenia „bez zauważalnych opóźnień” a w konsekwencji niemierzalny, co pozwoli mu w przyszłości w sposób dowolny oceniać czy oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania jakościowe czy też nie. Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 PZP, bowiem przedmiot zamówienia zgodnie z zasadą
przez co najmniej 30 użytkowników”.	przejrzystości i uczciwej konkurencji powinien być określony w sposób jednoznaczny, zaś przyjęcie tak nieprecyzyjnych wymagań pozwala zamawiającemu na dowolną ocenę spełnienia tego warunku przez wykonawcę.	
5.1 lit. c) Wymagania jakościowe Załącznik nr 1 do SWZ	System musi umożliwiać Administratorowi monitorowanie aktualnego obciążenia (z podziałem na procesy użytkowników) oraz możliwość zatrzymania odpowiednich procesów.	Wymaganie jest nieprecyzyjne i niejednoznaczne. Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 PZP, bowiem przedmiot zamówienia zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania powinien być określony w sposób jednoznaczny, zaś przyjęcie tak nieprecyzyjnych wymagań pozwala zamawiającemu na dowolną ocenę spełnienia tego warunku przez wykonawcę.
5.1. lit. d) Wymagania jakościowe Załącznik nr 1 do SWZ	System Teleinformatyczny PSBK musi spełniać kryteria pracy całodobowej. Wszelkie czynności techniczne Wykonawca musi wykonywać w czasie najmniejszego ruchu do Systemu PSBK.	Jednocześnie w punkcie 9.2 lit i Załącznika nr 1 do SWZ Zamawiający wskazuje „Wykonawca będzie zobowiązany do niezwłocznego podjęcia działań na każde potwierdzone zgłoszenie”. W konsekwencji czego Zamawiający wprowadza niejednoznaczne i wzajemnie wykluczające się warunki realizacji przedmiotu zamówienia. Co więcej Zamawiający precyzyjnie określając w punkcie 9.2 lit o Załącznika nr 1 do SWZ czasy naprawy dla poszczególnych awarii, błędów i usterek nie uwzględnił czasu wykonywania usług serwisowych w czasie najmniejszego ruchu, tym samym rzeczywisty czas usunięcia wady lub awarii skróci się w każdym przypadku do kilku godzin. W ocenie Odwołującego, jeżeli Zamawiający oczekuje świadczenia usług serwisowych w czasie najmniejszej aktywności systemu, to winien wskazać konkretne godziny realizacji czynności serwisowych oraz fakt ten uwzględnić w czasach naprawy. Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 PZP, bowiem przedmiot zamówienia zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania powinien być określony w sposób jednoznaczny, zaś przyjęcie tak nieprecyzyjnych wymagań pozwala zamawiającemu na dowolną ocenę spełnienia tego warunku przez wykonawcę.

5.1. lit. e) Wymagania jakościowe Załącznik nr 1	Widoki w Aplikacji muszą mieć optymalny rozmiar marginesów po lewej i prawej stronie ekranu.	Nie jest jasne jaki rozmiar marginesu jest w ocenie zamawiającego optymalny. Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 PZP, bowiem przedmiot zamówienia zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania powinien być określony w sposób jednoznaczny, zaś przyjęcie tak nieprecyzyjnych wymagań pozwala zamawiającemu na dowolną ocenę spełnienia tego warunku przez wykonawcę.
---	--	---

6.2. lit. h) Wymagania funkcjonalne Załącznik nr 1 do SWZ	Portal musi umożliwiać korzystanie z wymienionych w 6.2.g) przeglądarek w wersjach aktualnych na dzień podpisania protokołu odbioru oraz w okresie wsparcia, przy czym wymagane jest od Wykonawcy zapewnienie 100% działania funkcjonalności Portalu dla wymienionych przeglądarek. W przypadku korzystania przez Użytkowników sieci Internet ze starszych i niekompatybilnych przeglądarek, na stronie głównej Portalu PSBK musi wyświetlać się komunikat o sposobie poprawnego prezentowania interfejsów Portalu PSBK oraz producenta i wersji przeglądarek, do których Portal PSBK jest zoptymalizowany.	Wymaganie zapewnienia 100% działania funkcjonalności Portalu dla wymienionych przeglądarek jest niemożliwe do spełnienia, bowiem pomija okresy aktualizacji Portalu w celu dostosowania do aktualizacji przeglądarek. Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 PZP, bowiem przedmiot zamówienia zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania powinien być określony w sposób jednoznaczny, zaś przyjęcie tak określonego wymagania pozwala zamawiającemu na dowolną ocenę spełnienia tego warunku przez wykonawcę.
--	---	---

7.1. lit e System eCRF - Załącznik nr 1 do SWZ	Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć system zarządzania relacyjną bazą danych, wykorzystywaną przez	Wskazane wymaganie funkcjonalne jest niekoherentne z postanowieniem §6 ust. 21, Załącznika nr 3 do SWZ, gdzie Zamawiający określa, iż „Wykonawca upoważniony jest do korzystania, w toku wykonywania niniejszej
--	--	---

--	--

System eCRF ABM w oparciu o licencję Open Source zgodnie z aktualnymi rekomendacjami odpowiedniego ministerstwa.	Umowy z elementów programów komputerowych licencjonowanych na wolnych licencjach (oprogramowania typu Open Source) jedynie wówczas, gdy wykorzystanie takich programów komputerowych do stworzenia Rezultatów Prac objętych niniejszą Umową nie uniemożliwi Wykonawcy udzielenia Zamawiającemu licencji na korzystanie ze stworzonego przez Wykonawcę oprogramowania na zasadach określonych w ustępach 2 - 9, a w szczególności polach eksploatacji określonych niniejszym paragrafie, jak również jedynie wówczas, gdy warunki licencji oprogramowania open source nie zawierają tzw. klauzuli copyleft”. Ponadto Zamawiający nie wskazuje o jakie konkretnie ministerstwo chodzi ani również nie wskazuje na jaki dzień (odbioru, w całym okresie użytkowania?) ma być zachowana zgodność z aktualnymi rekomendacjami. Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 PZP, bowiem przedmiot zamówienia zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania powinien być określony sposób jednoznaczny, zaś przyjęcie wzajemnie wykluczających się wymagań pozwala zamawiającemu na dowolną ocenę spełnienia tego warunku przez wykonawcę.
--	---

9. 1 lit c i lit p zdanieSWZ zgodnie z punktem pierwsze Załącznika 9.1 lit c: „W przypadku nr 1 do SWZ	Wady dysków nośnik pozostaje u Zamawiającego. W przypadku awarii dysków twardech Zamawiający nie dopuszcza możliwości przekazania dysku do naprawy poza siedzibę Zamawiającego” W tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 PZP, bowiem przedmiot zamówienia zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania powinien być określony w sposób jednoznaczny, zaś przyjęcie wzajemnie wykluczających się wymagań pozwala	Natomiast zgodnie z § 8 ust. 8 Umowy - Załącznik nr 3 do SWZ: „W przypadku braku możliwości naprawy sprzętu w siedzibie Zamawiającego, Wykonawca zapewni inny sprzęt o nie gorszych parametrach, do wykorzystania w czasie naprawy. Czas uruchomienia, w tym przypadku, w pełni sprawnego, systemu w pełnej wydajności i funkcjonalności nie może przekraczać 120 godzin uwzględniając zarówno wymianę uszkodzonego sprzętu i uruchomienie Systemu Teleinformatycznego PSBK”.
ATMAN.		
SWZ zgodnie z punktem		

9.1 lit p zdanie pierwsze: „W przypadku braku możliwości naprawy sprzętu w siedzibie Zamawiającego, Wykonawca zapewni inny sprzęt o nie gorszych parametrach, do wykorzystania w czasie naprawy”.	zamawiającemu na dowolną ocenę spełnienia tego warunku przez wykonawcę.
--	--

10.1 Licencje - Zamawiający wymaga, Załącznik nr 1 doaby Wykonawca SWZ	dostarczył pełen zestaw licencji wieczystych na System Teleinformatyczny PSBK, koniecznych do uruchomienia i poprawnej pracy opisanych w OPZ funkcjonalności. Wymaga się w szczególności dostarczenia: licencji na systemy operacyjne dostarczanych serwerów, licencji	Wprowadzenie wymagania dostarczenia licencji wieczystych na oprogramowanie firm trzecich w takim zakresie pól eksploatacji jakie zamawiający określił dla licencji wieczystej przekazywanej przez wykonawcę narusza zasady uczciwej konkurencji, bowiem wprost określa iż zamówienie może być wykonane tylko przez wykonawcę, który napisze program będący przedmiotem zamówienia bazując na licencjach firm trzecich typu „open source” niezawierających klauzuli typu copyleft -czyli w zasadzie na licencjach open source Linux.
	na komponenty Aplikacji, licencje bazy danych, licencje na technologie firm trzecich wspierające pracę Systemu.	Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4 PZP, bowiem zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

12.1 Opis przebieg wdrożenia i harmonogram - Załącznik nr 1 do SWZ	Zamawiający wymaga wsparcia powdrożeniowego - 24 miesiące od zakończenia Etapu VI, jednocześnie ustala w pkt. 12.8 lit A Załącznika nr 1 do SWZ wymaga w okresie gwarancji dostarczenia 300 godzin programistycznych przez okres 24 miesięcy.	Zamawiający nie określa warunków realizacji wsparcia powdrożeniowego w przypadku, kiedy przed upływem okresu 24 miesięcy wykorzystana zostanie liczba godzin wsparcia powdrożeniowego w całości, zaś sama SWZ nie ogranicza czasu trwania wsparcia w przypadku wykorzystania przewidywanej liczby godzin. Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 PZP, bowiem zamówienia nie można opisywać w sposób, który jest niejednoznaczny.
12.4 Etap II lit a-h - Testy poprawności systemu - Załącznik	a)Testy akceptacyjne mają na celu upewnienie się, że wszystkie elementy Systemu zostały	Zamawiający określił wymagania dotyczące przeprowadzania testów na wysoce ogólnym poziomie, w

nr 1 do SWZ	poprawnie zaimplementowane. b) Testy mają również potwierdzić, że System spełnia określone wymagania i nie zawiera Wad uniemożliwiających jego użycie. c) Wykonawca ma obowiązek wspierać Zamawiającego w przeprowadzaniu Testów akceptacyjnych. d) W trakcie prowadzenia Testów w Środowisku testowym Zamawiającego Wykonawca nie może wprowadzać zmian i Poprawek, chyba że taka zmiana lub Poprawka umożliwi ponowne Wznowienie przerwanych Testów i Zamawiający wyrazi na to zgodę. e) Zamawiający przeprowadzi także inne testy w celu sprawdzenia czy System spełnia postawione przez Zamawiającego wymagania (testy нефункционалне obejmujące testy wydajnościowe i testy bezpieczeństwa). f) Przy realizacji etapu testowania może być obecny przedstawiciel Wykonawcy. g) W razie potrzeby na wniosek Administratora Systemów Teleinformatycznych PSBK Wykonawca ma zapewnić obecność specjalistów w celu omówienia i rozwiązania przyczyn problemów. h) Kryteria akceptacji Testów uznaje się za spełnione, gdy w wyniku przeprowadzenia Testów nie zgłoszono żadnej Wady.	konsekwencji czego na etapie wykonywania poprzez co wymagania zamawiającego są niejednoznaczne i niezrozumiałe. Tak określone wymagania dotyczące testów naruszają zasady uczciwej konkurencji, bowiem dają pełną dowolność Zamawiającemu. Zamawiający powinien wprowadzić konkretne kryteria w odniesieniu do parametrów technicznych, jakie będzie oceniał w czasie testów. Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4 PZP, bowiem zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.
-------------	--	--

12.4 Etap II lit i. - Testy poprawności systemu - Załącznik nr 1 do SWZ	Za błąd na etapie testowania uznaje się: - nie spełnienie któregoś z wymagań funkcjonalnych i нефункционалных zawartymi w niniejszym dokumencie; - nieprawidłowe działanie którejkolwiek funkcji opisanej w niniejszym dokumencie; - działanie Systemu	Mając na uwadze nieprecyzyjne wymagania techniczne i funkcjonalne tj. nieodnoszące się do konkretnych parametrów jakie będą oceniane w czasie testów zasady jakie zamawiający przyjął do opisanie błędów są niejednoznaczne, niezrozumiałe i nie pozwalają na ustalenie oceny występowania błędów. Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 PZP, bowiem zamówienia nie można opisywać w sposób niejednoznaczny, ani w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.
---	---	---

--

niezgodnie z
przedstawioną dokumentacją;
•wystąpienie zdarzenia uniemożliwiającego
poprawne wykonanie funkcji
Systemu.

12.6 Etap V optymalizacji i produkcyjna konfiguracja Systemu -Załącznik nr 1 do SWZ	Wykonawca jest zobowiązany do uwzględnienia w opracowaniu wszelkich uwag przedłożonych przez Zamawiającego w okresie realizacji przedmiotowego Etapu.	Zamawiający zobowiązuje wykonawcę do uwzględnienia „wszelkich uwag” co jest wymaganiem bardzo szerokim i niejasnym, dlatego winno być ograniczone do uwag możliwych do uwzględnienia i niewykraczających poza DQ. Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 PZP, bowiem zgodnie z zasadą przejrzystości przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób niejednoznaczny
---	---	--

§ 1 ust. 21 Umowy - Załącznik nr 3 do SWZ	Oprogramowania Dedykowanego - program komputerowy stworzony na potrzeby działania Systemu Teleinformatycznego PSBK	Definicja Oprogramowania Dedykowanego zakłada, że jest ono stworzone na potrzeby projektu, co może oznaczać, że oprogramowanie takie ma być stworzone w całości na potrzeby projektu i nie jest dopuszczalne np. wykorzystywanie elementów, bibliotek itp. które są licencjonowane. Definicja Oprogramowania Dedykowanego ma kluczowe znaczenie bowiem zgodnie z §6 ust. 4 Wykonawca przenosi majątkowe prawa autorskie do Oprogramowania Dedykowanego, a zatem Wykonawca wyzbywa się praw do takiego oprogramowania. Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 PZP, bowiem zgodnie z zasadą przejrzystości zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny.
---	--	--

§ 1 ust. 35 Umowy - Załącznik nr 3 do SWZ	System zarządzania treścią - oprogramowanie pozwalające na łatwe utworzenie i prowadzenie serwisu WWW, a także jego późniejszą aktualizację i rozbudowę, również przez redakcyjny personel nietechniczny	W umowie pojawia się definicja Systemu zarządzania treścią, przy czym pojęcie to nie pojawia się dalej w Umowie, w odniesieniu do żadnych zobowiązań Wykonawcy. Jednocześnie, w OPZ (pkt 4.8) wskazano, że Portal PBSK ma obejmować system zarządzania treścią. Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 PZP, bowiem zgodnie z zasadą przejrzystości zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny.
---	--	--

§ 4 ust. 11 Umowy -Wykonawca zobowiązanyW związku z zakazem dokonywania płatności
Załącznik nr 3 do jest przestrzegać i na rzecz podmiotów powiązanych z Rosją,
SWZ aktualizować informację wykonawcy muszą składać deklaracje o braku
co do wymogów takich powiązań przez nich samych, jak również
wynikających z w stosunku do podmiotów, którymi się
rozporządzenia Rady (UE) posługują. Stan braku powiązań badany na
etapie przetargu musi być utrzymywany przez
nr 833/2014 z dnia 31 cały okres realizacji umowy.
lipca 2014 r. dotyczące
środków ograniczających Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 2

w związku z działaniami w zw. z art. 99 ust. 1 PZP, bowiem zgodnie z
Rosji destabilizującymi zasadą przejrzystości zamawiający powinien
opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny.

sytuację na Ukrainie

(zmienione

rozporządzeniem Rady

(UE) 2022/576 z dnia 8
kwietnia 2022 r.) w
stosunku do jego

podwykonawców,
dostawców i podmiotów
trzecich (jeśli były).

§ 6 ust. 4 Umowy - Załącznik nr 3 do SWZ	(...) Wykonawca, z chwilą podpisania przez Strony Protokołu Odbioru Etapu VI, przenosi na Zamawiającego, w ramach wynagrodzenia, o którym mowa w § 5 Umowy, autorskie prawa majątkowe do Analizy Przedwdrożeniowej, Projektu Technicznego i Projektu Systemu oraz Oprogramowania Dedykowanego.	W ust. 4 doszło do połączenia kilku odrębnych postanowień, które powinny zostać rozdzielone, bowiem dotyczą różnych zagadnień (tj. licencji i przeniesienia majątkowych praw autorskich). Pojęcia takie jak "Analiza Przeciwwdrożeniowa", "Projekt Techniczny", "Projekt Systemu" nie zostały zdefiniowane w § 1 Umowy. Pojęcia te należy zdefiniować, bowiem zgodnie z Umową Wykonawca zobowiązany jest przenieść do nich majątkowe prawa autorskie. Ponadto, Wykonawca zobowiązany jest przenieść majątkowe prawa autorskie do ww. utworów oraz do oprogramowania dedykowanego, tj. oprogramowania stworzonego na potrzeby zamówienia. Oznacza to, że Wykonawca wyzbędzie się majątkowych praw autorskich do ww. utworów oraz oprogramowania dedykowanego i nie będzie upoważniony do ich eksploatacji, licencjonowania podmiotom trzecim itp. Zamawiający nabywa zaś majątkowe prawa autorskie w szerokim zakresie, obejmującym m.in. możliwość sprzedaży (tj. wprowadzania do obrotu) oprogramowania na rzecz osób trzecich. Widoczna jest rozbieżność pomiędzy ust. 4 a pozostałymi postanowieniami. Zasadniczo,
--	--	--

postanowienia odnoszą się do udzielenia licencji na Rezultaty Prac, które są zdefiniowane dość ogólnie. Natomiast w odniesieniu do ww. utworów zastrzeżono przeniesienie majątkowych praw autorskich. Nie jasne jest czy faktyczną intencją Zamawiającego jest nabycie majątkowych praw autorskich czy uzyskanie licencji do ww. utworów. Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 PZP, bowiem zgodnie z zasadą przejrzystości zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny.		
§ 6 ust. 10 Umowy - Załącznik nr 3 do SWZ	„Wykonawca, w zakresie w jakim będzie uznawany za twórcę danego Rezultatu Prac, zobowiązuje się, że nie będzie korzystał z ustawowego uprawnienia do wypowiedzenia/ odstąpienia od umowy licencyjnej, przysługującego mu na podstawie art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych w okresie 15 lat od zawarcia niniejszej Umowy. W przypadku uznania takiego zastrzeżenia za bezskuteczne, Strony zgodnie postanawiają, że okres wypowiedzenia wynosi 15 lat liczony na koniec roku kalendarzowego”.	Art. 56 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych ma charakter przepisu ius cogens w konsekwencji czego nie jest możliwe zrzeczenie się jego stosowania, ponadto należy wskazać, iż 15 letni okres wypowiedzenia umowy w przypadku gdyby przyczyną wypowiedzenia był istotny interes twórczy jest okresem nieproporcjonalnie długim do faktycznej potrzeby zamawiającego, która de facto zasadza się na konieczności organizacji nowego postępowania, migracji danych z dotychczasowego systemu e-CRF na nowy system. Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 3 w zw. z art. 99 ust. 4 PZP, bowiem zgodnie z zasadą proporcjonalności zamawiający nie może wprowadzać warunków, które naruszałoby uczciwą konkurencję.
§ 6 ust. 12 Umowy - Załącznik nr 3 do SWZ	Udzielenie licencji, na zasadach opisanych powyżej, na korzystanie z Rezultatów Prac następuje z chwilą podpisania przez Strony Protokołu Odbioru danego Etapu, z zastrzeżeniem, że odpowiednio udzielenie licencji i zgód na wykonywanie praw zależnych oraz	Postanowienie jest niejednoznaczne bowiem zakłada, że do rezultatów prac Wykonawca udziela co do zasady licencji, natomiast zobligowany jest do przeniesienia majątkowych praw autorskich do rezultatów, które nie zostały wskazane w Protokole

§ 6 ust. 21 i 22 Umowy - Załącznik nr 3 do SWZ	Wykonawca upoważniony jest do korzystania, w toku wykonywania niniejszej Umowy z elementów programów komputerowych licencjonowanych na wolnych licencjach (oprogramowania typu „open source”) jedynie wówczas, gdy wykorzystanie takich programów komputerowych do stworzenia Rezultatów Prac objętych niniejszą Umową nie uniemożliwi Wykonawcy udzielenia Zamawiającemu licencji na korzystanie ze stworzonego przez Wykonawcę oprogramowania na zasadach określonych w ustępach 2 - 9, a w szczególności polach eksploatacji określonych niniejszym paragrafie, jak również jedynie wówczas, gdy warunki licencji oprogramowania Open Source nie zawierają tzw. klauzuli copyleft. Wykonawca jest odpowiedzialny za zapewnienie zgodności z niniejszą Umową Rezultatów Prac powstałych z wykorzystaniem oprogramowania na licencjach Open Source. Wykonawca oświadcza, że wykorzystanie oprogramowań typu Open Source nie ograniczy żadnych uprawnień Zamawiającego wynikających z niniejszej Umowy, w tym w szczególności świadczenia usług Serwisu, Wsparcia Powdrożeniowego.	Jednocześnie w treści punktu 7.1 lit e SWZ Zamawiający wskazuje, iż: „Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć system zarządzania relacyjną bazą danych, wykorzystywaną przez System eCRF ABM w oparciu o licencję Open Source zgodnie z aktualnymi rekomendacjami odpowiedniego ministerstwa”. Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 PZP, bowiem zgodnie z zasadą przejrzystości zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny.
--	--	---

§ 6 ust. 27 Umowy - Załącznik nr 3 do SWZ	Wykonawca może wypowiedzieć licencję w przypadku, w którym Zamawiający przekroczy warunki udzielonej licencji i naruszy autorskie prawa majątkowe przysługujące Wykonawcy oraz nie zaniecha ich naruszenia mimo wezwania Wykonawcy i wyznaczenia mu w	Przedmiotowe postanowienie Umowy umożliwia jej wypowiedzenie przez Wykonawcę w przypadkach
--	--	---

--

tym celu odpowiedniego terminu, nie krótszego niż 30 dni. Wezwanie musi być wystosowane w formie pisemnej pod rygorem nieważności i musi zawierać wyraźne zastrzeżenie, że Wykonawca będzie uprawniony do wypowiedzenia licencji w przypadku niezaprzestania dopuszczania się przez Zamawiającego wyraźnie i precyzyjnie wymienionych naruszeń. W przypadku wypowiedzenia licencji z tej przyczyny termin wypowiedzenia licencji wynosi 1 (słownie: jeden) rok, ze skutkiem na koniec roku kalendarzowego. W okresie wypowiedzenia Zamawiający nie jest uprawniony do naruszania warunków licencji. Obowiązkiem Wykonawcy jest transfer wiedzy i know-how do Zamawiającego w taki sposób, aby wyznaczony Zamawiający po zakończeniu wdrożenia Systemu Teleinformatycznego PSBK mógł osiąść umiejętności i wiedzę pozwalające na jego samodzielną obsługę		nadzwyczajnym tj. w przypadku naruszenia praw autorskich w tym warunków licencji. Należy zauważyć, że umowa jak i OPZ nakładają na wykonawcę obowiązek przeniesienia praw autorskich i licencji zarówno do Utworów własnych jak i cudzych. W konsekwencji przyjęty w umowie roczny okres wypowiedzenia wraz z warunkiem bezskutecznego wezwania do usunięcia naruszenia oznacza w praktyce iż Zamawiający tak formułując postanowienie umowy prowadzi do zezwolenia na dalsze naruszanie prawa przez okres jednego roku, co nie tylko ma na celu obejście ustawy, ale również jest niezgodne z zasadami współżycia społecznego. Tym samym Zamawiający narusza art. 58 § 1 i §2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP oraz art. 431 PZP zobowiązujący Zamawiającego do współdziałania z wykonawcą przy wykonywaniu umowy.
§ 6 ust. 28 Umowy - Załącznik nr 3 do SWZ	Wykonawca przekaze Zamawiającemu licencje na systemy operacyjne dostarczanych serwerów, licencji na komponenty aplikacji, licencje bazy danych, licencje na technologie firm trzecich wspierające pracę Systemu.	Nie jest jasne co oznacza "przekazanie licencji" tj. czy Zamawiającemu chodzi o dokonanie cesji z licencji Wykonawcy, wykorzystanych w Systemie, czy też chodzi jedynie o przygotowanie listy licencji. Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 PZP, bowiem zgodnie z zasadą przejrzystości zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny.
§7 ust. 6 Umowy -	Wykonawca oświadcza, że	W czasie zagrożenia epidemicznego, który

Załącznik nr 3 do SWZ	wyraża zgodę na zaspokajanie przez Zamawiającego z Zabezpieczenia wszelkich należności powstałych w wyniku nie wykonania lub nienależytego wykonania Umowy, w szczególności kar umownych, o których mowa w Umowie	obecnie trwa, prawo zamawiającego do zaspokajania się z zabezpieczenia jest zawieszone. W okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni, zamawiający nie może potrącić kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, o której mowa w art. 15r ust. 1, z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, a także nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii. Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 3 w zw. z art. 99 ust. 4 PZP, bowiem zgodnie z zasadą proporcjonalności zamawiający nie może wprowadzać warunków, które naruszałby uczciwą konkurencję.
-----------------------	---	--

§ 9 ust. 2 Umowy - Załącznik nr 3 do SWZ	Kary umowne, o których mowa w ust. 1 lit. a - h podlegają sumowaniu	Jedno zdarzenie może powodować kilka tytułów do naliczenia kary. Sumowaniu podlegają wszystkie kary, to jest te związane z nienależytą realizacją umowy i te związane z odstąpieniem. Sąd Najwyższy w wyroku z 18 stycznia 2019 r. (III CSK 9/17) przyjął dopuszczalność kumulacji tych kar, jeśli odstąpienie dotyczy tylko niewykonanej części umowy, a kara za opóźnienie dochodzona jest wyłącznie co do wykonanej części umowy, nieobjętej odstąpieniem. Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 PZP, bowiem zgodnie z zasadą przejrzystości zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny.
--	---	---

§ 9 ust. 8 Umowy - Załącznik nr 3 do SWZ	Naliczenie kar umownych nie wyłącza możliwości dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych, do pełnej wysokości szkody. Zasada ta dotyczy wszystkich kar	Limit kar umownych wynosi 30% maksymalnego wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1 Umowy (§9 ust. 9 Umowy), ale ponad tę wartość zamawiający na prawo wytoczyć powództwo o odszkodowanie do pełnej wysokości szkody. Musi wówczas udowodnić wysokość szkody oraz związek przyczynowy między jej powstaniem a działaniem/zaniechaniem wykonawcy.
--	---	--

		Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 PZP, bowiem zgodnie z zasadą przejrzystości zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny.
--	--	---

§ 11 ust. 12 Umowy - Załącznik nr 3 do SWZ	Naruszenie przez Wykonawcę postanowień niniejszego paragrafu, uprawnia Zamawiającego do rozwiązania Umowy ze skutkiem natychmiastowym i stanowi podstawę żądania pokrycia powstałej szkody na zasadach ogólnych oraz kary umownej opisanej w § 9 ust. 1 lit. g Umowy	Naruszenie zasad ochrony informacji poufnych, w tym przez pracowników, współpracowników i podwykonawców wykonawcy, stanowi podstawę do odstąpienia od umowy za zapłatą 20% kary umownej oraz z zachowaniem prawa dochodzenia odszkodowania uzupełniającego w sądzie. Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 PZP, bowiem zgodnie z zasadą przejrzystości zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny.
§ 13 ust. 6 Umowy - Załącznik nr 3 do SWZ	Wykonawca oświadcza, że składając ofertę, a następnie zawierając Umowę, uwzględnił stan epidemii, o którym mowa w ust. 4, i wydarzenia o których mowa w ust. 5, a także regulacje prawne i ograniczenia z niego wynikające.	Klauzula siły wyższej uwzględnia, że strony zawierają umowę w stanie zagrożenia epidemicznego i w stanie wojny na Ukrainie. Okoliczności te wedle ich obecnego wpływu na możliwość realizacji umowy powinny być z góry uwzględnione w ryzyku wykonawcy. Wykonawca może się jednak powoływać na te okoliczności jako na siłę wyższą w przypadku, gdy ujawni się ich wpływ na umowę w sposób/w zakresie nieznanym w dacie zawarcia umowy. Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 PZP, bowiem zgodnie z zasadą przejrzystości zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny.

§ 14 ust. 1 Umowy -Zawinione niewykonanie Już 14-dniowe niewykonywanie/nienależyte
Załącznik nr 3 do lub rażące nienależyte wykonywanie umowy może być uznane za
SWZ wykonanie przez podstawę do odstąpienia od umowy, jeśli jest
Wykonawcę postanowień zawinione lub rażące. W przypadku odstąpienia
Umowy, po uprzednim zamawiający naliczy karę i może dochodzić
bezskutecznym wezwaniuodszkodowania do pełnej wysokości szkody.
do wykonania Umowy w Odwrotnie, wykonawca może wyłącznie
terminie nie krótszym niż otrzymać wynagrodzenie co do części
14 dni, w sposób zgodny z wykonanej (odebranej) przed odstąpieniem.
jej treścią, upoważnia Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 3
Zamawiającego do w zw. z art. 99 ust. 4 PZP, bowiem zgodnie z
odstąpienia od Umowy, w zasadą proporcjonalności zamawiający nie
trybie natychmiastowym, może wprowadzać warunków, które
z konsekwencjami naruszałaby uczciwą konkurencję.

określonymi w § 9 ust. 1 lit. g Umowy
--

§ 14 ust. 11 Umowy - Załącznik nr 3 do SWZ	Jeżeli Wykonawca odstąpi od Umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, odpowiedzialność Zamawiającego jest ograniczona wyłącznie do zwrotu udokumentowanych kosztów poniesionych przez Wykonawcę, bezpośrednio związanych z realizacją Etapów, których termin realizacji przypadają przed datą otrzymania przez Zamawiającego pisemnego zawiadomienia Wykonawcy o odstąpieniu przez niego od Umowy (w tym Etapu, w czasie realizacji którego Wykonawca odstąpił od Umowy, ale z zastrzeżeniem, zwrotu kosztów dotyczących działań/prac Wykonawcy niezbędnych do realizacji tego Etapu do czasu odstąpienia przez Wykonawcę od Umowy), do maksymalnej wysokości 100% maksymalnego wynagrodzenia brutto określonego w § 5 ust. 1 Umowy. Zwrot tych kosztów nastąpi w terminie nie dłuższym niż 30 dni od daty przedstawienia Zamawiającemu dokumentów potwierdzających poniesienie kosztów przez Wykonawcę wraz z uzasadnieniem ich poniesienia.	Wykonawca zgodnie z art. 56 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych ma prawo odstąpienia od umowy ze względu na istotne interesy twórcze np. naruszenie zakresu licencji lub praw autorskich -w takim przypadku ograniczenie odpowiedzialności Zamawiającego wyłącznie do zwrotu udokumentowanych kosztów jest niezgodne z przepisami ustawy i zasadami współżycia społecznego. Tym samym Zamawiający narusza art. 58 § 1 i § 2 w zw. z art. 415 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP.
---	--	---

przeniesienie autorskich praw majątkowych na korzystanie z Rezultatów Prac, które nie zostały wskazane w Protokole Odbioru Etapu, a które powstały po podpisaniu przez Strony Protokołu Odbioru Etapu: a. wykonanych lub dostarczonych w ramach Wdrożenia - następuje z chwilą odebrania Etapu, w którym został dostarczony dany Rezultat Prac; b. wykonanych lub dostarczonych w ramach realizacji Usług następujących w ramach Etapu Powdrożeniowego - z chwilą odbioru Usługi

Odbioru Etapu. Zatem Wykonawca powinien wymieniać w Protokole Odbioru Etapu wszelkie wykonane rezultaty, aby nie doszło do przeniesienia majątkowych praw autorskich do nich.

Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 PZP, bowiem zgodnie z zasadą przejrzystości zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny.

Wiersz 1 tabeli Za-	Termin wymagany	przez	Zgodnie z treścią słownika zamieszczonego w
łącznika nr 2b SWZ -	Zamawiającego:	maks-	SWZ zamawiający przyjął, iż „Dzień - wszędzie,

Etap I Analiza przed-	mum 10 dni od podpisa-	gdzie mowa o dniu, Strony dla uniknięcia wą-
wdrożeńiowa	nia umowy	pliwości mają na myśli dzień kalendarzowy". W konsekwencji czego, po uwzględnieniu dni wolnych i sobót faktyczny maksymalny czas na przeprowadzenie czynności wynosi 7 dni roboczych. Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 PZP, bowiem przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób niejednoznaczny ani sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.
Wiersz 2 tabeli Załącznika nr 2b do SWZ - Etap II Dostawa (sprzęt, kolokacja, łącza danych) oraz instalacja infrastruktury niezbędnej do wdrożenia, uruchomienia i zapewnienia prawidłowego działania Systemu	Maksimum 60 dni Zoadm podpisania umowy.	awiający określając termin pominął, iż faktyczne zamówienie sprzętu -serwerów, może nastąpić dopiero po przeprowadzeniu analizy powdrożeniowej, tym samym maksymalny termin wskazany przez Zamawiającego należy skrócić o 10 dni przyjętych przez Zamawiającego na przeprowadzenie Etapu I; w aktualnych warunkach gospodarczych termin 60 dni na dostawę serwerów nie jest możliwy do realizacji, a faktyczny termin należy pomniejszyć o czas przeprowadzenie Etapu I oraz kolokacji,' kolokacja w cudzym Centrum Danych wymaga zgody właściciela Centrum Danych, jego współpracy przy kolokacji i czasu na realizację, onsekwencji czego przewidziany przez Zamawiającego termin 60 dni od dnia zawarcia umowy na realizację Etapu II jest etapem nierealnym i naruszającym warunki uczciwej konkurencji. -w k Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 PZP, bowiem przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób niejednoznaczny ani sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.
Wiersz 5 tabeli Załącznika nr 2b do SWZ - Etap V Optymalizacja i produkcyjna konfiguracja Systemu	Maksimum 80 dni Pordzy podpisania umowy.	ustaleniu faktycznego terminu należy uwzględnić terminy realizacji Etapów poprzedzających tym samym faktyczny czas na realizację etapu V wynosi 6 dni, po uwzględnieniu, iż mogą one obejmować również dni wolne i sobotę -termin ten może ulec skróceniu do 4 dni roboczych, a w skrajnych przypadkach nawet dwóch dni roboczych. Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 PZP, bowiem przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób niejednoznaczny ani sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Odwołujący zarzucił także Zamawiającemu zaniechanie czynności:

1. określenia parametrów, które pozwolą na ustalenie architektury systemu, w tj.:

a) liczby licencji dla użytkowników każdego rodzaju (użytkownik, użytkownik zarządzający, administrator);

b) poziomów dostępu do danych osobowych pacjentów dla użytkownika każdego rodzaju;

c) parametrów ani kryteriów sukcesu prowadzenia testów akceptacyjnych;

d) parametrów prowadzenia testów bezpieczeństwa;

2. Zamawiający nie określił podmiotu odpowiedzialnego (Zamawiający czy Wykonawca) za uzyskanie zgody ATMAN na kolokację w Centrum Danych ATMAN

- co narusza art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, bowiem przedmiotu zamówienia nie można opisać w sposób niejednoznaczny ani w sposób, który utrudniałby uczciwą konkurencję.

Podstawowym żądaniem Odwołującego jest uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SWZ poprzez doprecyzowanie jej treści w sposób wskazany przez Odwołującego w treści odwołania.

W treści odwołania Odwołujący zawarł także następujący opis stanu prawnego: „Przepis art. 99 ust. 1 PZP wskazuje zasadę opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z którą zamawiający jest zobowiązany do opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, co oznacza, że wykonawcy nie będą mieli wątpliwości, co jest przedmiotem

zamówienia i jaki jest jego zakres. Opis przedmiotu zamówienia musi być jasny, zrozumiały, zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Brak wymagań opisujących elementy

uniemożliwia rzetelną wycenę zakresu prac i złożenie rzetelnej oferty. (...) Kolejną naczelną zasadą dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia jest zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. (...).

Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W konsekwencji fakt naruszenia przez zamawiającego art. 16 pkt 1 oraz art. 99 ust. 4 PZP wymaga tylko uprawdopodobnienia. (.). Przechodząc do przepisów normujących prawa autorskie i prawa pokrewne, należy wskazać, iż Zamawiający w § 6 ust. 10 projektowanych postanowień umowy, stanowiących Załącznik nr 3 do SWZ, przewidział, iż „Wykonawca, w zakresie w jakim będzie uznawany za twórcę danego Rezultatu Prac, zobowiązuje się, że nie będzie korzystał z ustawowego uprawnienia do wypowiedzenia/odstąpienia od umowy licencyjnej, przysługującego mu na podstawie art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych w okresie 15 lat od zawarcia niniejszej Umowy. W przypadku uznania takiego zastrzeżenia za bezskuteczne, Strony zgodnie postanawiają, że okres wypowiedzenia wynosi 15 lat liczony na koniec roku kalendarzowego.” Wskazane postanowienie umowne jest niezgodne z przepisem art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1062 ze zm.), który stanowi iż „Twórca może odstąpić od umowy lub ją wypowiedzieć ze względu na swoje istotne interesy twórcze.” W literaturze przedmiotu na tle przywołanego przepisu wskazuje się, iż „Ustawowe prawo odstąpienia lub wypowiedzenia umowy, jako regulacja o charakterze szczególnym, stanowiąca wyjątek od podstawowej zasady prawa cywilnego - pacta sunt servanda, ma na celu ochronę interesów o charakterze osobistym, zatem przysługuje wyłącznie twórcy utworu. (...) Ustawowe prawo odstąpienia lub wypowiedzenia umowy jest prawem o charakterze osobistym, zatem nie może być umownie zniesione i twórca nie może go przenieść na inną osobę. W tym zakresie przepis art. 56 PrAut stanowi ius cogens (A. Gołaszewska, w: Machała, Sarbiński, Komentarz PrAut, 2019; komentarz do art. 56; T. Targosz, w: Flisak, Komentarz PrAut, 2015; komentarz do art. 56), choć słuszną jest uwaga o jego semiimperatywnym charakterze, gdyż strony nie mogą umownie przewidzieć mniej korzystnych dla twórcy regulacji, choć mogą rozszerzyć zakres tego pojęcia, poprzez wskazanie, że twórca może odstąpić od umowy z uwagi na wystąpienie jakichkolwiek (a nie istotnych) interesów twórczych, czy dookreślić w umowie procedurę, w jakiej będzie dokonywane prawo odstąpienia (K. Gliściński, w: Michalak, Komentarz PrAut, 2019; komentarz do art. 56).” (vide: E. Ferenc-Szydełko (red.), Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz. Wyd. 4, Warszawa 2021). „Omawiany przepis, zawarty w ust. 1 komentowanego artykułu, ma - ze względu na silny związek ze sferą osobistych interesów twórcy - charakter ius cogens. Z tego względu niedopuszczalne jest nie tylko wyłączenie przyznanych nim uprawnień, ale także ich

ograniczenie, np. przez enumeratywne wskazanie przyczyn uzasadniających odstąpienie od umowy lub jej wypowiedzenie, z pominięciem innych okoliczności, które spełniają przesłankę „istotnych interesów twórczych”. Podobnie bezwzględnie obowiązujący charakter przepisu wyłącza możliwość zakreślenia granic czasowych na wykonanie przyznaných przezeń uprawnień. Tego rodzaju ograniczenia będą nieważne na podstawie art. 58 § 1 k.c. jako sprzeczne z bezwzględnie obowiązującym przepisem ustawy.” (vide: Machała Wojciech (red.), Sarbiński Rafał Marcin (red.), Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz, Opublikowano: WKP 2019). Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, stwierdzić należy, iż Zamawiający nie może umownie ograniczyć prawa przysługującego twórcy w zakresie odstąpienia od umowy lub wypowiedzenia umowy ze względu na istotne interesy twórcze, albowiem przepis art. 56 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych ma charakter bezwzględnie obowiązujący oraz semiimperatywny, a jako taki nie może być zmieniony w drodze postanowień umownych.

Powyższe dotyczy zarówno zobowiązania twórcy do niekorzystania z prawa do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy ze względu na istotne interesy twórcze w okresie 15 lat od zawarcia umowy, co de facto czyniłoby umowę niewypowiadalną z żadnego powodu przez twórcę przez okres 15 lat, jak również wydłużenia okresu wypowiedzenia do 15 lat ze skutkiem na koniec okresu wypowiedzenia.

Zaproponowane przez Zamawiającego postanowienie zawarte w § 6 ust. 10 zdaniu drugim projektowanych postanowień umowy, stanowiących Załącznik nr 3 do SWZ, jest nieprecyzyjne, jako że pomimo iż wprowadza 15-letni termin wypowiedzenia, to nie wskazuje, czy postanowienie to odnosi się do prawa do wypowiedzenia umowy przysługującego twórcy na mocy art. 56 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, czy też prawa do wypowiedzenia umowy przysługującego twórcy na mocy art. 68 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Niezależnie jednak od tego, do którego z ww. artykułów przywołanego postanowienie odnosiłoby się, wskazać należy, iż w obydwu przypadkach winno zostać uznane za niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa.

Jak już bowiem wskazano powyżej, prawo twórcy do wypowiedzenia umowy ze względu na istotne interesy twórcze nie może zostać ograniczone. Tymczasem, literalne brzmienie postanowienia zawartego przez Zamawiającego w § 6 ust. 10 zdaniu drugim projektowanych postanowień umowy, stanowiących Załącznik nr 3 do SWZ, zważywszy na początek zdania, odnoszący się bezskuteczności zastrzeżenia zawartego w zdaniu pierwszym, wskazuje, iż wolą Zamawiającego było terminowe ograniczenie wypowiedzenia, o którym mowa także w przepisie art. 56 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

Należy zatem w tym miejscu także wskazać na treść art. 68 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, zgodnie z którym, Jeżeli umowa nie stanowi inaczej, a licencji udzielono na czas nieoznaczony, twórca może ją wypowiedzieć z zachowaniem terminów umownych, a w ich braku na rok naprzód, na koniec roku kalendarzowego. Na tle przywołanego przepisu w literaturze przedmiotu wskazuje się, iż „Ustawowy termin wypowiedzenia umowy licencyjnej jest dość długi, gdyż wynosi co najmniej rok. (...) Umowa licencyjna zawarta na czas nieoznaczony może bowiem przewidywać krótszy termin jej wypowiedzenia, np. na miesiąc naprzód. Można się zastanawiać, czy strony mogą w umowie zawartej na czas nieoznaczony uzgodnić bardzo długi okres wypowiedzenia, gwarantujący jej obowiązywanie przez czas znacznie przekraczający okres wskazany w art. 68 ust. 2 PrAut. Ocena takiej klauzuli umownej powinna być dokonywana w okolicznościach konkretnej umowy. Zgodzić należy się z poglądem, że im dłuższy termin wypowiedzenia, tym mniejsze prawdopodobieństwo uznania go za skuteczny (K. Włodarska-Dziurzyńska, Problemy przy ustalaniu czasu trwania, s. 1427). (...) De lege lata wydaje się, że możliwości zawarcia niewypowiadalnej umowy licencji nie ma. Wykładnia art. 68 ust. 1 PrAut, wzmocniona ogólną zasadą prawa cywilnego o prawie jednostronnego wypowiedzenia umownych stosunków prawnych o charakterze ciągłym, temu przeczy.” (vide: E. Ferenc-Szydełko (red.), Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz. Wyd. 4, Warszawa 2021). „Uprawnienie do wypowiedzenia umowy licencyjnej zawartej na czas nieoznaczony, w oparciu o przepis art. 68 ust. 1 pr. aut., przysługuje twórcy, rozumianemu jako autor, który stworzył utwór. W umowach licencyjnych zawartych z twórcą za nieskuteczne należy uznać zasady wypowiedzenia, które naruszają art. 68 pr. aut. Dotyczy to nie tylko zakazu wyłączenia prawa wypowiedzenia umowy zawartej na czas nieoznaczony, ale także zbyt długiego okresu wypowiedzenia. Przyjmując założenie, że zasady określone w art. 68 pr. aut. mają zapewnić ochronę twórcy, uzasadnione jest stwierdzenie, że wydłużenie okresu wypowiedzenia prowadzi do pogorszenia sytuacji twórcy, ponieważ skutek w postaci rozwiązania umowy będący konsekwencją oświadczenia twórcy (tj. wypowiedzenia) następowałby później, niż to wynika z ustawy. Zatem w zakresie dotyczącym twórcy okres wypowiedzenia nie może być dłuższy niż okres obliczony w oparciu o art. 68 pr. aut. Za dopuszczalne natomiast można uznać umowne regulacje krótszego terminu wypowiedzenia, ponieważ jego skutkiem jest doprowadzenie w szybszym czasie do rozwiązania umowy

zgodnie z oświadczeniem woli twórcy.” (vide: Markiewicz Ryszard (red.), Komentarz do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, [w:] Ustawy autorskie. Komentarze. Tom I, Opublikowano: WKP 2021).

Za powyższym stanowiskiem przemawia także przepis art. 365¹ k.c., zgodnie z którym, zobowiązanie bezterminowe o charakterze ciągłym wygasa po wypowiedzeniu przez dłużnika lub wierzyciela z zachowaniem terminów umownych, ustawowych lub zwyczajowych, a w razie braku takich terminów niezwłocznie po wypowiedzeniu. W doktrynie wskazuje się, iż „zasada wypowiedalności, w każdym czasie, umowy ciągłej zawartej na czas nieoznaczony, bez konieczności podania powodów, powinna obowiązywać także na gruncie licencji.(...) Norma zakazująca wieczystego związania umową wynikająca z art. 3651 k.c. ma charakter imperatywny. Jak słusznie wskazał G. Tracz, istniała ona w polskim prawie nawet kiedy wyżej wymieniony przepis nie obowiązywał jeszcze w k.c. (zresztą, przypisanie mu opisywanego znaczenia wynika z dorobku doktryny i orzecznictwa, nie z literalnego brzmienia przepisu), należy więc uznać jej fundamentalny charakter. Z tej perspektywy nieracjonalne byłoby twierdzenie, że ustawodawca zrezygnował z hołdowania zasadzie zakazu wieczystego związania umową w stosunku do licencji. Zgodnie z powszechnym poglądem doktryny, art. 68 ust. 1 pr. aut. nie jest dyspozytywny w zakresie w jakim przewiduje możliwość wypowiedzenia licencji na czas nieoznaczony (a jedynie co do długości okresu wypowiedzenia, o czym niżej). Postanowienie umowne przewidujące niewypowiedalność licencji na czas nieoznaczony powinno być uznane za nieważne (art. 58 k.c.). Kontrowersje budzi zastrzeganie wieloletnich terminów wypowiedzenia (np. 10 lat). Mogą one prowadzić do obejścia art. 68 pr. aut. i jako takie - podlegać sankcji nieważności i być zastąpione przez ustawowy roczny termin (art. 58 k.c.) (...) rację należy przyznać K. Włodarskiej-Dziurzyńskiej, że im dłuższy okres wypowiedzenia, tym mniejsze prawdopodobieństwo uznania go za skutecznie zastrzeżony” (vide: Piotr Kaniewski, Zakres czasowy licencji prawnoautorskiej, Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego, ISSN 1644-0242, Rok XIV, nr 2/2015).

W momencie przekazania kodów źródłowych i praw nie będzie możliwa aktualizacja oprogramowania zgodnie z prawem.”

Zamawiający pismem z dnia 12 lipca 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił część zarzutów oraz wniósł o oddalenie odwołania w pozostałej części, jak również przedstawił argumentację na poparcie złożonego wniosku.

Pismem z dnia 12 lipca 2022 r. Odwołujący złożył replikę na odpowiedź

Zamawiającego na odwołanie. Odwołujący oświadczył, że podtrzymuje zarzuty podniesione w odwołaniu w całości. Jednocześnie Odwołujący podniósł, że „(.) Zamawiający częściowo zmienił SWZ w zakresie objętym zaskarżeniem, co jednak w ocenie Odwołującego nie odnosi skutku ani w postaci uwzględnienia któregośkolwiek z zarzutów odwołania, ani również upadku któregośkolwiek z zarzutów objętych odwołaniem na skutek zmiany SWZ. (.)”.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność Zamawiającego.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Odwołującego zgłosił Wykonawca pTAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba ustaliła następujące okoliczności stanu faktycznego jako istotne.

Izba ustaliła, że okoliczności stanu faktycznego, tj. zapisy SWZ oraz załączników do niej stanowiące podstawę faktyczną podniesionych zarzutów, przytoczone w treści odwołania, odpowiadają ich rzeczywistemu brzmieniu, stąd też w ocenie Izby niecelowym jest ponowne ich przytaczanie - zostaną omówione w dalszej części uzasadnienia.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron Odwołujący złożył przedstawione do protokołu rozprawy oświadczenie, zgodnie z którym cofa zarzuty odwołania w zakresie, w jakim ich podstawę faktyczną stanowią:

- pkt 5.1 litera c wymagania jakościowe zał. nr 1 do SWZ;
- pkt 5.1 litera d wymagania jakościowe zał. nr 1 do SWZ;
- pkt 6.2 litera h wymagania funkcjonalne zał. nr 1 do SWZ;
- pkt 7.1 litera e system eCRF zał. nr 1 do SWZ;
- pkt 9.1 litera c i p zdanie 1 zał. nr 1 do SWZ;
- pkt 12.1 opis przebieg wdrożenia i harmonogram zał. nr 1 do SWZ;
- §1 ust. 21 umowy zał. nr 3 do SWZ;
- §6 ust. 4 umowy zał. nr 3 do SWZ;
- §6 ust. 12 umowy zał. nr 3 do SWZ;
- §6 ust. 21 i 22 umowy zał. nr 3 do SWZ;
- §9 ust. 2 umowy zał. nr 3 do SWZ;
- §9 ust. 8 umowy zał. nr 3 do SWZ;
- §11 ust. 12 umowy zał. nr 3 do SWZ;
- §14 ust. 1 umowy zał. nr 3 do SWZ;

Odwołujący oświadczył, że w pozostałym zakresie podtrzymuje zarzuty odwołania.

Z uwagi powyższe oświadczenie Odwołującego Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie, w jakim Odwołujący wycofał zarzuty odwołania - na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutów które nie zostały wycofane Izba uznała, co następuje.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 16 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie postanowień umownych, które prowadzą do naruszenia zasady uczciwej konkurencji w zakresie, w jakim podstawę faktyczną tego zarzutu stanowi postanowienie § 6 ust. 10 Umowy - załącznik nr 3 do SWZ.

Zgodnie z § 6 ust. 10 Umowy - załącznik nr 3 do SWZ Wykonawca, w zakresie w jakim będzie uznawany za twórcę danego Rezultatu Prac, zobowiązuje się, że nie będzie korzystał z ustawowego uprawnienia do wypowiedzenia/odstąpienia od umowy licencyjnej, przysługującego mu na podstawie art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych w okresie 15 lat od zawarcia niniejszej Umowy. W przypadku uznania takiego zastrzeżenia za bezskuteczne, Strony zgodnie postanawiają, że okres wy-

powiedzenia wynosi 15 lat liczony na koniec roku kalendarzowego.

Zgodnie z przepisem art. 56 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych twórca może odstąpić od umowy lub ją wypowiedzieć ze względu na swoje istotne interesy twórcze. Powyższy przepis przewiduje możliwość odstąpienia od umowy lub jej wypowiedzenia w szczególnych okolicznościach - z uwagi na istotne interesy twórcze twórcy.

W ocenie składu orzekającego postanowienie § 6 ust. 10 Umowy - załącznik nr 3 do SWZ prowadzi w istocie do obejścia stosowania przepisu art. 56 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Tymczasem, jak słusznie podniósł Odwołujący, ww. przepis ma charakter normy prawnej bezwzględnie wiążącej i wynikające z niego uprawnienie nie może zostać wyłączone postanowieniami umownymi ustalonymi przez Zamawiającego. Zobowiązanie do niewykonywania uprawnienia, o którym mowa w przepisie art. 56 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych stanowi jego umowne wyłączenie, natomiast istotnym ograniczeniem tego prawa jest ustalenie przez Zamawiającego piętnastoletniego okresu wypowiedzenia na wypadek uznania za bezskuteczne zastrzeżenia zobowiązującego wykonawców do niekorzystania z uprawnienia, o którym mowa w art. 56 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Zarówno jedno, jak i drugie rozwiązanie czyni uprawnienie przewidziane w przepisie art. 56 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych iluzorycznym i godzi w zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 16 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym Izba uznała postanowienie § 6 ust. 10 Umowy - załącznik nr 3 do SWZ za naruszające przepisy ustawy Pzp i nakazała Zamawiającemu usunięcie lub zmianę przedmiotowego postanowienia umowy w taki sposób, by postanowienie w nowo ustalonym brzmieniu uwzględniało treść art. 56 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych i zapewniało wykonawcom ubiegającym się o uzyskanie zamówienia możliwość skorzystania z uprawnienia, o którym mowa w ww. przepisie.

Izba uznała za zasługujący na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 58 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz z art. 431 ustawy Pzp poprzez sformułowanie postanowienia § 6 ust. 27 Umowy stanowiącej załącznik nr 3 do SWZ w sposób prowadzący do zezwolenia na dalsze naruszanie prawa przez okres jednego roku.

Zgodnie z § 6 ust. 27 Umowy stanowiącej załącznik nr 3 do SWZ, wykonawca może wypowiedzieć licencję w przypadku, w którym Zamawiający przekroczy warunki udzielonej licencji i naruszy autorskie prawa majątkowe przysługujące Wykonawcy oraz nie zaniecha ich naruszenia mimo wezwania Wykonawcy i wyznaczenia mu w tym celu odpowiedniego terminu, nie krótszego niż 30 dni. Wezwanie musi być wystosowane w formie pisemnej pod rygorem nieważności i musi zawierać wyraźne zastrzeżenie, że Wykonawca będzie uprawniony do wypowiedzenia licencji w przypadku niezaprzestania dopuszczania się przez Zamawiającego wyraźnie i precyzyjnie wymienionych naruszeń. W przypadku wypowiedzenia licencji z tej przyczyny termin wypowiedzenia licencji wynosi 1 (słownie: jeden) rok, ze skutkiem na koniec roku kalendarzowego. W okresie wypowiedzenia Zamawiający nie jest uprawniony do naruszania warunków licencji. Obowiązkiem Wykonawcy jest transfer wiedzy i know-how do Zamawiającego w taki sposób, aby wyznaczony Zamawiający po zakończeniu wdrożenia Systemu Teleinformatycznego PSBK mógł osiągnąć umiejętności i wiedzę pozwalające na jego samodzielną obsługę.

W ocenie Izby ww. postanowienie umowy w sposób nieuprawniony ustanawia nadmierny okres wypowiedzenia licencji wynoszący jeden rok w przypadku wypowiedzenia umowy przez Wykonawcę z uwagi na przekroczenie przez Zamawiającego warunków udzielonej licencji i naruszenia autorskich praw majątkowych przysługujących Wykonawcy przy jednoczesnym braku trwania ich naruszenia mimo wezwania Wykonawcy. Uprawnienie do wypowiedzenia licencji przysługujące Wykonawcy na mocy § 6 ust. 27 Umowy ma szczególny charakter i Wykonawca może z niego skorzystać w ściśle określonych okolicznościach, które źródło mają w przekroczeniu warunków udzielonej licencji przez Zamawiającego oraz naruszeniu autorskich praw majątkowych przysługujących wykonawcy. Stąd też Izba uznała, że ustanowienie okresu wypowiedzenia trwającego rok w okolicznościach warunkujących możliwość wypowiedzenia licencji opisanych w § 6 ust. 27 wzoru Umowy może prowadzić do dalszych naruszeń trwających w okresie wypowiedzenia - tym samym postanowienie o takiej treści narusza zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 16 pkt 3 ustawy Pzp. W tym miejscu należy wskazać, że Izba nie jest związana podstawą prawną przypisaną szczegółowo opisanym okolicznościom faktycznym przez Odwołującego.

Skład orzekający zwrócił uwagę na fakt, że Zamawiający nie wykazał, by tego rodzaju postanowienie ustanawiające roczny okres wypowiedzenia w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy było uzasadnione np. względami interesu społecznego lub obiektywnymi potrzebami Zamawiającego - zwłaszcza w sytuacji, gdy jak wskazał sam Zamawiający: nie zakłada on, że może w ogóle zaistnieć przypadek nadzwyczajny opisany w przywołanym postanowieniu umownym. Tym samym Izba uznała postanowienie § 6 ust. 27 Umowy - za-

łącznik nr 3 do SWZ za naruszające przepisy ustawy Pzp i nakazała Zamawiającemu zmianę postanowienia w sposób prowadzący do wyeliminowania opisanej powyżej niezgodności z przepisami prawa.

Izba uznała za zasadny i uwzględniła zarzut naruszenia art. 16 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niejasne opisanie przedmiotu zamówienia - w zakresie, w jakim podstawą faktyczną zarzutu jest postanowienie § 6 ust. 28 Umowy stanowiącej załącznik nr 3 do SWZ.

Zgodnie z postanowieniem § 6 ust. 28 Umowy stanowiącej załącznik nr 3 do SWZ wykonawca przekaże Zamawiającemu licencje na systemy operacyjne dostarczanych serwerów, licencji na komponenty aplikacji, licencje bazy danych, licencje na technologie firm trzecich wspierające pracę Systemu.

Izba uznała za słuszne stanowisko wyrażone przez Odwołującego, który podniósł, że nie jest jasnym, co oznacza zwrot „przekazanie licencji”. W ocenie Odwołującego możliwe są dwa rozumienia tego zwrotu oraz momentu „przekazania licencji”: dokonanie cesji z licencji

Wykonawcy wykorzystanych w Systemie oraz przygotowanie listy licencji. Wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego w ramach odpowiedzi na odwołanie, odnoszące się do wykładni zwrotu „przekazanie licencji”, powinny zostać uwzględnione w treści dokumentacji postępowania.

Tym samym, mając na uwadze niejednoznaczność zastosowanego przez Zamawiającego sformułowania „przekazanie licencji”, brak jego zdefiniowania w dokumentacji postępowania oraz wobec mnogości możliwych znaczeń, jakie mogą zostać do niego przypisane w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy, Izba uznała, że postanowienie § 6 ust. 28 Umowy stanowiącej załącznik nr 3 do SWZ w zakresie, w jakim posługuje się niejednoznacznym pojęciem „przekazania licencji” narusza zasadę przejrzystości wyrażoną w przepisie art. 16 pkt 2 ustawy Pzp i nakazała Zamawiającemu zmianę przedmiotowego postanowienia umowy poprzez jednoznaczne zdefiniowanie sformułowania „przekazanie licencji”.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 16 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie niezgodnych z zasadą proporcjonalności postanowień umownych w zakresie, w jakim podstawą faktyczną tego zarzutu jest postanowienie § 7 ust. 6 Umowy - Załącznik nr 3 do SWZ.

Zgodnie z postanowieniem § 7 ust. 6 Umowy - Załącznik nr 3 do SWZ wykonawca oświadcza, że wyraża zgodę na zaspokajanie przez Zamawiającego z Zabezpieczenia wszelkich należności powstałych w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy, w szczególności kar umownych, o których mowa w Umowie.

W ocenie Izby słusznie podniósł Odwołujący, że w czasie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni, zamawiający nie może potrącić kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, o której mowa w art. 15r ust. 1, z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, a także nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii.

Zgodnie z przepisem art. 15 r¹ ust. 1 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych, w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni, zamawiający nie może potrącić kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, o której mowa w art. 15r ust. 1, z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, a także nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii.

W ocenie składu orzekającego postanowienie § 7 ust. 6 Umowy - Załącznika nr 3 do SWZ jest sprzeczne z przepisem art. 15 r¹ ust. 1 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych. Tymczasem Zamawiający nie może wprowadzać do projektu umowy postanowień będących w sprzeczności

z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa.

W ocenie Izby deklaracja Zamawiającego wyrażona w odpowiedzi na odwołanie w przedmiocie tego, że Zamawiający będzie respektował przepisy ww. ustawy powinna zostać zastąpiona prawidłowym postanowieniem umownym uwzględniającym brzmienie przepisu art. 15 r¹ ust. 1 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych. Mając na uwadze powyższe Izba uwzględniła omawiany zarzut i nakazała Zamawiającemu usunięcie przedmiotowego postanowienia umowy lub jego zmianę poprzez dostosowanie go do obowiązujących przepisów - ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych.

W pozostałym zakresie Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania stwierdzając, co następuje.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 16 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1

ustawy Pzp poprzez niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim podstawą faktyczną zarzutu jest nazwa przedmiotu zamówienia, Izba stwierdziła, że zarzut ten jest niezasadny i nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak słusznie wskazał Zamawiający, nazwa przedmiotu zamówienia stanowiąca nazwę skróconą w sposób jednoznaczny określa przedmiot zamówienia wskazując na główne jego elementy: dostawę, instalację i wdrożenie Systemu Teleinformatycznego PSBK. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, że po przeprowadzeniu konsultacji rynkowych stwierdził, że istnieją na rynku dostawcy, którzy są w stanie dostarczyć Zamawiającemu przedmiot zamówienia odpowiadający jego potrzebom, w związku z czym Zamawiający nie wymaga wybudowania systemu, lecz dostarczenia gotowego rozwiązania, które jest już dostępne na rynku.

W tym miejscu dostrzeżenia wymaga, że nazwa nadana postępowaniu przez Zamawiającego nie definiuje przedmiotu zamówienia w sposób, który przesądzałby jego zakres. Kluczowym dokumentem w tym zakresie jest sporządzony przez Zamawiającego Opis przedmiotu zamówienia, który zawiera szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wskazany skróto w nazwie, jaką Zamawiający określił postępowanie o udzielenie zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 16 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim podstawą faktyczną zarzutu jest postanowienie oznaczone numerem 2.1. Definicje - Załącznik nr 1 do SWZ „Czas naprawy”, Izba stwierdziła, że zarzut ten jest niezasadny i nie zasługuje na uwzględnienie.

W zaskarżonej jednostce redakcyjnej Zamawiający zdefiniował Czas Naprawy jako czas, jaki upłynął od pierwszego kontaktu z Zamawiającym w sprawie zgłoszenia Wady do przywrócenia bezbłędnej pracy w środowisku produkcyjnym.

W punkcie 9.2. lit. j Załącznika nr 1 do SWZ Zamawiający wskazał, że „Za przyjęte uznaje się zgłoszenie, któremu nadano odpowiedni, unikalny numer zlecenia serwisowego przez Zamawiającego. W przypadku braku otrzymania potwierdzenia przyjęcia zgłoszenia wysłanego drogą elektroniczną, Zamawiający zobowiązany jest do przekazania zgłoszenia telefonicznie. Powtórne telefoniczne zgłoszenie uważa się za przyjęte w momencie tej rozmowy telefonicznej”.

W ocenie Izby Zamawiający słusznie wskazał, że „Procedura jest opisana w sposób jednoznaczny, Zamawiający nie wskazuje, że czas przeznaczony na naprawę jest liczony od próby pierwszego kontaktu a od pierwszego kontaktu, tj. otrzymania informacji zwrotnej w przypadku drogi elektronicznej lub zakończenia rozmowy telefonicznej. W związku z tym nie istnieje rozbieżność czasowa pomiędzy „pierwszym kontaktem” a zgłoszeniem”.

Skład orzekający uznał, że zastosowane przez Zamawiającego określenie „czasu naprawy” w zakresie rozumienia pojęcia „kontakt” jest jednoznaczne i zrozumiałe w kontekście dalszych przywołanych przez Odwołującego postanowień SWZ. Ponadto Zamawiający słusznie przyjął, że sformułowanie „kontakt” sprowadza się do nawiązania

porozumienia, a nie do jednostronnej czynności podjętej przez Zamawiającego. W tym kontekście w ocenie Izby „kontakt” jest jednoznaczny z potwierdzeniem (otrzymaniem informacji zwrotnej w przypadku korespondencji elektronicznej) lub momentem rozmowy telefonicznej - tzn. z przyjętym zgłoszeniem.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim podstawą faktyczną zarzutu jest postanowienie oznaczone numerem 5.1 lit. a Wymagania jakościowe Załącznik nr 1 do SWZ w zakresie, w jakim Zamawiający nie doprecyzował sformułowania „bez widocznych opóźnień”, Izba stwierdziła, że zarzut ten jest niezasadny i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba przyjęła za słuszne stanowisko Zamawiającego, który wskazał, że sformułowanie „bez zauważalnych opóźnień” odnosi się do responsywności i płynności działania systemu - oznacza działanie systemu, które nie powoduje dyskomfortu i zauważalnej różnicy w czasie otrzymywania odpowiedzi. Izba uznała za trafne stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym na obecnym etapie nie jest możliwe oszacowanie wartości procentowych czy sekundowych w odniesieniu do opóźnień, ponieważ Zamawiający nie dysponuje takimi danymi. W tym miejscu należy dostrzec, że także Odwołujący nie wskazał dokładnych jednostek, jakie mogłyby zostać wprowadzone przez Zamawiającego w celu doprecyzowania kwestionowanego sformułowania.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim podstawą faktyczną zarzutu jest postanowienie oznaczone numerem 5.1. lit. e [właściwie 5.2 lit. e) - przyp.] Wymagania jakościowe Załącznik nr 1 do SWZ w odniesieniu do rozmiaru marginesów, Izba stwierdziła, że zarzut ten jest niezasadny i nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba w tym zakresie przyjęła za trafne stanowisko Zamawiającego, który wskazał, że kwestionowane wymagania są pochodną wymagań zawartych w wytycznych WCAG 2.1., z którymi System PSBK musi być zgodny - zaś wymaganie dotyczące optymalnego rozmiaru marginesów po lewej i prawej stronie ekranu należy rozumieć przez pryzmat celów WCAG 2.1.

Wobec argumentu Zamawiającego odnoszącego się do twierdzenia, że ustalenie zakresu marginesów poprzez wskazanie ich rozmiaru w milimetrach, czego żąda Odwołujący, prowadziłoby do ograniczenia dostępności do prezentowanych treści w zależności od przekątnej wyświetlacza, a także wobec braku twierdzeń i dowodów przeciwnych ze strony Odwołującego Izba uznała, że omawiany zarzut podlega oddaleniu.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję w zakresie, w jakim podstawą faktyczną zarzutu jest postanowienie oznaczone numerem 10.1 Licencje - załącznik nr 1 do SWZ w odniesieniu do wymogu dostarczenia pełnego zestawu licencji.

W pierwszej kolejności Izba wzięła pod uwagę, że Odwołujący nie wykazał, a nawet nie podjął próby wykazania, że kwestionowane przez niego postanowienie prowadzi do ograniczenia konkurencji i preferowania konkretnych wykonawców. Odwołujący w tym zakresie ograniczył się do twierdzenia, że naruszenie zasady uczciwej konkurencji wyraża

się w ograniczeniu dostępności zamówienia do wykonawcy bazującego „w zasadzie na licencjach open source Linux”. Odwołujący nie tylko nie próbował wykazać swojego twierdzenia, ale nawet sformułował je w sposób pozbawiony kategoryczności posługując się sformułowaniem „w zasadzie”.

Dodatkowo Izba wzięła pod uwagę obiektywne potrzeby, na które powołał się Zamawiający wskazując, że „(.) nie może zakupić Systemu stworzonego w oparciu o licencje na czas określony, ponieważ wiąże się to z ryzykiem utraty ciągłości działania systemu, utraty części funkcjonalności oraz związałby Zamawiającego z konkretnym Wykonawcą.”

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję w zakresie, w jakim podstawą faktyczną zarzutu jest postanowienie oznaczone numerem 12.4 Etap II lit. a-h - Testy poprawności systemu - załącznik nr 1 do SWZ, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się i nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z punktem 12.2 lit. f) OPZ stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, wdrożenie

Systemu ma poprzedzać przygotowanie przez Wykonawcę, we współpracy z Zamawiającym, analizy przedwdrożeniowej dla Systemu teleinformatycznego PSBK. W ramach realizacji niniejszego etapu Wykonawca dostarczy Zamawiającemu m.in: Projekt testowania Systemu, w tym scenariusze testowe.

Mając na uwadze powyższe zapisy opisu przedmiotu zamówienia Izba uznała, że nie znalazł potwierdzenia omawiany zarzut, tzn. brak jest podstaw do stwierdzenia, że wymagania dotyczące testów naruszają zasady uczciwej konkurencji, ponieważ dają Zamawiającemu pełną dowolność. Zamawiający zapewnił Wykonawcy możliwość wpływania na projekt testowania systemu, w tym scenariusze testowe ustalając, że to Wykonawca je przygotowuje we współpracy z Zamawiającym. Niezrozumiały jest zatem zarzut podniesiony przez Odwołującego w zakresie ogólnego określenia wymagań dotyczących przeprowadzania testów w okolicznościach, gdy to Wykonawca we współpracy z Zamawiającym będzie przygotowywał projekt testowania Systemu.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję w zakresie, w jakim podstawą faktyczną zarzutu jest postanowienie oznaczone numerem 12.4 Etap II lit. i) - Testy poprawności systemu - załącznik nr 1 do SWZ.

W pierwszej kolejności należy raz jeszcze podkreślić, że projekt testowania Systemu zgodnie z zapisami OPZ został przygotowany przez Wykonawcę we współpracy z Zamawiającym. Stąd też ww. zarzut mający za podstawę faktyczną postanowienie oznaczone numerem 12.4 Etap II lit. i) - Testy poprawności systemu - załącznik nr 1 do SWZ nie zasługuje na uwzględnienie z przyczyn wskazanych w części argumentacyjnej odnoszącej się do nieuwzględnienia tego samego zarzutu w zakresie, w jakim jego podstawą faktyczną jest postanowienie oznaczone numerem 12.4 Etap II lit. a-h - Testy poprawności systemu - załącznik nr 1 do SWZ.

Dodatkowo Izba zwróciła uwagę na fakt, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że zmodyfikował wymagania dokumentacji postępowania dodając postanowienie, zgodnie z którym „Zamawiający poprzez przeprowadzenie testów bezpieczeństwa zamierza określić parametry: autentykacji, autoryzacji, integralności oraz poufności”.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny w zakresie, w jakim podstawą faktyczną zarzutu jest postanowienie oznaczone numerem 12.6 Etap V - optymalizacja i produkcyjna konfiguracja Systemu - Załącznik nr 1 do SWZ.

Zgodnie z kwestionowanym zapisem wykonawca jest zobowiązany do uwzględnienia w opracowaniu wszelkich uwag przedłożonych przez Zamawiającego w okresie realizacji przedmiotowego Etapu. Po odebraniu Systemu, Zamawiający, będzie miał prawo do wykorzystywania Systemu na platformie testowej do testowania np. nowych rozwiązań, aktualizacji, szkolenia nowych użytkowników.

Odwołujący w treści odwołania wskazał, że Zamawiający zobowiązuje wykonawcę do uwzględnienia „wszelkich uwag” co jest wymaganiem bardzo szerokim i niejasnym, dlatego winno być ograniczone do uwag możliwych do uwzględnienia i niewykraczających poza DQ.

W ocenie składu orzekającego Zamawiający słusznie podniósł, że kwestionowany zapis dotyczy wdrażania uwag Zamawiającego w odniesieniu do realizacji przedmiotu zamówienia. Oczywiście jest zatem, że uwagi Zamawiającego nie mogą naruszać prawa, jak również nie mogą być sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

Izba uznała, że zarzut podniesiony przez Odwołującego w omawianym zakresie ma charakter wysoce spekulacyjny. Nie zostało wykazane, by kwestionowane postanowienie OPZ mogło umożliwiać Zamawiającemu zgłaszanie i skuteczne egzekwowanie uwzględnienia uwag wykraczających poza zakres zamówienia.

Izba uznała za niezasługujący na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 16 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny w zakresie, w jakim podstawą faktyczną zarzutu jest postanowienie § 1 ust. 35 Umowy stanowiącej załącznik nr 3 do SWZ.

Zgodnie z kwestionowanym postanowieniem system zarządzania treścią - oprogramowanie pozwalające na łatwe utworzenie i prowadzenie serwisu WWW, a także jego późniejszą aktualizację i rozbudowę, również przez redakcyjny personel nietechniczny.

Zgodnie z punktem 2.1. OPZ stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ system zarządzania treścią - oprogramowanie pozwalające na łatwe utworzenie i prowadzenie serwisu WWW, a także jego późniejszą aktualizację i rozbudowę, również przez redakcyjny personel nietechniczny.

Izba ustaliła, że definicja Systemu zarządzania treścią o tożsamym brzmieniu została przez Zamawiającego umieszczona zarówno w projektowanych postanowieniach umowy, jak również w opisie przedmiotu zamówienia. W tym miejscu należy podkreślić, że opis przedmiotu zamówienia stanowi integralną część umowy.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że omawiany zarzut nie znalazł potwierdzenia. Brak jest podstaw do uznania, że kwestionowane przez Odwołującego w granicach zarzutu postanowienia są niejasne lub naruszają zasadę przejrzystości wskazaną w przepisie art. 16 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba uznała za niezastępujący na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 16 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nie-jednoznaczny w zakresie, w jakim podstawą faktyczną zarzutu jest postanowienie § 4 ust. 11 Umowy stanowiącej załącznik nr 3 do SWZ.

Odwołujący formułując ww. zarzut wskazał, co następuje:

W związku z zakazem dokonywania płatności na rzecz podmiotów powiązanych z Rosją, wykonawcy muszą składać deklaracje o braku takich powiązań przez nich samych, jak również w stosunku do podmiotów, którymi się posługują. Stan braku powiązań badany na etapie przetargu musi być utrzymywany przez cały okres realizacji umowy. Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 PZP, bowiem zgodnie z zasadą przejrzystości zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny.

W tym miejscu należy wskazać, że treść podnoszonego w odwołaniu zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania, lecz opiera się również na okolicznościach faktycznych opisanych w zaprezentowanej przez Odwołującego argumentacji. Istotnym jest, że zarzut podnoszony w odwołaniu powinien wyrażać zastrzeżenia Odwołującego w stosunku do dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań. Powyższe oznacza obowiązek sformułowania w treści odwołania przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postawionego zarzutu, a nie jedynie wskazanie kwestionowanej czynności lub zaniechania Zamawiającego i podstawy prawnej. Odwołanie powinno konkretyzować podniesiony zarzut, a zatem musi zawierać precyzyjne określenie zastrzeżeń, a także wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają wyrażone w treści odwołania zastrzeżenia. O treści zarzutu decyduje podstawa faktyczna podana przez odwołującego oraz wskazane przez niego okoliczności. Dostrzeżenia wymaga konieczność ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść.

W ocenie Izby Odwołujący w granicach omawianego zarzutu nie wyraził zastrzeżeń, jakie ma w stosunku do kwestionowanego postanowienia Umowy, jak również nie podjął nawet próby wykazania, że kwestionowany przez niego zapis narusza zasadę przejrzystości lub czyni opis przedmiotu zamówienia niejednoznacznym. W konsekwencji Odwołujący postawił zarzut w sposób wadliwy, niejasny i uniemożliwiający jego rozpoznanie. W tym miejscu wymaga dostrzeżenia, że ewentualne twierdzenia podnoszone np. na rozprawie, odczytywane przez pryzmat uzasadnienia prawnego i faktycznego zawartego w odwołaniu, należy uznać za spóźnione i wykraczające poza podstawy faktyczne zarzutu. Tym samym Izba uznała, że omawiany zarzut podlega oddaleniu.

Izba uznała za niezastępujący na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 16 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nie-jednoznaczny w zakresie, w jakim podstawą faktyczną zarzutu jest postanowienie § 13 ust. 6 Umowy stanowiącej załącznik nr 3 do SWZ.

Odwołujący w granicach omawianego zarzutu wskazał, że klauzula siły wyższej uwzględnia, że strony zawierają umowę w stanie zagrożenia epidemicznego i w stanie wojny na Ukrainie. Okoliczności te wedle ich obecnego wpływu na możliwość realizacji umowy powinny być z góry uwzględnione w ryzyku wykonawcy. Wykonawca może się jednak powoływać na te okoliczności jako na siłę wyższą w przypadku, gdy ujawni się ich wpływ na umowę w sposób/w zakresie nieznanym w dacie zawarcia umowy. Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 PZP, bowiem zgodnie z zasadą przejrzystości zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny.

W ocenie Izby Zamawiający słusznie wskazał, że Odwołujący nie sformułował zarzu-

tu, a jedynie opisał postanowienie umowne. Nie wskazał, w czym upatruje naruszenia przywołanego przepisu.

Skład orzekający uznał, że zarzut ten podlega oddaleniu z uwagi na argumentację przytoczoną powyżej w odniesieniu do oddalenia zarzutu opartego na tej samej podstawie prawnej w zakresie, w jakim podstawą faktyczną zarzutu jest postanowienie § 4 ust. 11 Umowy stanowiącej załącznik nr 3 do SWZ.

Izba uznała, że oddaleniu podlega zarzut naruszenia art. 58 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 415 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie, w jakim podstawą faktyczną zarzutu jest postanowienie § 14 ust. 11 Umowy stanowiącej załącznik nr 3 do SWZ.

Odwołujący w granicach omawianego zarzutu wskazał, że Wykonawca zgodnie z art. 56 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych ma prawo odstąpienia od umowy ze względu na istotne interesy twórcze np. naruszenie zakresu licencji lub praw autorskich - w takim przypadku ograniczenie odpowiedzialności Zamawiającego wyłącznie do zwrotu udokumentowanych kosztów jest niezgodne z przepisami ustawy i zasadami współżycia społecznego. Tym samym Zamawiający narusza art. 58 § 1 i §2 w zw. z art. 415 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 PZP.

W ocenie Izby Zamawiający słusznie wskazał, że Odwołujący nie sformułował zarzutu, a jedynie opisał postanowienie umowne. Nie wskazał, w czym upatruje naruszenia przywołanego przepisu.

Skład orzekający uznał, że zarzut ten podlega oddaleniu z uwagi na argumentację przytoczoną powyżej w odniesieniu do oddalenia zarzutu opartego na naruszeniu art. 16 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zakresie, w jakim podstawą faktyczną zarzutu jest postanowienie § 4 ust. 11 Umowy stanowiącej załącznik nr 3 do SWZ.

Podkreślenia wymaga, że zgodnie z brzmieniem przepisu art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że Izba nie może zastępować Odwołującego w zakresie formułowania zarzutu, który został przez Odwołującego podniesiony w sposób niezrozumiały i uniemożliwiający jego rozpoznanie.

Izba uznała, że oddaleniu podlega zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zakresie, w jakim podstawą faktyczną zarzutu jest wiersz 1 tabeli Załącznika nr 2b do SWZ - Etap I Analiza przedwdrożeniowa.

Odwołujący w granicach omawianego zarzutu wskazał, że zgodnie z treścią słownika zamieszczonego w SWZ zamawiający przyjął, iż „Dzień - wszędzie, gdzie mowa o dniu, Strony dla uniknięcia wątpliwości mają na myśli dzień kalendarzowy”. W konsekwencji czego, po uwzględnieniu dni wolnych i sobót faktyczny maksymalny czas na przeprowadzenie czynności wynosi 7 dni roboczych. Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 PZP, bowiem przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób niejednoznaczny ani sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał w granicach podniesionego zarzutu w jaki sposób ustanowiony przez Zamawiającego, a kwestionowany w ramach podniesionego zarzutu, termin prowadzi do naruszenia wskazanych przepisów. Odwołujący ograniczył się w tym zakresie do wskazania, że faktyczny termin na przeprowadzenie czynności (po uwzględnieniu dni wolnych od pracy oraz sobót) wynosi 7 dni roboczych. Brak jest jednak zastrzeżenia, jakie Odwołujący wiąże z ustalonym przez Zamawiającego terminem.

Raz jeszcze należy przypomnieć, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że Izba nie może zastępować Odwołującego w zakresie formułowania zarzutu, który został przez Odwołującego podniesiony w sposób niezrozumiały i uniemożliwiający jego rozpoznanie. Tymczasem z podniesionego przez Odwołującego zarzutu nie wynika dlaczego i w jaki sposób kwestionowany przez niego termin jest niejednoznaczny i może utrudniać uczciwą konkurencję.

Izba uznała, że oddaleniu podlega zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zakresie, w jakim podstawą faktyczną zarzutu jest wiersz 2 tabeli Załącznika nr 2b do SWZ - Etap II Dostawa (sprzęt, kolokacja, łącza danych) oraz instalacja infrastruktury niezbędnej do wdrożenia, uruchomienia i zapewnienia prawidłowego

działania systemu.

Odwołujący w granicach omawianego zarzutu wskazał, że Zamawiający określając termin pominął, iż

a) faktyczne zamówienie sprzętu - serwerów, może nastąpić dopiero po przeprowadzeniu analizy powdrożeniowej, tym samym maksymalny termin wskazany przez Zamawiającego należy skrócić o 10 dni przyjętych przez Zamawiającego na przeprowadzenie Etapu I;

b) w aktualnych warunkach gospodarczych termin 60 dni na dostawę serwerów nie jest możliwy do realizacji, a faktyczny termin należy pomniejszyć o czas przeprowadzenie Etapu I oraz kolokacji;

c) kolokacja w cudzym Centrum Danych wymaga zgody właściciela Centrum Danych, jego współpracy przy kolokacji i czasu na realizację,

-w konsekwencji czego przewidziany przez Zamawiającego termin 60 dni od dnia zawarcia umowy na realizację Etapu II jest etapem nierealnym i naruszającym warunki uczciwej konkurencji. Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 PZP, bowiem przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób niejednoznaczny ani sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z przepisem art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

W ocenie Izby Odwołujący nie sprostął ciążącemu na nim obowiązкови dowodowemu w zakresie wykazania, że kwestionowany przez niego termin wymagany na realizację etapu II ustalony przez Zamawiającego jako termin sześćdziesięciodniowy, jest nierealny. Przytoczone przez Odwołującego twierdzenia oraz złożone na ich poparcie dowody w postaci wydruków ze stron internetowych oraz korespondencji własnej Odwołującego w ocenie Izby nie przeczą temu, by Etap II mógł zostać zrealizowany w ustalonym przez Zamawiającego terminie 60 dni.

Ponadto Izba wzięła pod uwagę fakt, że Zamawiający dokonał modyfikacji kwestionowanych przez Odwołującego zapisów w sposób pozwalający Wykonawcy na wprowadzenie własnego Szczegółowego Harmonogramu dla poszczególnych etapów z tym zastrzeżeniem, że odbiór końcowy musi się odbyć najpóźniej dziewięćdziesiątego dnia kalendarzowego od dnia podpisania umowy.

Izba uznała, że oddaleniu podlega zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zakresie, w jakim podstawą faktyczną zarzutu jest wiersz 5 tabeli Załącznika nr 2b do SWZ - Etap V Optymalizacja i produkcyjna konfiguracja Systemu.

Odwołujący w granicach omawianego zarzutu wskazał, że Przy ustaleniu faktycznego terminu należy uwzględnić terminy realizacji Etapów poprzedzających tym samym faktyczny czas na realizację etapu V wynosi 6 dni, po uwzględnieniu, iż mogą one obejmować również dni wolne i sobotę - termin ten może ulec skróceniu do 4 dni roboczych, a w skrajnych przypadkach nawet dwóch dni roboczych.

Tym samym Zamawiający narusza art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 PZP, bowiem przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób niejednoznaczny ani sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W ocenie składu orzekającego Odwołujący nie wykazał w granicach podniesionego zarzutu zastrzeżeń, jakie podnosi w stosunku do ustanowionego przez Zamawiającego, a kwestionowanego w ramach podniesionego zarzutu terminu realizacji Etapu V. Odwołujący ograniczył się do w tym zakresie do stwierdzenia, że przy ustalaniu faktycznego terminu należy uwzględnić terminy realizacji poprzedzających etapów, co finalnie powoduje, że faktyczny termin na realizację Etapu V wynosi 7 dni roboczych, a nawet 4 dni. Odwołujący nie wskazał jednak, w jaki sposób kwestionowany przez niego termin prowadzi do uznania opisu przedmiotu zamówienia za niejednoznaczny i mogący utrudniać uczciwą konkurencję (co Odwołujący uczynił podstawą prawną zarzutu).

Ponownie należy podkreślić, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że Izba nie może zastępować Odwołującego w zakresie

formułowania zarzutu, który został przez Odwołującego podniesiony w sposób wadliwy, niepełny i uniemożliwiający jego rozpoznanie.

Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i utrudniający uczciwą konkurencję w zakresie, w jakim podstawą faktyczną zarzutu były zaniechania Zamawiającego polegające na niepodjęciu czynności:

a. określenia parametrów, które pozwolą na ustalenie architektury systemu, w tym:

- i. liczby licencji dla użytkowników każdego rodzaju (użytkownik, użytkownik zarządzający, administrator)
- ii. poziomów dostępu do danych osobowych pacjentów dla użytkownika każdego rodzaju;
- iii. parametrów ani kryteriów sukcesu prowadzenia testów akceptacyjnych;
- iv. parametrów prowadzenia testów bezpieczeństwa;

b. zamawiający nie określił podmiotu odpowiedzialnego (Zamawiający czy wykonawca) za uzyskanie zgody ATMAN na kolokację w Centrum Danych ATMAN Warszawa-1 przy ulicy Grochowskiej 21a.

Izba uznała, że ww. zarzut podlega oddaleniu jako zarzut sformułowany w sposób uniemożliwiający jego rozpoznanie.

Odwołujący w granicach podniesionego zarzutu ograniczył się jedynie do wskazania zaniechań Zamawiającego, które kwestionuje oraz podstawy prawnej zarzutu. Raz jeszcze należy podkreślić, że treść podnoszonego zarzutu nie może być ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania, lecz opiera się również na okolicznościach faktycznych opisanych w zaprezentowanej przez Odwołującego argumentacji. Istotnym jest, że zarzut podnoszony w odwołaniu powinien wyrażać zastrzeżenia Odwołującego w stosunku do dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań. Brak ich zawarcia w odniesieniu postawionego zarzutu oznacza jego wadliwość i skutkuje niemożnością jego rozpoznania.

Wydając postanowienie w przedmiocie kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła treść art. 557 ustawy Pzp, art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 oraz § 7 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1 w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła.

W niniejszej sprawie, spośród rozpoznanych zarzutów, cztery zostały przez Izbę uwzględnione, a piętnaście oddalonych. Dlatego też kosztami postępowania Izba obciążyła Zamawiającego w części 4/19 i Odwołującego w części 15/19. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000,00 zł oraz kwota 3 600,00 zł poniesiona przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, co daje łącznie kwotę 18.600,00 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 15.000,00 zł tytułem wpisu, podczas gdy odpowiadał za nie do wysokości 14.684 zł odpowiadającej 15/19 kwoty 18.600 zł. Natomiast Zamawiający poniósł dotychczas koszty w wysokości 3.600,00 zł, tymczasem odpowiadał za nie w wysokości 3.916 zł, stanowiącej 4/19 kwoty 18.600,00 zł. Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 316 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

41

KIO z: 27.3.2008 r., KIO/UZP 224/08, Legalis; 1.2.2008 r., KIO/UZP 79/07, Legalis; 9.9.2010 r., KIO 1827/10, Legalis; wyr. ZA z: 27.11.2006 r., UZP/ZO/0-2817/06, Legalis; 7.6.2006 r., UZP/ZO/0-1608/06, Legalis;

5.4.2006 r., UZP/Zo/0-934/06, Legalis.

KIO z: 28.2.2012 r., KIO 229/12, niepubl.; KIO 238/12, KIO 239/12, KIO 242/12, niepubl.; KIO 245/12, KIO 247/12,

niepubl.

wyr. KIO z 29.4.2008 r., KIO/UZP 346/08, Legalis; wyr. ZA z: 11.4.2007 r., UZP/ZO/0-362/07, Legalis;

11.9.2006 r., UZP/ZO/0- 2446/06, Legalis; 19.7.2006 r., UZP/ZO/0-2071/06, Legalis; 18.7.2006 r., UZP/ZO/0-2039/06, Legalis.

wyr. KIO z: 28.2.2012 r., KIO 229/12, niepubl.; KIO 238/12, KIO

239/12, KIO 242/12, niepubl.; KIO 245/12,

KIO 247/12, niepubl.