

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Anna Chudzik

Michał Pawłowski

Protokolantka:

Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 grudnia 2023 r. przez wykonawcę Cohesive Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestników po stronie odwołującego:

A.wykonawcy Axians IT Services Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

B.wykonawcy Ernst & Young Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Consulting Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie,

C.wykonawcy T-SYSTEMS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

D.wykonawcy WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach,

**orzeka:**

1.umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 odwołania, dotyczącego warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale X ust. 2 pkt 4) lit. a) SWZ;

2.uwzględnia odwołanie w części:

2.1.w zakresie zarzutu nr 4 odwołania - w części dotyczącej przyporządkowania wymagań funkcjonalnych do poszczególnych Wydań systemu i nakazuje zamawiającemu uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o informacje dotyczące przypisania określonych w Rozdziale 5 Załącznika nr 1 do SWZ – OPZ wymagań funkcjonalnych dla rozwiązania informatycznego do poszczególnych Wydań systemu;

2.2.w zakresie zarzutu nr 9 odwołania – w części dotyczącej liczby licencji oprogramowania SPARX Enterprise Architect oraz możliwości wykorzystania tego oprogramowania w angielskiej wersji językowej i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia poprzez zwiększenie liczby licencji oprogramowania SPARX Enterprise Architect udostępnianych wykonawcy przez zamawiającego z trzech do sześciu, a także umożliwienie wykonawcy wykorzystania ww. oprogramowania, w tym nazw elementów profili i metamodeli dostępnych w tym oprogramowaniu, w anglojęzycznej wersji;

2.3.w zakresie zarzutu nr 11 odwołania – w części dotyczącej okresu posiadania doświadczenia, jakim może legitymować się wykonawca w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale X ust. 2 pkt 4) lit. d) SWZ i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany treści ww. warunku udziału w postępowaniu poprzez wydłużenie okresu uzyskania wymaganego doświadczenia z pięciu do ośmiu lat;

3.oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

4.kosztami postępowania obciąża odwołującego Cohesive Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w części  $\frac{3}{4}$  oraz zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w części  $\frac{1}{4}$  i:

4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Cohesive Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

4.2.zasądza od zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego Cohesive Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 4 650 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodnicząca:.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 3775/23

### Uzasadnienie

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wdrożenia Rozwiązania Informatycznego Enterprise Asset Management w PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.” (numer postępowania 6060/ILC 8/16809/04317/23/P). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 grudnia 2023 r. pod numerem 234/2023 00738000-20. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 15 grudnia 2023 r. wykonawca Cohesive Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwolujący”), wniósł odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp na skutek sformułowania w Rozdziale X ust. 2 pkt 4) lit. a) SWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie ogólnego doświadczenia przez wymóg aby wykonawca w zakresie posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej wykazał, że: *w okresie ostatnich 12 (dwunastu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował/realizuje co najmniej 1 (jeden) projekt wdrożeniowy Oferowanego Rozwiązania w zakresie aplikacji stacjonarnej, dla zarządcy infrastruktury kolejowej, który na dzień składania ofert nadal wykorzystuje Oferowane Rozwiązanie w zakresie aplikacji stacjonarnej do zarządzania co najmniej 5 000 km linii kolejowych – jeżeli na rynku istnieją podmioty zdolne do wykonania przedmiotu zamówienia pomimo faktu, iż zrealizowane przez te podmioty zamówienie obejmowało projekt dla zamawiającego, który zarządzał mniejszą siecią linii kolejowych;*
- 2.art. 99 ust. 4, 5 i 6 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i narusza zasadę równego traktowania wykonawców i jednocześnie może doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów przez określenie w opisie przedmiotu zamówienia (zał. nr 1 do SWZ – OPZ EAM 2023), że: *1. Wdrożenie ROZWIĄZANIA INFORMATYCZNEGO spełniającego wymagania ZAMAWIAJĄCEGO zawarte w niniejszym dokumencie składającego się z trzech części: a) aplikacji stacjonarnej, b) aplikacji mobilnej, c) portalu dla wykonawców zewnętrznych, dostępnego dla użytkowników bez konieczności dostępu do wewnętrznej sieci ZAMAWIAJĄCEGO zrealizowanych i dostarczonych zarówno w postaci OPROGRAMOWANIA STANDARDOWEGO jak OPROGRAMOWANIA DEDYKOWANEGO z zastrzeżeniem, że w sytuacji, gdy aplikacja mobilna i portal dla wykonawców zewnętrznych nie pochodzą od tego samego producenta co aplikacja stacjonarna to zostaną dostarczone ZAMAWIAJĄCEMU jako OPROGRAMOWANIE DEDYKOWANE* (zał. nr 29 – 30 załącznik nr 1 do SWZ OPZ) – co powoduje, że powyższy wymóg wyklucza udział dostawców oprogramowania standardowego i preferuje w postępowaniu producentów (wytwórców) oprogramowania. Wymóg ten ogranicza również dostawców oferujących aplikację mobilną lub portal dla wykonawców zewnętrznych jako oprogramowanie standardowe innego producenta zintegrowane z aplikacją stacjonarną;
- 3.art. 433 pkt 2 i 3 ustawy Pzp przez wprowadzenie odpowiedzialności wykonawcy z tytułu okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności dając Zamawiającemu prawo do dowolnego wypowiedzenia licencji i wprowadzenia kary umownej w wysokości czterokrotności wartości brutto wypowiedzianych licencji – co stanowi klauzulę abuzywną i wprowadza odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności od niego niezależne jednocześnie dając Zamawiającemu prawo do wypowiedzania licencji w bliżej nieskonkretyzowanych okolicznościach;
- 4.art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący na skutek braku przyporządkowania wymagań funkcjonalnych do poszczególnych wydań systemu i określenie zakresu funkcjonalnego dla poszczególnych jego wydań w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ OPZ EAM 2023), a w szczególności nie ujęcia tych wymagań w Rozdziale 5 zatytułowanym „Wymagania funkcjonalne dla ROZWIĄZANIA INFORMATYCZNEGO”, gdzie powinny się one znajdować – co uniemożliwia sporządzenie oferty i należyłą wycenę świadczenia wykonawcy;

- 5.art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny w zakresie Depozytu kodów źródłowych (Załącznik nr 1 do SWZ OPZ EAM 2023 Rozdział 6.5 zatytułowany „Depozyt kodów źródłowych” str. 143), gdzie zostało wskazane, że: „W ramach Przedmiotu Umowy ZALECANE JEST dostarczenie ZAMAWIAJĄCEMU lub przekazanie do depozytu kodów źródłowych OPROGRAMOWANIA STANDARDOWEGO. ZAMAWIAJĄCY ma prawo do skorzystania z kodów źródłowych OPROGRAMOWANIA STANDARDOWEGO złożonych w depozycie w przypadku upadłości lub likwidacji Wykonawcy. W przypadku dostarczenia kodów źródłowych OPROGRAMOWANIA STANDARDOWEGO ZAMAWIAJĄCY ma prawo do ich modyfikacji i przetwarzania. W ramach Przedmiotu Umowy Wykonawca MUSI dostarczyć ZAMAWIAJĄCEMU kody źródłowe OPROGRAMOWANIA DEDYKOWANEGO” w powiązaniu z definicją znajdująca się w tym samym dokumencie (załącznik nr 1 do SWZ OPZ EAM 2023 str. 11) Rozdział 1. Definicje: „*POWINNO, ZALECANE, NIE POWINNO, NIEZALECANE*” - *Ilekoć w dokumencie występuje wyraz POWINNO lub ZALECANE lub NIE POWINNO lub NIEZALECANE, lub odpowiadające im formy oznacza to dopuszczalne jest niezastosowanie się do treści zapisu przez Wykonawcę, jednak wtedy i tylko wtedy, gdy na podstawie uprzednio wykonanej analizy dla określonego przypadku wykazano, że zastosowanie się do treści zapisu jest niemożliwe lub inne obiektywnie uzasadnione czynniki sprawiają, że zastosowanie się jest zbędne albo nieefektywne. Konieczne jest wówczas podanie przyczyny niezastosowania oraz sposobu alternatywnego rozwiązania kwestii do których odnoszą się te wyrażenia, a także wymaga akceptacji ZAMAWIAJĄCEGO w formie pisemnej lub ustnej* – powoduje, że to Zamawiający w sposób całkowicie arbitralny decyduje *post factum* o zakresie obowiązków wykonawcy pomimo tego, że wykonawcy na etapie ubiegania się o zamówienie w oparciu o treść OPZ mogli przypuszczać, że nie ma obowiązku złożenia do depozytu kodów źródłowych oprogramowania standardowego;
- 6.art. 433 pkt 2 i 3 ustawy Pzp przez wprowadzenie odpowiedzialności wykonawcy z tytułu okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności (nie ma bowiem wpływu na przyswajalność wiedzy przez uczestników szkoleń) w postaci obowiązku wymiany trenera i obowiązku powtórzenia cyklu szkoleń jeżeli w ramach ćwiczeń (testu) sprawdzających wiedzę jakiegokolwiek uczestnika szkolenia nie osiągnie minimum 60% prawidłowych odpowiedzi lub prawidłowo wykonanych ćwiczeń – co przekłada się na ocenę przez Zamawiającego poprawności wykonania zamówienia (należytego wykonania umowy), od którego zależy naliczanie kar umownych, w szczególności odnoszących się do terminowości wykonania umowy (vide: § 10 ust. 1 projektu umowy – załącznik nr 2 do SWZ – Projekt umowy);
- 7.art. 433 pkt 2 i 3 ustawy Pzp przez wprowadzenie odpowiedzialności wykonawcy z tytułu okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności (i nie ma wpływu na dyspozycyjność trenerów), ze względu na okoliczność, iż szkolenia z ich udziałem mają się rozpocząć w okresie około 2 lat od dnia złożenia oferty, zaś Zamawiający wymaga aby „Szkolenia musiały być prowadzone wyłącznie przez trenerów wskazanych w ofercie Wykonawcy za wyjątkiem sytuacji przewidzianych ust. 8 poniżej” oraz aby zmiana trenera była możliwa tylko i wyłącznie za zgodą Zamawiającego – co przekłada się na ocenę przez Zamawiającego poprawności wykonania zamówienia (należytego wykonania umowy), od którego zależy naliczanie kar umownych, w szczególności odnoszących się do terminowości wykonania umowy (vide: § 10 ust. 1 projektu umowy – załącznik nr 2 do SWZ – Projekt umowy);
- 8.art. 99 ust. 1 oraz art. 433 pkt 2 i 3 ustawy Pzp przez nałożenie w ramach załącznika nr 1 do SWZ – OPZ EAM 2023 Rozdziału 7 zatytułowanego „Wymagania dla tworzenia SPECYFIKACJI BIZNESOWEJ ROZWIĄZA INFORMATYCZNEGO” wymagań, które nie mogą zostać zrealizowane w ramach harmonogramu narzuconego przez Zamawiającego – a więc nie mogą zostać przeprowadzone i osiągnięte w czasie przewidzianym w dokumentacji postępowania mając zatem walor świadczenia niemożliwego do przeprowadzenia bez narażania wykonawcy na kary umowne ujęte w treści § 10 ust. 1 projektu umowy – załącznik nr 2 do SWZ – Projekt umowy;
- 9.art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 433 pkt 2 i 3 ustawy Pzp przez przyjęcie w ramach załącznika nr 1 do SWZ – OPZ EAM 2023 Rozdziału 6.7 *Repozytorium architektoniczne i dokumentowania prac* pkt 6.7.1 *Wymagania dotyczące repozytorium architektonicznego ppkt 3.*, gdzie zostało wskazane, że: „Jeżeli Wykonawca nie dysponuje swoimi licencjami SPARX Enterprise Architect ZAMAWIAJĄCY udostępni wyłącznie do prac na rzecz ZAMAWIAJĄCEGO maksymalnie 3 pływające licencje poprzez zdalny dostęp do serwera kluczy SPARX Enterprise Architect w sieci ZAMAWIAJĄCEGO” oraz ujęcia wymagania wskazującego na konieczność prowadzenia wszystkich prac w języku polskim – która to liczba licencji jest niewystarczająca dla należytego spełnienia świadczenia mając zatem walor świadczenia niemożliwego do przeprowadzenia przy jednoczesnym obowiązku prowadzenia prac w języku polskim bez narażania wykonawcy na kary umowne ujęte w treści § 10 ust. 1 projektu umowy – załącznik nr 2 do SWZ – Projekt umowy;
- 10.art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przez przerzucenie na wykonawcę obowiązków, które ze swej natury powinny znajdować się po stronie Zamawiającego (załącznik nr 1 do SWZ – OPZ EAM 2023) przez wskazanie, że: *Zaplanowanie liczby i zakresu warsztatów oraz ich przeprowadzenie powierza się Wykonawcy. Prowadzenie więcej niż jednego warsztatu*

w tym samym czasie jest dopuszczalne tylko za zgodą ZAMAWIAJĄCEGO. Wykonawca MUSI tak prowadzić warsztaty, aby przedmiotowe kwestie były rozstrzygane i decyzje dotyczące omawianej tematyki były podejmowane na warsztatach – co powoduje, że czas przewidziany w harmonogramie ramowym jest niewystarczający do należytego spełnienia świadczenia. Wykonawca tym samym staje się odpowiedzialny za rozstrzyganie kwestii przedmiotowych i podejmowanie decyzji dotyczących omawianej tematyki, co jest z natury prawem i obowiązkiem Zamawiającego, ponadto Wykonawca nie może być stroną w przypadku pojawiania się wewnętrznych sporów w zespole Zamawiającego. Dodatkowo ograniczenie liczby spotkań do 1 warsztatu równocześnie w tak dużym projekcie i założonym harmonogramie powoduje brak możliwości realizacji projektu w zakładanym harmonogramie.

- 11.art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp na skutek sformułowania w Rozdziale X ust. 2 pkt 4) lit. d) SWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w zakresie szkoleń przez wymóg aby wykonawca w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował/realizuje należycie 2 (dwie) usługi, których przedmiotem było zorganizowanie oraz prowadzenie szkoleń dla łącznej liczby użytkowników nie mniejszej niż 500 (pięćset) osób każda, zrealizowane w formie stacjonarnej, w języku polskim, obejmujące zakresem szkolenia z systemów informatycznych klasy EAM lub ERP – jeżeli w okresie pandemii tego rodzaju szkolenia nie były realizowane i tym samym powyższy wymóg dla tak znacznej liczby osób wskazanych w treści warunku nie jest możliwy do spełnienia;
- 12.art. 16 pkt 1 i 3 oraz art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> i art. 5 KC stosowanym w związku z odesłaniem zawartym w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp przez zastosowanie nieproporcjonalnych środków w treści Załącznika nr 1 do Załącznika nr 3 do SWZ/Załącznik nr 4 do Umowy – Formularz cenowy/Harmonogram płatności postaci procentowego ograniczenia cen jednostkowych do zamierzonego hipotetycznego celu, niezgodności z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (wobec grupy wykonawców oferującej nie swoje produkty i licencje), nadużycia prawa podmiotowego w ramach swobody kontraktowania, ingerencji Zamawiającego w swobodę kształtowania przez wykonawcę treści oferty, jak również niezgodnej z zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami (lojalności kupieckiej oraz obyczajów handlowych) ograniczenia wykonawcy w kształtowaniu swojego wynagrodzenia oraz niejako wymuszenia dokonywania płatności na rzecz wykonawcy za usługi/produkty i licencje w wysokościach niezgodnych z ich rynkową wartością, lecz w wysokościach arbitralnie ustalonych i narzuconych przez Zamawiającego w oparciu o bliżej nieskonkretyzowane kryteria. Zamawiający nie może bowiem ograniczać wartości produktów tj. Hardware, Licencje, Kupony na szkolenia, gdyż są to elementy nabywane przez wykonawców od podmiotów zewnętrznych i posiadają one określoną wartość rynkową;
- 13.art. 99 ust. 4, 5 i 6 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w Załączniku nr 1 do SWZ - OPZ EAM 2023 (str. 179) - Opis Przedmiotu Zamówienia dla ogólnopolskiego wdrożenia ROZWIĄZANIA INFORMATYCZNEGO Enterprise Asset Management w PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Rozdział Wymagania bezpieczeństwa pkt 8. ROZWIĄZANIE INFORMATYCZNE w zakresie uwierzytelnienia, gdzie: ROZWIĄZANIE INFORMATYCZNE MUSI wspierać mechanizm pojedynczego logowania (Single Sign-On) poprzez wykorzystanie oprogramowania Kerberos - w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i narusza zasadę równego traktowania wykonawców i jednocześnie może doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów przez określenie w opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ oraz OPZ i postanowień umowy w następujący sposób:

- zmianę treści warunku udziału w postępowaniu sformułowanego w Rozdziale X ust. 2 pkt 4) lit. a) SWZ przez określenie, że: „(...) w okresie ostatnich 12 (dwunastu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował/realizuje co najmniej 1 (jeden) projekt wdrożeniowy Oferowanego Rozwiązania w zakresie aplikacji stacjonarnej, dla zarządcy infrastruktury kolejowej, który na dzień składania ofert nadal wykorzystuje Oferowane Rozwiązanie w zakresie aplikacji stacjonarnej do zarządzania co najmniej 4 000 km linii kolejowych”;
- usunięcie w załączniku nr 1 do SWZ – OPZ EAM 2023 na str. 30 zastrzeżenia o następującej treści: „(...)z zastrzeżeniem, że w sytuacji, gdy aplikacja mobilna i portal dla wykonawców zewnętrznych nie pochodzą od tego samego producenta co aplikacja stacjonarna to zostaną dostarczone ZAMAWIAJĄCEMU jako OPROGRAMOWANIE DEDYKOWANE a więc zniesienie postanowienia mówiącego o traktowaniu aplikacji mobilnej, portalu wykonawcy jako OPROGRAMOWANIA DEDYKOWANEGO w przypadku, gdy części te pochodzą od innego producenta niż część stacjonarna oraz zniesienie ograniczenia mówiącego o konieczności braku licencji na portal wykonawcy;
- usunięcie uprawnienia Zamawiającego do dowolnego (z bliżej nieskonkretyzowanego powodu) wypowiedzenia licencji i tym samym sankcji z tego tytułu w postaci kary umownej w wysokości czterokrotności wartości brutto

wypowiedzianych licencji lub alternatywnie zmniejszenia wysokości kary umownej do kwoty odpowiadającej 50% wartości licencji;

- 4.uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ – OPZ EAM 2023) przez przyporządkowanie wymagań funkcjonalnych do poszczególnych wydań systemu i określenie zakresu funkcjonalnego dla poszczególnych jego wydań, a więc konieczne jest uzupełnienie specyfikacji wymagań o wymagane informacje, w szczególności zakresy wymagań dla poszczególnych Wydań (zarówno dla części stacjonarnej i mobilnej), zakresy niezbędnych integracji oraz wymaganych dostosowań w SAP;
- 5.usunięcie w Rozdziale I „Definicje” załącznika nr 1 do SWZ – OPZ EAM 2023 dla pojęcia „POWINNO, ZALECANE, I POWINNO, NIEZALECANE” drugiej po przecinku części ostatniego zdania:..) *a także wymaga akceptacji ZAMAWIAJĄCEGO w formie pisemnej lub ustnej*”.
- 6.usunięcie w załączniku nr 1 do SWZ - OPZ EAM 2023 (str. 154 - 159) w pkt 6.9 „Wymagania dla szkoleń” uprawnień Zamawiającego ujętych w treści pkt 9, 25 i 26 w postaci zmiany trenera w sytuacji, gdy poziom merytoryczny prezentowany przez trenera na prowadzonym szkoleniu lub szkoleniach jest niezadowalający i zostanie to odzwierciedlone w średniej ocenie poniżej 60% na podstawie wyników ankiet przeprowadzonych wśród uczestników danego szkolenia lub szkoleń albo w niższym niż 60% uśrednionym wyniku testów sprawdzających wiedzę uczestników nabytą w ramach tego szkolenia lub szkoleń jak również zaliczenia szkoleń jako zrealizowanych w przypadku udzielenia przez uczestnika minimum 60% dobrych odpowiedzi lub prawidłowo wykonanych ćwiczeń oraz uznania przez Zamawiającego, że osobodni szkolenia osób, których wynik testu nie przekroczył 60% poprawnych odpowiedzi lub wykonanych ćwiczeń nie są wliczane do zrealizowanych podczas rozliczania osobodni szkoleniowych;
- 7.usunięcie w załączniku nr 1 do SWZ - OPZ EAM 2023 (str. 156) w pkt 6.9 „Wymagania dla szkoleń” uprawnień Zamawiającego ujętych w treści pkt 8 lit. ii., gdzie zostało wskazane, że: „ZAMAWIAJĄCY udzieli Wykonawcy zgody na zmianę trenera” oraz wymogu ujętego w pkt 7, że: „Szkolenia MUSZĄ być prowadzone wyłącznie przez trenerów wskazanych w ofercie Wykonawcy za wyjątkiem sytuacji przewidzianych ust. 8 poniżej” i zastąpienie tego wymogu aby zmiana trenera była możliwa jeżeli osoba zastępująca wskazanego w ofercie trenera będzie posiadał nie gorsze doświadczenie i przygotowanie merytoryczne niż trener wskazany w treści oferty; tj. jako trener spełniałaby warunek udziału w postępowaniu;
- 8.usunięcie wymagań zawartych w treści Załącznik nr 1 do SWZ - OPZ EAM 2023 (str. 169 - 170) Rozdziału 7. zatytułowanego „Wymagania dla tworzenia SPECYFIKACJI BIZNESOWEJ ROZWIĄZANIA INFORMATYCZNEG więc zmiana Szablону Specyfikacji biznesowej) przez usunięcie rozdziałów dotyczących opisu stanu aktualnego „as is” i ograniczenie tylko do procesów „to be” lub alternatywnie nakazanie Zamawiającemu takiej zmiany harmonogramu aby przeprowadzenie wnioskowanych przez Zamawiającego procesów „as – is” było możliwe w okresie realizacji zamówienia (wydłużenie terminu o okres 9 miesięcy, tj. wydłużenie zadań Koncepcja Biznesowa (procesy) dla każdego z Wydań I, II, III o 3 miesiące każde );
- 9.modyfikację SWZ OPZ przez zwiększenie do 10 (słownie: dziesięciu) w ramach załącznika nr 1 do SWZ – OPZ EAM 2023 Rozdziału 6.7 Repozytorium architektoniczne i dokumentowania prac pkt 6.7.1 ppkt 3. Dostępnej wykonawcy liczby licencji SPARX Enterprise Architect do prac na przez zdalny dostęp do serwera kluczy SPARX Enterprise Architect w sieci ZAMAWIAJĄCEGO oraz wprowadzenie zobowiązań po stronie Zamawiającego, gwarantujących możliwość zrealizowania prac przez Wykonawcę, jak również ograniczenie zakresu (lub sprecyzowanie zakresu) dostosowania metamodeli i rezygnacji przez Zamawiającego z obowiązku prowadzenia wszystkich prac w języku polskim;
- 10.zmianę treści SWZ na „jednego warsztatu w ramach danego modułu/obszaru funkcjonalnego równocześnie” (co rozumie się jako - jednocześnie mogą odbywać się warsztaty dotyczące wszystkich modułów systemu, a w przypadku podziału branżowego dla wielu branż jednocześnie, oraz warsztaty dotyczące architektury systemu, integracji itp.) oraz dodanie następującego postanowienia: „W przypadku konieczności powtórzenia warsztatu w wyniku braku podjęcia decyzji przez Zamawiającego, warsztat zostanie powtórzony na koszt Zamawiającego za dodatkową opłatą”;
- 11.zmianę treści SWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu ujętego w treści warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale X ust. 2 pkt 4) lit. d) SWZ przez dopuszczenia alternatywnie możliwości wykazania się przeprowadzeniem szkoleń w trybie zdalnym (on-line) lub wydłużenie okresu posiadania doświadczenia do 8 lat;
- 12.zmianę treści dokumentów zamówienia w postaci Załącznika nr 1 do Załącznika nr 3 do SWZ/Załącznik nr 4 do Umowy – Formularz cenowy/Harmonogram płatności przez usunięcie z Załącznika 1 do formularza cenowego procentowego udziału wartości: Licencji, Sprzętu i kuponów na szkolenia a także Zamawiający powinien określić ile użytkowników będzie obejmowało każde uruchomienie w ramach każdego z 3 Wydań w podziale na licencje stacjonarne ze wskazaniem zakresu użycia, mobilne w podziale na zakres użycia i dla użytkowników zewnętrznych;

13. modyfikację treści SWZ OPZ i dopuszczenie przez Zamawiającego mechanizmu pojedynczego logowania (Single Sign-On) przez wykorzystanie także oprogramowania SAML.

Zamawiający w dniu 2 stycznia 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wskazując, iż uwzględnia odwołanie w części dotyczącej zarzutu opisanego w punkcie 1 odwołania oraz wnosi o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie z uwagi na bezzasadność podniesionej argumentacji.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, iż do postępowania odwoławczego w sposób skuteczny przystąpili po stronie Odwołującego wykonawcy: Axians IT Services Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Ernst & Young Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Consulting Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, T-SYSTEMS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący jako podmiot bezpośrednio zainteresowany ubieganiem się o udzielenie zamówienia i złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu, dążący do wyeliminowania wymagań, które w jego ocenie naruszają przepisy ustawy Pzp wpływając negatywnie na możliwość złożenia oferty i warunki realizacji zamówienia, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba orzekając uwzględniła oraz akta sprawy odwoławczej, w tym dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego i pisma procesowe złożone w sprawie, jak również stanowiska Stron i Uczestników przedstawione na rozprawie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

#### Zarzut nr 1

W zakresie zarzutu nr 1, tj. zarzutu naruszenia art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp dotyczącego sformułowanego w Rozdziale X ust. 2 pkt 4) lit. a) SWZ warunku udziału w postępowaniu, postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 w zw. z art. 568 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy Pzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku, o którym mowa w art. 522.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożył oświadczenie o uwzględnieniu zarzutu nr 1 odwołania, zaś po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca, co wyczerpuje dyspozycję art. 522 ust. 4 ustawy Pzp i obliuguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego w tej części, bez merytorycznego rozpoznania przedmiotowego zarzutu. Powyższe znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 sentencji wyroku.

#### Zarzut nr 2

Zarzut naruszenia art. 99 ust. 4, 5 i 6 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp Izba uznała za bezzasadny.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli

mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Ust. 5 tego przepisu stanowi, iż przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Z kolei w myśl ust. 6, jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

Izba ustaliła, iż w Załączniku nr 1 do SWZ – OPZ w punkcie 3 „Przedmiot zamówienia” (str. 29-30) wskazano: *„Przedmiot Zamówienia obejmuje wykonanie oraz dostarczenie następujących prac oraz produktów: 1. Wdrożenie ROZWIĄZANIA INFORMATYCZNEGO spełniającego wymagania ZAMAWIAJĄCEGO zawarte w niniejszym dokumencie, składającego się z trzech części: a) aplikacji stacjonarnej, b) aplikacji mobilnej, c) portalu dla wykonawców zewnętrznych, dostępnego dla użytkowników bez konieczności dostępu do wewnętrznej sieci ZAMAWIAJĄCEGO zrealizowanych i dostarczonych zarówno w postaci OPROGRAMOWANIA STANDARDOWEGO jak OPROGRAMOWANIA DEDYKOWANEGO z zastrzeżeniem, że w sytuacji, gdy aplikacja mobilna i portal dla wykonawców zewnętrznych nie pochodzą od tego samego producenta co aplikacja stacjonarna to zostaną dostarczone ZAMAWIAJĄCEMU jako OPROGRAMOWANIE DEDYKOWANE.”*

Zgodnie z definicją zawartą w pkt 1 Załącznika nr 1 do SWZ –OPZ w tabeli na stronie 10 oprogramowanie dedykowane *„Oznacza oprogramowanie i skrypty wraz z kompletnymi kodami źródłowymi, wytworzone i dostarczone przez Wykonawcę w ramach realizacji PROGRAMU wraz z DOKUMENTACJĄ i MODYFIKACJAMI, do których Wykonawca przeniesie autorskie prawa majątkowe na ZAMAWIAJĄCEGO na warunkach i zasadach określonych w Umowie.”*

W pkt 6.6 ppkt 4 lit. b) Załącznika nr 1 do SWZ –OPZ (str. 144) wskazano, iż *„W przypadku gdy aplikacja mobilna zostanie przygotowana w całości w formie OPROGRAMOWANIA DEDYKOWANEGO Wykonawca zamiast licencji przekazuje ZAMAWIAJĄCEMU autorskie prawa majątkowe wraz z kodem źródłowym do aplikacji mobilnej”* zaś w lit. c) wskazano: *„licencje dla UŻYTKOWNIKÓW ZEWNĘTRZNYCH – ZAMAWIAJĄCY WYMAGA aby korzystanie z pc dla wykonawców zewnętrznych nie było licencjonowane. Korzystanie z portalu dla wykonawców zewnętrznych NIE POWINNO również wymagać licencji dostępowych do aplikacji stacjonarnej.”*

Uzasadniając przedmiotowy zarzut Odwołujący podnosił, iż wynikający z ww. regulacji obowiązek Wykonawcy do przekazania majątkowych praw autorskich i kodów źródłowych wymienionych części oferowanego rozwiązania stanowi istotne ograniczenie możliwości Wykonawcy w zakresie złożenia konkurencyjnej oferty, w tym zaoferowania najlepszych i sprawdzonych rozwiązań informatycznych adekwatnych do przedmiotu zamówienia i spełniających złożone wymagania funkcjonalne opisane w przedmiocie zamówienia, w szczególności w zakresie aplikacji mobilnej i portalu dla wykonawcy. Jest to realna i niczym nieuzasadniona bariera w dostępie do zamówienia. Odwołujący wskazał, iż powszechną praktyką integratorów i dostawców rozwiązań w świecie IT, jest odpowiedni dobór oprogramowania często różnych producentów w celu zapewnienia realizacji wymagań biznesowych i funkcjonalnych na najwyższym możliwym poziomie, a producenci oprogramowania zapewniają odpowiednie biblioteki programowe umożliwiające integrację różnych rozwiązań. Dzięki takiemu podejściu możliwe jest realizacja złożonych wymagań projektowych na optymalnym poziomie w kontekście kosztów i czasu realizacji. Wprowadzone przez Zamawiającego ograniczenie z uwzględnieniem jego konsekwencji (licencjonowanie, przekazanie kodów źródłowych) zmusza Wykonawcę do tworzenia zbędnych customizacji lub do tworzenia aplikacji mobilnej od podstaw. Dodatkowo w przypadku portalu dla wykonawcy, biorąc pod uwagę wymagania funkcjonalne wskazujące konieczność przetwarzania danych (tworzenie rekordów, zmiana rekordów) w części stacjonarnej oprogramowania, nie jest możliwe realizacja przedmiotu zamówienia bez posiadania minimum licencji dostępowych do aplikacji stacjonarnej, takie podejście przeczy powszechnie obowiązującym zasadom licencjonowania stosowanym przez producentów, w tym wypadku producenta części stacjonarnej. Odwołujący dodał, iż wielokrotnie realizował projekty zawierające część stacjonarną i oprogramowanie mobilne posługując się rozwiązaniami różnych producentów oddzielnie licencjonowanymi i posiada niezbędne referencje w tym zakresie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego wskazując, iż kwestionowane postanowienie ma na celu dbałość o istotny interes Zamawiającego, jakim jest ograniczenie ryzyka wystąpienia tzw. „*vendor lock-in*”, a więc uzależnienia od jednego dostawcy w zakresie utrzymania i rozwoju rozwiązania informatycznego w postaci aplikacji mobilnej lub portalu dla wykonawców zewnętrznych. Z doświadczeń Zamawiającego wynika, że w przypadku Aplikacji Mobilnej, oprogramowanie jest na tyle specyficzne i dostosowywane do wymagań Zamawiającego, że w istocie niemożliwe, jest oddzielenie uniwersalnej części kodu programistycznego od kodu napisanego wyłącznie dla Zamawiającego w taki sposób, żeby był użyteczny i stanowił realną wartość dla Zamawiającego. Ponadto sam fakt zastosowania popularnych języków programowania i standardowych technologii

informatycznych, bez udostępnienia kodów źródłowych rozwiązania informatycznego, nie gwarantuje Zamawiającemu możliwości pozyskania usług utrzymania i rozwoju oprogramowania po zakończeniu umowy z Wykonawcą z zachowaniem zasad realnej i uczciwej konkurencji, tj. od podmiotów innych, niż sam Wykonawca. Posiadanie autorskich praw majątkowych przez Zamawiającego do Aplikacji Mobilnej pochodzącej od producenta innego niż producent aplikacji stacjonarnej pozwoli Zamawiającemu w przyszłości na zawarcie umowy na utrzymanie z jednym podmiotem odpowiedzialnym za aplikację stacjonarną oraz Aplikację Mobilną po udostępnieniu dokumentacji i kodów źródłowych Aplikacji Mobilnej lub samodzielne utrzymanie Aplikacji Mobilnej przez Zamawiającego. Zamawiający wskazał, iż powyższa argumentacja dotyczy również portalu dla wykonawców zewnętrznych.

Izba uznała stanowisko Odwołującego za nieudowodnione, a kwestionowane wymagania za uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego.

Wskazać należy, iż Zamawiający zobowiązany jest respektować art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, który zakazuje dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jednak powyższa norma nie może być równoważona z obowiązkiem wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia uzasadnionych wymagań, które dla wykonawcy mogą stanowić źródło ewentualnych niedogodności. Izba podziela pogląd wielokrotnie prezentowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż nie narusza przepisów ustawy Pzp sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, który uwzględnia potrzeby zamawiającego, nawet jeżeli utrudnia lub uniemożliwia niektórym podmiotom dostęp do zamówienia. Obowiązek zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza, iż zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w sposób odzwierciedlający jego potrzeby. Zamawiający nie ma także obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący wyłącznie w sposób hasłowy wskazał, iż wymaganie Zamawiającego, aby w sytuacji gdy aplikacja mobilna i portal dla wykonawców zewnętrznych nie pochodzą od tego samego producenta co aplikacja stacjonarna wykonawca dostarczył je ZAMAWIAJĄCEMU jako OPROGRAMOWANIE DEDYKOWANE. Uzupełniając udział dostawców oprogramowania standardowego i preferuje w postępowaniu producentów (wytwórców) oprogramowania. Odwołujący tak postawionej tezy rzeczowo nie uzasadnił. Argumentacja Odwołującego sprowadzała się do lakonicznego stwierdzenia, że wymóg przeniesienia autorskich praw majątkowych stanowi barierę w dostępie do zamówienia. Odwołujący nie przedstawił ani twierdzeń, ani dowodów, które pozwalałyby uznać, że faktycznie taka bariera istnieje i że doszło do potencjalnego ograniczenia czy utrudnienia uczciwej konkurencji. Sama okoliczność, że na potrzeby realizacji zamówienia wykonawca musiałby dostosować standardowe oprogramowanie lub stworzyć aplikację mobilną od podstaw, nie powoduje, że mamy do czynienia z naruszeniem art. 99 ust. 4 ustawy Pzp. Ewentualne niedogodności dla wykonawcy związane z realizacją zamówienia nie świadczą o ograniczeniu konkurencji. Wykonawca jest w stanie wyćnić tego rodzaju prace, jeśli okażą się one konieczne.

Izba przy tym za zasadne uznała stanowisko Zamawiającego, iż wymóg przekazania kodów źródłowych do aplikacji mobilnej i portalu dla wykonawców zewnętrznych w sytuacji, gdy nie pochodzą od tego samego producenta co aplikacja stacjonarna jest uzasadniony obiektywnymi potrzebami instytucji zamawiającej. Wynika to przede wszystkim z konieczności ograniczenia ryzyka związanego z uzależnieniem przyszłych działań związanych z utrzymaniem i rozwojem systemu od jednego dostawcy (tzw. „vendor lock-in”). Działania Zamawiającego należy uznać za przemyślane i ocenić je pozytywnie, jak wynika bowiem z doświadczenia życiowego na rynku usług informatycznych niejednokrotnie dochodzi do sytuacji, w których niezapewnienie sobie na etapie realizacji zamówienia przez instytucję zamawiającą kodów źródłowych i majątkowych praw autorskich do dostarczanego rozwiązania dedykowanego, powoduje następnie szereg problemów związanych z realizacją kolejnych zamówień na dalszy rozwój tego rozwiązania czy jego utrzymanie, kiedy okazuje się, że bez współdziałania ze strony dostawcy rozwiązania informatycznego jakiegokolwiek działania nie są możliwe. Izba stwierdziła ponadto, iż Odwołujący nie odparł stanowiska Zamawiającego, iż aplikacja mobilna (i analogicznie portal) stanowi oprogramowanie specyficzne, mające być szczegółowo dostosowane do wymagań Zamawiającego, co uzasadnia przeniesienie autorskich praw majątkowych, gdyż oddzielenie uniwersalnej części kodu programistycznego od kodu napisanego wyłącznie dla Zamawiającego jest niemożliwe w taki sposób, żeby był użyteczny i stanowił realną wartość dla Zamawiającego.

W tym stanie rzeczy należało uznać zarzut za bezzasadny. Jedynie uzupełniając Izba wskazuje, iż Odwołujący oprócz art. 99 ust. 4 ustawy Pzp jako podstawę prawną zarzutu podał także art. 99 ust. 5 i 6 ustawy Pzp, podczas gdy w żaden sposób nie wyjaśnił, w czym upatruje naruszenia tych przepisów

### Zarzut nr 3

Za niewykazany Izba uznała zarzut naruszenia art. 433 pkt 2 i 3 ustawy Pzp przez wprowadzenie odpowiedzialności wykonawcy z tytułu okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności dając Zamawiającemu prawo do dowolnego



wypowiedzenia licencji i wprowadzenia kary umownej w wysokości czterokrotności wartości brutto wypowiedzianych licencji.

Zgodnie z art. 433 Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem; 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Izba ustaliła, iż w Załączniku nr 2 do SWZ – Projekt umowy (dalej jako „PPU”) Zamawiający w § 10 ust. 1 pkt 4 wskazał: „*W przypadku niewykonania w terminie lub nienależytego wykonania Usług Zamawiający uprawniony jest do żądania od Wykonawcy zapłaty kar umownych w następujących przypadkach: 4) za wypowiedzenie licencji na korzystanie z Oprogramowania Standardowego z przyczyn innych niż leżące po stronie Zamawiającego – karę umowną w wysokości czterokrotności wartości brutto wypowiedzianych licencji.*”

Uzasadniając zarzut Odwołujący powołał się na art. 433 pkt 2 ustawy Pzp podnosząc, iż Zamawiający nie może wprowadzać podstaw do naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem zamówienia lub wprowadzać postanowień, w ramach których ustalana jest odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które odpowiedzialność podnosi np. osoba trzecia. Wprowadzenie odpowiedzialności wykonawcy z tytułu okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności dając Zamawiającemu prawo do dowolnego wypowiedzenia licencji i wprowadzenia kary umownej w wysokości czterokrotności wartości brutto wypowiedzianych licencji wpisuje się w zakaz ujęty w treści art. 433 ustawy Pzp. Takie ujęcie odpowiedzialności stanowi w ocenie Odwołującego klauzulę abuzywną i wprowadza odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności od niego niezależne jednocześnie dając Zamawiającemu prawo do wypowiedzienia licencji w bliżej nieskonkretyzowanych okolicznościach.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, iż w ramach realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć licencje na oprogramowanie, z których Zamawiający będzie mógł korzystać przez cały okres trwania umowy. Utrata możliwości korzystania z oprogramowania wynikająca z wypowiedzenia licencji spowoduje wymierne koszty po stronie Zamawiającego. W szczególnym przypadku, gdyby wypowiedzenie licencji nastąpiło pod koniec realizacji projektu, może to oznaczać dla Zamawiającego konieczność wdrożenia nowego rozwiązania informatycznego i poniesienia raz jeszcze całości kosztów wdrożenia. W tym wypadku kara umowna gwarantuje jedynie zwrot kosztów poniesionych przez Zamawiającego. Dodatkowo Zamawiający podniósł, iż postanowienie zawarte w § 10 ust. 1 pkt 4 Umowy nie może być niezwiązane chociażby pośrednio z wykonaniem umowy, czy też dotyczyć przypadku, w którym wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający. Została ona bowiem zastrzeżona na wypadek wypowiedzenia przez Wykonawcę licencji, co uniemożliwiłoby Zamawiającemu korzystanie z dostarczanego rozwiązania informatycznego. Z samej treści § 10 ust. 1 pkt 4 Umowy wynika, że postanowienie to nie obejmuje swoim zakresem przypadków, w których przyczyny wypowiedzenia licencji leżały po stronie Zamawiającego, zatem tym bardziej nie jest możliwe stwierdzenie, że przepis ten miałby obejmować sytuację, w której wyłączną odpowiedzialność za wypowiedzenie ponosi Zamawiający.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu naruszenia art. 433 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu w ogóle nie odniósł się do art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, który dotyczy przypadków, kiedy PPU przewidują odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Tymczasem z zakwestionowanego postanowienia PPU wprost wynika, że nie przewiduje ono odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający - w § 10 ust. 1 pkt 4 PPU wskazano na wypowiedzenie licencji *z przyczyn innych niż leżące po stronie Zamawiającego*). Odwołujący nie dowiódł także, aby w omawianym przypadku zachodził przypadek naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem, czyli sytuacja, o której mowa w art. 433 pkt 2 ustawy Pzp. Kwestia wypowiedzenia licencji na korzystanie z OPROGRAMOWANIA STANDARDOWEGO niewątpliwie nie ma charakteru pobocznego, lecz jest bezpośrednio związana z przedmiotem umowy i jej prawidłowym wykonaniem. Wykonawca realizujący zamówienie musi zapewnić licencje na OPROGRAMOWANIE STANDARDOWE i DOKUMENTACJĘ STANDARDOWĄ oraz autorkę prawa majątkowe do OPROGRAMOWANIA DEDYKOWANEGO i DOKUMENTACJI DEDYKOWANEJ (por. m.in. 6.6.4 OPZ). Zapewnienie ciągłości licencji ma znaczenie istotne zarówno dla należytej realizacji umowy, jak i dla możliwości korzystania przez Zamawiającego z przedmiotu zamówienia, a wypowiedzenie licencji może wiązać się z szeregiem dodatkowych kosztów po stronie Zamawiającego. Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji, która pozwalałaby stwierdzić, że § 10 ust. 1 pkt 4 PPU stanowi klauzulę abuzywną w rozumieniu art. 433 pkt 2 ustawy Pzp. Jednocześnie Odwołujący powoływał się na uprawnienie Zamawiającego do wypowiedzenia licencji w bliżej nieskonkretyzowanych okolicznościach i domagał się jego usunięcia, podczas gdy nie pokusił się nawet o wskazanie

konkretnego postanowienia OPZ czy PPU, które by na takie uprawnienie Zamawiającego wskazywało i które w jego ocenie należałoby wykreślić. Izba stwierdziła, iż stanowisko Odwołującego było wybiórcze i hasłowe, a jako takie nie wykazywało zasadności zarzutu.

#### Zarzut nr 4

Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący na skutek braku przyporządkowania wymagań funkcjonalnych do poszczególnych wydań systemu i określenie zakresu funkcjonalnego dla poszczególnych jego wydań w opisie przedmiotu zamówienia, Izba uznała za uzasadniony w części.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Izba ustaliła, iż zgodnie z pkt 3 OPZ, *„Przedmiotem Zamówienia jest wdrożenie ROZWIĄZANIA INFORMATYCZNEGO zgodnie z celami i wymaganiami ZAMAWIAJĄCEGO. ROZWIĄZANIE INFORMATYCZNE MUSI zostać wdrożone produkcyjnie u ZAMAWIAJĄCEGO z uwzględnieniem wszystkich procesów utrzymania infrastruktury kolejowej. Wykonawca MUSI uwzględnić zmiany w strukturze organizacyjnej ZAMAWIAJĄCEGO powstałe w trakcie realizacji PROGRAMU.”*

Dalej Zamawiający wskazał, iż wdrożenie ENTERPRISE ASSET MANAGEMENT MUSI zostać zrealizowane w WYDANIACH systemu realizowanych sekwencyjnie i przedstawił tabelę opisującą ogólnie funkcjonalności systemu i funkcjonalności mobilne w ramach każdego z Wydań.

W pkt 5 OPZ w przedstawionej na stronach 32-134 tabeli opisano wymagania funkcjonalne dla ROZWIĄZANIA INFORMATYCZNEGO (łącznie 529 wymagań z podziałem na zakresy).

Uzasadniając zarzut Odwołujący podniósł, iż zamieszczony w tabeli w pkt 3 OPZ ogólny podział zakresu funkcjonalnego na Wydania I, II, III nie daje podstaw do oszacowania złożoności, a co za tym idzie, wyceny poszczególnych wydań. Jest to brak uniemożliwiający złożenie przez któregośkolwiek wykonawcę, w tym samego Odwołującego, oferty zawierającej rzetelną wycenę świadczenia. Wymagania z Rozdziału 5 – w dużej części nie korespondują wprost do zakresu funkcjonalnego opisanego w tabeli z Rozdział 3. Nie jest możliwa jednoznaczna identyfikacja, które wymaganie (w całości lub we wskazanej części) powinno być zrealizowane i podlegać będzie odbiorowi (w całości lub w części) podczas odbiorów poszczególnych Wydań. Wymagania z Rozdziału 5 wskazują na konieczność wykonania określonych integracji, niemniej nie ma jednoznacznego wskazania jakie integracje są niezbędne do realizacji w poszczególnych wydaniach. Załącznik 1.9 Zał. nr 09 OPZ - Informacja pomocnicza z pilotażu EAM\_2023.11.24 nie precyzuje tych informacji, ponadto wskazane jest w Rozdziale 3.1 Opis stanu obecnego, że informacje zawarte w Załączniku 1.9 Zał. nr 09 OPZ - Informacja pomocnicza z pilotażu EAM\_2023.11.24 są informacjami pomocniczymi. Wymagania z Rozdziału 5 wskazują na konieczność wykonania określonego dostosowania systemu SAP, niemniej nie ma jednoznacznego wskazania jakie zakres dostosowania jest niezbędny poszczególnych wydaniach. Analogiczny zagadnienie dotyczy wymagań związanych z aplikacją Mobilną zawartych w Rozdziale 5, w szczególności, gdy dla Wydania III w tabeli z Rozdziału 3 opisane jest to jako „FUNKCJONALNOŚCI MOBILNE” odpowiednie do zakresu aplikacji stacjonarnej”. Podsumowując, brak jednoznacznego przypisania (w całości lub precyzyjnie wskazanej części) jakie wymagania wymienione w Rozdziale 5 powinny być zrealizowane w ramach poszczególnych Wydań, czyni niemożliwymi prawidłowe oszacowanie projektu oraz stwarza możliwość swobodnego interpretowania przez Zamawiającego kompletności realizacji wymagań podczas procedur odbiorowych poszczególnych wydań. Tym samym konieczne jest uzupełnienie specyfikacji wymagań o wymagane informacje, w szczególności zakresy wymagań dla poszczególnych Wydań (zarówno dla części stacjonarnej i mobilnej), zakresy niezbędnych integracji oraz wymaganych dostosowań w SAP – stosownie do wniosku ujętego w treści petitum odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, iż w zakresie braku podziału wymagań funkcjonalnych na wydania uzupełni specyfikację poprzez dokonanie zmiany Opisu Przedmiotu Zamówienia w taki sposób, że do OPZ doda Załącznik nr 16 zawierający podział wymagań funkcjonalnych zawartych w rozdziale 5 w OPZ na poszczególne wydania. Zamawiający dokona podziału wymagań funkcjonalnych w następujący sposób: - funkcjonalności przypisane do Wydania I będą wymagalne w Wydaniu I, II i III; funkcjonalności przypisane do Wydania II będą wymagalne w Wydaniu II i III; - funkcjonalności przypisane do Wydania III będą wymagalne w Wydaniu III. Zamawiający dopuszcza realizację dowolnego z wymagań funkcjonalnych dodatkowo w ramach innego wydania niż to, które wynika z Załącznika nr 16 do OPZ w przypadku, gdy realizacja danego wymagania funkcjonalnego wynika z treści specyfikacji biznesowej dotyczącej danego wydania. Podział funkcjonalności dotyczy wszystkich wymagań funkcjonalnych wyspecyfikowanych w rozdziale 5 w OPZ, zarówno dla części stacjonarnej, w tym dla portalu dla wykonawców zewnętrznych, jak i mobilnej.

W zakresie braku podziału zakresów integracji na wydania Zamawiający wskazał, iż zarzut jest niezasadny, gdyż integracje zawsze są wynikiem specyfiki technologicznej rozwiązania informatycznego, które wygra postępowanie przetargowe. Integracje będą zupełnie inaczej wyglądały w przypadku każdego z rozwiązań informatycznych (SAP, MAXIMO, LUMADA, IFS, itd.). Ponadto będą wynikały z ustaleń dokonanych w trakcie prac koncepcyjnych, do których przeprowadzenia jest zobowiązany Wykonawca w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Wobec maksymalnego otwarcia postępowania na technologie informatyczne, w celu zapewnienia maksymalnej konkurencyjności, Zamawiający jest w stanie opisać integracje kierunkowo, co uczynił w Załączniku nr 2 do OPZ, zatem opisał przedmiot zamówienia w sposób precyzyjny i wyczerpujący. W odniesieniu do wniosku o dokonanie podziału dostosowań SAP na wydania – zarzut również jest niezasadny, gdyż dostosowania modułów SAP będą uzależnione od specyfiki technologicznej rozwiązania informatycznego, które będzie wdrażane w trakcie wykonania umowy (zależy od oferty, która zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. Dostosowania modułów będą zupełnie inaczej wyglądały w przypadku każdego z rozwiązań informatycznych (SAP, MAXIMO, LUMADA, IFS, itd.). Ponadto będą wynikały z ustaleń dokonanych w trakcie prac koncepcyjnych, do których przeprowadzenia jest zobowiązany Wykonawca w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Wobec maksymalnego otwarcia postępowania na technologie informatyczne, w celu zapewnienia maksymalnej konkurencyjności, Zamawiający jest w stanie opisać integracje kierunkowo, co uczynił w Załączniku nr 2 do OPZ, zatem opisał przedmiot zamówienia w sposób precyzyjny i wyczerpujący.

Izba uznała zarzut za zasadny w części dotyczącej przyporządkowania wymagań funkcjonalnych do poszczególnych Wydań systemu.

W ocenie Izby Odwołujący słusznie zwrócił uwagę, iż precyzyjny podział szeroko zakrojonych wymagań funkcjonalnych na poszczególne Wydania jest istotny dla dokonania odpowiedniej wyceny prac przypadających na poszczególne Wydania. Zakres funkcjonalności systemu i funkcjonalności mobilnych oczekiwanych w ramach poszczególnych Wydań zawarty w tabeli w Rozdziale 3 OPZ ma charakter ogólny, w przeciwieństwie do bardzo szczegółowo opisanych wymagań funkcjonalnych w Rozdziale 5 OPZ. Jednocześnie przyporządkowanie szczegółowych wymagań funkcjonalnych z Rozdziału 5 OPZ do każdego z trzech wydań w oparciu jedynie o relatywnie ogólny opis z Rozdziału 3 OPZ może powodować trudności po stronie wykonawców. Zamawiający z powyższym *facto* nie polemizował, w odpowiedzi na odwołanie zadeklarował, iż uzupełni specyfikację poprzez dokonanie zmiany Opisu Przedmiotu Zamówienia w taki sposób, że do OPZ doda Załącznik nr 16 zawierający podział wymagań funkcjonalnych zawartych w Rozdziale 5 w OPZ na poszczególne wydania. Zamawiający wskazał również w jaki sposób dokona podziału wymagań funkcjonalnych. Zadeklarowane przez Zamawiającego zmiany w OPZ w części korelowały z żądaniem Odwołującego, który wskazywał na konieczność uzupełnienia OPZ o informacje dotyczące zakresu wymagań dla poszczególnych Wydań (zarówno dla części stacjonarnej i mobilnej). Niemniej deklaracje Zamawiającego pozostały na moment zamknięcia rozprawy jedynie w sferze obietnic, Izba zaś zobowiązana jest wziąć pod uwagę podczas rozstrzygnięcia wyłącznie taki stan rzeczy, jaki został ustalony w toku postępowania. Izba ma świadomość, że wprowadzenie odpowiednich zmian w opisie przedmiotu zamówienia może być procesem czasochłonnym, jednak Zamawiający, jako podmiot profesjonalny, powinien zdawać sobie sprawę, iż brak wprowadzenia deklarowanych zmian w OPZ przy jednoczesnym niezłożeniu przez Zamawiającego oświadczenia procesowego o częściowym uwzględnieniu przedmiotowego zarzutu spowoduje, iż zarzut będzie podlegał merytorycznemu rozpoznaniu.

Mając na uwadze powyższe Izba nakazała Zamawiającemu uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia o informacje dotyczące przypisania określonych w Rozdziale 5 Załącznika nr 1 do SWZ – OPZ wymagań funkcjonalnych dla rozwiązania informatycznego do poszczególnych Wydań systemu.

Natomiast Izba za bezzasadne uznała stanowisko Odwołującego w zakresie dotyczącym nieprecyzyjnego opisanie integracji niezbędnych do realizacji w poszczególnych Wydaniach oraz zakresu dostosowania SAP. Izba za wiarygodne uznała stanowisko Zamawiającego, iż zarówno integracje, jak i dokonanie podziału dostosowań SAP na Wydania to elementy zależne od specyfiki technologicznej oferowanego rozwiązania i będą one różnić się w zależności od przyjętej koncepcji. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby informacje przedstawione w dokumentach zamówienia (w tym w załączniku nr 2 do OPZ, na który Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie) były niedostatecznie precyzyjne czy niewyczerpujące.

#### Zarzut 5

Za bezzasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny w zakresie dotyczącym depozytu kodów źródłowych.

Izba ustaliła, iż w Rozdziale 6.5 Załącznika nr 1 do SWZ – OPZ „*Depozyt kodów źródłowych*” wskazano: „*W ramach Przedmiotu Umowy ZALECANE JEST dostarczenie ZAMAWIAJĄCEMU lub przekazanie do depozytu kodów źródłowych OPROGRAMOWANIA STANDARDOWEGO. ZAMAWIAJĄCY ma prawo do skorzystania z kodów źródłowych*”.

*OPROGRAMOWANIA STANDARDOWEGO złożonych w depozycie w przypadku upadłości lub likwidacji Wykonawcy. W przypadku dostarczenia kodów źródłowych OPROGRAMOWANIA STANDARDOWEGO ZAMAWIAJĄCY ma prawo do ich modyfikacji i przetwarzania. W ramach Przedmiotu Umowy Wykonawca MUSI dostarczyć ZAMAWIAJĄCEMU kody źródłowe OPROGRAMOWANIA DEDYKOWANEGO.”*

Ponadto Izba ustaliła, iż Zamawiający zdefiniował w punkcie 1 OPZ OPROGRAMOWANIE DEDYKOWANE jako „oprogramowanie i skrypty wraz z kompletnymi kodami źródłowymi, wytworzone i dostarczone przez Wykonawcę w ramach realizacji PROGRAMU wraz z DOKUMENTACJĄ i MODYFIKACJAMI, do których Wykonawca przenosi autorskie prawa majątkowe na ZAMAWIAJĄCEGO na warunkach i zasadach określonych w Umowie.” OPROGRAMOWANIE STANDARDOWE” jako „oprogramowanie, do którego autorskie prawa majątkowe przysługują producentowi ROZWIĄZANIA INFORMATYCZNEGO. Producent OPROGRAMOWANIA STANDARDOWEGO udziela ZAMAWIAJĄCEMU licencji na warunkach i zasadach określonych w Umowie oraz umowach licencyjnych producentów OPROGRAMOWANIA STANDARDOWEGO.”, zaś wyrażenia „POWINNO, ZALECANE, NIE POWINNO, NIEZALECANE” zdefiniował w sposób następujący: „Ileokroć w dokumencie występuje wyrażenie POWINNO lub ZALECANE lub NIE POWINNO lub NIEZALECANE, lub odpowiadające im formy oznacza to, że dopuszczalne jest niezastosowanie się do treści zapisu przez Wykonawcę, jednak wtedy i tylko wtedy, gdy na podstawie uprzednio wykonanej analizy dla określonego przypadku wykazano, że zastosowanie się do treści zapisu jest niemożliwe lub inne obiektywnie uzasadnione czynniki sprawiają, że zastosowanie się jest zbędne albo nieefektywne. Konieczne jest wówczas podanie przyczyny niezastosowania oraz sposobu alternatywnego rozwiązania kwestii do których odnoszą się te wyrażenia, a także wymaga akceptacji ZAMAWIAJĄCEGO w formie pisemnej lub ustnej.”

Uzasadniając przedmiotowy zarzut Odwołujący wskazał, iż kwestia obowiązku dostarczenia Zamawiającemu do depozytu licencji na oprogramowanie standardowe jest z jednej strony niemożliwa do spełnienia przez wykonawców, którzy nie są producentem takiego oprogramowania (ze względu powszechnie przyjęte warunki licencyjne i zasady współpracy oraz nabywania tego rodzaju produktów), z drugiej zaś strony zalecenie sformułowane przez Zamawiającego na etapie procesu ubiegania się o zamówienie publiczne wobec wykonawców na etapie realizacji przedmiotu zamówienia może w sposób całkowicie arbitralny i nieprzewidywalny przeistoczyć się w obowiązek wykonawcy. W ocenie Odwołującego nie sposób także ustalić w jaki sposób likwidacja lub upadłość wykonawcy miałyby się przełożyć na prawo Zamawiającego do modyfikacji oprogramowania standardowego, którego wykonawca nie jest twórcą i licencjodawcą. Odwołujący wnioskował o usunięcie w definicji pojęć „POWINNO, ZALECANE, NIE POWINNO, NIEZALECANE” zdania „(...) a także wymaga akceptacji ZAMAWIAJĄCEGO w formie pisemnej lub ustnej.”

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uznał wnioskowane zmiany w definicjach za nieuzasadnione. Wyjaśnił, iż co do zasady oczekuje realizacji wymagań zawierających takie sformułowania. Niemniej mając na uwadze fakt, że częścią przedmiotu zamówienia jest koncepcja biznesowa, jak również to, że istnieją uwarunkowania techniczne oferowanego rozwiązania mające wpływ na ostateczny sposób spełnienia określonych wymagań, Zamawiający dopuszcza realizację wymagań w sposób dostosowany do standardu i technologii Rozwiązania Informatycznego, jeśli spełnia rzeczywiste potrzeby Zamawiającego w tym zakresie. Zapisy POWINNO lub ZALECANE lub NIE POWINNO, NIEZALECANE działają na korzyść Wykonawcy, gdyż pozwalają zrealizować obowiązkowe wymagania w sposób dostosowany do standardu i technologii Rozwiązania Informatycznego. W szczególności potrzebą biznesową Zamawiającego jest zapewnienie możliwości utrzymania i rozwoju rozwiązania informatycznego w sytuacji upadłości lub likwidacji Wykonawcy lub producenta lub w przypadku podjęcia przez nich decyzji biznesowych skutkujących wycofaniem wsparcia technicznego lub brakiem dostępności oprogramowania, które zostało dostarczone Zamawiającemu. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający oświadczył, że Wykonawca musi dostarczyć lub zdeponować kody źródłowe na oprogramowanie standardowe.

Izba stwierdziła, iż stanowisko Odwołującego nie zostało w żaden sposób wykazane. Odwołujący poprzestał na postawieniu hasłowej tezy, iż dostarczenie do depozytu licencji na oprogramowanie standardowe jest niemożliwe do spełnienia przez wykonawców, którzy nie są producentem takiego oprogramowania (ze względu na powszechnie przyjęte warunki licencyjne i zasady współpracy oraz nabywania tego rodzaju produktów), nie przedstawiając ani konkretnej argumentacji, która wyjaśniałaby brak możliwości zdeponowania kodów źródłowych ani żadnych dowodów, które ten fakt by potwierdzały. Ponadto Odwołujący wskazując na powyższe, nie domagał się usunięcia obowiązku dostarczenia Zamawiającemu kodów źródłowych do OPROGRAMOWANIA STANDARDOWEGO lub przekazania ich do depozytu, lecz usunięcia obowiązku uzyskania akceptacji Zamawiającego na odstąpienie od wymagań, a zatem brak było w tym przypadku właściwej korelacji między uzasadnieniem zarzutu a żądaniem. Korelacja taka nie zachodziła także w zakresie dotyczącym aktualizacji uprawnienia Zamawiającego do skorzystania ze zdeponowanych kodów źródłowych w sytuacji upadłości lub likwidacji wykonawcy – Odwołujący, mimo że wskazywał na wątpliwości związane z takim uprawnieniem, to nie żądał usunięcia odpowiednich postanowień OPZ. Tymczasem w przypadku odwołań wnoszonych

wobec treści dokumentów zamówienia właściwa korelacja między podstawą faktyczną zarzutu a żądaniem jest jedną z kluczowych kwestii wpływających na rozstrzygnięcie Izby.

Za nieuzasadnione Izba uznała także stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający może w sposób arbitralny i nieprzewidywalny przeistoczyć określone zalecenie w obowiązek wykonawcy i związane z tym żądanie usunięcia w definicji pojęć „*POWINNO, ZALECANE, NIE POWINNO, NIEZALECANE*” obowiązku uzyskania akceptacji Zamawiającego. Definicja ww. pojęć jasno wskazuje, iż odstępstwo od zastosowania się do określonych w OPZ wymagań ma charakter wyjątku od reguły i musi być wynikiem uprzedniej analizy wskazującej na brak możliwości spełnienia wymagań, ich zbędność czy nieefektywność. Uzyskanie w takiej sytuacji akceptacji Zamawiającego jawi się nie tylko jako uzasadnione, ale wręcz jako konieczne dla zapewnienia Zamawiającemu możliwości sprawowania należytej kontroli nad realizacją zamówienia. Twierdzenia Odwołującego o arbitralności czy nieprzewidywalności decyzji Zamawiającego nie zostały niczym poparte, jak i stoją w sprzeczności z faktem, że Zamawiający jako strona umowy w sprawie zamówienia publicznego zobowiązany jest współdziałać z wykonawcą w celu należytej realizacji umowy, co wynika wprost z art. 431 ustawy Pzp.

Ponadto Izba dostrzegła, iż żądanie Odwołującego w sposób daleko idący wykraczało poza zakres zarzutu, który referował *stricto* do zalecenia zdeponowania kodów źródłowych do OPROGRAMOWANIA STANDARDOWEGO. Odwołujący domagał się bowiem całkowitego usunięcia obowiązku uzyskania akceptacji Zamawiającego na niezastosowanie się do danego wymagania, zawartego w definicji pojęć „*POWINNO, ZALECANE, NIE POWINNO, NIEZALECANE*”, która to definicja znajdowała zastosowanie do całego przedmiotu zamówienia. Tym samym Odwołujący dążył do wyeliminowania obowiązku uzyskania akceptacji w każdym przypadku, w którym w OPZ użyto ww. pojęć, co w świetle uzasadnienia faktycznego zarzutu należało uznać za bezpodstawne.

Jedynie na marginesie, w odniesieniu do stanowiska Zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że wykonawca MUSI dostarczyć lub zdeponować kody źródłowe, Izba wskazuje, iż w świetle obowiązującej na moment zamknięcia rozprawy treści dokumentów zamówienia wymaganie takie nie znajduje uzasadnienia, Zamawiający jednoznacznie wskazał bowiem, iż dostarczenie lub zdeponowanie kodów źródłowych jest *ZALECANE* i Zamawiający związany jest definicją tego pojęcia zawartą w OPZ. Jeżeli zamiarem Zamawiającego było przyjęcie odmiennych założeń, to niezbędne jest wprowadzenie odpowiednich modyfikacji w OPZ.

#### Zarzut 6

Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia art. 433 pkt 2 i 3 ustawy Pzp odnoszący się do uprawnienia Zamawiającego do żądania zmiany trenera oraz związane z nim żądanie usunięcia pkt 6.9 ppkt 9, 24 i 25 OPZ.

Zamawiający w pkt 6.9 OPZ określił wymagania w zakresie szkoleń, w ramach których wskazano m.in.:

*„9. ZAMAWIAJĄCY zastrzega sobie prawo żądania zmiany trenera, a WYKONAWCA dokona zmiany w ciągu 14 dni kalendarzowych w sytuacji, gdy poziom merytoryczny prezentowany przez trenera na prowadzonym szkoleniu lub szkoleniach jest niezadowolający i zostanie to odzwierciedlone w średniej ocenie poniżej 60% na podstawie wyników ankiet przeprowadzonych wśród uczestników danego szkolenia lub szkoleń albo w niższym niż 60% uśrednionym wyniku testów sprawdzających wiedzę uczestników nabytą w ramach tego szkolenia lub szkoleń.*

*24. Szkolenie uczestnika zostaje zaliczone jako zrealizowane w przypadku udzielenia przez uczestnika minimum 60% dobrych odpowiedzi lub prawidłowo wykonanych ćwiczeń.*

*25. Osobodni szkolenia osób, których wynik testu nie przekroczył 60% poprawnych odpowiedzi lub wykonanych ćwiczeń nie są wliczane do zrealizowanych podczas rozliczania osobodni szkoleniowych.*

*26. Wykonawca na własny koszt może zorganizować dodatkowy test sprawdzający wiedzę uczestników, którzy nie osiągnęli minimum 60% poprawnych odpowiedzi lub wykonanych ćwiczeń w ramach pierwszego testu. ZAMAWIAJĄCY zapewni dostępność sali oraz obecność uczestników w sesji poprawkowej testów w ramach ich czasu pracy u ZAMAWIAJĄCEGO.”*

W treści odwołania wskazano, iż odpowiedzialność wykonawcy za terminowe i należyte zrealizowanie szkoleń w powiązaniu z odpowiedzialnością za poziom zdawalności testów (ćwiczeń) z jednoczesnym prawem do żądania zmiany trenera jest uzależniona od okoliczności niezależnych od wykonawcy, tj. zaangażowania uczestników szkolenia w jego proces oraz przyswajalności wiedzy. Dobór metod szkoleniowych oraz same kwalifikacje trenerów nie są wystarczające dla zapewnienia określonej zdawalności testów (ćwiczeń) i zależą od wielu niezależnych od wykonawcy czynników, wśród których można wymienić: przygotowanie merytoryczne uczestników szkoleń, ich zaangażowanie, motywacja, zdolność do przyswajania wiedzy oraz nastawienie. Stąd też wprowadzanie kar umownych powiązanych z efektem szkolenia jakim jest poziom zdawalności testów lub ćwiczeń stanowi niedozwoloną klauzulę umowną ujętą w treści art. 433 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, iż zamierza zakupić od wykonawcy usługę wyszkolenia

pracowników, w związku z czym oczekuje od wykonawcy zrealizowania transferu wiedzy do użytkowników końcowych. Zadanie to będzie polegało na umożliwieniu skutecznego poznania przez uczestników szkolenia logiki i obsługi systemu. Zamawiający nie jest zainteresowany spotkaniami wspólnym czytaniem instrukcji obsługi aplikacji komputerowej oraz mobilnej. Próg minimum 60% poprawnych odpowiedzi na pytania testowe został ustawiony na stosunkowo niskim poziomie i nie powinien być uznany za nadmierny. Celem Zamawiającego jest zorganizowanie efektywnego szkolenia, które umożliwi skuteczne przekazanie wiedzy wszystkim uczestnikom. Zamawiający ma świadomość, że na wyniki testów ma wpływ wiele czynników, w związku z tym zdecydował, że nawet przy 40% nieprawidłowych odpowiedzi uzna szkolenie za przeprowadzone prawidłowo. Zamawiający uważa, że to przede wszystkim na trenerze spoczywa odpowiedzialność za poziom i jakość prowadzenia szkoleń, szczególnie w przypadku dydaktyki osób dorosłych, które muszą szybko przyswoić wiedzę na temat systemu, który stanie się ich podstawowym narzędziem pracy. Dodatkowo należy podkreślić, że Wykonawca ma wpływ na poziom zdawalności uczestników szkoleń, gdyż zgodnie z punktem 6.9. podpunkt 21 i 23 OPZ, to Wykonawca odpowiada za opracowanie materiałów szkoleniowych, w tym testów sprawdzających wiedzę z przeprowadzonego szkolenia. Dodatkowo Zamawiający zwraca uwagę, że wymiana trenera, jeśli uczestnicy jego szkoleń uzyskują wyniki testu poniżej 60%, nie jest obligatoryjna. Zgodnie z zapisami OPZ Zamawiający ma jedynie taką możliwość. W świetle powyższego klauzule zawarte w postanowieniach umownych nie mogą zostać za abuzywne, gdyż mają bezpośredni związek z realizacją przez wykonawcę obowiązków umownych. Zamawiający nie może być uznany za podmiot wyłącznie odpowiedzialny za niezadowalające wyniki szkoleń.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący w żaden sposób nie wykazał naruszenia art. 433 pkt 2 i 3 ustawy Pzp. Podkreślić należy, iż ww. przepisy wskazują na klauzule abuzywne, których stosowanie w umowach w sprawie zamówienia publicznego jest niedopuszczalne, niemniej każdy z punktów art. 433 odnosi się do innego rodzaju postanowień umownych – pkt 2 do postanowień przewidujących naliczanie kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem a pkt 3 do postanowień przewidujących odpowiedzialność wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający. Wskazując na abuzywność postanowień PPU Odwołujący powinien udowodnić, że zachodzą przypadki określone w ww. punktach. Tymczasem w treści odwołania próżno szukać rzeczowego uzasadnienia w tym zakresie. Odwołujący domaga się usunięcia postanowień punktu 6.9.9., 6.9.24 i 6.9.25 OPZ (błędna numeracja *wpetitum* odwołania – wskazano tam na pkt 6.9.26), podczas gdy żadne z tych postanowień nie wskazuje na nałożenie na wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający (art. 433 pkt 3 ustawy Pzp). Ponadto żadne z tych postanowień nie odnosi się do naliczenia kar umownych, a to właśnie do postanowień przewidujących naliczanie kar umownych referuje art. 433 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący nie domaga się modyfikacji katalogu kar umownych wskazanego w § 10 PPU, lecz usunięcia postanowień nakładających na wykonawcę określone obowiązki wpływające na poziom jakości szkoleń. Odwołujący nie wskazuje też, dlaczego jego zdaniem odpowiedzialność wykonawcy miałaby być niezwiązana bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. W istocie jest wręcz przeciwnie – należyta realizacja szkoleń jest jednym z istotnych elementów przedmiotu zamówienia. Już tylko powyższe przesądza o bezzasadności zarzutu.

Ponadto Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że to właśnie jakość przygotowanych materiałów szkoleniowych i jakość przeprowadzenia szkoleń jest czynnikiem decydującym o zdawalności testów przez uczestników szkoleń. Zadaniem trenera jest przekazanie wiedzy wszystkim uczestnikom w sposób przyswajalny i skuteczny. Odwołujący pominął w swojej argumentacji okoliczność, że to wykonawca odpowiada za opracowanie zarówno materiałów szkoleniowych, jak i testów sprawdzających. Wykonawca dysponuje zatem wszelkimi środkami, których należyte przygotowanie i wykorzystanie, niewątpliwie zasadniczo zdeterminuje wynik testów sprawdzających. Nie budzi wątpliwości Izby, że Zamawiający powinien posiadać narzędzie umożliwiające mu podjęcie reakcji (ewentualną zmianę trenera) w przypadku odnotowania, że szkolenia nie odpowiadają wymaganemu poziomowi jakości. Ustalenie granicznego poziomu zdawalności na 60% nie wydaje się być poziomem wygórowanym. Ponadto zgodnie z pkt 6.9.26 wykonawca ma możliwość zorganizowania dodatkowego testu sprawdzającego dla osób, które nie osiągnęły wymaganego poziomu 60% prawidłowych odpowiedzi. W tym stanie rzeczy nie sposób stwierdzić, aby kwestionowane wymagania naruszały przepisy ustawy Pzp.

#### Zarzut 7

Nie potwierdził się również zarzut nr 7, który także wiązał się z naruszeniem art. 433 pkt 2 i 3 ustawy Pzp w kontekście możliwości zmiany trenera prowadzącego szkolenia wyłącznie za zgodą Zamawiającego.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w pkt 6.9 OPZ określił wymagania w zakresie szkoleń, w ramach których w ppkt 6) wskazano wymagania dla trenerów WYKONAWCY lub podmiotu, któremu WYKONAWCA zleci realizację szkoleń w swoim imieniu:

„a) jeśli nie określono inaczej, szkolenia MUSZĄ być przeprowadzone przez trenerów WYKONAWCY. ZAMAWIAJĄC dopuszcza możliwość przeprowadzenia szkoleń przez zaangażowanych przez WYKONAWCĘ trenerów zewnętrznych lub firmę posiadającą doświadczenie w szkoleniach z programów komputerowych klasy EAM i/lub ERP. Za przygotowanie trenerów do prowadzenia szkoleń z ROZWIĄZANIA INFORMATYCZNEGO odpowiada WYKONAWCA;

b) trenerzy WYKONAWCY nie mogą być jednocześnie konsultantami wdrożeniowymi WYKONAWCY w ramach PROGRAMU;

c) osoby pełniące rolę trenerów podlegają zgłoszeniu i akceptacji ZAMAWIAJĄCEGO pod kątem doświadczenia w realizowaniu szkoleń zgodnie z Załącznikiem nr 14 do OPZ.”

Ponadto dalej wskazano, iż:

„7) Szkolenia MUSZĄ być prowadzone wyłącznie przez trenerów wskazanych w ofercie Wykonawcy za wyjątkiem sytuacji przewidzianych ust. 8 poniżej.

8. ZAMAWIAJĄCY dopuszcza możliwość zmiany trenerów wskazanych w ofercie (poprzez złożenie wniosku przez Wykonawcę w formie dokumentu elektronicznego), o ile zostaną spełnione łącznie dwa warunki: i. wskazany nowy trener musi posiadać doświadczenie minimum takie samo jak trener wskazany w ofercie Wykonawcy; ii. ZAMAWIAJĄCY udzieli Wykonawcy zgody na zmianę trenera.”

Odwołujący uzasadniając zarzut wskazał, iż ze względu na okoliczność, iż szkolenia z udziałem trenerów wskazanych w treści oferty mają się rozpocząć w okresie około 2 lat od dnia jej złożenia wymagania Zamawiającego w sposób nieuzasadniony ograniczają możliwość złożenia w treści oferty oświadczeń woli (w zakresie personelu dedykowanego do realizacji przedmiotu zamówienia), które będą mogły zostać dotrzymane bez narażania się wykonawcy na zapłatę kar umownych oraz ryzyko uznania umowy za wykonaną w sposób nienależyty. Zamawiający wymaga aby „Szkolenia musiały być prowadzone wyłącznie przez trenerów wskazanych w ofercie Wykonawcy za wyjątkiem sytuacji przewidzianych ust. 8 poniżej” oraz aby zmiana trenera była możliwa tylko i wyłącznie za zgodą Zamawiającego – co przekłada się na ocenę przez Zamawiającego poprawności wykonania zamówienia (należytego wykonania umowy), od którego zależy naliczanie kar umownych, w szczególności odnoszących się do terminowości wykonania umowy (vide: § 10 ust. 1 projektu umowy – załącznik nr 2 do SWZ – Projekt umowy). Tego rodzaju wymagania zdaniem Odwołującego noszą charakter klauzul abuzywnych powodując, że już na etapie składania oferta wykonawca jest zmuszony wliczyć w swoje wynagrodzenie ryzyko związane z brakiem możliwości spełnienia wymagań Zamawiającego lub obciążyć Zamawiającego kosztami długoterminowych umów lojalnościowych z trenerami wskazanymi w ofercie – co będzie miał swój negatywny wpływ na sposób wydatkowania przez PKP PLK S.A. środków publicznych. Z drugiej strony tego rodzaju postanowienia są nieproporcjonalne w rozumieniu art. 16 pkt 3 ustawy Pzp do zamiaru przeprowadzenia szkoleń na pożądanym przez Zamawiającego poziomie, gdyż o jego jakości decyduje poziom przygotowania trenerów, nie zaś fakt, czy byli oni wskazani w ofercie wykonawcy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, iż wskazanie w ofercie konkretnych osób prowadzących szkolenia jest konieczne dla wykazania przez Wykonawcę, że dysponuje osobami, które posiadają doświadczenie zawodowe zgodne z wymaganiami ustanowionymi w postępowaniu. Przedmiotowe wymaganie ma na celu uniemożliwienie Wykonawcom składanie pustych deklaracji dotyczących dysponowania nieokreślonymi trenerami, których doświadczenie i kompetencje nie zostały wskazane w ofercie i realizowanie szkoleń przez trenerów niespełniających wymagań Zamawiającego. Dodatkowo jest standardem na rynku i jest powszechnie stosowane. Zamawiający zdaje sobie sprawę, że zapewnienie dostępności zadeklarowanych trenerów przez cały czas trwania wieloletniego projektu może nie być możliwe i dopuszcza zmianę trenerów na posiadających doświadczenie i kompetencje nie gorsze niż trenerzy zastępowani (por. pkt 6.9. podpunkt 8) OPZ – strona 156). Argumentacja Odwołującego jest więc niezrozumiała. Jednocześnie Zamawiający dopuszcza możliwość skorzystania przez Wykonawców z doświadczenia, zasobów i kompetencji profesjonalnych firm szkoleniowych spełniających wymagania Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że Odwołujący – analogicznie jak w przypadku zarzutu nr 6 –w żaden sposób nie wykazał naruszenia art. 433 pkt 2 i 3 ustawy Pzp. Przedstawioną przez Izbę w ramach zarzutu nr 6 ocenę w kontekście ww. regulacji należy uznać za właściwą również dla obecnie omawianego zarzutu. Ponadto dodać należy, iż oczywistym jest, że Zamawiający wymaga co do zasady realizacji umowy przez trenerów wskazanych na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ to właśnie fakt dysponowania tymi osobami przesądza o pozytywnej kwalifikacji podmiotowej wykonawcy. Natomiast Zamawiający mając świadomość, iż prowadzenie szkoleń przez trenerów wskazanych w ofercie może nie być możliwe przez okres realizacji umowy w sposób jednoznaczny w punkcie 6.9.8 OPZ dopuścił możliwość ich zmiany. Okoliczność, że możliwość zmiany trenerów warunkowana jest uprzednią akceptacją Zamawiającego w żaden sposób nie świadczy o naruszeniu art. 433 ustawy Pzp czy art. 16 ustawy Pzp – jest to wymóg racjonalnie uzasadniony, Zamawiający bowiem musi mieć możliwość weryfikacji czy trener kierowany na

zastępstwo posiada wymagane doświadczenie i kwalifikacje.

W ocenie Izby Odwołujący podnosząc przedmiotowy zarzut zmierzał wyłącznie do udogodnienia wykonawcy warunków realizacji przyszłego kontraktu, dążąc do pozbawienia Zamawiającego jednego z mechanizmów kontroli jakości świadczenia usług przez wykonawcę, co jest nie do pogodzenia z celem, jakiemu służą środki ochrony prawnej. Odwołania dotyczące postanowień SWZ, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa, a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy mające wpływ lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Rolą środków ochrony prawnej nie jest ułatwianie wykonawcom procesu ofertowania czy realizacji umowy, lecz konwalidacja sprzecznych z prawem czynności zamawiającego, które stają na drodze wykonawcom podczas ubiegania się o zamówienie publiczne.

#### Zarzut 8

Za bezzasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 oraz art. 433 pkt 2 i 3 ustawy Pzp przez nałożenie na wykonawcę wymagań, które nie mogą zostać zrealizowane w ramach harmonogramu narzuconego przez Zamawiającego, a więc nie mogą zostać przeprowadzone i osiągnięte w czasie przewidzianym w dokumentacji postępowania, mając walor świadczenia niemożliwego do przeprowadzenia bez narażania wykonawcy na kary umowne ujęte w treści § 10 ust. 1 PPU.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale 7 OPZ określił wymagania dla tworzenia SPECYFIKACJI BIZNESOWEJ ROZWIĄZANIA INFORMATYCZNEGO w następujący sposób:

*„SPECYFIKACJA BIZNESOWA przygotowana w ramach PROGRAMU, MUSI zostać opracowana zgodnie z Załącznikiem nr 10 do niniejszego OPZ i MUSI spełnić następujące wymagania:*

- 1. Za opracowanie SPECYFIKACJI BIZNESOWEJ odpowiada wyłącznie Wykonawca. ZAMAWIAJĄCY jest natomiast zobowiązany do udzielania Wykonawcy informacji oraz odpowiedzi na zadawane pytania.*
- 2. Analiza biznesowa MUSI obejmować analizę „MA-BYĆ” („to-be”) procesów biznesowych ZAMAWIAJĄCEGO.*
- 3. Zespoły Branżowe, będące przedstawicielami ZAMAWIAJĄCEGO i Wykonawcy, MUSZĄ ze sobą współpracować celu wypracowania jednego, spójnego modelu procesów biznesowych.*
- 4. Analiza „MA-BYĆ” MUSI być realizowana na podstawie prezentacji funkcjonalności ROZWIĄZANIA INFORMATYCZNEGO tak, by członkowie Zespołów Branżowych mogli zapoznać się z konkretnymi widokami ekranów w systemie oraz koniecznymi do wykonania czynnościami. Na tej podstawie członkowie Zespołów Branżowych będą mogli decydować o planowanym przebiegu procesu biznesowego i jego sposobie realizacji za pośrednictwem ROZWIĄZANIA INFORMATYCZNEGO.*
- 5. Analiza „MA-BYĆ”, MUSI być realizowana w pierwszej kolejności w oparciu o OPROGRAMOWANIE STANDARDOWE. Decyzja zarówno o utworzeniu modyfikacji w stosunku do OPROGRAMOWANIA STANDARDOWEGO jak i utworzenie nowej dedykowanej funkcjonalności dla ZAMAWIAJĄCEGO MUSI być szczegółowo uzgodniona z przedstawicielami ZAMAWIAJĄCEGO podczas uzgadniania SPECYFIKACJI BIZNESOWEJ. Decydentem zostanie Komitet Sterujący.*
- 6. Uzgadnianie konfiguracji funkcjonalności MUSI odbywać się na przykładach dostarczonych przez ZAMAWIAJĄCEGO, by odzwierciedlały rzeczywiste przypadki biznesowe.*
- 7. Zespoły Branżowe będą pracowały online oraz stacjonarnie, w stosunku 80% do 20%. Warsztaty stacjonarne MUSZĄ odbyć się na terenie Polski w lokalizacjach wskazanych przez ZAMAWIAJĄCEGO. Decyzja dotycząca tematów warsztatów stacjonarnych należy do ZAMAWIAJĄCEGO.*
- 8. SPECYFIKACJA BIZNESOWA MUSI być spisywana i dokumentowana w repozytorium SPARX Enterprise Architektury przez Wykonawcę na bieżąco podczas warsztatów.*
- 9. SPECYFIKACJA BIZNESOWA MUSI zawierać, oprócz innych elementów, schematy przyszłych procesów biznesowych przygotowane zgodnie z odpowiednimi standardami branżowymi wskazanymi w punkcie 6.4.1 niniejszego dokumentu.*
- 10. Odbiór SPECYFIKACJI BIZNESOWEJ przez ZAMAWIAJĄCEGO odbywa się na podstawie oceny spójności kompletności wszystkich elementów.*
- 11. Procesy „MA-BYĆ” powinny wspierać wdrożenie u ZAMAWIAJĄCEGO procedury FRACAS zgodnie z normą PN-150126-1 Specyfikowanie i wykazywanie niezawodności, dostępności, podatności utrzymaniowej i bezpieczeństwa (RAMS) Część 1 Proces Ogólny.”*

Izba ustaliła ponadto, iż w Załączniku nr 5 do OPZ Zamawiający przedstawił Ramowy harmonogram kamieni milowych PROGRAMU, zaś w Załączniku nr 6 listę produktów PROGRAMU podlegających procedurze odbioru wraz z terminami odbioru. Załącznik nr 10 do OPZ stanowił szablon SPECYFIKACJI BIZNESOWEJ.



Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu wskazał, iż pożądana przez Zamawiającego analiza „AS-IS” nie została uwzględniona w harmonogramie. Analogicznie do opisu AS-IS w kontekście procesów wykonawca musi także opisać AS-IS w zakresie architektury technicznej (wszystkie środowiska) – i ten obowiązek powinien spoczywać na Zamawiającym. Dodatkowo doszła jedna SPECYFIKACJA SYSTEMOWA, gdzie wymagane jest opisanie Przypadków użycia systemu. W ocenie Odwołującego na to nie ma też miejsca w harmonogramie. Ww. wymaganie ujęte w treści OPZ są sprzeczne z zakresem opisanym w Szablonie specyfikacji biznesowej. Zamawiający ma opisany stan aktualny (mimo, że wskazane jako niewiążący) oraz regulaminy, instrukcje są publicznie dostępne przez stronę internetową Zamawiającego. Zgodnie z zapisem z Szablona specyfikacji biznesowej rodzi to obowiązek zamodelowania procesów AS-IS. Odwołujący wskazał, iż modelowanie procesów AS-IS jest zajęciem czasochłonnym i nie jest na to zagwarantowany czas w Harmonogramie. Należy wziąć pod uwagę, że doświadczenie Wykonawcy wskazuje, że procesy AS-IS mogą być niejednolite w różnych Zakładach/Sekcjach spółki, co wpływa na możliwość wyceny świadczenia i samego złożenia oferty w tym zakresie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, iż w Załącznik nr 6 do OPZ określa jakie produkty i usługi są objęte zakresem zamówienia. Z postanowień tam zawartych nie wynika, aby zakresem zamówienia było objęte narysowanie procesów „AS-IS”. Występowanie podrozdziału „jak jest” w szablonie koncepcji biznesowej (por. Załącznik nr 10) nie oznacza, że rysowanie procesów „AS-IS” jest objęte zakresem zamówienia. Rozstrzygające znaczenie ma bowiem Załącznik nr 6. Szablony dokumentów u Zamawiającego podlegają ciągłemu doskonaleniu i dostosowywaniu do zmieniających się potrzeb. Słowo „szablon” w nazwie oznacza, że wszystkie projekty uruchamiane u Zamawiającego korzystają ze wspólnego dokumentu bazowego, który następnie zespół projektowy dostosowuje do potrzeb konkretnego projektu zgodnie z decyzjami Komitetu Sterującego tego konkretnego projektu

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie wykazał zasadności przedmiotowego zarzutu.

Odwołujący nie wyjaśnił z czego wywodzi obowiązek wykonania przez wykonawcę analizy „AS-IS” i nie powołał się na żadne konkretne postanowienie OPZ, z którego miałyby wynikać taki obowiązek, poza lakonicznym wskazaniem na szablon specyfikacji biznesowej (załącznik nr 10 do OPZ). W szczególności zacytowane w treści odwołania postanowienia Rozdziału 7 OPZ odnoszą się do konieczności wykonania analizy „MA-BYĆ”, czyli analizy „TO-BE” Wymóg wykonania przez wykonawcę analizy „AS-IS” nie wynika także ani z załącznika nr 5 do OPZ określającego Ramowy harmonogram kamieni milowych PROGRAMU, ani z Załącznika nr 6 do OPZ, który zawierał listę produktów PROGRAMU podlegających procedurze odbioru wraz z terminami odbioru. Dokumenty zamówienia są w tym zakresie spójne. Przy tym sam Odwołujący wskazał w treści odwołania, że Zamawiający ma już opisany stan aktualny, co koreluje z wynikającym z dokumentów zamówienia zakresem obowiązków wykonawcy, które wskazują na konieczność opracowania jedynie analizy „MA-BYĆ”.

Izba ponadto uznała za zasadne stanowisko Zamawiającego, iż sam fakt występowania w szablonie SPECYFIKACJI BIZNESOWEJ stanowiącym załącznik nr 10 do OPZ odniesienia do procesów „AS-IS” nie oznacza, modelowanie tych procesów jest objęte zakresem zamówienia. Jak sama nazwa wskazuje jest to szablon, czyli wzór dokumentu, podlegający dostosowaniu przez zespół projektowy na potrzeby konkretnego realizowanego projektu. Opis przedmiotu zamówienia kształtujący obowiązki wykonawcy wynika zaś z dokumentów wprost określających te obowiązki – w szczególności Załącznika nr 1 do SWZ- OPZ oraz Załącznika nr 6 do OPZ, a w zakresie terminów także Załącznika nr 5 do OPZ (harmonogramu ramowego). Odwołujący nie przedstawił przekonującej argumentacji, która pozwalałaby stwierdzić, że dokument będący ze swojej natury jedynie szablonem, miałby kształtować po stronie wykonawcy dodatkowe obowiązki, nie wyartykułowane w dokumentach, które te obowiązki co do zasady specyfikują.

#### Zarzut 9

Izba uznała przedmiotowy zarzut za zasadny w części, tj. w zakresie przyjęcia w ramach załącznika nr 1 do SWZ – OPZ w pkt 6.7.1 zbyt małej liczby licencji SPARX Enterprise Architect oraz w zakresie dotyczącym możliwości wykorzystania tego oprogramowania w angielskiej wersji językowej.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 2.6 OPZ „Uwarunkowania ogólne” w ppkt 2 wskazał, iż *Wykonawca MUSI stosować w pracach związanych z modelowaniem i projektowaniem zagadnień związanych z niniejszym OPZ narzędzia SPARX Enterprise Architect na środowisku i repozytorium w sieci informatycznej ZAMAWIAJĄCEGO* zaś w ppkt 3 *„Wykonawca MUSI stosować w pracach związanych z modelowaniem i projektowaniem zagadnień związanych z niniejszym OPZ standardy BPMN 2, UML 2.5.1 oraz ArchiMate 3.1. Sposób i zakres stosowania przez Wykonawcę wymienionych standardów i implementacja metamodelu w repozytorium SPARX Enterprise Architect MUSI zostać zaakceptowana przez ZAMAWIAJĄCEGO zgodnie z zapisami „Procedury Realizacji Projektu Informatycznego w PK Polskie Linie Kolejowe S.A.”.*

Ponadto w ramach wymagań dotyczących repozytorium architektonicznego opisanych w pkt 6.7.1 OPZ

Zamawiający w ppkt 1-3) wskazał, iż:

1. *Repozytorium analityczne i architektoniczne MUSI być prowadzone wyłącznie na infrastrukturze ZAMAWIAJĄCEGO formacie i strukturze zdefiniowanej przez ZAMAWIAJĄCEGO, zgodnie ze standardami branżowym wyspecyfikowanymi w pkt. 6.4.1 niniejszego dokumentu oraz szablonami obowiązującymi u ZAMAWIAJĄCEGO.*
2. *Prace analityczne i architektoniczne MUSZĄ być prowadzone przy użyciu SPARX Enterprise Architect w wersji aktualnie obowiązującej u ZAMAWIAJĄCEGO, przy użyciu Sparx Systems Pro Cloud Server.*
3. *Jeżeli Wykonawca nie dysponuje swoimi licencjami SPARX Enterprise Architect ZAMAWIAJĄCY udostępni wyłącznie do prac na rzecz ZAMAWIAJĄCEGO maksymalnie 3 pływające licencje poprzez zdalny dostęp do serwera kluczy SPARX Enterprise Architect w sieci ZAMAWIAJĄCEGO.*

Odwolujący wskazał, iż wyspecyfikowane przez Zamawiającego 3 licencje są niewystarczające do skutecznej realizacji projektu. Wymagania funkcjonalne i pozostałe opisane w OPZ wskazują na konieczność użycia oprogramowania SPARX Enterprise Architect do wytworzenia m. in. Modeli BPMN procesów, Modeli architektonicznych, Modeli logiczny obiektów technicznych, Opisu przypadków użycia, Modeli integracji, Pozostałych artefaktów np. – specyfikacji raportów, macierzy traceability itp. Dodatkowo, Zamawiający w innych wymaganiach wskazuje na konieczność prowadzenia wszystkich prac w języku polskim. Oprogramowania Sparx Enterprise Architect nie posiada wersji językowej polskiej. Wykonawca jest w stanie zagwarantować wytwarzanie wszystkich produktów (diagramów, modeli, opisów itp.) w języku polskim, ale nie może być zobowiązany do utworzenia polskiej wersji tzw. profili BPMN, UML, Archimate (np. poprzez zastąpienie standardowych nazw elementów profili np. Activity, Use Case itp. – ich odpowiednikami polskim np. Czynność, Przypadek użycia itp.). Zatem zobowiązanie: „Sposób i zakres stosowania przez Wykonawcę wymienionych standardów i implementacja metamodelu w repozytorium SPARX Enterprise Architect MUSI zostać zaakceptowana przez ZAMAWIAJĄCEGO zgodnie z zapisami „Procedury Realizacji Projektu Informatycznego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A” nie może nieść z sobą konieczności tworzenia polskiej wersji standardowych metamodeli. Jest to wymagania niczym nie uzasadnione, gdyż powoduje konieczność ingerencji w oprogramowanie i jest całkowicie zbędne z punktu widzenia celu prowadzonego postępowania. Takie wymagania Zamawiającego narażają wykonawcę na kary umowne a zatem w zakresie ograniczenia udostępnienia limitu licencji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie odnośnie liczby licencji SPARX oświadczył, że częściowo dokona zmiany OPZ zobowiązując się do udostępnienia Wykonawcy oprogramowania SPARX Enterprise Architect w oparciu o 6 licencji dostępu równoległego, które umożliwiają wymienne korzystanie z nich przez wielu pracowników Wykonawcy. Zamawiający nie może zapewnić żądanych 10 licencji tego oprogramowania, gdyż nie dysponuje taką liczbą. Dodatkowo nie wiadomo z jakiej przyczyny Odwołujący uznaje, iż akurat 10 licencji będzie wystarczających. Zamawiający przeprowadził analizę wykorzystywania licencji tego typu w podobnym projekcie pilotażowym z której wynika, że maksymalnie logowały się jednocześnie jedynie 2 osoby, zatem żądanie udostępnienia 10 licencji jest niezrozumiałe. W konsekwencji nie sposób uznać, aby twierdzenia Odwołującego były wiążące a dostarczenie takiej, a nie innej liczby licencji świadczyło o niemożliwości wykonania zobowiązania. Odnośnie korzystania z angielskiej wersji językowej oprogramowania SPARX Enterprise Architect Zamawiający oświadcza, że uzupełni Opis Przedmiotu Zamówienia o informację, że oprogramowanie SPARX dostarczane przez Zamawiającego jest w angielskiej wersji językowej. Zamawiający potwierdza, że wykorzystanie przez Wykonawcę anglojęzycznych nazw elementów profili i metamodeli dostępnych w tym oprogramowaniu nie narusza obowiązku Wykonawcy prowadzenia wszystkich prac w języku polskim. Zamawiający wskazał także, że żądanie ograniczenia zakresu (lub sprecyzowania) dostosowania metamodeli nie jest uzasadnione, gdyż Zamawiający precyzyjnie określił wymagane do wdrożenia funkcjonalności rozwiązania informatycznego w rozdziale 5 OPZ. Każda funkcjonalność będzie wymagała przygotowania na etapach koncepcji biznesowych szczególnych tzw. metamodeli. Liczba metamodeli może być różna w zależności od sposobu strukturyzowania procesów biznesowych i rozwiązania informatycznego. Definiowanie zakresu zostało wykonane przez określenie funkcjonalności rozwiązania a nie określanie metamodeli. Zakres funkcjonalny systemu został dokonany na bardzo szczegółowym poziomie na obecnym etapie

Odnosząc się do liczby licencji produktu SPARX Enterprise Architect, jaką Zamawiający zobowiązany będzie udostępnić wykonawcy w oparciu o pkt 6.7.1 ppkt 3) OPZ, Izba stwierdziła, iż Zamawiający zadeklarował dokonanie zmian w tym zakresie i zwiększenie liczby licencji z trzech do sześciu. Zamawiający uznał zatem, że podwojenie liczby licencji oprogramowania SPARX Enterprise Architect jest uzasadnione dla należytej realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie przedstawił argumentacji, która mogłaby wskazywać na okoliczność przeciwną. Zamawiający wyjaśnił jedynie, dlaczego w jego ocenie nieuzasadnione jest żądanie Odwołującego, aby liczbę licencji zwiększyć do dziesięciu. Odwołujący jednak w toku postępowania odwoławczego zmodyfikował żądanie ograniczając liczbę licencji do sześciu. Tym samym zadeklarowane przez Zamawiającego zmiany OPZ korelowały ze zmodyfikowanym żądaniem

Odwołującego. Pomimo tego Zamawiający nie złożył oświadczenia o uwzględnieniu przedmiotowego zarzutu w zakresie odnoszącym się do liczby licencji. Jednocześnie brak faktycznego wprowadzenia odpowiednich zmian w dokumentach zamówienia spowodował, iż substrat zaskarżenia pozostawał aktualny. Deklaracje Zamawiającego pozostały bowiem na moment zamknięcia rozprawy jedynie w sferze obietnic, Izba zaś zobowiązana jest wziąć pod uwagę podczas rozstrzygnięcia wyłącznie taki stan rzeczy, jaki został ustalony w toku postępowania. Przyszłe czynności Zamawiającego pozostają irrelevantne dla rozstrzygnięcia.

Analogiczna sytuacja zachodzi w odniesieniu do możliwości wykorzystania przez wykonawcę oprogramowania SPARX Enterprise Architect w anglojęzycznej wersji w świetle wymagania wskazującego na konieczność prowadzenia wszystkich prac w języku polskim. Zamawiający nie przeczył twierdzeniom Odwołującego, iż oprogramowanie SPARX Enterprise Architect nie posiada wersji językowej polskiej, a wykonawca nie może być zobowiązany do utworzenia polskiej wersji nazw profili i standardowych metamodeli. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zadeklarował, że wprowadzi w dokumentach zamówienia odpowiednie postanowienia dopuszczające możliwość posłużenia się angielską wersją językową tego oprogramowania bez naruszenia ogólnego obowiązku prowadzenia prac w języku polskim. Niemniej stosowne zmiany nie zostały przez Zamawiającego jeszcze wprowadzone. Jednocześnie Zamawiający nie złożył procesowego oświadczenia o uwzględnieniu zarzutu w omawianej części. Tym samym spór pozostawał aktualny, a w świetle stanowiska Zamawiającego brak było podstaw, aby odmówić racji argumentom Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia poprzez zwiększenie liczby licencji oprogramowania SPARX Enterprise Architect udostępnianych wykonawcy przez Zamawiającego z trzech do sześciu, a także umożliwienie wykonawcy wykorzystania ww. oprogramowania, w tym nazw elementów profili i metamodeli dostępnych w tym oprogramowaniu, w anglojęzycznej wersji.

Natomiast w ocenie Izby prawidłowo zwrócił uwagę Zamawiający, iż w treści żądania z pkt 9 odwołania zawarto również żądanie ograniczenia zakresu (lub sprecyzowania zakresu) dostosowania metamodeli, które nie znajduje uzasadnienia. W odwołaniu nie przedstawiono argumentacji, która korelowałaby z tym żądaniem i odnosiła się do konieczności ograniczenia czy sprecyzowania zakresu dostosowania metamodeli. Odwołujący nie podjął także polemiki ze stanowiskiem Zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie, gdzie wskazano na precyzyjne określenie wymaganych do wdrożenia funkcjonalności rozwiązania informatycznego w rozdziale 5 OPZ oraz okoliczność, iż liczba metamodeli może być różna w zależności od sposobu strukturyzowania procesów biznesowych i rozwiązania informatycznego.

Izba stwierdziła ponadto, iż także żądanie wykreślenia obowiązku prowadzenia wszystkich prac w języku polskim nie znajduje w pełni uzasadnienia, gdyż zasadność wprowadzenia stosownych zmian została wykazana jedynie w części dotyczącej korzystania z oprogramowania SPARX Enterprise Architect.

#### Zarzut 10

Za niewykazany Izba uznała zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przez przerzucenie na wykonawcę obowiązków dotyczących planowania liczby i zakresu warsztatów, które powinny znajdować się po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w pkt 6 OPZ odnoszącym się do wymagań poza funkcjonalnych, w pkt 6.1 Wymagania dotyczące zarządzania PROGRAMEM, wskazał m.in., *4. Zaplanowanie liczby i zakresu warsztatów oraz ich przeprowadzenie powierza się Wykonawcy. Prowadzenie więcej niż jednego warsztatu w tym samym czasie jest dopuszczalne tylko za zgodą ZAMAWIAJĄCEGO. Wykonawca MUSI tak prowadzić warsztaty, aby przedmiotow kwestie były rozstrzygane i decyzje dotyczące omawianej tematyki były podejmowane na warsztatach.*

Odwołujący uzasadniając zarzut podniósł, iż Zamawiający przerzucił na wykonawcę obowiązki, które ze swej natury powinny znajdować się po stronie Zamawiającego co powoduje, że czas przewidziany w harmonogramie ramowym jest niewystarczający do należytego spełnienia świadczenia. Wykonawca tym samym staje się odpowiedzialny za rozstrzyganie kwestii przedmiotowych i podejmowanie decyzji dotyczących omawianej tematyki, co jest z natury prawem i obowiązkiem Zamawiającego. Ponadto Wykonawca nie może być stroną w przypadku pojawiania się wewnętrznych sporów w zespole w ramach organizacji Zamawiającego. Dodatkowo ograniczenie liczby spotkań do 1 warsztatu równocześnie w tak dużym projekcie i założonym harmonogramie powoduje brak możliwości realizacji projektu w zakładanym harmonogramie. Ze względu na złożoność i szeroki zakres Projekt jest niewykonalny przy założeniu tylko jednego spotkania warsztatowego równocześnie. Decyzje w ramach warsztatu podejmują członkowie zespołu ze strony Zamawiającego i Wykonawca nie ma wpływu na decyzyjność zespołu Zamawiającego. Wykonawca może proponować rozwiązanie, natomiast podjęcie decyzji o rozstrzygnięciu przedmiotowej sprawy jest w kompetencjach Zamawiającego jako właściciela biznesowego określonego obszaru merytorycznego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał na bezzasadność zarzutu. Podniósł, iż skala i zakres działalności Zamawiającego są tak duże i specyficzne, że wykluczają zaimplementowanie rozwiązania „z pudełka”. Zamawiający przewidział więc szereg warsztatów, za których przeprowadzenie odpowiada Wykonawca, mających na celu wypracowanie rozwiązania docelowego. Warsztaty nie mogą się odbywać w tym samym czasie, gdyż w tych warsztatach, nawet dotyczących różnych modułów/obszarów funkcjonalnych muszą uczestniczyć ci sami eksperci, z uwagi na zakres kompetencji i obowiązujący u Zamawiającego podział zadań. Brak jest jakichkolwiek podstaw dla twierdzenia, aby doszło do naruszenia przepisów dotyczących opisywania przedmiotu zamówienia. Nie jest także uzasadnione twierdzenie o tym, że „natura” określonych czynności wymaga ich realizacji przez Zamawiającego szczególnie w sytuacji, gdy z dokumentacji wynika odmienny kształt realizacji projektu. Dodatkowo brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia o tym, że ustalenie zasad realizacji projektu w zaskarżonym zakresie automatycznie spowoduje brak możliwości realizacji projektu w zakładanym harmonogramie.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie wykazał, dlaczego obciążenie wykonawcy obowiązkiem zaplanowania liczby i zakresu warsztatów i ich przeprowadzenia miałyby powodować, że czas przewidziany w harmonogramie ramowym jest niewystarczający do należytego spełnienia świadczenia. Odwołujący nie przedstawił także argumentów, które przekonałyby Izbę o tym, że tego rodzaju obowiązek powinien spoczywać na Zamawiającym, skoro to wykonawca odpowiada za wdrożenie systemu informatycznego będącego przedmiotem zamówienia i za odpowiednie przeszkolenie personelu Zamawiającego z obsługi tego systemu i posiada największą wiedzę co do specyfiki oferowanego rozwiązania, a co za tym idzie niezbędnego zakresu szkoleń. Twierdzenia Odwołującego, iż „ze względu na złożoność i szeroki zakres projekt jest niewykonalny przy założeniu tylko jednego spotkania warsztatowego równocześnie” pozostały hasłowe i niczym nie poparte. W szczególności Odwołujący nie przedstawił żadnych wymiernych danych, które wskazywałyby na poziom czasochłonności realizacji szkoleń i uwiarygadniałyby ewentualne trudności związane z terminową realizacją wszystkich szkoleń. Odwołujący pominął także okoliczność, iż z pkt 6.1.4 OPZ wprost wynika, że prowadzenie więcej niż jednego warsztatu w tym samym czasie jest dopuszczalne, a jedynie warunkowane jest uzyskaniem zgody Zamawiającego. Zamawiający zaś ma ustawowy obowiązek współdziałania z wykonawcą podczas realizacji umowy, trudno zatem zakładać, aby odmówił zgody na równoległą realizację warsztatów, jeśli zakres uczestników poszczególnych szkoleń nie będzie ze sobą kolidował i nie będzie to negatywnie wpływać na realizację statutowych zadań Zamawiającego. Przy czym siłą rzeczy, jeśli w określonych warsztatach będą musieli uczestniczyć ci sami eksperci, to równoległe prowadzenie szkoleń nie będzie możliwe.

Ponadto Izba wskazuje, iż zawarte w opisie żądania oczekiwanie wprowadzenia postanowienia o treści: *„W przypadku konieczności powtórzenia warsztatu w wyniku braku podjęcia decyzji przez Zamawiającego, warsztat zostanie powtórzony na koszt Zamawiającego za dodatkową opłatą”* nie zostało w żaden sposób przez Odwołującego uzasadnione. W ocenie Izby miało ono na celu nie tyle konwalidowanie ewentualnego naruszenia przepisów ustawy Pzp, co udogodnienie wykonawcy warunków realizacji umowy.

#### Zarzut 11

Za częściowo zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp dotyczący warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale X ust. 2 pkt 4) lit. d) SWZ.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Izba ustaliła, iż w Rozdziale X ust. 2 pkt 4) lit. d) SWZ wskazano: *„Zgodnie z art. 112 ust. 2 Ustawy, o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: 4) zdolności technicznej lub zawodowej: - w zakresie posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że: d) w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował/realizuje należycie 2 (dwie) usługi, których przedmiotem było zorganizowanie oraz prowadzenie szkoleń dla łącznej liczby użytkowników nie mniejszej niż 500 (pięćset) osób każda, zrealizowane w formie stacjonarnej, w języku polskim, obejmujące zakresem szkolenia z systemów informatycznych klasy EAM lub ERP.”*

Odwołujący uzasadniając przedmiotowy zarzut podniósł, iż obecnie obowiązujące praktyki rynkowe dla szkoleń objętych przedmiotowym warunkiem są zupełnie odmienne od tych, które funkcjonowały jeszcze kilka lat temu. Tym samym, aby ww. warunek udziału w postępowaniu był proporcjonalny i związany z przedmiotem zamówienia jego treść musi uwzględniać istniejące realia. Zamawiający w ramach warunku ograniczył doświadczenie wykonawcy do szkoleń stacjonarnych, których realizacji w zakresie systemów informatycznych klasy EAM i ERP w ostatnich latach była

niewielka. W okresie pandemii COVID-19 tego rodzaju szkolenia nie były realizowane i tym samym powyższy wymóg dla tak znacznej liczby osób wskazanych w treści warunku nie jest możliwy do spełnienia. W przeważającej części Państw UE wprowadzone były zakazy masowych spotkań, realizowane było zdalne nauczanie we wszystkich instytucjach edukacyjnych, zaś powyższe ograniczenia (w związku z trwającym stanem epidemii i zagrożenia epidemiologicznego) wymusiło na wielu instytucjach zmianę modelu edukacyjnego powodując, że w obecnej chwili organizowanie masowych szkoleń stacjonarnych jest niezmiernie rzadkie. Z drugiej strony organizacja szkolenia stacjonarnego (pod względem merytorycznym) nie różni się od przeprowadzenia szkolenia zdalnego i ze względu na wypracowanie w okresie pandemii wielu efektywnych modeli szkoleniowych prowadzonych w tej formie pozwala na uzyskanie zadowalających efektów. Stąd też Odwołujący wniósł o wydłużenie okresu ujętego w treści warunku do 8 lat lub modyfikacji treści SWZ przez ograniczenie liczby uczestników szkolenia do 400.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że zamierza wydłużyć okres doświadczenia ustanowionego w tym wymogu z 5 lat do 8 lat. Zamawiający zauważa przy tym, że już pięcioletni okres wskazany w dokumentacji Postępowania jest znacznie wydłużony w stosunku do wymaganych minimalnie trzech lat. Firmy realizujące zamówienia o podobnej skali nie powinny mieć problemów z wykazaniem posiadania doświadczenia w tym zakresie.

Niemniej zdaniem Zamawiającego nie jest ustanowienie alternatywy w warunku wnioskowanej przez wnioskodawcę, która prowadziłaby do konieczności stwierdzenia spełnienia wymogu w przypadku, gdy usługa szkoleniowa obejmowała jedynie 400 uczestników. Zamawiający podkreślił, że wymóg 500 uczestników dotyczy całej usługi szkoleniowej obejmującej wiele szkoleń, w których uczestniczyło łącznie co najmniej 500 osób, a nie pojedynczego szkolenia. Wniosek taki wynika jednoznacznie z literalnej treści rozdziału X ust. 2 pkt 4 lit. d) SWZ. Zamawiający zatrudnia ponad 37 tysięcy pracowników, dla których stale realizuje różnego rodzaju projekty szkoleniowe i posiada bogatą wiedzę oraz doświadczenia (niestety również negatywne) ze współpracy z podmiotami, które nie realizowały dużych projektów szkoleniowych a co za tym idzie często nie doceniają wagi i wyzwań stojących przed organizacją szkoleń w takiej skali (liczba interakcji z uczestnikami, logistyka materiałów szkoleniowych, harmonogramowania trenerów, przejazdów, zróżnicowany profil uczestników, etc.). Zamawiający w ramach zamówienia zamierza przeszkolić 9 – 11 tys. pracowników i oczekuje współpracy z podmiotem posiadającym doświadczenie w organizacji i logistyce wydarzeń szkoleniowych w odpowiedniej skali. Przyjęty próg minimum 500 użytkowników jest poziomem minimalnym, korespondującym z liczbą użytkowników systemu z dużego Zakładu Linii Kolejowych (nazwa stosowana dla 23 terenowych jednostek organizacyjnych Zamawiającego objętych wdrożeniem). Dodatkowo Zamawiający dopuszcza możliwość skorzystania przez Wykonawców z doświadczenia, zasobów i kompetencji profesjonalnych firm szkoleniowych na potrzeby realizacji zamówienia w części szkoleniowej, w skali z jaką do tej pory nie mieli do czynienia oraz aby mogli zdobyć doświadczenie w tym zakresie. Zamawiający nie dostrzega jakiegokolwiek uzasadnienia dla ustanowienia wymogu dokładnie na poziomie 400 uczestników. W ocenie Zamawiającego taki wniosek może świadczyć nie o trosce o proporcjonalność warunku, a o chęci dopasowania przez Odwołującego wymaganego doświadczenia do własnych zdolności. Zamawiający wskazał także, że: a) w ocenie Zamawiającego jego potrzeby zakupowe uzasadniają taki kształt warunku, b) ponad 80% pracowników pracujących w terenie tj. w Zakładach Linii Kolejowych, którzy będą korzystać z Oferowanego Rozwiązania, nie uczestniczy i nie uczestniczyło nigdy w żadnych szkoleniach w formie online lub hybrydowej, c) zdaniem Zamawiającego szkolenia stacjonarne są mocno zakorzenione w kulturze organizacji pracującej „na gruncie” tj. w Zakładach Linii Kolejowych, a nie w biurze, a to dla takich pracowników dedykowane będą szkolenia objęte przedmiotem zamówienia – ok. 60% pracowników, którzy będą objęci szkoleniami, Oferowane Rozwiązanie będzie pierwszym systemem informatycznym, w którym będą pracować, d) wielu pracowników, którzy będą objęci szkoleniami, nigdy nie korzystało w pracy z komunikatorów audio-wideo ani innych aplikacji komputerowych umożliwiających prowadzenie spotkań online i nie są to narzędzia niezbędne do wykonywania przez nich codziennych obowiązków, zatem mogą wystąpić problemy z przyswojeniem przekazywanej wiedzy wynikające z predyspozycji psychofizycznych uczestników szkolenia, e) decydując się na szkolenia stacjonarne, a nie online czy hybrydowe, Zamawiający zamierza integrować pracowników pełniących różne funkcje w organizacji i mających różne doświadczenia w pracy z komputerami i aplikacjami, także tych, którzy odbywali już szkolenia online, aby wyrównywać wiedzę nt. systemu EAM. Zmiana formy szkoleń na online podczas informatyzacji Spółki w obszarze utrzymania infrastruktury kolejowej wprowadzi dodatkowe, istotne ryzyko niepowodzenia całego procesu, ponieważ przekazywanie pracownikom wiedzy o zupełnie nowym sposobie i narzędziu pracy odbywałoby się w sposób, z którym pracownicy nie mieli wcześniej do czynienia. Zamawiający jest tak dalece przekonany o niemożliwości przyjęcia takiego rozwiązania, że uznaje, iż uwzględnienie takiego żądania byłoby na tyle sprzeczne z potrzebami zakupowymi Zamawiającego, że podstawowy cel jego realizacji nie byłby realizowany, a co za tym idzie udzielenie zamówienia w takim kształcie byłoby całkowicie niezasadne z punktu widzenia Zamawiającego, f) fakt, że pandemia wymusiła wiele zachowań online nie oznacza, że wszystkie są skuteczniejsze niż nauczanie w bezpośredniej obecności trenera – w przypadku szkoleń z

doświadczenia Zamawiającego wynika, że szkolenia realizowane online są mniej efektywne o co najmniej 40% i nie zamierza z nich korzystać w podstawowej fazie szkoleń. W ramach realizacji przedmiotu zamówienia Zamawiający przewidział przygotowanie i dostarczenie materiałów do e-learningu, które zostaną wykorzystane na platformie e-learningowej Zamawiającego jako rozwiązanie wspomagające utrwalanie wiedzy nabytej na szkoleniach stacjonarnych.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała zarzut za zasadny w części dotyczącej okresu posiadania doświadczenia, jakim może legitymować się wykonawca w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale X ust. 2 pkt 4) lit. d) SWZ.

Izba stwierdziła, iż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że zamierza wydłużyć okres doświadczenia ustanowionego w tym wymogu z 5 lat do 8 lat, jednocześnie nie przedstawiając rzeczowych argumentów przeczących stanowisku Odwołującego, który powoływał się na istotne ograniczenia liczby realizowanych szkoleń w okresie pandemii COVID-19 przypadającym na pięcioletni okres pozyskania doświadczenia wskazany w warunku udziału w postępowaniu. Izba stwierdziła, iż deklarowana przez Zamawiającego zmiana wpisywała się w wyartykułowane w petitum odwołania żądanie „dopuszczenia alternatywnie możliwości wykazania się przeprowadzeniem szkoleń w trybie zdalnym (on-line) lub wydłużenie okresu posiadania doświadczenia do 8 lat”. Zamawiający jednak nie złożył oświadczenia o uwzględnieniu zarzutu w części dotyczącej długości okresu nabycia doświadczenia, a jednocześnie nie opublikował w odpowiednim czasie (przed zamknięciem rozprawy) stosownych zmian w SWZ. Mamy tu zatem do czynienia z sytuacją analogiczną jak w przypadku zarzutów nr 4 i 9.

W konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie zmiany treści warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale X ust. 2 pkt 4) lit. d) SWZ poprzez wydłużenie okresu uzyskania wymaganego doświadczenia z pięciu do ośmiu lat.

Natomiast za niewykazane Izba uznała żądanie modyfikacji treści warunku poprzez ograniczenie liczby uczestników szkoleń do 400 (ujęte w uzasadnieniu zarzutu, podtrzymane przez Odwołującego na rozprawie). W treści odwołania nie przedstawiono rzeczowego uzasadnienia dla takiego ograniczenia. Powoływanie się przez Odwołującego na brak organizacji szkoleń masowych w okresie pandemii jawi się jako bezzasadne w świetle faktu, że wskazana w warunku udziału w postępowaniu liczba uczestników szkoleń nie dotyczyła pojedynczego szkolenia, lecz całej usługi szkoleniowej. Trudno także uznać, aby liczba uczestników szkoleń wymagana w warunku udziału w postępowaniu była nieproporcjonalna do przedmiotu zamówienia, skoro Zamawiający w ramach tego zamówienia zamierza przeszkolić 9-11 tys. pracowników, a ponadto koresponduje ona z liczbą użytkowników systemu z dużych terenowych jednostek organizacyjnych Zamawiającego. Posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w organizacji szkoleń dla znacznej liczby osób jest w ocenie Izby w takim przypadku wręcz kluczowe. Izba miała ponadto na uwadze, iż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sposób szczegółowy opisał własne potrzeby związane z określeniem minimalnych zdolności wykonawcy na takim poziomie, Odwołujący zaś z większością tych twierdzeń nie podjął polemiki. W tym stanie rzeczy za słuszne można uznać stanowisko Zamawiającego, iż wniosek Odwołującego może świadczyć nie tyle o trosce o proporcjonalność warunku, a o chęci dopasowania przez Odwołującego wymaganego doświadczenia do własnych zdolności. Nie taki jest jednak cel środków ochrony prawnej, które służą eliminacji stwierdzonych naruszeń przepisów ustawy Pzp.

## Zarzut 12

Za bezzasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 oraz art. 99 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> i art. 5 KC stosowanym w związku z odesłaniem zawartym w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczący procentowego ograniczenia cen jednostkowych w formularzu cenowym.

Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> KC strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Art. 5 KC stanowi zaś, iż nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale XV pkt 8 SWZ wskazał, iż Wykonawca przygotowuje ofertę poprzez uzupełnienie Formularza ofertowego wraz z Formularzem cenowym, którego wzór stanowi Załącznik nr 3 do SWZ oraz załączenie na Platformie Zakupowej wszystkich dokumentów wymaganych w postępowaniu. Załącznikiem nr 1 do Formularza ofertowego był Formularz cenowy zawierający tabele ze szczegółowym wykazem cen za wykonanie przedmiotu zamówienia. W punkcie 3 Formularza cenowego znajdowała się tabela dotycząca cen szczegółowych za wdrożenie i utrzymanie ROZWIĄZANIA INFORMATYCZNEGO, w której Zamawiający zawarł informacje dotyczą udziału minimalnego i udziału maksymalnego w cenie całkowitej każdej z wyszczególnionych w tabeli pozycji.

Ponadto Izba ustaliła, iż Zamawiający w punkcie 6.6. OPZ pkt 4 wskazał:

*„W ramach zamówienia Wykonawca MUSI zapewnić licencje na OPROGRAMOWANIE STANDARDOWE DOKUMENTACJĘ STANDARDOWĄ oraz autorskie prawa majątkowe do OPROGRAMOWANIA DEDYKOWANE DOKUMENTACJI DEDYKOWANEJ. W ramach realizacji Przedmiotu Umowy Wykonawca MUSI dostarczyć:*

*a) licencje dla aplikacji stacjonarnej dla następującej liczby UŻYTKOWNIKÓW:*

- 1 000 pracowników którzy będą korzystać ze wszystkich funkcjonalności aplikacji stacjonarnej, w szczególności umożliwiających planowanie i harmonogramowanie prac utrzymaniowych,*
- 1 500 pracowników do korzystania z systemu w węższym zakresie funkcjonalności (do określenia na etapie koncepcji biznesowej).*
- 2 700 pracowników to dyżurni ruchu i dyspozytorzy, którzy korzystali będą z aplikacji stacjonarnej jedynie do zgłaszania awarii i wystawienia na to zleceń pracy. Z uwagi na to, że te grupy zawodowe pracują w trybie ciągłym a zgłoszenia będą incydentalne ZAMAWIAJĄCY zakłada liczbę jednocześnie załogowanych UŻYTKOWNIKÓW 50.*

*Listę typów licencji dla użytkowników Wykonawca powinien założyć na bazie doświadczeń wdrożeniowych.*

*Jeżeli do korzystania z aplikacji mobilnej konieczne są również licencje dostępowe do aplikacji stacjonarnej to należy je uwzględnić.*

*b) licencje dla aplikacji mobilnej dla następującej liczby UŻYTKOWNIKÓW: - 2 000 pracowników,*

- 2 000 pracowników,*
- 1 000 pracowników przekazujących sobie smartfony (dla brygad pracujących w trybie ciągłym, trzyzmiannym, dla około 60% składu).*

*W przypadku gdy aplikacja mobilna zostanie przygotowana w całości w formie OPROGRAMOWANIA DEDYKOWANEGO Wykonawca zamiast licencji przekazuje ZAMAWIAJĄCEMU autorskie prawa majątkowe wraz z kodem źródłowym do aplikacji mobilnej.*

*c) licencje dla UŻYTKOWNIKÓW ZEWNĘTRZNYCH – ZAMAWIAJĄCY WYMAGA, aby korzystanie z portalu wykonawców zewnętrznych nie było licencjonowane. Korzystanie z portalu dla wykonawców zewnętrznych NIE POWINNO również wymagać licencji dostępowych do aplikacji stacjonarnej.”*

Odwołujący uzasadniając przedmiotowy zarzut podniósł, iż wprowadzenie przez Zamawiającego limitów płatności w harmonogramie nie znajduje żadnego uzasadnienia w ramach zasady swobody umów. Tego rodzaju postanowienie jest nieproporcjonalne i niezgodne z zasadami równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji (wobec grupy wykonawców oferującej nie swoje produkty i licencje), stanowiąc jednocześnie nadużycie prawa podmiotowego w ramach swobody kontraktowania, ingerencję Zamawiającego w swobodę kształtowania przez wykonawcę treści oferty, jak również jest niezgodne z zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami (lojalności kupieckiej oraz obyczajów handlowych) stanowiąc ograniczenie wykonawcy w kształtowaniu wynagrodzenia oraz wymuszenie dokonywania płatności na rzecz wykonawcy za usługi/produkty i licencje w wysokościach niezgodnych z ich rynkową wartością, lecz w wysokościach arbitralnie ustalonych i narzuconych przez Zamawiającego w oparciu o bliżej nieskonkretyzowane kryteria. Odwołujący wskazał, iż wartość dostarczanego w postępowaniu hardware wraz z oprogramowaniem systemowymi została przez Zamawiającego określona w przedziale od 1,95 % do 11,70 % bez jakiegokolwiek uzasadnienia dla tych przedziałów procentowych. Na rynku występują różne rozwiązania EAM, które wymagają różnych platform technologicznych do spełnienia warunków poprawnego, wydajnego i bezpiecznego działania. Nie sposób ustalić jakimi kryteriami kierował się Zamawiający przyjmując takie wartości procentowe. Analogiczna sytuacja występuje w przypadku licencji aplikacji EAM. Dodatkowo w tym wypadku pojawia się dodatkowy problem, gdyż dla uruchomienia systemu dla określonej liczby użytkowników Zamawiający musi posiadać odpowiednią liczbę licencji. Jednak nigdzie w dokumentach Zamawiający nie określa, ile ma być licencji na poszczególne Wydania. W treści OPZ na str. 143 Zamawiający określa tylko liczbę użytkowników, którzy będą korzystali z aplikacji stacjonarnej i mobilnej, bez podziału na wydania. W samym Harmonogramie płatności Zamawiający szczegółowo określa, ile te licencje mają kosztować. Sytuacja niemal identyczna ma miejsce w odniesieniu do kuponów na szkolenie Administratorów – te kupony wykonawca jest zmuszony zakupić od zewnętrznego podmiotu, zaś ich wartość nie może zostać arbitralnie narzucona przez Zamawiającego. Wskazany harmonogram płatności, stanowiący załącznik nr 1 do formularza ofertowego, posiada łącznie 132 pozycje z określonymi bardzo szczegółowo i zupełnie dowolnie limitami wartościowymi, w oparciu o które w toku realizacji przedmiotu zamówienia ma odbywać się fakturowanie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż publikując Załącznik nr 1 do Załącznika nr 3 do SWZ/Załącznik nr 4 do Umowy – Formularz cenowy/Harmonogram płatności Zamawiający realizuje obowiązek ustawowy określony w art. 443 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający określa w umowie procent wynagrodzenia wypłacanego za

poszczególne części. Z doświadczenia Zamawiającego wynika, że nagminną praktyką Wykonawców jest istotne zawyżanie kosztów początkowych etapów realizacji zamówienia w sposób niewspółmierny do wartości zrealizowanych prac i marginalizowanie kosztów prac na dalszych etapach. Zamawiający jako spółka Skarbu Państwa musi zachować rygorystyczną kontrolę wydatkowanych środków. Określenie w formularzu cenowym wartości procentowej poszczególnych części jest realizacją obowiązku ustawowego oraz wynika z podstawowych potrzeb Zamawiającego. W celu umożliwienia uczestnikom postępowania przetargowego swobodnego kształtowania cen Zamawiający przewidział możliwość znacznego zmniejszenia lub zwiększenia wartości danej części z zastrzeżeniem, że wszystkie części muszą się sumować do 100%. Zamawiający opublikował szacunkową wartość zamówienia, która wynosi 95 077 000,00 zł. Odnosząc się do wartości licencji dla rozwiązania informatycznego – Zamawiający wycenił wartość w tym zakresie na podstawie swoich potrzeb. Odwołujący może swobodnie kształtować ofertę na licencje w następującym zakresie: - w wydaniu I w zakresie 1,10 % - 6,50% wartości całego zamówienia, - w wydaniu II w zakresie 1,80% - 10,85% wartości całego zamówienia, - w wydaniu III w zakresie 0,70% - 4,35% wartości całego zamówienia. Odwołujący nie przedstawił żadnej kalkulacji, która potwierdzałaby twierdzenia o rzekomym zaniżeniu lub zawyżeniu wyceny licencji dokonanej przez Zamawiającego. Odnosząc się do wartości sprzętu dla rozwiązania informatycznego – Zamawiający wycenił wartość w tym zakresie na podstawie swoich potrzeb. Odwołujący może swobodnie kształtować ofertę na sprzęt w następującym zakresie: - w wydaniu I w zakresie 1,95 % - 11,70% wartości całego zamówienia, - w wydaniu II w zakresie 1,56 % - 9,36% wartości całego zamówienia, - w wydaniu III w zakresie 0,39 % - 2,364% wartości całego zamówienia. Odwołujący nie przedstawił żadnej kalkulacji, która potwierdzałaby twierdzenia o rzekomym zaniżeniu lub zawyżeniu wyceny sprzętu dokonanej przez Zamawiającego. Odnosząc się do wartości określonej dla kuponów na szkolenia administratorów – Zamawiający wycenił wartość w tym zakresie na podstawie swoich potrzeb. Odwołujący może swobodnie kształtować ofertę na kupony w następującym zakresie: - w wydaniu I w zakresie 0,22% - 0,32% wartości całego zamówienia, - w wydaniu II w zakresie 0,09% - 0,14% wartości całego zamówienia, - w wydaniu III w zakresie 0,09% - 0,14% wartości całego zamówienia. Odwołujący nie przedstawił żadnej kalkulacji, która potwierdzałaby twierdzenia o rzekomym zaniżeniu lub zawyżeniu wyceny kuponów na szkolenia administratorów dokonanej przez Zamawiającego. Zamawiający umożliwił więc swobodne kształtowanie cen za poszczególne elementy zamówienia przy zachowaniu obowiązku prawnego określenia procentowej wyceny części zamówienia. Dopuszczona swoboda w kształtowaniu cen w przypadku licencji, sprzętu i kuponów na szkolenia administratorów wynosi kilkanaście milionów złotych. Odwołujący nie wskazał natomiast konkretnie w jakim zakresie wyceny są niepoprawne.

W odniesieniu do żądania wskazania informacji ilu użytkowników będzie obejmowało każde uruchomienie w ramach Wydań w podziale na licencje stacjonarne ze wskazaniem zakresu użycia, mobilne w podziale na zakres użycia i dla użytkowników zewnętrznych, Zamawiający wskazał, iż nie jest ono zasadne. Zamówienie zawiera 3 znaczące części prac konsultingowych mających na celu określenie ról w systemie informatycznym i aplikacji mobilnej oraz zakresów użycia dla ról. Wykonawca żąda podania w SWZ informacji, które mają zostać dopiero wypracowane przez kilka najbliższych lat i za wypracowanie których Zamawiający przewidział znaczące wynagrodzenie. Zamawiający jest spółką odpowiedzialną za utrzymanie infrastruktury kolejowej i prowadzenie ruchu pociągów w całym państwie, więc system informatyczny z założenia wymaga dostosowania w znacznym stopniu do specyfiki Zamawiającego. Rozwiązanie „z pudełka” nie może zostać wdrożone bez istotnych modyfikacji. Na zakup licencji Zamawiający przewidział znaczące kwoty oraz przewidział znaczące prawo opcji tylko na licencje. Kwoty te znacznie przewyższają przeznaczone na ten cel wartości w porównywalnym postępowaniu rozstrzygniętym w 2023 r. w Hiszpanii. Niezależnie od powyższego Zamawiający oświadcza, że uzupełni Opis Przedmiotu Zamówienia w taki sposób, że poda informację, jaki procent liczby użytkowników zostanie objęty wdrożeniem Wydaniem I, Wydaniem II oraz Wydaniem III.

Izba stwierdziła, iż przedmiotowy zarzut nie został przez Odwołującego udowodniony.

W ocenie Izby argumentacja zaprezentowana w odwołaniu była wyłącznie hasłowa i sprowadzała się do wyrażenia niczym nieopartych opinii. Odwołujący wskazywał, iż limity procentowe zostały arbitralnie narzucone przez Zamawiającego i nie sposób ustalić, jakimi kryteriami kierował się Zamawiający, a jednocześnie sam nie przedstawił żadnych argumentów, które pozwalałyby podać w wątpliwość prawidłowość ustalenia limitów przyjętych w Formularzu cenowym. Odwołujący poprzestał na postawieniu tezy, że zawarte w Formularzu cenowym podziały procentowe, w szczególności dla licencji, sprzętu i kuponów na szkolenia, zostały ustalone „bez jakiegokolwiek uzasadnienia”, jednak nie wskazał, dlaczego należałoby uznać je za niewłaściwe, nie złożył też żadnych dowodów podważających racjonalność założeń przyjętych przez Zamawiającego. Odwołujący pominął także okoliczność, iż zawarte w Formularzu cenowym minimalne i maksymalne wartości dla kwestionowanych pozycji w istocie dawały wykonawcom szeroki wachlarz możliwości i zapewniały stosunkowo dużą elastyczność przy kształtowaniu ceny ofertowej (w odniesieniu do licencji i sprzętu nawet do kilkunastu milionów złotych). Jednocześnie te regulacje zapewniają Zamawiającemu ochronę przed takim kształtowaniem cen poszczególnych pozycji Formularza cenowego przez wykonawców, które prowadziłoby



do nieuzasadnionego zawyżenia kosztów początkowych etapów realizacji zamówienia. Fakt, że konieczność dostosowania kalkulacji do ustalonych limitów może stanowić dla wykonawcy źródło niedogodności podczas przygotowywania oferty nie powoduje, że mamy do czynienia z naruszeniem przepisów ustawy Pzp czy nadużyciem prawa podmiotowego. Jeżeli Odwołujący twierdził, że przyjęte przez Zamawiającego założenia są nieprawidłowe czy nierealne, to powinien w tym zakresie przedstawić rzeczową argumentację i poprzeć ją dowodami.

Izba nie zgodziła się także ze stanowiskiem Odwołującego, który wskazywał na konieczność określenia przez Zamawiającego ilu użytkowników będzie obejmowało każde uruchomienie w ramach każdego z trzech Wydań w podziale na licencje stacjonarne ze wskazaniem zakresu użycia, mobilne w podziale na zakres użycia i dla użytkowników zewnętrznych. Zamawiający w pkt 6.6. OPZ ppkt 4 wprost określił liczbę licencji, jaką wykonawca musi zapewnić w ramach zamówienia, zatem wykonawca posiadają odpowiednie informacje, aby dokonać rzetelnej wyceny oferty. Odwołujący nie przedstawił argumentacji uzasadniającej żądanie podania szczegółowych danych w powyższym zakresie. Odwołujący nie odparł także stanowiska Zamawiającego, który podnosił, iż uwzględnienie żądania Odwołującego sprowadzałoby się do podania informacji, które mają zostać dopiero wypracowane w najbliższych latach przez wykonawcę jako efekt prac konsultingowych w celu określenia ról użytkowników w systemie informatycznym oraz zakresów użycia dla poszczególnych ról.

### Zarzut 13

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 99 ust. 4, 5 i 6 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp dotyczący wymogu wspierania przez rozwiązanie informatyczne mechanizmu pojedynczego logowania (Single Sign-On) poprzez wykorzystanie oprogramowania Kerberos.

Izba ustaliła, iż w pkt 8.5 OPZ „Wymagania bezpieczeństwa” w ppkt 8 wskazano:

„8. ROZWIĄZANIE INFORMATYCZNE w zakresie uwierzytelnienia MUSI:

a)być zgodnie z obowiązującymi uregulowaniami oraz standardami obowiązującymi u ZAMAWIAJĄCEGO.

*Zgodnie z obowiązującymi uregulowaniami oraz standardami rozwiązań informatycznych w SPÓŁCE stosowany jest jeden standard do wszystkich systemów uwierzytelnienia i autoryzacji, określony tak samo jak do rozwiązań informatycznych, w których przetwarzane są dane osobowe tj.:*

*i.ROZWIĄZANIE INFORMATYCZNE MUSI zapewnić obsługę haseł tworzonych zgodnie z aktualnymi polityką bezpieczeństwa stosowanymi w AD ZAMAWIAJĄCEGO spełniających poniższe warunki: • długość co najmniej 8 znaków w przypadku hasła UŻYTKOWNIKA (...);*

*ii.ROZWIĄZANIE INFORMATYCZNE MUSI zapewnić personalizację (poufność) poprzez unikalne loginy i ha. dostępowe do przydzielonych zasobów informatycznych;*

b)ROZWIĄZANIE INFORMATYCZNE MUSI wspierać mechanizm pojedynczego logowania (Single Sign-On) popr. wykorzystanie oprogramowania Kerberos;

c)dane uwierzytelnienia muszą być szyfrowane.”

Odwołujący uzasadniając zarzut podniósł, iż kwestionowane wymaganie wymusza zastosowanie wskazanego z nazwy protokołu Kerberos, zaś nowsze systemy w celu wsparcia mechanizmu pojedynczego logowania wykorzystują protokół SAML – co powoduje, że takie żądanie Zamawiającego stanowi ograniczenie konkurencji. Odwołujący wskazał, że Zamawiający posiada usługę Active Directory Federation Services, zapewnia ona wsparcie dla SAML w wersji 2.0 kompatybilnej z oferowanym przez Cohesive Systemem IBM MAS. Uruchomienie autoryzacji opartej o SAML nie wyklucza używania Kerberosa dla innych aplikacji. SAML jest nowszym protokołem w porównaniu do Kerberosa. SAML 2.0 i został opublikowany w 2005 r., zaś Kerberos v5 został opublikowany w 1993 r. SAML został stworzony z myślą o aplikacjach webowych i jest on bezpiecznym oraz powszechnie używanym protokołem, zarówno przez firmy komercyjne (m.in. Google, NTT) oraz organizacje rządowe (w Polsce m.in. w systemie ePUAP i Profil Zaufany). Wykorzystanie protokołu SAML jest opisane zarówno w założeniach projektu informatycznego Węzeł Krajowy oraz w Programie zintegrowanej informatyzacji państwa (wydanie z września 2016 r.). Odwołujący przedstawił opis tego protokołu (za dokumentacją ePUAP): „Specyfikacja SAML jest standardem otwartym, bezpłatnie udostępnianym oraz utrzymywanym i rozwijanym przez niezależną międzynarodową organizację OASiS. Utrzymywanie tego standardu przez niezależną instytucję gwarantuje otwartość standardu w przyszłości. Specyfikacja SAML jest rozwijana i testowana przez kilkadziesiąt ośrodków technologicznych. W ramach tych prac została zaimplementowana w wielu rozwiązaniach informatycznych i językach programowania. Procesy dostępu (uwierzytelnienia, autoryzacji i przekazania tożsamości między systemami) są podstawowym elementem podlegającym obserwacji hackerów i częstym atakiem. SAML ze względu na długą historię, nowe wersje i wiele implementacji był poddany testom i wielokrotnym próbom ataku. Specyfikacja SAML została stworzona dla systemów o różnej budowie, różnych technologiach uwierzytelnienia. Wiele rozwiązań aktualnie dostępnych

na rynku ma zaimplementowane scenariusze i możliwości integracji z innymi systemami w oparciu o standard SAML, występujące biblioteki dla popularnych języków oprogramowania i rozwiązań tj. serwery WWW i serwery aplikacji.” Powyższe powoduje, że protokół ten gwarantuje identyczne lub nawet wyższe standardy niż preferowany przez Zamawiającego oraz pozwala na udział w zamówieniu większej liczby wykonawców – stosownie do zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ograniczenie przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia tylko do 1 protokołu (mechanizmu) nie jest niczym uzasadnione i stanowi naruszenie ww. zasad. Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o dopuszczenia jako alternatywnego dodatkowego mechanizmu w sposób wskazany w treści petitum niniejszego odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, iż dopuścił wszystkie mechanizmy Single Sing-On (SSO) wynikające z protokołów obsługiwanych i wykorzystywanych natywnie przez usługę Microsoft Active Directory Domain Services (AD). Zamawiający wskazał, iż AD jest systemem powszechnie używanym do uwierzytelniania użytkowników. W związku z powyższym Zamawiający nie dopuszcza dodatkowych, alternatywnych metod uwierzytelnienia a dopuszcza te, które wynikają z wykorzystywania przez niego systemu AD.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie wykazał zasadności przedmiotowego zarzutu.

Odwołujący powoływał się na naruszenie art. 99 ust. 4-6 ustawy Pzp, a zatem na regulacje dotyczące opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję. Odwołujący jednak nie dowiódł, że w omawianym przypadku mamy do czynienia z potencjalnym ograniczeniem konkurencji. Odwołujący w swojej argumentacji skupił się na tym, że protokół SAML jest protokołem równie dobrym jak wymagany w OPZ, a może nawet lepszym, nowszym i mógłby być wykorzystywany w procesie uwierzytelniania. Sam jednak fakt istnienia na rynku innego, alternatywnego do wymaganego, oprogramowania nie świadczy jeszcze o ograniczeniu konkurencji. Zamawiający wyjaśnił, iż usługa Microsoft Active Directory Domain Services (AD) jest powszechnie wykorzystywana do uwierzytelniania, a Zamawiający dopuścił wszystkie mechanizmy Single Sing-On (SSO) wynikające z protokołów obsługiwanych i wykorzystywanych przez usługę AD. Odwołujący nie polemizował z powyższym, nie przedstawił też żadnych argumentów, które wskazywałyby na jakiegokolwiek trudności we wspieraniu przez oferowane rozwiązanie mechanizmu pojedynczego logowania z wykorzystaniem Microsoft ADDS i protokołu Kerberos. Poprzedzenie przez Odwołującego na hasłowym stwierdzeniu, iż „kwestionowane wymaganie wymusza zastosowanie protokołu Kerberos, zaś nowsze systemy wykorzystują protokół SAML” nie pozwala na uznanie, że Odwołujący wykazał prawdopodobieństwo utrudnienia konkurencji. Ponadto Izba za wiarygodne uznała stanowisko Zamawiającego prezentowane podczas rozprawy, iż wykorzystanie usługi Microsoft Active Directory Domain Services (AD) wynika z uwarunkowań technologicznych Zamawiającego, a system ma być przeznaczony dla użytkowników z własnej organizacji, co uzasadnia zastosowanie protokołu Kerberos. Ponadto Zamawiający zwracał uwagę na okoliczność, iż dopuszczenie innych rozwiązań wiązałoby się z kosztami, m.in. przeszkolenia administratorów systemu, jak i na fakt, że sam Microsoft zaleca obecnie migrację danych z Active Directory Federation Services (ADFS) do usług chmurowych. Tym samym Zamawiający wykazał potrzeby uzasadniające kwestionowane wymaganie.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega częściowemu uwzględnieniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1, § 7 ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. Zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia w takim przypadku 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. Z kolei zgodnie z pkt 2 tego przepisu Izba rozdziela koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w

odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Odwołanie okazało się zasadne w zakresie trzech z dwunastu zarzutów podlegających merytorycznemu rozpoznaniu, czyli w 1/4 (zarzuty nr 4, 9 i 11) i bezzasadne w zakresie dziewięciu z dwunastu zarzutów podlegających merytorycznemu rozpoznaniu, czyli w 3/4 (zarzuty nr 2, 3, 5-8, 10, 12-13), w konsekwencji czego kosztami postępowania obciążono zatem Odwołującego i Zamawiającego w ww. proporcji. Zarzut nr 1, w zakresie którego postępowanie umorzono, nie był brany pod uwagę przy stosunkowym rozliczeniu kosztów. Izba do kosztów postępowania zaliczyła kwotę 15 000 zł 00 gr uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 4 650 zł 00 gr stanowiącą 1/4 kosztów postępowania poniesionych przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Mając na uwadze wszystko powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....