

Sygn. akt: KIO 2578/15
KIO 2580/15
KIO 2585/15

WYROK
z dnia 17 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Grzegorz Matejczuk
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 listopada 2015 r. przez Odwołujących –

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Comarch SA w Krakowie, Apator Rector SA w Zielonej Górze, Apator Elkomtech SA w Łodzi [w spr. o sygn. akt KIO 2578/15];
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Sygnity SA w Warszawie, Indra Sistemas SA w Madrycie, Indra Sistemas Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie [w spr. o sygn. akt KIO 2580/15];
- 3) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett Packard Enterprise Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Intergraph Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Intergraph SG&I Deutschland GmbH w Ismaning, Hewlett- Packard s.r.o. w Pradze [w spr. o sygn. KIO 2585/15]

Strona 1 z 144

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Enea Operator spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu

przy udziale przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie Odwołujących:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Cube ITG SA w Warszawie, VETASI Sp. z o. o. w Warszawie, Transition Technologies S.A. w Warszawie przystępujących do postępowania odwoławczego [w spr. o sygn. KIO 2578/15, KIO 2580/15 oraz KIO 2585/15],
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett Packard Enterprise Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Intergraph Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Intergraph SG&I Deutschland GmbH w Ismaning, Hewlett- Packard s.r.o. w Pradze [w spr. o sygn. KIO 2578/15 oraz KIO 2580/15],
1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Atos Polska SA w Łodzi, Atos IT Services spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Atos IT Solutions and Services spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie [spr. o sygn. akt KIO 2585/15];
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Qumak SA w Warszawie i Kvados SA w Ostravie [spr. o sygn. akt KIO 2578/15, KIO 2580/15 oraz KIO 2585/15];
3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Comarch SA w Krakowie, Apator Rector SA w Zielonej Górze, Apator Elkomtech SA w Łodzi [w spr. o sygn. akt KIO 2580/15, KIO 2585/15];
4. Globema spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie [w spr. o sygn. akt KIO 2578/15, KIO 2580/15 i KIO 2585/15];

Strona 2 z 144

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Comarch SA w Krakowie, Apator Rector SA w Zielonej Górze, Apator Elkomtech SA w Łodzi w zakresie zarzutu naruszenia przepisów w części dotyczącej wymagania przedstawienia zastępcy odsuniętego członka zespołu wdrożeniowego w ciągu dwóch dni roboczych od otrzymania wniosku Zamawiającego i nakazuje zmianę § 6 ust. 4 wzoru umowy [załącznik nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia], poprzez określenie tego terminu w sposób uwzględniający co najmniej 7 dni roboczych na przedstawienie zastępcy odsuniętego członka zespołu wdrożeniowego, a w pozostałym zakresie odwołanie oddala;
2. uwzględnia odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Sygnity SA w Warszawie, Indra Sistemas SA w Madrycie, Indra Sistemas Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej opisu sposobu badania próbki poprzez wprowadzenie postanowień zapewniających obecność wykonawców w czynności badania próbki, a w pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. uwzględnia odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett Packard Enterprise Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Intergraph Polska spółki z w SG&I ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Intergraph Deutschland GmbH w Ismaning, Hewlett-Packard s.r.o. w Pradze w zakresie zarzutu naruszenia przepisów w części dotyczącej postanowienia § 24 ust. 7 wzoru umowy [załącznik nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia], przewidującego, że *„Zamawiający ma prawo do odstąpienia od Umowy bez podania jakiegokolwiek przyczyny, w tym również w sytuacji, gdy Wykonawca wykonuje Umowę należyście, w każdym momencie jej obowiązywania”* a w konsekwencji nakazuje wykreślenie treści ujętej w § 24 ust. 7 wzoru umowy, w pozostałym zaś zakresie odwołanie oddala, Strona 3 z 144

-
4. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Enea Operator spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, i
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 45 000 zł 00 gr [słownie: czterdziestu pięciu tysięcy złotych, zero groszy] stanowiącą równowartość uiszczonych przez każdego z Odwołujących kwot po 15 000 zł 00 gr [piętnaście tysięcy złotych, zero groszy], tytułem wpisów od odwołań.
 - 4.2. zasądza od Zamawiającego Enea Operator spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu na rzecz Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Comarch SA w Krakowie, Apator Rector SA w Zielonej Górze, Apator Elkomtech SA w Łodzi kwotę 18 600 zł 00 gr [osiemnastu tysięcy sześciuset złotych, zero groszy] stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 4.3. zasądza od Zamawiającego Enea Operator spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu na rzecz Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Sygnity SA w Warszawie, Indra Sistemas SA w Madrycie, Indra Sistemas Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwotę 15 000 zł 00 gr [piętnastu tysięcy złotych, zero groszy] stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
 - 4.4. zasądza od Zamawiającego Enea Operator spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu na rzecz Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett Packard Enterprise Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Intergraph Polska

z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Intergraph SG&I Deutschland GmbH w Ismaning, Hewlett-Packard s.r.o. w Pradze kwotę 15 000 zł 00 gr [piętnastu tysięcy złotych, zero groszy] stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania. Strona 4 z 144

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.], na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Skład orzekający:

Strona 5 z 144

Sygn. akt: KIO 2578/15
KIO 2580/15
KIO 2585/15

Uzasadnienie

I. Zamawiający – Enea Operator spółka z o.o. w Poznaniu prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę i wdrożenie w ENEA Operator sp. z o.o. systemu informatycznego dla wspomagania zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 maja 2015 r. pod nr 2015/S 086-156420.

Odwołujący w dniu 26 listopada 2015 r. wnieśli odwołania wobec brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ].

Po wniesieniu odwołań Zamawiający poddał postawione zarzuty refleksji i dokonał modyfikacji SIWZ. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z 7 grudnia 2015 r. a także zawierające ustosunkowanie się do postawionych zarzutów pismo z 14 grudnia 2015 r., w którym w zakresie zarzutów, które znalazły wyraz w modyfikacji SIWZ wnosił o oddalenie odwołań z uwagi na to, że stały się one bezprzedmiotowe wobec faktu zmiany SIWZ i wyeliminowania na moment rozstrzygnięcia kwestionowanych postanowień. W pozostałym zakresie, który nie powodował zmian SIWZ Zamawiający podjął polemikę ze stanowiskiem odpowiednich Odwołujących.

Odwołujący w toku postępowania odwoławczego wycofali część zarzutów.

Odwolania, ze względu na tożsamość postępowania zostały połączone do wspólnego postępowania i łącznego wydania orzeczenia.

Strona 6 z 144

II. Przesłanki materialnoprawne

Ustalono, że wykonawcy, których odwołania podlegają rozpatrzeniu, posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań dotyczących postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przyjąć należy, iż wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu jak również może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, jeśli nie zachodzi obiektywna niemożliwość uczestnictwa tego wykonawcy w postępowaniu. Na potrzebę szerokiego rozumienia interesu zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11: „(...) przepis art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759, ze zm.), w aktualnym swym brzmieniu,

powinien być interpretowany szeroko. Środki ochrony prawnej przewidziane w dziale ustawy inaugurowanym przez rzeczony przepis, przysługują wszystkim osobom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz ponieśli lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szerokie rozumienie wyraża się w tym, że wystarczy zadowolić się hipotetycznym interesem w uzyskaniu zamówienia i szkodą, która nie musi być pewna.” W zakresie odwołań, których przedmiotem jest brzmienie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przesłanki materialnoprawne należy odnosić do każdego z wykonawców który deklaruje chęć udziału w

W zostali postępowaniu. zakresie rozpatrywanych odwołań, wszyscy Odwołujący zakwalifikowani w ramach przetargu ograniczonego jako uprawnieni do złożenia oferty, zatem każdy z nich może złożyć swoją ofertę i posiada niewątpliwy interes w uzyskaniu zamówienia. Niekorzystne, niezgodne z przepisami brzmienie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia rzutuje bezpośrednio na sytuację każdego z nich, w związku, z czym w razie bezprawnego brzmienia postanowień tego dokumentu, odpowiedni Odwołujący mogą także ponieść szkodę.

Strona 7 z 144

sygn. akt KIO 2578/15

Krajowa Izba Odwoławcza w zakresie odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Comarch SA w Krakowie, Apator Rector SA w Zielonej Górze, Apator Elkomtech SA w Łodzi [spr. o sygn. akt KIO 2578/15] ustaliła:

I. Odwołujący w odwołaniu postawili zarzuty naruszenia:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 25 ust. 2 tej ustawy w zw. z § 6 ust. 1 pkt. 1 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez dokonanie opisu sposobu badania ofert w sposób naruszający zasadę prowadzenia postępowania zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;*
- 2) art. 29 ust. 1 oraz art. 25 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 6 ust. 1 pkt. 1 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* poprzez dokonanie opisu wymaganej próbki systemu w sposób niespójny z wymaganiem określonym dla oferowanego systemu;
- 3) art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353 i kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wprowadzenie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowień niejasnych, niejednoznacznych, a także wprowadzających znaczną nierównowagę stron stosunku zobowiązaniowego;
- 4) art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny.

Odwołujący wnieśli o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

[1] W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 91 ust. 2 i 3 i art. 25 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 6 ust. 1 pkt 1 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich*

Strona 8 z 144

może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich to dokumenty mogą być składane Odwołujący postawił zarzut co do wymagania załączenia próbki Systemu zainstalowanej na komputerze i samodzielnej weryfikacji próbki przez Zamawiającego na podstawie instrukcji [argumentacja 1.1, str. 3 – 5 odwołania], że zgodnie z treścią pkt. 3.3. SIWZ „Zamawiający nie dopuszcza oferowania systemów prototypowych, tj. systemów realizujących funkcjonalności zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką

nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie, które nie istnieją w dniu złożenia oferty i wymaga, aby spełniały następujące warunki łącznie:

- 3.3.1. *posiadały jednoznaczną nazwę producenta,*
- 3.3.2. *posiadały nazwę handlową [własną],*
- 3.3.3. *posiadały numer wersji*
- 3.3.4. *posiadały co najmniej jedno zakończone wdrożenie [każdy, tj. system realizujący funkcjonalności zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie],*
- 3.3.5. *był systemem informatycznym realizującym w dniu złożenia oferty elementy procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 część A do SIWZ. Weryfikacja tego wymogu nastąpi na podstawie próbki, o której mowa w pkt 5.2.“*

W pkt. 5.2. SIWZ Zamawiający określił zaś, iż w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia realizuje elementy procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A do SIWZ oraz spełnia wymagania zadeklarowane przez wykonawcę w ofercie zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część B do SIWZ, wykonawca winien złożyć wraz z ofertą zainstalowaną na komputerze próbkę oferowanego Systemu dla wspomagania zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie. W kolejnych podpunktach Zamawiający określił szereg wymagań dotyczących próbki. Komputer zawierający próbkę Systemu musi spełniać wymagania sprzętowe pozwalające na uruchomienie i eksploatację oferowanego rozwiązania. Razem z komputerem z zainstalowaną próbką powinny być również przekazane wszelkie inne elementy sprzętowe, które będą niezbędne do weryfikacji próbki pod kątem spełnienia wymagań zadeklarowanych przez wykonawcę w ofercie. Wykonawca we własnym zakresie powinien zabezpieczyć środowiska programowe na przekazanym komputerze z zainstalowaną próbką w celu zapewnienia ochrony dostępu i modyfikacji [np. ochrona hasłem]. Zamawiający wymaga, aby dostarczony komputer z zainstalowaną próbką pozwalał na uruchomienie i samodzielną weryfikację próbki przez Zamawiającego bez udziału wykonawcy. Brak możliwości uruchomienia przez Zamawiającego komputera z zainstalowaną próbką może być podstawą

Strona 9 z 144

do odrzucenia oferty. Wykonawca zobowiązany jest do przekazania Zamawiającemu instrukcji korzystania z próbki, która w sposób jednoznaczny umożliwi Zamawiającemu samodzielną weryfikację próbki, jak wynika z treści ppkt 5.2.6 SIWZ, podczas samodzielnego korzystania ze zdeponowanej próbki, Zamawiający dokona weryfikacji, czy oferowany przez wykonawcę System dla wspomagania zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie realizuje wymagane elementy. Jeżeli podczas weryfikacji Zamawiający dojdzie do stwierdzenia, iż weryfikowana próbka nie realizuje tych elementów, oferta wykonawcy zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, przy czym komputer z zainstalowaną próbką jest częścią oferty i nie podlega uzupełnieniu.

Określona przez Zamawiającego metoda oceny ofert wykonawców nie daje rękojmi dokonania tej oceny w sposób rzetelny, zapewniający równe traktowanie wykonawców w warunkach porównywalności ofert. Przedmiotem zamówienia jest złożony system informatyczny, pracujący z wykorzystaniem złożonego środowiska serwerowego oraz bazodanowego, co potwierdzają wymagania SIWZ, w szczególności Rozdział II SIWZ „Opis przedmiotu Zamówienia, pkt 6 – Techniczne aspekty wdrożenia, w którym Zamawiający opisał wymaganą do wdrożenia systemu infrastrukturę informatyczną w Centrum Przetwarzania Danych, w tym m.in. środowisko serwerowe, środowisko bazodanowe, środowisko serwerów aplikacji, środowisko systemów operacyjnych. Instalacja oraz uruchomienie tak złożonego systemu w środowisku informatycznym stanowi przedmiot zamówienia realizowany przez specjalistów wykonawcy w toku prac projektowych [m.in. Rozdział II SIWZ „Opis przedmiotu Zamówienia”, pkt. 4.2.2 oraz 2,3.4.2], Dodatkowo Zamawiający w toku prac projektowych wymaga m.in. Przygotowania procedur rozruchu systemu [Załącznik nr 2 do Rozdziału II SIWZ „Opis przedmiotu Zamówienia 1 – Harmonogram realizacji i produktu wdrożenia, pkt 2, pozycja tabeli „Projekt Funkcjonalny” „Projekt Infrastruktury IT”]. Świadczy to o świadomości Zamawiającego co do złożoności działań związanych z uruchomieniem

środowiska wymaganego do pracy systemu. W tych

okolicznościach nie sposób uznać za prawidłowe opisanych powyżej wymagań, dotyczących próbki Systemu – to jest wymagań, aby załączona do oferty próbka Systemu umożliwiała samodzielną [na podstawie instrukcji] weryfikację przez Zamawiającego funkcjonalności Systemu. Po pierwsze uruchomienie tego rodzaju próbki wymaga choć podstawowego przeszkolenia z zasad korzystania z Systemu – przy czym wykonawca nie ma żadnej gwarancji, że instrukcja obsługi, którą załączy do oferty, będzie wystarczająca dla pracowników Zamawiającego, których zadaniem będzie uruchomienie Systemu i weryfikacja

Strona 10 z 144

zadeklarowanych funkcjonalności. Czynności te nie są na tyle proste, aby można je było wyjaśnić za pomocą jedynie zrzutów z ekranu. Na etapie realizacji umowy w celu korzystania z Systemu przewidziane są obowiązkowe szkolenia dla użytkowników i administratorów systemu, ponieważ – czego Zamawiający ma świadomość – uruchomienie systemu wymaga wykonania szeregu czynności, takich jak np. uruchomienie serwera bazy danych, uruchomienie poszczególnych instancji serwera aplikacji, uruchomienie usług systemowych. Prawidłowe wykonanie tych czynności wymaga odpowiedniego poziomu wiedzy inżynierskiej w zakresie środowisk systemowych, bazodanowych, środowisk serwerów aplikacji oraz w szczególności wymaga znajomości budowy danego systemu. Brak takiej wiedzy może stanowić problem nawet w uruchomieniu dostarczonej instrukcji uruchomienia środowiska systemu. Niewłaściwe wykonanie choćby jednej z czynności związanej z uruchomieniem systemu może spowodować brak uruchomienia lub błędne uruchomienie środowiska, a co za tym idzie uniemożliwi przeprowadzenie właściwego badania wymaganych funkcjonalności próbki. Tym bardziej okoliczności te mogą dotyczyć weryfikacji poszczególnych funkcjonalności Systemu. Określona przez Zamawiającego forma badania próbki wyłącza jakąkolwiek kontrolę działań Zamawiającego – wykonawcy nic będą w stanie w żaden sposób wykazać, że czynności wykonane zostały przez Zamawiającego w sposób niezgodny z instrukcją i tylko z tego powodu Zamawiający nie zweryfikował pozytywnie danej funkcjonalności na próbce. Zgodnie z SIWZ, ocenie podlegało będzie 99 funkcjonalności systemu z różnych jego obszarów. Większość z tych funkcjonalności jest złożona, tym samym prawidłowe ich użycie oraz zrozumienie zasad działania bez znajomości systemu oraz wcześniejszego szkolenia powoduje duże ryzyko błędnej oceny tych funkcjonalności.

Odwołujący wniósł o modyfikację pkt. 5.2. SIWZ poprzez rezygnację z samodzielnej weryfikacji próbki przez Zamawiającego – zastąpienie jej prezentacją przeprowadzaną przez wykonawcę przy udziale Zamawiającego lub rezygnację z wymagania dostarczenia próbki i jej oceny przez Zamawiającego.

[2] W zakresie wymagania załączenia do oferty próbki Systemu zainstalowanej na komputerze [argumentacja z 1.2, str. 5 odwołania], Odwołujący podniósł,

że zgodnie z treścią

pkt. 5.2.1 SIWZ „Wykonawca może dostarczyć tylko jeden komputer z, zainstalowaną próbką jednego systemu”, natomiast zgodnie z treścią pkt. 5.2.9. SIWZ „komputer z zainstalowaną próbką jest częścią Oferty i nią podlega uzupełnieniu”. Naturalne jest występowanie samoistnych awarii urządzeń elektronicznych, czego Zamawiający z pewnością ma świadomość, gdyż w Rozdziale II SIWZ „Opis przedmiotu Zamówienia“, pkt 9, wymaganie 66 wymaga, aby docelowo System posiadał możliwość pracy w systemach klastrowych typu

Strona 11 z 144

niezawodnościowego. Określone przez Zamawiającego wymagania w zakresie konieczności dostarczenia jednego komputera z zainstalowaną próbką jednego systemu stwarza ryzyko odrzucenia oferty wykonawcy z przyczyn całkowicie od tego wykonawcy niezależnych [np. komputer z zainstalowaną próbką może ulec losowej awarii lub też awarii na skutek niewłaściwego przechowywania lub obchodzenia się komputerem przez Zamawiającego – może przykładowo przypadkiem upaść lub być przechowywany w zbyt wilgotnym środowisku, na co wykonawca nie ma żadnego wpływu.

Odwołujący wniósł o modyfikację pkt. 5.2. SIWZ poprzez zastąpienie wymagania dostarczenia komputera z zainstalowaną próbką wraz z ofertą – wymaganiem, aby wykonawca zapewnił dostępu do Systemu na czas przeprowadzenia prezentacji w toku oceny ofert.

[3] W zakresie zarzutu nieprecyzyjnie określonych kryteriów weryfikacji próbki [argumentacja z pkt 1.3, str. 5 – 7 odwołania], Odwołujący podniósł, że Zamawiający określił w SIWZ w pkt

5.2.4, że na podstawie próbki będzie dokonywał weryfikacji realizacji elementów procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A do SIWZ oraz wymagań zadeklarowanych przez wykonawcę w Ofercie zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część B do SIWZ. Treść procesów oraz wymagań we wskazanych załącznikach określona jest w sposób ogólny a ich spełnienie może być realizowane na wiele sposobów. W obecnym brzmieniu SIWZ Zamawiający ma możliwość arbitralnej, subiektywnej oceny, czy dana funkcjonalność spełnia ogólnie zdefiniowane wymaganie, czy też nie. Dla przykładu w Załączniku nr 4 Część B Zamawiający wymaga: „1. System umożliwi manualne i automatyczne uzupełnianie zdefiniowanych elektronicznych formularzy: przez użytkownika i/lub w oparciu o dane przetwarzane w Systemie.” Weryfikacja tego wymagania może jednak odbywać się w różny sposób, nie zostało m.in. określone, jakich dokładnie formularzy weryfikacja będzie dotyczyła, jakiego dokładnie zakresu danych, czy pozytywny wynik weryfikacji pozwoli uzyskać manualne wprowadzeniu danych, czy też w pełni automatyczne, czy może w części manualne i w części automatyczne, jeżeli w części manualne i w części automatyczne, to w jakim zakresie w każdej z tych form powinno odbywać się uzupełnienie formularza, aby Zamawiający pozytywnie zweryfikował realizację w/w wymagania. Innym przykładem jest wymaganie określone w Załączniku nr 4 Część B: „3. System umożliwi automatyczne generowanie i przekazywanie do określonych użytkowników lub grup użytkowników komunikatów i/lub alertów/alarmów wg określonych potrzeb np. zbliża się koniec terminu realizacji prac, konieczność dokonania odbioru [dot. potwierdzenia realizacji], przekroczono zakres dopuszczalnych wartości w ocenie stanu urządzenia.”

Strona 12 z 144

Na podstawie treści wymagania, w ocenie Odwołującego, trudno jest określić, w jaki dokładnie sposób Zamawiający będzie dokonywał weryfikacji, i w jakim dokładnie przypadku wynik weryfikacji będzie pozytywny, a w jakim negatywny. Nie wiadomo, czy do otrzymania wyniku pozytywnego wystarczające będzie przekazanie komunikatu do określonego użytkownika, czy też alarmu/alertu do grupy użytkowników. Zamawiający nie zdefiniował, jaka jest jego zdaniem różnica pomiędzy komunikatem i alarmem/alertem. Zamawiający podał jedynie przykładowe potrzeby, w jakich komunikaty i/lub alarmy/alerty powinny być generowane, nie wskazując, czy uzna za wynik pozytywny weryfikacji próbki, jeżeli system zostanie skonfigurowany do dostarczania komunikatów i/lub alertów/alarmów dla zdarzenia określonego w jednym z przykładów, czy dla wszystkich, czy też dla jakiś innych [niesprecyzowanych].

Kolejny przykład to postanowienie w Załączniku nr 4 Część A, Zarządzanie pracą brygad w terenie, poz. 7. Wprowadzenie danych dotyczący wykorzystanych zasobów, Zamknięcie zlecenia pracy dla brygady. [pracownicy, pojazdy, materiały itp.], zamknięcie zlecenia prac. Zamawiający nie określił, wprowadzenie jakich dokładanie danych pozwoli na uzyskanie pozytywnego wyniku weryfikacji wymagania. Sformułowanie typu „itp.” nie jest sformułowaniem precyzyjnym i nie daje jednoznacznych wytycznych wykonawcy w zakresie skonfigurowanie systemu na potrzeby próbki. W celu zapewnienia prawidłowej oceny ofert w zakresie weryfikacji realizacji elementów procesów oraz funkcjonalności zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A do SIWZ oraz Część B niezbędne jest precyzyjne określenie przez Zamawiającego dla każdego z wymagań jasnych i przejrzystych kryteriów, kiedy dane wynik weryfikacji będzie pozytywny [wymagania obligatoryjne z Części A zostanie uznane za spełnione lub Namawiający przyzna punkty za realizację wymagań z Części B], a w jakim przypadku wymaganie zostanie uznane za niespełnione. Do odwołania Odwołujący załączył przykłady opisanych scenariuszy testowych w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Finansów na Budowę, wdrożenie i utrzymanie Systemu e-Podatki wraz z usługami dodatkowymi, Nr sprawy: R/102/11/AP/B/371/A-1/66 FR4/253/BKT/12/, a także w postępowaniu prowadzonym przez Izbę Celną w Poznaniu na zakup wyspecjalizowanych usług oraz produktów informatycznych dla potrzeb związanych z zaprojektowaniem, wytworzeniem, wdrożeniem, rozwojem i utrzymaniem Systemu Hurtowni Danych AR1@DNA2, Znak sprawy: 390000-JLGW-253/668/12/ZP. Załączone przykłady mają potwierdzać, że szczegółowe wyspecyfikowanie kryteriów weryfikacji próbki systemu jest możliwe i jest stosowane w praktyce przez Zamawiających.

Strona 13 z 144

Odwołujący wniósł o modyfikację treści SIWZ poprzez precyzyjne określenie dla każdego wymagania w Załączniku nr 4 do SIWZ, Część A i Część B jasnych i przejrzystych kryteriów weryfikacji realizacji wymagania na podstawie próbki jako pozytywne lub jako negatywne.

[4] W odniesieniu do zakresu próbki [argumentacja z pkt 1.4, str. 7 – 9 odwołania], Odwołujący podniósł, że Zamawiający w Załączniku nr 4 do SIWZ, Część A i Część B określił funkcjonalności administracyjne systemu, których swobodne badanie może w istotny sposób wpłynąć na poprawność działania pozostałych funkcjonalności. Funkcjonalnościami tymi są: – Załącznik nr 4 do SIWZ, Część B: „4. Zamawiający wymaga, aby System posiadał możliwość tworzenia i edycji wielopoziomowej struktury organizacyjnej, Struktura organizacyjna Zamawiającego zostanie przekazana na etapie opracowywania Projektu Funkcjonalnego,”; – Załącznik nr 4 do SIWZ, Część 13: „9. System uprawnień opiera się na rolach i profilach. Przez rolę należy rozumieć zbiór uprawnień, który odzwierciedla dostęp do funkcjonalności Systemu,”; – Załącznik nr 4 do SIWZ, Część 13: „10. Każdemu użytkownikowi możliwe będzie przypisanie dowolnej liczby ról oraz do każdej roli przypisanie dowolnych użytkowników,”; – Załącznik nr 4 do SIWZ, Część B; „11. Blokowanie/odblokowywanie konta użytkownika będzie możliwe wraz z rejestracją historii wykonanych operacji oraz opcją wprowadzenia komentarza,”; – Załącznik nr 4 do SIWZ, Część B: „17. Prowadzenie bazy informacji o pracownikach Zamawiającego będących członkami Brygad, w szczególności przypisywanie pracownikom określonych kwalifikacji oraz informacji o dostępności,”; Załącznik nr 4 do SIWZ, Część B: „18. Prowadzenie bazy informacji o pojazdach Zamawiającego, w szczególności przypisywanie pojazdom określonych parametrów oraz Informacji o dostępności,”; – Załącznik nr 4 do SIWZ, Część B: „20. Tworzenie Brygad Zamawiającego będzie następować poprzez łączenie zasobów osobowych [pracowników] oraz pojazdów i sprzętu.” – Załącznik nr 4 do SIWZ, Część B: „22. Definiowanie różnych typów Brygad Zamawiającego oraz określanie atrybutów i parametrów Brygady będzie następować w odniesieniu do każdego z typu Brygad z osobna. Brygady Zamawiającego będą podlegać działaniu silnika optymalizacyjnego systemu. Szczegółowe wytyczne w tym zakresie zostaną ustalone na etapie opracowywania Projektu Funkcjonalnego,”; – Załącznik nr 4 do SIWZ, Część 13: „25. Definiowanie różnych typów zleceń prac oraz określanie atrybutów i parametrów zlecenia będzie następować w odniesieniu do każdego z typów zlecenia z osobna.”

W przypadku, jeśli wymaganie dotyczące załączenia do oferty próbki Systemu zostanie utrzymane, Odwołujący wniósł o modyfikację treści SIWZ poprzez usunięcie

Strona 14 z 144

z zakresu próbki wymagań określonych w Załączniku nr 4 do SIWZ, Część B, wymagania nr 4,9,10,11,17,18,20, 22 oraz 25.

Zamawiający w Załączniku nr 4 do SIWZ, Część A1 Część B określił funkcjonalności, które będą podlegały weryfikacji na podstawie dołączonej do oferty próbki Systemu. Wśród wymagań w Załączniku nr 4 do SIWZ, Część 13 znajdują się wymagania, których poprawne działanie wymaga integracji z zewnętrznymi systemami, tj. systemami będącymi w posiadaniu Zamawiającego, z którymi integracja wdrożonego Systemu stanowi przedmiot zamówienia. Do funkcjonalności tych należą: – Załącznik nr 4 do SIWZ, Część B: „21. Zapisywana będzie pełna historia lokalizacji Brygad [wg wskazań urządzeń GPS zamontowanych na urządzeniach mobilnych i na pojazdach] i zleceń prac realizowanych przez Brygadę. Szczegółowe wytyczne w tym zakresie zostaną ustalone na etapie opracowywania Projektu Funkcjonalnego”. Weryfikacja funkcjonalności wymaga załadowania danych z zewnętrznego systemu oraz urządzenia. W opisanym w SIWZ podejściu do weryfikacji funkcjonalności na podstawie próbki brak jest możliwości zaobserwowania przez Zamawiającego jej działania, ze względu na konieczność dokonania integracji z Systemem GIS [zgodnie z Rozdziałem II SIWZ „Opis przedmiotu Zamówienia”, pkt 8 – „Wykaz integracji z innymi Systemami Zamawiającego” – Integracja z systemem klasy GIS [Planet facilplus Spatial]. Ponadto weryfikacja funkcjonalności może wymagać integracji z urządzeniami GPS w urządzeniach mobilnych oraz pojazdach Zamawiającego. Należy zaznaczyć, że określona w SIWZ forma dostarczenia próbki nie obejmuje urządzeń mobilnych. Wykonawca nie dysponuje na potrzeby przygotowania próbki dostępem do urządzeń GPS w pojazdach Zamawiającego. Brak precyzyjnie określonego scenariusza weryfikacji funkcjonalności powoduje, że wykonawca nie jest w stanie stwierdzić, w jaki sposób weryfikowana będzie

funkcjonalność. Nie jest również możliwe przygotowanie w obecnym kształcie SIWZ próbki obejmującej integrację z systemami Zamawiającego oraz urządzeniami. Załącznik nr 4 do SIWZ, Część B: „31. Przydzielanie zleceń prac do Brygad będzie realizowane w trybach: manualnym [przez użytkowników] oraz z wykorzystaniem wspomaganie Systemu [funkcjonalność silnika optymalizacyjnego].” Wymagany silnik optymalizacyjny do pełnego działania potrzebuje danych GIS [np. czas przejazdu między lokalizacjami]. Zgodnie z zamieszczonym w SIWZ opisem wymaganej próbki systemu nie jest możliwe odwoływanie się do zewnętrznych systemów będących w posiadaniu Zamawiającego jak GIS. Powoduje to brak możliwości weryfikacji działania zdefiniowanej funkcjonalności. Załącznik nr 4 do SIWZ, Część 8: „35. Wizualizacja położenia na mapach drogowych każdej brygady, wyznaczonej trasy dojazdu oraz lokalizacji miejsca prac będzie dostępna w czasie rzeczywistym dla

Strona 15 z 144

użytkowników funkcjonalności Zarządzania Pracą Brygad [mobilnych oraz stacjonarnych]. Planowanie, optymalizowanie i wizualizacja trasy dojazdu do określonego miejsca prac będzie wykonywana dla każdej z brygad z osobna.” Mapy drogowe wraz z niezbędnymi licencjami zostaną dostarczone przez Wykonawcę wraz z Systemem.” Silnik GIS wraz z mapami drogowymi wymaga zasobów obliczeniowych wychodzących poza zakres zdefiniowanego sprzętu [jeden komputer]. W przypadku, jeśli wymaganie dotyczące załączenia do oferty próbki Systemu zostanie utrzymane Odwołujący wniósł o modyfikację treści SIWZ poprzez usunięcie z zakresu próbki wymagań określonych w Załączniku nr 4 do SIWZ, Część B, wymagania nr 21,31, oraz 35.

[5] Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 oraz art. 25 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 6 ust. 1 pkt. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [argumentacja z pkt 2, str. 9–10 odwołania], odnosząc go do niedopuszczenia oferowania systemów prototypowych, a jednocześnie wymagania próbki obejmującej różne systemy. Wobec dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji SIWZ, Odwołujący cofnął ten zarzut [pismo Odwołującego z 11 grudnia 2015 r. str. 5].

[6] W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353 i kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do wymagania zgodności systemu z przepisami prawa na dzień startu produkcyjnego [argumentacja z pkt 3.1, str. 10 – 11 odwołania], Odwołujący podał, że zgodnie z treścią § 4 ust. 2 wzoru umowy, wykonawca ma zobowiązać się do zapewnienia, na dzień Startu Produkcyjnego, zgodności Systemu z obowiązującymi przepisami prawa. Jednocześnie wykonawca ma się zobowiązać do wykonania Systemu zgodnie z opracowanym Projektem Funkcjonalnym. Spełnienie obu tych wymagań jednocześnie może być niemożliwe, jeśli pomiędzy zatwierdzeniem Projektu Funkcjonalnego a dniem startu produkcyjnego wejdą w życie zmiany przepisów prawa w zakresie mającym wpływ na funkcjonalności Systemu. Wykonawca nie ma

żadnego wpływu na działania ustawodawcy i nie powinien być zobowiązany do dokonywania na ostatnią chwilę przed startem produkcyjnym zmian w systemie w sytuacji, w której System został zaprojektowany i wykonany zgodnie z Projektem Funkcjonalnym. W praktyce oczywiście większość zmian przepisów wchodzi w życie z wystarczającym *vacatio legis*, zdarzają się jednak przypadki wprowadzania zmian bez *vacatio legis* bądź – częściej – z bardzo krótkim *vacatio legis*, uniemożliwiających dokonanie szybkich zmian w Systemie.

Strona 16 z 144

Odwołujący wniósł o zmianę wskazanego postanowienia poprzez określenie, że wykonawca zobowiązuje się do zapewnienia zgodności Systemu z przepisami prawa na dzień zatwierdzenia Projektu Funkcjonalnego, a w przypadku, gdyby po tym dniu, a przed dniem startu produkcyjnego weszły w życie zmiany przepisów prawa wymagające zmian w Systemie – aby wykonawca miał roszczenie o odpowiednie przedłużenie terminów realizacji umowy.

[7] W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353 i kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych

w odniesieniu do procedury wyrażania przez Zamawiającego zgody na zmianę podwykonawcy [argumentacja z pkt 3.2, str. 11 odwołania], Odwołujący podał, że zgodnie z treścią § 5 wzoru umowy, Zamawiający zastrzega sobie prawo do weryfikacji potencjalnego podwykonawcy. Zgodnie z treścią ust. 7 Zamawiający w szczególności zastrzega sobie prawo do odmowy wyrażenia zgody na udział podwykonawcy w realizacji przedmiotu umowy „w przypadku braku odpowiednich kompetencji lub potencjałów podwykonawcy”. Zamawiający określił, iż w celu podjęcia decyzji przez Zamawiającego o wyrażeniu zgody na udział danego podwykonawcy wykonawca zobowiązany jest przedstawić wykaz wykonanych dostaw lub usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, wykaz osób, opłaconą polisę, „inne niezbędne dokumenty”. Na podstawie tak określanych wymagań wykonawca nie jest w stanie stwierdzić, jakie kompetencje i jaki potencjał winien mieć podwykonawca, aby Zamawiający wyraził zgody na jego udział w realizacji umowy.

Odwołujący wniósł o rezygnację z wymagań wobec potencjalnego podwykonawcy bądź precyzyjne określenie, Jakimi kompetencjami powinien wykazać się podwykonawca, aby Zamawiający wyraził zgodę na jego udział w realizacji umowy [i jakie dokumenty wykonawca ma przedstawić w celu potwierdzenia posiadania tych kompetencji przez podwykonawcę]. [8] W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353 i kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do zbyt restrykcyjnych wymagań dotyczących personelu wykonawcy [argumentacja z pkt 3.3, str. 11–12 odwołania], Odwołujący podał, że zgodnie z treścią § 6 ust. 1 wzoru umowy, wykonawca ma zagwarantować, aby wszyscy członkowie zespołu wdrożeniowego wykonawcy cały swój czas pracy poświęcili realizacji przedmiotu umowy. Należy zauważyć, że Zamawiający określił precyzyjnie skład zespołu wdrożeniowego i nie sposób uznać, aby każdy z członków personelu zdefiniowanego wykonawcy posiadał taki

Strona 17 z 144

zakres zadań, który wymaga od niego poświęcenia całego czasu pracy [pełnego etatu] dla wykonania wyłącznie jednej umowy. Praktyką jest uczestniczenie przez poszczególnych pracowników w różnych projektach – zatrudnienie całego zespołu wdrożeniowego przy jednym tylko projekcie oznaczałoby konieczność ponoszenia kosztów znacznie przekraczających racjonalne potrzeby Zamawiającego. To wykonawca bierze na siebie ryzyko zapewnienia, aby jego personel wywiązywał się z nałożonych na niego obowiązków. W ocenie Odwołującego postawione wymaganie jest nieracjonalne i rażąco zawyży koszty realizacji zamówienia. Odwołujący wnosi zatem o usunięcie wymagania, aby członkowie zespołu wdrożeniowego wykonawcy cały swój czas pracy poświęcili realizacji przedmiotu umowy.

Zamawiający wymaga również w ust. 2, aby przedmiot umowy został zrealizowany z wykorzystaniem pracy osób wskazanych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, przy czym zgodnie z treścią ust. 3 wykonawcy nie przysługuje prawo do wprowadzania zmian w składzie zespołu wdrożeniowego wykonawcy, określonego w Załączniku nr 5 do umowy, bez uprzedniego uzyskania pisemnej zgody Zamawiającego. Należy zauważyć, że nie zawsze wykonawca ma wpływ na skład zespołu wdrożeniowego – zdarzają się sytuacje losowe [np. choroba pracownika bądź jego odejście z pracy], na które wykonawca nie ma żadnego wpływu i nie może im zapobiec. Powołane postanowienie winno być zatem uzupełniono zastrzeżeniem, że wymaganie to nie dotyczy sytuacji losowych, jak np. choroba pracownika bądź zmiana miejsca pracy – przy pozostawieniu wymagań, aby nowy członek personelu legitymował się kompetencjami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu. Zgodnie z treścią ust. 4 Zamawiający wymaga, aby – w przypadku zgłoszenia przez Zamawiającego żądania odsunięcia danego członka zespołu wdrożeniowego – wykonawca przedstawił zastępcę w ciągu 2 dni roboczych od otrzymania przez wykonawcę wniosku Zamawiającego, Należy jednak zauważyć, że 2 dni robocze to zbyt krótki termin na zapewnienie nowego członka zespołu wdrożeniowego o kompetencjach wymaganych przez Zamawiającego. Odwołujący wnosi zatem, aby termin ten został określony na co najmniej 7 dni roboczych, co i tak jest skrajnie krótkim terminem przy założeniu wymagań określonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu.

[9] W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353 i kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do wymagania dostosowania do zmian przepisów prawa [argumentacja z pkt 3.4, str. 12 odwołania], Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią § 14 ust. 10.1 wzoru umowy, wykonawca w trakcie okresu gwarancji jest zobowiązany do dostarczania do

systemu zmian wynikających ze zmian przepisów prawa – niezależnie od faktu, czy Zamawiający zgłosił potrzebę ich wprowadzenia czy nie. Odwołujący zauważa, że to Zamawiający jest podmiotem odpowiedzialnym za interpretację wymagań nałożonych na niego na mocy przepisów prawa. Wykonawca nie może arbitralnie decydować, w jaki sposób to ustawowe obowiązki mają być przez Zamawiającego realizowane. Każdorazowo zmiana w Systemie musi być analizowana przez Zamawiającego przed rozpoczęciem jej wdrożenia.

Odwołujący wniósł o usunięcie z powołanego postanowienia fragmentu „niezależnie od faktu, czy Zamawiający zgłosił potrzebę ich wprowadzenia czy nie”.

[10] W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353 i kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do nieprecyzyjnie określonych kryteriów odbioru [argumentacja z pkt 3.5, str. 13 odwołania], w odniesieniu do stwierdzenia określonego rodzaju wad.

Wobec dokonanej modyfikacji przez Zamawiającego SIWZ, Odwołujący w piśmie z 11 grudnia 2015 r. wycofał ten zarzut.

[11] W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353 i kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do podstawy do zapłaty kar umownych [argumentacja z pkt 3.6, str. 13 odwołania], Odwołujący w piśmie z 11 grudnia 2015 r. wycofał zarzut.

[12] W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353 i kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do oświadczenia dotyczącego praw autorskich [argumentacja z pkt 3.7, str. 13 odwołania], Odwołujący w piśmie z 11 grudnia 2015 r. wycofał zarzut.

[13] W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, w odniesieniu do nieprecyzyjnie określonych wymagań dotyczących migracji danych [argumentacja z pkt 4.1 odwołania], Odwołujący w piśmie z 11 grudnia 2015 r. wycofał zarzut.

[14] W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nieprecyzyjnie określone wymagania dotyczące integracji [argumentacja z pkt 4.2 odwołania] Odwołujący w piśmie z 11 grudnia 2015 r. wycofał zarzut.

[15] W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nieprecyzyjny opis procesu [argumentacja z pkt 4.3 odwołania] Odwołujący w piśmie z 11 grudnia 2015 r. wycofał zarzut.

[16] W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nieprecyzyjne określenie przedmiotu zamówienia w zakresie ilości raportów oraz ich zakresu informacyjnego [argumentacja z pkt 4.4 odwołania], Odwołujący podniósł, że w Rozdziale II Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, punkt 2.3 – Wymagania dotyczące wdrożenia Zamawiający określił, iż przedmiot zamówienia obejmuje implementację raportów zgodnie z Projektem Funkcjonalnym. Przedmiot zamówienia w tym zakresie został określony w sposób ogólny oraz uniemożliwiający dokonanie przez wykonawcę wyceny. W szczególności Zamawiający nie określił wymaganej ilości raportów, ani ich zakresu informacyjnego. Usługę implementacji raportów nie można uznać za pomijalną lub za mało znaczący element zamówienia, gdyż jest to jedna z bardziej pracochłonnych i czasochłonnych czynności projektowych przy wdrożeniach tego typu rozwiązań. Odwołujący wniósł o modyfikację SIWZ poprzez określenie przez Zamawiającego: ilości raportów, których implementacja stanowi przedmiot zamówienia, zakresu informacyjnego każdego z raportów, których Implementacja stanowi przedmiot zamówienia.

[17] W zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez postawienie wymagań niemożliwych do wykonania [argumentacja z pkt 4.5 odwołania] na rozprawie w dniu 15 grudnia 2015 r. Odwołujący wycofał ten zarzut.

II. Ustosunkowując się do odwołania, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 7 grudnia 2015 r. podał, odnośnie zarzutu nr 1, dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 91 ust 2 i 3 i art. 25 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 6 ust. 1 pkt 1 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być*

składanie z dnia 19 lutego 2014 r. [Dz. U. z 2014 r. poz. 231], że zarzut ten częściowo stał się bezprzedmiotowy gdyż Zamawiający w dniu 7 grudnia 2015 r. dokonał modyfikacji SIWZ, częściowo zaś jest bezzasadny.

W zakresie zarzutu dokonywania samodzielnej weryfikacji próbki systemu [pkt 5.2. Rozdziału I SIWZ] Zamawiający wskazał, że 7 grudnia 2015 r. dokonał modyfikacji SIWZ, na mocy której nadał postanowieniom pkt 5.2. Rozdziału I SIWZ nowe brzmienie. W związku z nowym brzmieniem SIWZ omawiany zarzut należy traktować jako bezprzedmiotowy, gdyż

Strona 20 z 144

na dzień orzekania przed KIO nie będzie w mocy czynność będąca przedmiotem zaskarżenia. Niezależnie od bezprzedmiotowości zarzutu Zamawiający podniósł, że za brakiem zasadności stanowiska Odwołującego przemawia, że pomimo braku zapisów SIWZ w tym zakresie, Zamawiający z mocy prawa [art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych] byłby uprawniony do wezwania wykonawcy w zakresie wyjaśnień dotyczących treści oferty. Ponieważ w tym przypadku treść oferty wyrażana jest próbka, to na mocy przywołanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający miał prawo do dokonywania wezwań w zakresie wyjaśnienia próbki. Aby jednak uniknąć wątpliwości w tym zakresie drogą modyfikacji SIWZ, wprowadzono postanowienia w sprawie wyjaśniania próbki. W pkt 5.2. Rozdziału II SIWZ pojawił się zapis, iż: „Zamawiający zastrzega sobie możliwość wezwania do wyjaśnień w zakresie, o którym mowa w punktach 5.2.3. i 5.2.6.”. Ponadto została dodana do SIWZ definicja próbki wskazująca, że „Próbkę stanowi/stanowią wersje standardowe oferowanych systemów informatycznych [a nie System docelowy]”. Nie jest więc konieczne, ani też zasadne odtworzenie warunków technicznych na komputerze, na którym zostanie zainstalowana próbka, w jakich funkcjonować będzie System docelowy, a opisanych w pkt nr 6 [Techniczne warunki wdrożenia] do rozdziału II SIWZ. Zgodnie z przyjętą przez Zamawiającego definicją System to zespół współpracujących ze sobą programów, procedur przetwarzania informacji i narzędzi programowych zastosowanych w celu przetwarzania danych oraz oprogramowania dostarczonego przez wykonawcę w ramach realizacji przedmiotu umowy, spełniające wymagania opisane w SIWZ. Celem badania próbki jest potwierdzenie spełnienia warunków określonych w zapisach SIWZ Załącznika 4 Część A i część B. próbka, to nie System docelowy, a jedynie wersje standardowe oferowanych systemów informatycznych. Przedmiotem działań Zamawiającego w zakresie badania próbki jest weryfikacja elementów procesów oraz wymagań określonych przez Zamawiającego. Niezależnie od stopnia złożoności ocenianych procesów i funkcjonalności, które w ocenie Zamawiającego nie są złożone w stopniu uniemożliwiającym ich poprawną i samodzielną ocenę przez Zamawiającego na podstawie złożonej z próbką instrukcji, obowiązek poprawnego i komplementarnego przygotowania instrukcji korzystania z próbki spoczywa na wykonawcy. Wykonawca to podmiot profesjonalny i doświadczony w realizacji tego typu zamówień, o czym świadczą dokumenty złożone na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Badanie próbki będzie przeprowadzone przez osoby o odpowiednich, wysokich kompetencjach doskonale znające procesy poddane badaniu oraz posiadające wysokie kompetencje w obsłudze systemów informatycznych. Zamawiający dysponuje zasobami ludzkimi o odpowiednich, wysokich kompetencjach do uruchomienia i obsługi systemów informatycznych [w tym również osobami odpowiedzialnymi za

Strona 21 z 144

administrowanie systemów informatycznych]. Odwołujący posiadając i oferując wersje standardowe systemu posiada również odpowiednie instrukcje korzystania z tego/tych systemów, a Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą takich instrukcji obsługi. W ocenie Zamawiającego posiadane przez wykonawców instrukcje są szersze od wymaganych przez Zamawiającego przy badaniu próbki, i muszą tylko zostać dostosowane do wymagań Zamawiającego wynikających z SIWZ. Te argumenty potwierdzają, że podnoszone przez Odwołującego zarzuty dotyczące konieczności przeprowadzenia dedykowanych szkoleń dla użytkowników i administratorów w celu badania próbki są nieuzasadnione. Nie jest prawdą, iż korzystanie z próbki wymaga szkolenia. Tego typu szkolenia użytkowników będą konieczne, ale przy wdrażaniu Systemu docelowego. Instrukcja korzystania z próbki powinna zapewniać możliwość uruchomienia przez Zamawiającego próbki, prawidłowe wykonanie przez Zamawiającego weryfikacji wymagań, poprawnego zamknięcia próbki przez Zamawiającego. Zrzuty ekranów stanowią uzupełnienie opisu działania próbki umożliwiające w sposób bardzo

precyzyjny i czytelny weryfikację próbek. Nie jest też zasadny zarzut braku kontroli działań Zamawiającego – zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych, każda czynność wykonywana przez Zamawiającego w postępowaniu jest potwierdzana Protokołem z dokonanej czynności. W przypadku powzięcia wątpliwości co do spełniania realizacji elementów procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A do SIWZ oraz spełniania wymagań zadeklarowanych przez Wykonawcę w ofercie zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część B do SIWZ, Zamawiający przewidział możliwość wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający nie zgadza się z Odwołującym, że określona przez Zamawiającego metoda oceny ofert wykonawców nie daje rękojmi dokonania tej oceny w sposób rzetelny, zapewniający równe traktowanie wykonawców w warunkach porównywalności ofert. Składany przez Odwołującego wniosek o rezygnację z samodzielnej weryfikacji próbek przez Zamawiającego – zastąpienie jej prezentacją przeprowadzaną przez wykonawcę przy udziale Zamawiającego, bezsprzecznie będzie miało wpływ na obiektywną ocenę Zamawiającego co może prowadzić do nierównego traktowania wykonawców. Natomiast wniosek dotyczący rezygnacji z wymagania dostarczenia próbki i jej oceny przez Zamawiającego wyklucza ocenę oferty inną niż najniższa cena. W opinii Zamawiającego spełnienie wymagań postawionych w SIWZ oraz uzyskanie odpowiednio wysokiej oceny jakościowej potwierdzać będzie, że oferowane przez wykonawców rozwiązania będą już rozwiązaniami sprawdzonymi, nie wymagającymi obszernych zmian w celu dostosowania do wymagań Zamawiającego. Przyjęty przez Zamawiającego sposób badania próbki zapewnia rzetelną, obiektywną, bezstronną, z zachowaniem najwyższej staranności weryfikację oferty pod względem wymagań postawionych przez Zamawiającego w SIWZ.

Strona 22 z 144

W zakresie zarzutu załączenia próbki systemu do oferty na komputerze, Zamawiający uznał ten zarzut za niezasadny. Wykonawca jest zobowiązany do dostarczenia działającej próbki, która będzie spełniała wymagania Zamawiającego. Ze swojej strony Zamawiający podjął działania zapewniające właściwe zabezpieczenie złożonego komputera z zainstalowaną próbką. W przypadku, gdy komputer z zainstalowaną próbką wymaga specyficznych warunków przechowywania i eksploatacji wykonawca powinien przekazać Zamawiającemu odpowiednie informacje wraz z instrukcją i poinformować o tych warunkach Zamawiającego w momencie składania oferty. Wnoszona przez Odwołującego modyfikacja pkt 5.2. SIWZ poprzez zastąpienie wymagania dostarczenia komputera z zainstalowaną próbką wraz z ofertą wymaganiem, aby wykonawca zapewnił dostępu do Systemu na czas przeprowadzenia prezentacji w toku oceny ofert może mieć wpływ na bezstronne i obiektywne badanie przez Zamawiającego próbek. Wykonawca znający doskonale system informatyczny będący próbką może, podczas weryfikacji próbki, dokonywać zmian w próbce.

W zakresie zarzutu nieprecyzyjnych kryteriów oceny próbki, Zamawiający wskazał, iż w dniu 7 grudnia 2015 r. dokonał modyfikacji SIWZ, na mocy której wprowadził definicję próbki. Modyfikacja ta stanowi załącznik do niniejszego pisma procesowego. W związku z nowym brzmieniem SIWZ omawiany zarzut należy traktować jako bezprzedmiotowy, gdyż wprowadzona definicja wpływa na zakres przedmiotowego zarzutu. Niezależnie od bezprzedmiotowości zarzutu Zamawiający podał, że precyzyjnie określił jakie funkcjonalności będą badane w trakcie oceny ofert, przy czym stan ten miała też miejsce jeszcze przed dokonaniem modyfikacji SIWZ. Nowododana definicja próbki jedynie dodatkowo doprecyzowuje tą kwestię. W słowniku pojęć stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ jednoznacznie zdefiniowano, że próbka to wersja standardowa oferowanego systemu informatycznego lub Wersje standardowe grupy oferowanych systemów informatycznych, który/które realizują funkcjonalności wspomagania zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie, co najmniej w zakresie określonym w części A Załącznika nr 4 do SIWZ. Wskazano dalej, iż próbka stanowi integralną część oferty i jest podstawą do przeprowadzania oceny oferty w zakresie zgodności treści oferty z treścią SIWZ oraz w zakresie Kryterium 2 – ocena jakościowa oferowanych funkcjonalności oczekiwanych przez Zamawiającego w wersji standardowej systemu. Po udzieleniu zamówienia wersja standardowa oferowanego systemu informatycznego lub Wersje standardowe grupy oferowanych systemów informatycznych [w wersji zgodnej ze złożoną próbką lub nowszej], który/które realizują funkcjonalności wspomagania zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz

Strona 23 z 144

zarządzania pracą brygad w terenie stanie się/staną się w wyniku realizacji Umowy Systemem.

Wszystkie wymagania określone w Załączniku nr 4 Część B do SIWZ to podstawowe funkcjonalności systemów informatycznych realizujących funkcjonalności wspomagania zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie. Kluczowe dla Zamawiającego jest potwierdzenie działania tych funkcjonalności, a nie sposób ich realizacji, który może być odmienny [i najczęściej jest odmienny] dla systemów informatycznych stworzonych przez różnych wykonawców. Nie jest istotne jakie konkretne przykłady będą potwierdzać spełnienie przez oferowany system informatyczny [lub grupę systemów informatycznych] tych wymagań. Co więcej, definiując konkretne przykłady Zamawiający musiałby się oprzeć na konkretnych rozwiązaniach już istniejących, wskazywanie więc na tym etapie konkretnych przykładów zgodnie z wnioskiem Odwołującego stanowiłoby naruszenie równego traktowania wykonawców i ograniczenie konkurencji.

Odnosząc się do konkretnych przykładów podanych przez Odwołującego: zarzut dot. funkcjonalności w myśl, której „System umożliwi manualne i automatyczne uzupełnianie zdefiniowanych elektronicznych formularzy: przez użytkownika i/lub w oparciu o dane przetwarzane w Systemie” jest oczywiście niezasadny. Zgodnie z tym co podnosi Odwołujący weryfikacja tego wymagania może odbywać się w różny sposób poprzez manualne i automatyczne wypełnianie różnych formularzy, co jest zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego. Istotne jest samo potwierdzenie spełnienia przez próbkę spełniania tego wymagania, o czym zaświadcza brak jakichkolwiek wymagań Zamawiającego co do potwierdzania wymogu. Należy również podkreślić, iż funkcjonalność formularzy oraz ich obsługi posiada każdy system informatyczny – jest to podstawowy element interfejsu użytkownika, który służy do wprowadzania danych w jakimkolwiek systemie informatycznym.

Zarzut dot. funkcjonalności wedle której „System umożliwi automatyczne generowanie i przekazywanie do określonych użytkowników lub grup użytkowników komunikatów i/lub alertów/alarmów wg określonych potrzeb np. zbliża się koniec terminu realizacji prac, konieczność dokonania odbioru [dot. potwierdzenia realizacji], przekroczono zakres dopuszczalnych wartości w ocenie stanu urządzenia” również nie jest zasadny. Zgodnie z tym, co podnosi Odwołujący weryfikacja tego wymagania może odbywać się w różny sposób poprzez automatyczne wygenerowanie komunikatu/alarmu/alertu do użytkownika, Funkcjonalność taka jest jedną z podstawowych funkcjonalności systemów informatycznych,

Strona 24 z 144

pozwalającą na poprawną realizację procesów biznesowych. Zamawiający nie ogranicza i nie narzuca postaci i formy komunikatów/alertów/alarmów dążąc jedynie do potwierdzenia działania funkcjonalności.

Zarzut dot. funkcjonalności: *Zamknięcie zlecenia pracy dla brygady. Wprowadzenie danych dotyczące wykorzystanych zasobów [pracownicy, pojazdy, materiały itp. Zamknięcie zlecenia prac,* także nie zasługuje na uwzględnienie. próbka systemu jest wersją standardową działającego i wcześniej wdrożonego systemu informatycznego. Wprowadzenie danych dotyczących zasobów wymaganych do realizacji zlecenia prac oraz danych dotyczących zasobów rzeczywiście wykorzystanych w związku z zrealizowaniem zlecenia prac jest jednym z kluczowych elementów systemów informatycznych do zarządzania pracą brygad w terenie, pozwalające na poprawną realizację procesów biznesowych. Zamawiający przytoczył w przedmiotowym wymaganiu przykładowe zasoby jakie mogą być określone w takich zleceniach prac, jednakże badanie próbki nie ma potwierdzić możliwości wprowadzania danych dotyczących konkretnych zasobów, a jedynie posiadania takiej funkcjonalności przez oferowany system informatyczny.

W zakresie zarzutu dot. zakresu próbki zarzut ten jest chybiony. Zgodnie z SIWZ Zamawiający dokona weryfikacji próbki zgodnie z przygotowaną przez wykonawcę instrukcją korzystania z próbki. Wykonawca jako profesjonalista musi określić właściwy i jednoznaczny sposób weryfikacji wymagań uniemożliwiający Zamawiającemu wpłynięcie na poprawność działania pozostałych funkcjonalności.

Wskazane w odwołaniu wymagania [od poz. 1 do 4] to kluczowe wymagania przy zarządzaniu uprawnieniami. Właściwe zarządzanie uprawnieniami jest kluczowe do prawidłowej realizacji procesów biznesowych. Bez weryfikacji tych wymagań, rzetelna ocena próbki nie jest możliwa. Zamawiający podkreślił, iż badanie próbki będzie przeprowadzone przez osoby o odpowiednich, wysokich kompetencjach doskonale znające procesy poddane badaniu oraz posiadające

wysokie kompetencje w obsłudze systemów informatycznych.

Zamawiający dysponuje zasobami ludzkimi o odpowiednich, wysokich kompetencjach do uruchomienia i obsługi systemów informatycznych [w tym również osobami odpowiedzialnymi za administrowanie systemów informatycznych], Zdaniem Zamawiającego, z uwagi na wysokie kompetencje osób, które będą oddelegowane do badania próbki w połączeniu z poprawnie przygotowaną przez wykonawcę instrukcją korzystania z próbki gwarantuje poprawność realizacji procesu badania próbki.

Strona 25 z 144

W przypadku powzięcia wątpliwości, co do spełniania realizacji elementów procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A do SIWZ oraz spełniania wymagań zadeklarowanych przez wykonawcę w ofercie zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część B do SIWZ, Zamawiający przewidział możliwość wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

W odniesieniu do żądania alternatywnego, tj. usunięcia z zakresu próbki wymagań określonych w Załączniku nr 4 do SIWZ, Część B, wymagania nr 21,31, oraz 35 Zamawiający podniósł, iż weryfikacja wymagań podlegających ocenie nie wymaga integracji z systemami i/lub urządzeniami zewnętrznymi. Wykonawca, jako profesjonalista we wdrożeniach musi zapewnić możliwość weryfikacji wymagania poprzez przygotowanie próbki w taki sposób, aby dane, które docelowo będą pochodzić z systemów/urządzeń zewnętrznych zostały wprowadzone do próbki przez wykonawcę. W przytoczonym przekładzie [załącznik nr 4 Część B pkt 24] Zamawiający dokona weryfikacji wymagania poprzez odczyt historii lokalizacji brygad.

Odnosnie zarzutu nr 2, dotyczącego naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 25 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 6 ust. 1 pkt rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, Zamawiający wskazał, że zarzut ten stał się bezprzedmiotowy z uwagi na modyfikację SIWZ dokonaną w dniu 7 grudnia 2015 r. W związku z nowym brzmieniem SIWZ omawiany zarzut należy traktować, jako bezprzedmiotowy, gdyż na dzień orzekania przed KIO nie będzie w mocy czynność będąca przedmiotem zaskarżenia. Na mocy wskazanych modyfikacji SIWZ została dodana definicja próbki wskazująca, iż próbkę stanowi/stanowią wersje standardowe oferowanych systemów informatycznych [a nie System docelowy]. Zamawiający dopuścił, zatem zrealizowanie obowiązku złożenia próbki poprzez przedstawienie kilku systemów realizujących wymagane funkcjonalności, a zatem dokładnie tak, jak

życzył sobie tego Odwołujący.

Odnosnie zarzutu nr 3, dotyczącego naruszenia art 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353 i KC w związku z art 139 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zarzuty te częściowo są bezprzedmiotowe z uwagi na dokonanie przez Zamawiającego modyfikacji SIWZ w dniu 7 grudnia 2015 r. a częściowo nie są zasadne. Co do zarzutów dot. zapisu umowy dot. zgodności z prawem na dzień Startu Produkcyjnego, zaskarżony zapis umowy wyznacza kontraktowy rozkład ryzyk związanych ze zmianami stanu prawnego. Oczekiwanie Zamawiającego, co do tego, aby System był zgodny z przepisami prawa na dzień startu produkcyjnego nie jest nadmierne, ani niemożliwe do zrealizowania. Zamawiający wymaga, aby wykonawca, jako podmiot profesjonalny

Strona 26 z 144

i doświadczony w realizacji tego typu zamówień tj. wdrażaniu systemów informatycznych, na bieżąco monitorował zmiany w prawie mające wpływ na przebieg procesów, które będą wspierane przez System docelowy, tak, aby na dzień startu produkcyjnego otrzymać System, który zachowuje swoją aktualność ze stanem prawnym. Takie wymaganie nie powinno być obciążające dla wykonawców, gdyż jednym z warunków utrzymania oferowanego rozwiązania na rynku, tj. pozyskiwanie przez wykonawców nowych, kolejnych zamówień, wymaga bieżącego dostosowywania oferowanego rozwiązania do obowiązującego prawa.

Zakres wskazanego ryzyka kontraktowego nie jest nieograniczony. Wykonawca ma zapewnioną ochronę prawną wynikającą z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Zgodnie z klauzulą *rebus sic stantibus* [art. 357 i § 1 KC], jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca strata, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współzycia

społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy.

Co do zarzutów dot. wyrażania zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą, zarzut ten stał się bezprzedmiotowy z uwagi na modyfikację SIWZ dokonaną w dniu 7 grudnia 2015 r. W związku z nowym brzmieniem SIWZ omawiany zarzut należy traktować, jako bezprzedmiotowy, gdyż na dzień orzekania przed KIO nie będzie w mocy czynność będąca przedmiotem zaskarżenia. W ramach ww. modyfikacji Zamawiający określił nowe brzmienie § 5 ust. 7 wzoru umowy, gdzie wskazał, iż „Zamawiający ma prawo do odmowy wyrażenia zgody na udział danego podwykonawcy w realizacji Przedmiotu Umowy w przypadku braku odpowiednich kompetencji bądź potencjałów podwykonawcy potrzebnych do zrealizowania powierzanego podwykonawcy zakresu rzeczowego. Oceniając zdolność podwykonawcy do realizacji zakresu rzeczowego powierzanego mu przed Wykonawcą Zamawiający będzie brał pod uwagę wielkość powierzanego podwykonawcy zakresu rzeczowego, doświadczenie podwykonawcy wykonawcy w realizacji świadczeń zbliżonych do powierzanego mu zakresu rzeczowego, możliwość samodzielnego finansowania realizacji powierzanego podwykonawcy zakresu rzeczowego w świetle przewidywanych w umowie podwykonawczej zasad płatności, liczebność personelu podwykonawcy, jego kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie w odniesieniu do powierzanego podwykonawcy zakresu rzeczowego oraz posiadane ubezpieczenie oceniane w świetle potencjalnej szkodowości działań i zaniechań podwykonawcy.”.

Strona 27 z 144

W zakresie zarzutów dot. wymagań, co do personelu, zarzut ten stał się bezprzedmiotowy z uwagi na modyfikację SIWZ dokonaną w dniu 7 grudnia 2015 r. W związku z nowym brzmieniem SIWZ omawiany zarzut należy traktować, jako bezprzedmiotowy, gdyż na dzień orzekania przed KIO nie będzie w mocy czynność będąca przedmiotem zaskarżenia.

W pozostałym zakresie zarzut jest niezasadny – wymaganie pełnego zaangażowania zespołu wdrożeniowego jest w pełni zasadne i zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego. Wykonawca może oceniać racjonalność i koszty takiego rozwiązania według własnego uznania jednak nie stanowi to zarzutu, który miałby doprowadzić do zmiany w tym zakresie warunków umowy. Zamawiający wychodzi z założenia, iż tylko pełne zaangażowanie osób biorących udział we wdrożeniu Systemu gwarantuje wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z najwyższymi standardami. Łączenie prac wdrożeniowych z innymi zadaniami wykonawcy, będzie miało negatywny wpływ, na jakość, termin i w konsekwencji koszty wdrożenia. Zamawiający wychodzi z założenia, iż skład osobowy jest kluczowy dla należytego wykonania umowy, stąd zasadnym jest ograniczenie zmian w składzie osobowym zespołu wdrożeniowego. Na tej podstawie zamawiający ograniczył możliwość ciągłej rotacji składu osobowego zespołu wdrożeniowego i uzależnił zmiany w składzie osobowym od swojej zgody. Wystąpienie takich okoliczności jak np. krótkotrwała choroba pracownika nie powoduje zmiany w składzie osobowym. Natomiast niewłaściwa realizacja zadań przez członka zespołu wdrożeniowego wykonawcy, odmienna od przyjętych przez strony standardów, będzie wiązała się z koniecznością zastąpienia tego członka zespołu inną osobą. Wyrażenie zgody przez Zamawiającego na dokonanie zmiany jest procesem w pełni zasadnym, gdyż Zamawiający powinien mieć wpływ na zmiany osobowe w zespole wdrożeniowym gdyż ma to bezpośredni wpływ, na jakość realizacji prac wdrożeniowych [interes Zamawiającego]. Sprawne zarządzania zespołem wdrożeniowym, w tym również wymiana członków zespołu wdrożeniowego, ma kluczowy wpływ na realizację procesu wdrożenia.

W odniesieniu do zarzutu dot. dostosowywania systemu do zmian przepisów prawa, zaskarżony zapis umowny wyznacza kontraktowy rozkład ryzyk związanych ze zmianami stanu prawnego w okresie gwarancji jakości. Oczekiwanie Zamawiającego, co do tego, aby System był zgodny z przepisami prawa na dzień startu produkcyjnego nie jest nadmierne, ani niemożliwe do zrealizowania. Zamawiający wymaga, aby wykonawca, jako podmiot profesjonalny i doświadczony w realizacji tego typu zamówień tj. wdrażaniu systemów informatycznych, na bieżąco monitorował zmiany w prawie mające wpływ na przebieg

Strona 28 z 144

procesów, które będą wspierane przez System docelowy, tak, aby zarówno na dzień startu

produkcyjnego jak też podczas świadczenia usług gwarancji zachować aktualność ze stanem prawnym. Takie wymaganie nie powinno być obciążające dla wykonawców, gdyż jednym z warunków utrzymania oferowanego rozwiązania na rynku, tj. pozyskiwanie przez wykonawców nowych, kolejnych zamówień, wymaga bieżącego dostosowywania oferowanego rozwiązania do obowiązującego prawa.

Zakres wskazanego ryzyka kontraktowego nie jest nieograniczony. Wykonawca ma zapewnioną ochronę prawną wynikającą z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Zgodnie z klauzulą *rebus sic stantibus* [art. 357 i § 1 KC], jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca strata, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy.

W odniesieniu do zarzutu dot. nieprecyzyjnych kryteriów odbioru, podstawy kar umownych, oświadczenia w sprawie praw autorskich, migracji danych, integracji, nieprecyzyjnie określonych wymagań, nieprecyzyjny opis procesu, nieprecyzyjnego określenia w zakresie ich zakresu przedmiotu zamówienia ilości raportów oraz informacyjnego, zarzuty te stały się bezprzedmiotowe z uwagi na modyfikację SIWZ dokonaną w dniu 7 grudnia 2015 r. W związku z nowym brzmieniem SIWZ omawiany zarzut należy traktować, jako bezprzedmiotowy, gdyż na dzień orzekania przed KIO nie będzie w mocy czynność będąca przedmiotem zaskarżenia.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wymagania niemożliwego do wykonania Zamawiający wyjaśnił, że jego intencją nie jest dokonywanie zmian, w zakresie przywołanym przez Odwołującego, w trakcie eksploatacji Systemu. Jednocześnie oczekiwaniem Zamawiającego jest, aby możliwe było definiowanie parametrów pól danych, w tym również pól danych, które są częścią wersji standardowej oferowanego systemu, Zamawiający jest jednak świadom ograniczeń, które mogą zaistnieć w tym zakresie i podkreśla, że szczegółowe wytyczne dotyczące dostosowania pól standardowych oraz nowotworzonych pól są przedmiotem Projektu Funkcjonalnego. Ewentualna zmiana typów pól w trakcie eksploatacji Systemu, jeżeli będzie możliwa, będzie realizowana przez wykonawcę na podstawie odrębnego zlecenia.

Strona 29 z 144

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła:

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia a także jej modyfikacji dokonanych przez Zamawiającego, stwierdzono, że znalazły potwierdzenie te zarzuty, które wskazywały na naruszenie przepisów w zakresie kształtu § 6 ust. 4 wzoru umowy [załącznik nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia], poprzez określenie terminu dwóch dni roboczych na przedstawienie zastępcy odsuniętego członka zespołu wdrożeniowego. Pozostałe zarzuty okazały się nieuzasadnione, w związku z czym odwołanie w tym zakresie podlegało oddaleniu.

Odnosząc się do postawionych w odwołaniu zarzutów, uwzględniono:

[1] Nie podzielono zarzutów postawionych wobec formuły badania próbki, przewidzianej przez Zamawiającego, podtrzymując argumentację wyartykułowaną w odniesieniu do analogicznego – w znacznej części – zarzutu postawionego w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett Packard Enterprise Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Intergraph Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Intergraph SG&I Deutschland GmbH w Ismaning, Hewlett– Packard s.r.o. w Pradze [spr. o sygn. KIO 2585/15].

Uwzględniono w powyższym zakresie okoliczność, że to Zamawiający jest organizatorem prowadzonego przez siebie postępowania i w jego wyłącznej gestii jest ukształtowanie tego postępowania, w tym przyjęcie takich lub innych rozwiązań organizacyjnych co do badania oferty. W jego też wyłącznej gestii jest przesądzenie, czy samodzielnie dokona badania oferty, albo czy posłuży się w tym celu wykonawcą, nakładając na niego obowiązek określonych działań związanych z prezentacją próbki. Z przepisów ustawy a także zasad prowadzenia postępowania nie wynika obowiązek

zapewnienia czynnej roli wykonawcy w prezentacji próbki, w tym – do czego dąży Odwołujący – prowadzenia tej prezentacji przez wykonawcę. O ile taki udział wykonawcy, sprowadzający się do roli operatora prezentacji próbki jest niekiedy pożądanym, stanowi określone ułatwienie badania oferty, jego usprawnienie, to nie jest on obowiązkiem Zamawiającego. Racjonalność działania danego zamawiającego, zastosowanie przez niego bardziej lub mniej optymalnych rozwiązań w zakresie badania oferty, efektywność jego działań nie stanowią kryterium, przez które dokonywana jest ocena poprawności działań lub zaniechań zamawiającego. Tym kryterium jest zasada legalizmu, to jest działania w zgodzie

Strona 30 z 144

i w granicach stawianych przez przepisy ustawy i zasad postępowania. Stąd nie sposób stawiać Zamawiającemu skutecznego zarzutu, że przyjął mechanizm badania próbki oparty na samodzielnym jej zbadaniu, rezygnując z możliwości usprawnienia tego badania poprzez przekazanie czynności prezentacji próbki odpowiedniemu wykonawcy. Nawet jeśli tego rodzaju badanie jest powszechnie stosowane i stało się standardem w postępowaniach mających za przedmiot systemy informatyczne, to nie stanowi ono obowiązku zamawiającego. Stąd nie mogły mieć także znaczenia dla oceny zarzutu praktyki stosowane przez innych zamawiających, w tym załączone do odwołania wyciągi z dokumentów dotyczących innych postępowań, w których zastosowano prezentację próbki w oczekiwany przez Odwołującego sposób. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że niezależnie od tego, kto – wykonawca czy Zamawiający na podstawie opracowanej przez wykonawcę próbki – przeprowadzi prezentację próbki, czynność tego badania zawsze jest czynnością zamawiającego. Wszak to zamawiający prowadzi postępowanie i wszelkie czynności związane z badaniem i oceną ofert, nawet jeśli są wykonywane pośrednio, poprzez przykładowo wykonawcę prowadzącego prezentację, są czynnościami zamawiającego. Także ta okoliczność przemawia za uznaniem za bezzasadne tych zastrzeżeń, które odnoszą się do samodzielnego, na podstawie instrukcji opracowanej przez wykonawców badania próbek i rezygnacji z możliwości ich prezentacji przez wykonawców.

Nie stanowi również podstawy uzasadniającej postawiony zarzut teza o potrzebie przeszkolenia osób badających próbkę po stronie Zamawiającego z zasad korzystania z Systemu a także brak pewności wykonawcy, że instrukcja obsługi, którą załączy do oferty, będzie wystarczająca dla pracowników Zamawiającego, których zadaniem będzie uruchomienie Systemu i weryfikacja zadeklarowanych funkcjonalności. Tego rodzaju ryzyka zostały przerzucone na wykonawcę, do czego Zamawiający ma pełne prawo. To zatem na wykonawcy spoczywa zadanie opracowania odpowiednio szczegółowego przewodnika – instrukcji, według którego przeprowadzona ma być prezentacja systemów. Na celowość odpowiednio szczegółowego opisu ścieżki postępowania w celu zbadania próbki wskazał przy tym Zamawiający podkreślając, że owa instrukcja winna być opatrzona graficzną formą w postaci zrzutów z ekranów. Zatem powodzenie prezentacji spoczywa na wykonawcy, który powinien przygotować odpowiednio szczegółowy instruktaż odtworzenia wymaganych funkcjonalności i procesów, tak by Zamawiający [jego pracownicy] sprostali zadaniu zbadania próbki. Niezależnie od tego, na rozprawie kilkakrotnie zobowiązano Zamawiającego do wypowiedzenia się co do sposobu postępowania, gdy instrukcja będzie pozostawiała niedostatki informacyjne stanowiące przeszkodę w zbadaniu próbki a nawet gdy nie zostanie

Strona 31 z 144

ona w ogóle złożona. Zamawiający podkreślał, że na próbkę składają się istniejące, już wdrożone systemy, w ich wersjach standardowych, nie powinno więc być problemu z jej odtworzeniem samodzielnie. Zamawiający zakłada przy tym wysoki poziom profesjonalizmu własnych pracowników, którzy powinni podołać zbadaniu takich systemów, nie wykluczał również skorzystania z pomocy biegłego lub biegłych. Podawał wreszcie, że nawet przy braku spornej instrukcji jest przekonany, że sprostą takiemu badaniu. Wskazał, że w razie niemożności odtworzenia samodzielnie próbki, zwróci się do wykonawcy o wyjaśnienia oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz, że tak samo postąpi, jeśli instrukcja w ogóle nie zostanie złożona. Wreszcie, dla wyeliminowania wątpliwości, odpowiednie postanowienie wprost przewidujące wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia w tym zakresie przewidziane zostało w zmodyfikowanej SIWZ.

Z tego względu nie zasługiwał na aprobatę postulat rezygnacji z samodzielnej weryfikacji próbki przez Zamawiającego oraz zastąpienia jej prezentacją przeprowadzaną przez wykonawcę przy udziale Zamawiającego lub rezygnacji z wymagania dostarczenia próbki i jej oceny przez Zamawiającego.

Nie zasługiwały na uwzględnienie także dalsze zastrzeżenia, dotyczące wymagania złożenia próbki w postaci systemu/systemów zainstalowanych na dostarczonym przez wykonawcę komputerze. Zdeponowanie komputera u Zamawiającego nie jest ani nadmiernie uciążliwe ani kosztowne, zaś każdorazowo to do zamawiającego należy wybór i decyzja, jak badanie oferty i składającej się na nią próbki zostanie przeprowadzone. Prawem zamawiającego jest bowiem wymaganie, by zbadanie funkcjonalności systemu zostało dokonane na sprzęcie wykonawcy, bowiem takie rozwiązanie chroni zamawiającego przed ewentualnymi zarzutami wykonawców co do nieprawidłowego przebiegu prezentacji z powodu np. wad sprzętu zamawiającego, na którym miałyby być uruchomiona płyta CD. Zamawiającemu przysługuje także prawo zbadania działania próbki systemu w warunkach, za które odpowiadają wykonawcy [tak też w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 4 lipca 2014 r. w spr. KIO 1211/14, KIO 1221/14, KIO 1222/14]. Zastrzeżenia Odwołującego, że komputer na którym ma zostać zainstalowana próbka może upaść, zostać przez Zamawiającego zawilgocony czy zostać w inny sposób zniszczony, zdają się wskazywać na zbyt daleko idący i nieuzasadniony poziom ostrożności. Zamawiający przy tym oświadczył, że zdeponowany w tym charakterze sprzęt będzie przez niego traktowany z wyjątkową ostrożnością.

Strona 32 z 144

Odwołujący zdaje się też błędnie zakładać, że środowisko, na którym ma być zainstalowany system lub systemy składające się na próbkę ma być identyczne jak to, które zostanie stworzone w docelowym Systemie. Próbka przewidziana w tym postępowaniu ma postać badania możliwości systemów standardowych, stanowiących komponenty docelowego Systemu, poprzez sprawdzenie przewidzianych w nich funkcjonalności i procesów. Nie jest więc na tym etapie wymagane stworzenie tych zakresów, które są właściwe dla docelowego Systemu, jaki ma być stworzony w trakcie 26 – miesięcznego wykonywania zamówienia. Wskazuje na to modyfikacja SWZ, której skutkiem jest wymaganie systemów stanowiących komponenty przyszłego systemu a nie pełnego Systemu, stanowiącego produkt powstały w wyniku realizacji zamówienia. Wymaganie i badanie próbki w tym postępowaniu – uwzględniając wyrażane w doktrynie i orzecznictwie postulaty, by nie było wymagane od wykonawców na etapie oferty poniesienie niewspółmiernych kosztów i nakładów związanych z wykonaniem istotnej części zamówienia, w okolicznościach, gdy dany wykonawca nie ma pewności że uzyska zamówienie – sprowadza się do oczekiwania zaprezentowania nie namiastki docelowego systemu [jego prototypu], ale oferowanych przez danego wykonawcę komponentów, z których zbudowany zostanie system. W tym wypadku próbka ma więc postać wrywka przedmiotu, który ma być stworzony w wyniku realizacji zamówienia – jego komponentów, w takim zakresie, który jest reprezentatywny i wystarczający dla zbadania interesujących zamawiającego cech lub funkcjonalności. Nie jest, wbrew odmiennemu stanowisku Odwołującego, niedopuszczalne wymaganie jako próbki nie docelowego przedmiotu, takiego samego jaki będzie przedmiotem dostawy ale jego części, pewnego wrywka, czy też kluczowych komponentów, które do stworzenia tego systemu będą służyły. Badanie oferty na podstawie komponentów bazowych przyszłego przedmiotu świadczenia znajduje uzasadnienie szczególnie w przypadku, gdy taki przedmiot świadczenia z obiektywnych powodów nie istnieje a zostanie dopiero wytworzony w ramach realizacji zamówienia. takim wypadku istotne elementy technologii, bazowe rozwiązania, najważniejsze komponenty przedmiotu zamówienia mogą służyć jako próbka.

Nie zasługiwały również na uwzględnienie zastrzeżenia Odwołującego co do niewystarczająco szczegółowego i czytelnego opisu scenariusza badania próbki. Brak szczegółowego opisu, a także informacji czy i jakie dane będą wprowadzane do systemów w celu zbadania próbek, oraz czy za spełniające wymagania będą uznane systemy realizujące procesy i funkcjonalności w warunkach gdy dane zostaną wprowadzone w sposób automatyczny czy też również ręczny, oznacza, że Zamawiający musi uznać

Strona 33 z 144

wszystkie formy wprowadzania danych i realizacji procesów za dopuszczalne. Zresztą, na etapie badania próbki wydaje się to być nieuniknione, skoro przedmiotem próbki, po modyfikacji SIWZ może być jeden lub więcej systemów, nie ma też żadnego wymogu by systemy były ze sobą w jakikolwiek sposób zintegrowane, czy nawet by wymagane procesy i funkcjonalności miały być realizowane przez odpowiednio powiązane ze sobą systemy, nawet jeśli w docelowym Systemie wykonawca zakłada realizację danego procesu w sposób wykorzystujący łącznie systemy bazowe, z których finalny System zostanie wykonany. Próbką w kształcie i zakresie, w jakim przewidział ją Zamawiający ma służyć zbadaniu możliwości komponentów systemu i realizacji wyszczególnionych procesów i funkcjonalności. Tak ukształtowana próbka z natury nie pozwoli na zbadanie procesów i funkcjonalności w takim zakresie, w jakim zostaną one dopiero wytworzone w docelowym Systemie, zatem to badanie będzie miało charakter uproszczony, ograniczony do stwierdzenia procesów i funkcjonalności w komponentach tego Systemu, które finalnie mogą być realizowane w odmienny sposób, niż wynika to z systemów bazowych składających się na próbkę.

Mimo szeregu wątpliwości formułowanych w odwołaniu, scenariusz badania próbki – jakkolwiek być może niezgodny z wizją wykonawcy – przedstawia wystarczająco precyzyjny i czytelny opis tej czynności. Zastrzeżenia zamieszczone w odwołaniu stanowią raczej wyraz postulatów dotyczących zracjonalizowania tego procesu, uczynienia go bardziej dogodnym dla wykonawców, czy nawet uczynienia go sprawniejszym i bardziej efektywnym. Tego rodzaju postulaty nie powodują jednak, że postanowienia SIWZ, w których opisano mechanizm i zasady badania próbki nie odpowiadają jakimkolwiek przepisom lub zasadom postępowania. W szczególności nie znalazł potwierdzenia przypisywany w tym zakresie w odwołaniu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 91 ust. 2 i 3 i art. 25 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 6 ust. 1 pkt 1 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich to dokumenty mogą być składane*,

[2] Nie zasługiwały na uwzględnienie także kolejne zarzuty, to jest te dotyczące naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353 i kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do wymagania zgodności Systemu z przepisami prawa na dzień startu produkcyjnego a także dostarczania w trakcie okresu gwarancji zmian wynikających ze zmian przepisów prawa –

Strona 34 z 144

niezależnie od faktu, czy Zamawiający zgłosił potrzebę ich wprowadzenia czy nie. Podtrzymano w tym zakresie argumentację wyartykułowaną w odniesieniu do analogicznego – po części – zarzutu postawionego w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett Packard Enterprise Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Intergraph Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Intergraph SG&I Deutschland GmbH w Ismaning, Hewlett-Packard s.r.o. w Pradze [spr. o sygn. KIO 2585/15].

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający prowadzi konkretne postępowanie w celu zaspokojenia określonych potrzeb – w tym wypadku nabycia systemu informatycznego realizującego potrzebne mu zadania. Fundamentem tych potrzeb jest zapewnienie, przynajmniej na moment odbioru, a dokładnie na moment startu produkcyjnego Systemu jego zgodności nie tylko z wymogami wygody i ergonomii pracy jego użytkowników ale także – z obowiązującymi regulacjami prawnymi. Fakt, że postępowanie prowadzone jest w formule wytworzenia systemu w warunkach wzajemnego współdziałania między Zamawiającym a wykonawcą zamówienia przez 26 miesięcy nie oznacza, że wykonawca może stworzyć ów system z uwzględnieniem mających ewentualnie wpływ na jego zakres nieaktualnych regulacji prawnych. Przeciwnie, fakt prowadzenia projektu przez relatywnie długi czas, pozwalający wykonawcy na dostarczenie przedmiotu umowy szczegółowo ustalonego w toku wykonywania zadania, uzgodnionego w ramach Projektu Funkcjonalnego przemawia za uznaniem, że reguła wykonania zamówienia uwzględnia nie tylko wykonanie sfery technicznej, architektury systemu, ale także – a może przede wszystkim – wymagania

merytoryczne, obejmujące również zmieniający się w toku wykonywania zamówienia stan prawny. Gdyby było inaczej, to Zamawiający mógłby już na etapie oferty wymagać wykonania systemu według określonej jego architektury, według założeń wyznaczonych do realizacji w krótkim czasie. Jeśli jednak wykonanie Systemu odbywa się w formule wzajemnej komunikacji, w ramach zarządzania projektowego, to z założenia w jego istocie mieści się uwzględnienia dynamiki wymagań, w tym także zmian istotnych dla wykonania Systemu okoliczności, w tym ewentualnych zmian stanu prawnego.

Należy mieć też na uwadze fakt, że jeśli takie zmiany stanu prawnego, mające wpływ na wykonanie Systemu miałyby wystąpić, to z pewnością będą poprzedzone odpowiednim, znanym obu stronom umowy procesem legislacyjnym i stosownym *vacatio legis*. Trudno zgodzić się więc, że profesjonalści, jakimi są Zamawiający oraz wykonawca mający wykonywać zamówienie mieliby nie wiedzieć o tego rodzaju okolicznościach determinujących

Strona 35 z 144

zakres Systemu.

Ponadto, nawet gdyby obawy Odwołującego okazały się słuszne i zmiany w prawie spowodowałyby tak daleko idące skutki, że wymagałyby bardzo doniosłych zmian w Systemie, wpływających na czas lub koszt jego wykonania, to w takim wypadku zastosowane mogą być przewidziane w prawie cywilnym regulacje, takie jak możliwość zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus*. W myśl przepisu art. 357 § 1 KC, jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współzycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Oznacza to więc, że jeśli mające miejsce w toku wykonywania zamówienia zmiany przepisów istotnie utrudniłyby jego realizację, wykonawcy przysługiwać będzie uprawnienie do skorzystania z tej instytucji.

Nie zasługuje na uwzględnienie także analogiczny zarzut dotyczący § 14 ust. 10.1 wzoru umowy, zgodnie z którym wykonawca ma obowiązek dostarczania do systemu zmian wynikających ze zmian przepisów prawa w trakcie okresu gwarancji – niezależnie od faktu, czy Zamawiający zgłosił potrzebę ich wprowadzenia czy nie. Tego rodzaju postanowienie przenosi na wykonawcę obowiązek czuwania nad zmieniającym się, mającym wpływ na realizację zamówienia, otoczeniem prawnym i jest wyrazem dążenia do posiadania Systemu, adekwatnego do aktualnego stanu prawnego. Powyższy obowiązek może bez przeszkód zostać uczyniony elementem obowiązków kontraktowych wykonawcy, co też Zamawiający uczynił i czego zresztą Odwołujący jako zasady nie kwestionuje. Tego rodzaju obowiązek wykonawca może i powinien uwzględnić w cenie oferty i nie jest on w żaden sposób przeszkodą do jej złożenia ani naruszeniem równowagi stron w stosunku umownym. Wymaganie dostosowywania Systemu do zmian przepisów w okresie gwarancji samodzielnie, bez sygnałów ze strony Zamawiającego nie nosi cech naruszenia jakiegokolwiek przepisu. Istotne jest przy tym, że Odwołujący nie kwestionuje istoty dopuszczalności wymagania dotyczącego dostosowywania Systemu do zmian prawa w trakcie okresu gwarancji, ale nie zgadza się tylko z tym, że ma to następować bez sygnałów czy wezwania Zamawiającego do dokonania takich zmian. Postawione żądanie odnosi się do wykreślenia części tego wymagania, dotyczącego wprowadzenia zmian niezależnie od faktu, czy Zamawiający zgłosił potrzebę ich wprowadzenia czy nie. Tego rodzaju postanowienie nie stanowi jednak naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

Strona 36 z 144

publicznych oraz art. 353 § 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe, nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty dotyczące obowiązku uwzględnienia w ramach realizacji zamówienia zmieniającego się stanu prawnego według jego stanu na dzień Startu Produkcyjnego a także uwzględnienia ich w trakcie gwarancji nawet bez wezwania Zamawiającego.

[3] Nie podzielono także zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353 § 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do procedury wyrażania przez Zamawiającego zgody na zmianę podwykonawcy, podtrzymując argumentację wyartykułowaną w odniesieniu do analogicznego zarzutu postawionego w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett Packard Enterprise Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Intergraph Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Intergraph SG&I Deutschland GmbH w Ismaning, Hewlett-Packard s.r.o. w Pradze [spr. o sygn. KIO 2585/15].

W ocenie Izby, postanowienia dotyczące wyrażenia przez Zamawiającego zgody na zmianę podwykonawcy są wystarczająco precyzyjne. Istotne jest również, że Zamawiający w dniu 7 grudnia 2015 r. dokonał modyfikacji SIWZ w powyższym zakresie, która wychodzi naprzeciw formułowanym w zakresie tego postanowienia SIWZ zastrzeżeń. W ramach tej modyfikacji Zamawiający w § 5 ust. 7 wzoru umowy, wskazał, iż *„Zamawiający ma prawo do odmowy wyrażenia zgody na udział danego podwykonawcy w realizacji Przedmiotu Umowy w przypadku braku odpowiednich kompetencji bądź potencjałów podwykonawcy potrzebnych do zrealizowania powierzanego podwykonawcy zakresu rzeczowego. Oceniając zdolność podwykonawcy do realizacji zakresu rzeczowego powierzanego mu przed Wykonawcą Zamawiający będzie brał pod uwagę wielkość powierzanego podwykonawcy zakresu rzeczowego, doświadczenie podwykonawcy wykonawcy w realizacji świadczeń zbliżonych do powierzanego mu zakresu rzeczowego, możliwość samodzielnego finansowania realizacji powierzanego podwykonawcy zakresu rzeczowego w świetle przewidywanych w umowie podwykonawczej zasad płatności, liczebność personelu podwykonawcy, jego kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie w odniesieniu do powierzanego podwykonawcy zakresu rzeczowego oraz posiadane ubezpieczenie oceniane w świetle potencjalnej szkodowości działań i zaniechań podwykonawcy.”*. Z tego postanowienia wyraźnie wynika, że

Strona 37 z 144

podstawą oceny a tym samym, ewentualnego braku zgody Zamawiającego na zmianę podwykonawcy mogą być tylko okoliczności związane z niewystarczającym poziomem zdolności do realizacji powierzanego podwykonawcy zakresu rzeczowego. Brak zgody na zmianę podwykonawcy nie będzie więc pozostawiony dowolnej, subiektywnej ocenie Zamawiającego, ale powiązany został z badaniem kandydata na podwykonawcę przez pryzmat jego elementarnej zdolności do realizacji przewidywanego dla niego odcinka prac. Powyższe jest wynikiem dbałości Zamawiającego o bezpieczeństwo realizacji zadania na jego rzecz, czego nie można mu odmawiać. W powyższym zakresie nie sposób Zamawiającemu przypisać naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353 § 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem kryteria i sposób wyrażenia zgody na podwykonawcę zostały opisane w sposób precyzyjny; Odwołujący nie stawia przy tym zarzutów naruszenia innych przepisów, w tym przykładowo art. 36a ust. 1 lub 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na uwagę zasługuje również, że orzecznictwo sądowe akcentuje potrzebę i dopuszczalność badania podmiotu mającego w rzeczywistości realizować zamówienie publiczne przez pryzmat zdolności tego wykonawcy do realizacji zamówienia publicznego, a nawet jego rzetelności. Orzeczenia, odnoszące się do zakresu badania przez zamawiającego sytuacji podmiotu trzeciego, udostępniającego swoje zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych będącego jednocześnie podwykonawcą podkreślają, że uzasadnieniem dla sięgania przez zamawiającego w sferę sytuacji podmiotu innego niż wykonawca jest fakt, że ten podmiot będzie faktycznie realizował określony zakres zadań związanych z wykonaniem zamówienia, co powoduje, że zamawiający jest uprawniony do zainteresowania się, czy ten podmiot jest rzeczywiście zdolny do tego a także, czy daje rękojmię prawidłowego sprostania nałożonym obowiązkom [por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie z 9 kwietnia 2014 r. w spr. V Ca 3618/13, Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie z 11 września 2015 r. w spr. o sygn. akt IV Ca 1050/15, Sądu Okręgowego w Warszawie z 18 grudnia 2014 r. w spr. V Ca 2650/14 – powołane przy uzasadnieniu w spr. KIO 2585/15].

Mając na względzie powyższe, nie uznano za uzasadniony zarzutu naruszenia art.

[4] Nie zasługiwał również na aprobatę zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353 § 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do sformułowanego w § 6 ust. 1 wzoru umowy, postanowienia, zgodnie z którym wykonawca ma zagwarantować, aby wszyscy członkowie zespołu wdrożeniowego wykonawcy cały swój czas pracy poświęcili realizacji przedmiotu umowy.

Wbrew obawom Odwołującego, tak brzmiące postanowienie nie oznacza nałożenia na wykonawców obowiązku zapewnienia dostępności członków zespołu wdrożeniowego w nieoznaczonym wymiarze czasu. Dostrzeżenia wymaga, że postanowienie operuje dość elastycznym pojęciem „całego swojego czasu pracy” co oznacza, że w takim wymiarze czasu mają być dostępni członkowie personelu, jaki wynika z ich konkretnych, wynikających z odpowiedniego porozumienia zobowiązań wobec wykonawcy. Jeśli więc są to członkowie personelu zatrudnieni na umowę o pracę – to w całym, wynikającym z tej umowy wymiarze czasu pracy dana osoba powinna być dostępna do realizacji zamówienia, stosownie do tego czy jest zatrudniona na cały czy na mniejszą część etatu. Z analizowanego postanowienia nie wynika więc obowiązek dostępności w zakresie czasu większym, aniżeli wynikający z umowy łączącej osobę z wykonawcą. Nie wynika więc z tego postanowienia obowiązek dostępności przez całą dobę czy ryzyko niewolniczego wręcz zagwarantowania dostępności danej osoby na cele realizacji zamówienia. Osoba ma być dostępna do realizacji zamówienia w takim zakresie, w jakim z umownego stosunku łączącego ją z wykonawcą obowiązana jest pozostawać w dyspozycji danego wykonawcy.

Nie jest także nieakceptowalnym sama zasada wymagania dostępności osób w całym zakresie czasu, jaki mają świadczyć pracę lub usługi wobec wykonawcy. Jeśli Zamawiający stawia takie wymaganie i jest gotów za tę dyspozycyjność zapłacić, to rzeczą wykonawcy jest uwzględnić to wymaganie, oszacować je w ramach kosztu zamówienia i zapewnić dostępność odpowiednich osób w pełnym zakresie. Jest to obowiązek kontraktowy taki jak każdy inny i w żaden sposób nie oznacza on zakłócenia równowagi w stosunku umownym między stronami ani nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia.

Stąd nieuzasadnione jest żądanie usunięcia wymagania, aby członkowie zespołu wdrożeniowego wykonawcy cały swój czas pracy poświęcili realizacji przedmiotu umowy, szczególnie, że przy ustalonym przez zamawiającego brzmieniu, nie wywołuje ono istotnych, negatywnych konsekwencji i ryzyk dla wykonawcy.

[5] Na uwzględnienie zasługiwał zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 353 § 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do wymagania ujętego w § 6 ust. 2 wzoru umowy, aby przedmiot umowy został zrealizowany z wykorzystaniem pracy osób wskazanych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, przy czym zgodnie z treścią ust. 3 wykonawcy nie przysługuje prawo do wprowadzania zmian w składzie zespołu wdrożeniowego wykonawcy, określonego w Załączniku nr 5 do umowy, bez uprzedniego uzyskania pisemnej zgody Zamawiającego i będącego konsekwencją tych postanowień wymagania – w przypadku zgłoszenia przez Zamawiającego żądania odsunięcia danego członka zespołu wdrożeniowego – przedstawienia jego zastępcy w ciągu 2 dni roboczych od otrzymania przez wykonawcę wniosku Zamawiającego. Zasadny jest postulat wydłużenia czasu na przedstawienie odsuniętego członka zespołu przedstawiony przez Odwołującego, to jest co najmniej do 7 dni roboczych.

Zamawiający dokonał modyfikacji tego postanowienia wydłużając ten termin do 5 dni, niemniej takie wydłużenie nie zabezpiecza w sposób należyty uzasadnionego i zasługującego na aprobatę interesu wykonawcy.

Zważyć bowiem należy, że postanowienie to dotyczy kluczowego personelu mającego wykonywać zamówienie. Dotyczy to osób posiadających relatywnie niepospolite kwalifikacje oraz umiejętności organizacyjne, zarządcze, znajomość metodyk projektowych, co oznacza, że trafnymi są zastrzeżenia Odwołującego co do tego, że istotnym utrudnieniem dla wykonawcy może być sprawne znalezienie w krótkim czasie zastępcy członka zespołu. Oczywistym jest bowiem, że w ciągu kilku dni - czy to 2, 5 czy 7 – niełatwym jest zadanie znalezienia gotowego do niemal natychmiastowego podjęcia zadań specjalisty tego rodzaju. Pozyskanie nowego członka zespołu może bowiem wiązać się z koniecznością zatrudnienia go dla celu tego zamówienia, co zważywszy na kwalifikacje takich osób nie oznacza, że są one zainteresowane podjęciem obowiązków natychmiast, niejednokrotnie będą musiały rozwiązać wcześniejsze umowy czy zakończyć swoje role w innych projektach. Dostrzeżenia wymaga również, że zmiana członka personelu, o której mowa w kwestionowanym postanowieniu SIWZ dotyczy sytuacji nieprzewidywanych przez wykonawcę, w których nawet lojalnie działający jego pracownik nie jest w stanie sygnalizować, skoro zmiany te mają wynikać z woli Zamawiającego i być wynikiem postawionego przez Zamawiającego żądania odsunięcia danego członka zespołu wdrożeniowego. Postulat wydłużenia tego terminu do 7 dni, wyartykułowany przez Odwołującego jest w tych okolicznościach terminem również

Strona 40 z 144

bardzo krótkim, możliwym do sprostania tylko przez bardzo profesjonalnego, posiadającego bogate kontakty i sieć współpracowników wykonawcę.

Mając na uwadze powyższe, uwzględniono powyższy zarzut, nakazując określenie tego terminu przez Zamawiającego poprzez wskazanie terminu zmiany członka personelu nie krótszego niż 7 dni.

[6] Nie zasługiwał wreszcie na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nieprecyzyjne określenie przedmiotu zamówienia w zakresie ilości raportów oraz ich zakresu informacyjnego.

Zastrzeżenia formułowane przez Odwołującego co do braku odpowiednich informacji dotyczących raportów stanowią przejaw nadmiernej ostrożności i upatrywania ryzyk, mimo, że Zamawiający przekonująco wyjaśnił, że wykonawca ma zaimplementować takie systemy, które będą generować tylko raporty na podstawie zawartych w Systemie informacji a także że te raporty to zbiorcze dane z zawartych w systemie zbiorów informacji, przy czym szczegółowy zakres raportów będzie opracowany w toku wykonywania zamówienia [na co wskazuje fakt, że jednym z elementów zamówienia ma być opracowanie Projektu Funkcjonalnego].

Powyższe determinowało ocenę, że zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Reasumując, potwierdzenie zasadności postawionego zarzutu dotyczącego § 6 ust. 4 wzoru umowy [załącznik nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia], określającego termin na przedstawienie zastępcy odsuniętego członka zespołu wdrożeniowego może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, o którym stanowi art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w związku z tym skutkowało ono uwzględnieniem odwołania w zakresie tego zarzutu i nakazaniem zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób dopuszczający przedstawienie zastępcy odsuniętego członka zespołu wdrożeniowego w ciągu co najmniej 7 dni roboczych. W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

Strona 41 z 144

sygn. akt KIO 2580/15

Krajowa Izba Odwoławcza w zakresie odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Sygnity SA w Warszawie, Indra Sistemas SA w Madrycie, Indra Sistemas Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie [spr. o sygn. akt KIO 2580/15], ustaliła:

I. Odwołujący zarzucili naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez opis przedmiotu zamówienia w SIWZ w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nie uwzględniając wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności zaś na jej wycenę, oszacowanie ryzyk oraz zakresu prac do wykonania,
- 2) art. 29 ust. 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący naruszać uczciwą konkurencję,
- 3) art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z naruszeniem § 6 ust. 1 pkt 1 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r.* [Dz.U. z 2013 r. poz. 231] poprzez sformułowanie wymagań dotyczących próbki Systemu w sposób wymuszający stworzenie gotowej wersji Systemu, tj. Systemu dostosowanego do wszystkich określonych w SIWZ wymagań i potrzeb Zamawiającego, przed upływem terminu składania ofert i bez jakiegokolwiek gwarancji uzyskania zamówienia, mimo że zgodnie z postanowieniami Umowy [§ 3] faza przewidziana na adaptację i modyfikację Systemu w celu jego dostosowania do wymagań Zamawiającego ma trwać 3 miesiące,
- 4) art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z naruszeniem § 6 ust. 1 pkt 1 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r.* w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie określenia w SIWZ podstawowych

Strona 42 z 144

zasad badania próbki oferowanego Systemu dla wspomagania zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie oraz poprzez nie zapewnienie w toku badania ww. próbki przestrzegania zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

- 5) art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zastrzeżenie sobie przez Zamawiającego w SIWZ prawa ale nie obowiązku odrzucenia oferty w sytuacji gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
- 6) art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 25 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 48 ust. 2 pkt 6 i 7 w związku z naruszeniem art. 51 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wprowadzenie w przetargu ograniczonym na etapie składania ofert dodatkowego warunku udziału w postępowaniu i żądanie złożenia wraz z ofertą dokumentów na potwierdzenie jego spełniania, względnie poprzez żądanie dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, które to dokumenty nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania a ponadto żądanie takie dyskryminuje tych wykonawców, którzy oferują rozwiązania nie własne lecz innych producentów i z tego względu nie są w stanie złożyć dokumentów żądanych przez Zamawiającego,
- 7) art. 134 ust. 3 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wyznaczenie terminu składania ofert bez uwzględnienia czasu potrzebnego na przygotowanie i złożenie oferty.

Odwołujący finalnie podtrzymywali dwa zarzuty, oznaczone w odwołaniu nr 4 oraz nr 6. W odniesieniu do zarzutu nr 4 Odwołujący wskazali, że Zamawiający oczekuje złożenia wraz z ofertą „próbki oferowanego Systemu dla wspomagania zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie”. Odwołujący zwrócili uwagę na opisane przez Zamawiającego zasady oceny złożonej próbki. Zamawiający określił w SIWZ w Rozdziale I - INFORMACJA DLA WYKONAWCÓW, ppkt 5.2.1. wymagania dotyczące próbki, między innymi wskazując, że „próbka Systemu dla wspomagania zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie” musi być zainstalowana na komputerze, który wykonawcałoży wraz z ofertą. Razem z komputerem wykonawca ma złożyć wszelkie inne elementy sprzętowe, nie wyspecyfikowane przez Zamawiającego w treści SIWZ, które będą niezbędne do weryfikacji próbki pod kątem spełnienia wymagań zadeklarowanych przez wykonawcę w ofercie. Niezależnie od zapewnienia komputera wraz z „innymi elementami

Strona 43 z 144

sprzętowymi”, wykonawca we własnym zakresie powinien zabezpieczyć środowiska programowe na komputerze w celu zapewnienia ochrony dostępu i modyfikacji [Rozdział I - INFORMACJA DLA WYKONAWCÓW, ppkt 5.2.3.]. Jednocześnie komputer ma pozwalać na uruchomienie go przez Zamawiającego i przeprowadzenie samodzielnej weryfikacji przez Zamawiającego próbki, bez udziału Wykonawcy [Rozdział I - INFORMACJA DLA WYKONAWCÓW, ppkt 5.2.3.]. Co więcej Zamawiający zastrzegł, że weryfikacja ma być możliwa wyłącznie przez Zamawiającego [Rozdział I - INFORMACJA DLA WYKONAWCÓW, ppkt 5.2.4.], a weryfikacja ta zostanie dokonana przez Zamawiającego na podstawie przekazanej wraz z próbką instrukcji korzystania z próbki - w formie papierowej oraz elektronicznej w pliku PDF zapisanym na komputerze, w języku polskim. Instrukcja ma zawierać zrzuty z ekranów stanowiące opis kolejnych czynności związanych z uruchomieniem próbki i weryfikacją procesów określonych w Części A Załącznika nr 4 oraz wszystkich zadeklarowanych przez wykonawcę funkcjonalności określonych w Części B Załącznika 4 [Rozdział I - INFORMACJA DLA WYKONAWCÓW, ppkt 5.2.5.]. Zamawiający w związku z prowadzoną weryfikacją próbki może w wyznaczonym przez siebie terminie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących weryfikowanej próbki [Rozdział I - INFORMACJA DLA WYKONAWCÓW, ppkt 5.2.7.].

W wyniku weryfikacji Zamawiający może uznać, że próbka potwierdza realizację elementów procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A do SIWZ oraz spełnia wymagania zadeklarowane przez Wykonawcę w ofercie zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część B do SIWZ. Zamawiający może również stwierdzić, że wobec braku możliwości uruchomienia przez Zamawiającego komputera [Rozdział I - INFORMACJA DLA WYKONAWCÓW, ppkt 5.2.3.] zapisów instrukcji uniemożliwiających weryfikację zadeklarowanych funkcjonalności i procesów [Rozdział I - INFORMACJA DLA WYKONAWCÓW, ppkt 5.2.5.] czy też stwierdzenia, że weryfikowana próbka nie realizuje elementów procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A do SIWZ Zamawiający odrzuci ofertę wykonawcy jako niezgodną z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp [Rozdział I - INFORMACJA DLA WYKONAWCÓW, ppkt 5.2.8.]. Z powyższego wynika, że zarówno proces badania próbki jak i jego wynik ma bezpośredni wpływ na możliwość uzyskania zamówienia przez wykonawcę. Jednocześnie jednak Zamawiający zaniechał określenia w SIWZ podstawowych zasad badania próbki, co więcej nie zapewnił w tym procesie przestrzegania zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwolujący wskazali również na sprzeczne wymagania SIWZ odnośnie komputera i próbki. Zgodnie z Rozdziałem I - INFORMACJA DLA WYKONAWCÓW, ppkt 5.2.3. komputer

Strona 44 z 144

może być chroniony hasłem, ale żadne postanowienie SIWZ nie wskazuje na procedurę przekazania tego hasła ani osób uprawnionych do jego odbioru od wykonawcy.

Odwolujący wniesli, by Zamawiający zmienił zapisy SIWZ w zakresie badania próbki w taki sposób, by każdy wykonawca mógł przeprowadzić prezentację próbki w obecności członków Komisji Przetargowej Zamawiającego i by wynik tej prezentacji stanowił potwierdzenie realizacji przez systemy informatyczne objęte ofertą funkcjonalności wskazanych w SIWZ. Prezentacja próbki winna odbyć się dla wszystkich wykonawców w oparciu o identyczne i poznawalne zasady, na przykład w oparciu o określone scenariusze testowe. Obecne zapisy nie gwarantują wykonawcom ani tego, że badanie przeprowadzone zostanie przez osoby posiadające odpowiednie kompetencje i wiedzę, ani tego, że będą one przeprowadzone według porównywalnych zasad, ani również tego, że z czynności badania próbki Zamawiający sporządzi protokół dostępny wykonawcy. W aktualnym kształcie SIWZ działania Zamawiającego związane z badaniem próbki pozostają zatem poza jakąkolwiek kontrolą wykonawcy. Zauważyć należy, że jego oferta zostanie odrzucona jako niezgodna z SIWZ zarówno w przypadku, gdy Zamawiający nie będzie miał możliwości uruchomienia komputera z próbką [bez względu na przyczynę oraz fakt czy przyczyna ta jest trwałą czy przemijającą przeszkodą w uruchomieniu], jak i w sytuacji gdy Zamawiający stwierdzi, że próbka nie realizuje elementów procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A do SIWZ. Do odrzucenia oferty wykonawcy również może dojść w przypadku stwierdzenia braków w próbce, a taką sytuację może spowodować złe odczytanie przez Zamawiającego instrukcji korzystania z próbki.

Odwolujący domagają się ponadto, by Zamawiający zmienił zapisy SIWZ w zakresie badania próbki poprzez określenie procedury przekazania hasła zabezpieczającego środowiska programowe na przekazanym komputerze oraz poprzez wskazanie osób

uprawnionych do odbioru hasła od wykonawcy.

Obecne zapisy SIWZ, zdaniem Odwołującego, nie gwarantują po stronie Zamawiającego efektywnego i rzetelnego przeprowadzenia badania próbki ani po stronie wykonawców nie dają pewności prawidłowej oceny próbki, a co za tym idzie całej oferty. Jeżeli, jak wynika z SIWZ, celem złożenia próbki jest potwierdzenie, że oferowany przedmiot zamówienia realizuje elementy procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A SIWZ i spełnia wymagania zadeklarowane przez Wykonawcę w ofercie zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część B do SIWZ, to nie ma przeszkód, by przeprowadzić prezentację bezpośrednio przez wykonawców na podstawie zobiektywizowanych zasad i z zachowaniem formy pisemnej

Strona 45 z 144

poprzez protokolowanie tych czynności. Przy obecnych zapisach SIWZ, zakwestionowanie przez wykonawcę decyzji o odrzuceniu oferty w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego „braku możliwości uruchomienia przez Zamawiającego komputera z zainstalowaną próbką” będzie praktycznie niemożliwe, natomiast postawienie zarzutu błędnej oceny próbki w pozostałych opisanych w SIWZ przypadkach skutkującej odrzuceniem oferty, będzie się wiązało z koniecznością prezentacji próbki w toku postępowania odwoławczego przed KIO.

Odwołujący zauważył, że zastrzeżenie w Rozdziale I - INFORMACJA DLA WYKONAWCÓW, ppkt 5.2.7. SIWZ możliwości wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących próbki jest tylko pozornym uprawnieniem dla wykonawcy w celu obrony swoich praw. Po pierwsze zapis, analogicznie zresztą jak art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie nakazuje Zamawiającemu wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości a jedynie daje taką możliwość, z której nieskorzystanie nie będzie podstawą do wszczęcia postępowania odwoławczego przez wykonawcę. Uprawnienie to dotyczy jedynie samej próbki, podczas, gdy podstawą do odrzucenia oferty jest również niemożliwość uruchomienia komputera z próbką jak i błędne odczytanie instrukcji korzystania z próbki, które wynikać mogą z różnych przyczyn, w tym niewiedzy osób skierowanych do badania próbki albo ich złej woli. Tymczasem ustawodawca zobowiązał każdego Zamawiającego do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z określonymi ustawowo regułami podniesionymi do rangi zasad. Zamawiający zatem ma prowadzić postępowanie w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i w sposób zapewniający przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji, w formie pisemnej i z poszanowaniem zasady jawności. W postępowaniu natomiast nie są znane wykonawcom zasady badania próbek, w tym zapewnienie badania ich przez osoby o takich samych kwalifikacjach i według takich samych zasad, wykonawcy nie znają przebiegu tego badania i nie uczestniczą w nim, nie jest dla nich również dostępny protokół z tych czynności.

W zakresie zarzutu nr 6 Odwołujący argumentował, że w treści Rozdziału I - INFORMACJA DLA WYKONAWCÓW, ppkt 5.1. lit e) SIWZ, Zamawiający wymaga od wykonawcy złożenia wraz z ofertą wypełnionego i podpisanego wykazu zrealizowanych wdrożeń w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie - z podaniem jednoznacznej nazwy producenta, nazwy handlowej [własnej], numeru wersji, daty wykonania i odbioru, nazwy podmiotu na rzecz którego wdrożenie zostało zrealizowane wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że wdrożenia te zostały wykonane należycie i systemy realizujące

Strona 46 z 144

funkcjonalności zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie działały/działają poprawnie. Wykaz ten ma być złożony na potwierdzenie wymogu określonego w Rozdziale I - INFORMACJA DLA WYKONAWCÓW, ppkt 3.3 SIWZ, czyli ogólnie na okoliczność, że wykonawca nie oferuje systemów prototypowych, a już funkcjonujące. W ww. ppkt 3.3. SIWZ Zamawiający stawia jednocześnie wymóg jednego zakończonego wdrożenia dla każdego z systemów informatycznych/programów komputerowych realizujących funkcje Systemu. Postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego, a wykonawcy zaproszeni przez Zamawiającego do składania ofert przeszli już etap kwalifikacji i wykazania spełniania warunków udziału. W ocenie Odwołującego, opisane wymaganie Zamawiającego jak i dokumenty żądane na potwierdzenie jego spełniania stanowią *de facto* kolejny, dodatkowy warunek udziału w postępowaniu. W świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych

nie ma żadnych wątpliwości, że w przetargu ograniczonym na etapie składania ofert Zamawiający nie może sformułować żadnych nowych warunków udziału w postępowaniu - wyczerpującą i zamkniętą listę takich warunków zawiera ogłoszenie o zamówieniu. Ogłoszenie o zamówieniu nie zawiera ww. warunku udziału w postępowaniu ani nic nie mówi o konieczności złożenia dokumentów potwierdzających jego spełnianie na jakimkolwiek etapie Postępowania. Z tego względu wskazane powyżej postanowienia SIWZ oceniać należy jako niedopuszczalne i oczywiście sprzeczne z obowiązującymi przepisami. Nawet jeśli uznać dokumenty żądane przez Zamawiającego w Rozdziale I - INFORMACJA DLA WYKONAWCÓW, ppkt 5.1. lit e) SIWZ za dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, to nie są to dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania. W szczególności nie są niezbędne żądane przez Zamawiającego dokumenty potwierdzające, że wdrożenia te zostały wykonane należycie i systemy realizujące funkcjonalności zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie działały/działają poprawnie. Tak sformułowane wymaganie nie ma nic wspólnego z wymogiem, o którym mowa w pkt. 3.3 SIWZ, tj. wymogiem, aby oferowane Zamawiającemu systemy realizujące funkcjonalności zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie posiadały co najmniej jedno zakończone wdrożenie. Wymaganie ww. dokumentów powoduje, że Zamawiający będzie oceniał nie to, czy spełniony jest wymóg, o którym mowa w pkt. 3.3 SIWZ, ale to, czy wdrożenia systemów zostały wykonane należycie i systemy działały/działają poprawnie. Tymczasem poprawność wdrożenia jak i poprawność działania systemów zależy od szeregu różnych czynników, w tym przede wszystkim od wiedzy i umiejętności podmiotu, który przeprowadzał dane wdrożenie.

Strona 47 z 144

Innymi słowy nawet najlepsze systemy, spełniające wszystkie wymagania Zamawiającego, mogły zostać wdrożone przez podmioty niekompetentne, w rezultacie czego wdrożenie nie zostało wykonane należycie a systemy nie działały/nie działają poprawnie. Powyższe nie oznacza jednak w żaden sposób, że same systemy są wadliwe czy niefunkcjonalne. W ocenie Odwołującego jest oczywiste, że Zamawiający oceniając oferowane mu systemy nie może oceniać wcześniejszych wdrożeń tych systemów, gdyż w wielu przypadkach nie były one przeprowadzane przez wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie i wykonawcy ci nie mieli żadnego wpływu na przebieg i rezultat tych wdrożeń.

Odwołujący wskazał, że kwestionowane postanowienia SIWZ dyskryminują tych wykonawców, którzy oferują rozwiązania nie własne lecz innych producentów i z tego względu nie są w stanie złożyć dokumentów żądanych przez Zamawiającego. Oczywiście jest, że wśród zaproszonych wykonawców mogą być tacy, którzy oferują swoje rozwiązania, ale też i tacy, którzy oferują rozwiązania innych producentów. W tym drugim przypadku wykonawca nie jest w stanie złożyć opisanego wyżej wykazu w szczególności zaś dokumentów potwierdzających, że wdrożenie zostało wykonane należycie. Wykonawca nie wie bowiem u jakich konkretnie podmiotów zostało zrealizowane wymagane przez Zamawiającego wdrożenie, nie ma też żadnych instrumentów, aby od ww. podmiotów uzyskać dokumenty potwierdzające, że wdrożenia te zostały wykonane należycie i systemy realizujące funkcjonalności zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie działały/działają poprawnie. Takimi dokumentami dysponują bowiem wyłącznie podmioty, które wykonały dane wdrożenie a w świetle postanowień SIWZ nie ma żadnych wątpliwości, że wymagane przez Zamawiającego wdrożenia nie musiały być wykonane przez wykonawcę ubiegającego się o przedmiotowe zamówienie. Skoro z wymogu opisanego w pkt 3.3 SIWZ wynika, że wystarczającym dla wykazania iż wykonawca nie oferuje systemów prototypowych jest jedno zakończone wdrożenie dla każdego systemu informatycznego, to niezasadne jest

żądanie na

potwierdzenie spełniania tego wymogu wykazu wdrożeń w ciągu ostatnich pięciu lat. Brak jest podstaw zarówno do ograniczenia terminu dokonanego wdrożenia do pięciu lat prze upływem terminu składania ofert, jak również żądanie wykazu wszystkich wdrożeń, a nie potwierdzenia dokonania jednego wdrożenia. Jednocześnie, ponieważ systemy informatyczne będące przedmiotem oferty nie muszą być produktem wykonawcy składającego ofertę, to brak jest również uzasadnienia do wiązania wdrożeń z działalnością tego wykonawcy i wpisywanie do SIWZ, iż jeżeli okres prowadzonej działalności wykonawcy jest krótszy niż pięć lat, to wymaga się złożenia wykazu zrealizowanych wdrożeń w tym

Odwołujący wskazał, że skoro sam Zamawiający zmienił pierwotne określenie warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy, uznając, że jego doświadczenie nie może ograniczać się do wdrożenia systemu „bazującego na oferowanym oprogramowaniu”, to wprowadzanie na etapie składania ofert wymogu złożenia wykazu zrealizowanych wdrożeń [w domyśle przez wykonawcę składającego ofertę] stanowi istotne ograniczenie uczciwej konkurencji. Odwołujący nie kwestionuje przy tym możliwości i uprawnień Zamawiającego do badania czy oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez Zamawiającego, jednak kwestionuje sposób w jaki to definiuje w SIWZ. Systemy informatyczne wchodzące w skład oferty nie są Systemem w rozumieniu SIWZ i Umowy; są jedynie bazą do stworzenia Systemu. Potwierdzenie ich wdrożenia, czy należytego działania u innych wykonawców jest bez znaczenia dla wykonania Przedmiotu Umowy, czyli Systemu. Zamawiający zatem może jedynie oczekiwać potwierdzenia od wykonawców, że systemy informatyczne oferowane jako baza funkcjonalna do Systemu rzeczywiście są już na rynku stworzone [nie są prototypami], ale nie tego czy działają one należycie, gdyż sposób ich działania wcale nie musi na tym etapie pokrywać się ze sposobem działania oczekiwanym przez Zamawiającego w SIWZ dla Systemu.

Odwołujący wnieśli o wykreślenie z SIWZ postanowień Rozdziału I - INFORMACJA DLA WYKONAWCÓW, ppkt 5.1. lit e) oraz usunięcia z SIWZ załącznika nr 6, zawierającego wzór Wykazu zrealizowanych wdrożeń, ewentualnie ich modyfikację poprzez dostosowanie zapisu do wymogu określonego w Rozdziału I - INFORMACJA DLA WYKONAWCÓW ppkt 3.3 SIWZ, to jest złożenia przez wykonawcę oświadczenia, że oferowane systemy informatyczne realizujące funkcjonalności zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie zostały co najmniej raz wdrożone i nie są systemami prototypowymi. Opis tych systemów odnośnie jednoznacznej nazwy producenta, nazwy handlowej i numeru wersji jest wymagany już w formularzu ofertowym w tabeli zamieszczonej w pkt 2 tego dokumentu. Zarówno data wykonania jak i odbioru takiego systemu, a także informacje na temat jego użyteczności są bez znaczenia dla potwierdzenia warunku istnienia lub nie systemu informatycznego.

II. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania, wskazując, co do podtrzymywanych zarzutów, w zakresie zarzutu nr 4 dotyczącego dokonywania samodzielnej weryfikacji próbki systemu [pkt 5.2, Rozdziału I SIWZ], że w dniu 7 grudnia 2015 r, dokonał modyfikacji SIWZ, na mocy której nadał postanowieniom pkt 5.2. Rozdziału I SIWZ nowe brzmienie. W związku z nowym brzmieniem SIWZ omawiany zarzut należy traktować jako bezprzedmiotowy, gdyż na dzień orzekania przed KIO nie będzie w mocy czynność będąca

Strona 49 z 144

przedmiotem zaskarżenia. Niezależnie od bezprzedmiotowości zarzutu Zamawiający podniósł, że pomimo braku zapisów SIWZ w tym zakresie, Zamawiający z mocy prawa [art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych] jest uprawniony do wezwania wykonawcy w zakresie wyjaśnień dotyczących treści oferty. Ponieważ w tym przypadku treść oferty wyrażana jest próbka, to na mocy przywołanych przepisów ustawy ma prawo do dokonywania wezwań w zakresie wyjaśnienia próbki. Aby uniknąć wątpliwości w tym zakresie jednoznacznie, drogą modyfikacji SIWZ, wprowadził postanowienia w sprawie wyjaśniania próbki. W pkt 5.2, Rozdziału II SIWZ pojawił się zapis, iż: „Zamawiający zastrzega sobie możliwość wezwania do wyjaśnień w zakresie, o którym mowa w punktach 5.2.3, i 5.2.6.”. Ponadto została dodana do SIWZ definicja Próbkę wskazująca, iż Próbkę stanowi/stanowią wersje standardowe oferowanych systemów informatycznych [a nie System docelowy]. Nie jest więc konieczne, ani też zasadne odtworzenie warunków technicznych na komputerze, na którym zostanie zainstalowana Próbką, w jakich funkcjonować będzie System docelowy, a opisanych w pkt nr 6 [Techniczne warunki wdrożenia] do rozdziału II SIWZ. Zgodnie z przyjętą przez Zamawiającego definicją System to zespół współpracujących ze sobą programów, procedur przetwarzania informacji i narzędzi programowych zastosowanych w celu przetwarzania danych oraz oprogramowania dostarczonego przez Wykonawcę w ramach realizacji Przedmiotu Umowy, spełniające wymagania opisane w SIWZ. Celem badania Próbką jest potwierdzenie spełnienia warunków określonych w zapisach SIWZ Załącznika 4 Część A i część B. Próbką, to nie System docelowy, a jedynie wersje standardowe oferowanych systemów informatycznych. Przedmiotem działań Zamawiającego

w zakresie badania Próbką jest weryfikacja elementów procesów oraz wymagań określonych przez Zamawiającego. Niezależnie od stopnia złożoności ocenianych procesów i funkcjonalności, które w ocenie Zamawiającego nie są złożone w stopniu uniemożliwiającym ich poprawną i samodzielną ocenę przez Zamawiającego na podstawie złożonej z Próbką instrukcji, obowiązek poprawnego i kompletnego przygotowania instrukcji korzystania z próbki spoczywa na wykonawcy. Wykonawca to podmiot profesjonalny i doświadczony w realizacji tego typu zamówień, o czym świadczą dokumenty złożone na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający podkreśla, iż badanie próbki będzie przeprowadzone przez osoby o odpowiednich, wysokich kompetencjach doskonale znające procesy poddane badaniu oraz posiadające wysokie kompetencje w obsłudze systemów informatycznych. Zamawiający dysponuje zasobami ludzkimi o odpowiednich, wysokich kompetencjach do uruchomienia i obsługi systemów informatycznych [w tym również osobami odpowiedzialnymi za administrowanie systemów informatycznych].

Strona 50 z 144

Odwołujący posiadając i oferując wersje standardowe systemu posiada również odpowiednie instrukcje korzystania z tego/tych systemów, a Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą takich instrukcji obsługi. W ocenie Zamawiającego posiadane przez wykonawców instrukcje są szersze od wymaganych przez Zamawiającego przy badaniu próbki, i muszą tylko zostać dostosowane do wymagań Zamawiającego wynikających z SIWZ. Podnoszone przez Odwołującego zarzuty dotyczące konieczności przeprowadzenia dedykowanych szkoleń dla użytkowników i administratorów w celu badania próbki są nieuzasadnione.

Zamawiający nie zgodził się, że korzystanie z próbki wymaga szkolenia i podkreślił, iż tego typu szkolenia użytkowników będą konieczne, ale przy wdrażaniu Systemu docelowego. Instrukcja korzystania z próbki powinna zapewniać możliwość uruchomienia przez Zamawiającego próbki, prawidłowe wykonanie przez Zamawiającego weryfikacji wymagań, poprawnego zamknięcia próbki przez Zamawiającego. Zrzuty ekranów stanowią uzupełnienie opisu działania próbki umożliwiające w sposób bardzo precyzyjny i czytelny weryfikację próbki. Nie jest zasadny zarzut braku procedury przekazania hasła zabezpieczającego. Zabezpieczenie to miało i ma na celu wyeliminowanie możliwości ingerencji Zamawiającego w Próbkę w sposób, który mógłby wpłynąć na prawidłowość badania próbki. Zamawiający w dniu 7 grudnia 2015 r. dokonał modyfikacji SIWZ na mocy której nadał postanowieniom pkt 5.2.3. Rozdziału 1 SIWZ nowe brzmienie: Wykonawca we własnym zakresie powinien zabezpieczyć próbkę w celu ochrony przed nieautoryzowaną modyfikacją próbki przez Zamawiającego w trakcie przeprowadzania jej weryfikacji.

Nie jest też zasadny zarzut braku kontroli działań Zamawiającego. Zgodnie z ustawą, każda czynność wykonywana przez Zamawiającego w postępowaniu jest potwierdzana Protokołem z dokonanej czynności. W przypadku powzięcia wątpliwości co do spełniania realizacji elementów procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A do SIWZ oraz spełniania wymagań zadeklarowanych przez Wykonawcę w Ofercie zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część B do SIWZ, Zamawiający przewidział możliwość wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający nie zgadza się z Odwołującym, że określona przez Zamawiającego metoda oceny ofert wykonawców nie daje rękojmi dokonania tej oceny w sposób rzetelny, zapewniający równe traktowanie wykonawców w warunkach porównywalności ofert. Składany przez Odwołującego wniosek o rezygnację z samodzielnej weryfikacji próbki przez Zamawiającego - zastąpienie jej prezentacją przeprowadzaną przez wykonawcę przy udziale

Strona 51 z 144

Zamawiającego, bezsprzecznie będzie miało wpływ na obiektywną ocenę Zamawiającego co może prowadzić do nierównego traktowania wykonawców. Natomiast wniosek dotyczący rezygnacji z wymagania dostarczenia próbki i jej oceny przez Zamawiającego wyklucza ocenę Oferty inną niż najniższa cena. W opinii Zamawiającego spełnienie wymagań postawionych w SIWZ oraz uzyskanie odpowiednio wysokiej oceny jakościowej potwierdzać będzie, że oferowane przez wykonawców rozwiązania będą już rozwiązaniami sprawdzonymi, nie wymagającymi obszernych zmian w celu dostosowania do wymagań Zamawiającego. Przyjęty przez Zamawiającego sposób badania Próbką zapewnia rzetelną, obiektywną, bezstronną, z zachowaniem najwyższej staranności weryfikację oferty pod

względem wymagań postawionych przez Zamawiającego w SIWZ.

W zakresie drugiego zarzutu [oznaczonego w odwołaniu nr 6] Zamawiający podał, że żądanie przez Zamawiającego wykazu wdrożeń nie stanowi warunku udziału w lecz jest postępowaniu, wymaganiem przedmiotowym, dotyczącym przedmiotu zamówienia.

W tym zakresie postanowienia SIWZ nie pozostawiają żadnej wątpliwości. Zgodnie z treścią pkt 5.1. lit e) wykaz wdrożeń był składany w celu potwierdzenia wymogu, o którym mowa w pkt 3.3 SIWZ [Załącznik nr 5 do SIWZ]. Z kolei wymóg, o którym mowa w pkt 3.3. wskazuje, iż jest to postanowienie dotyczące przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że jest uprawniony dokonywać zakupu produktów, które nie mają charakteru prototypowego. Wymóg zaoferowania rozwiązania sprawdzonego już w użytkowaniu może zostać sformułowany w ramach opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej powszechnie, bowiem dopuszcza wprowadzanie przez zamawiających zakazu oferowania rozwiązań prototypowych, bądź niesprawdzonych [vide: wyrok KIO z dnia 17 maja 2013 r. sygn. akt KIO 1009/13, wyrok KIO z dnia z 25 lipca 2012 r, wydany w połączonych sprawach KIO 1475/12; KIO 1476/12].

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła:

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia a także jej modyfikacji dokonanych przez Zamawiającego, stwierdzono, że znalazły potwierdzenie te zarzuty, które wskazywały na naruszenie przepisów postępowania dotyczących jawności postępowania, w zakresie sposobu prowadzenia badania próbki systemów bez udziału wykonawców. Odwołujący postawili w tej mierze zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z naruszeniem § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Strona 52 z 144

w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie określenia w SIWZ podstawowych zasad badania próbki oferowanego Systemu dla wspomagania zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie oraz poprzez nie zapewnienie w toku badania ww. próbki przestrzegania zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w uzasadnieniu argumentując, że w prowadzonym postępowaniu nie są znane wykonawcom zasady badania próbek, w tym zapewnienie badania ich przez osoby o takich samych kwalifikacjach i według takich samych zasad, wykonawcy nie znają przebiegu tego badania i nie uczestniczą w nim, nie jest dla nich również dostępny protokół z tych czynności. W części, w jakiej zarzut powyższy odnosi się do niezapewnienia obecności wykonawców w toku badania próbki, znalazł on potwierdzenie.

Sporne postanowienie ma następującą treść:

5.2 W celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia realizuje elementy procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A do SIWZ oraz spełnia wymagania zadeklarowane przez Wykonawcę w Ofercie zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część B do SIWZ, Wykonawca winien wraz z Ofertą złożyć Próbkę. Wymagania dotyczące Próbkę określa się w sposób następujący:

5.2.1. Próbką musi być zainstalowana na komputerze (zwanym dalej komputer z zainstalowaną Próbką), który Wykonawca musi złożyć wraz z Ofertą. Komputer z zainstalowaną Próbką musi spełniać wymagania sprzętowe pozwalające na uruchomienie i eksploatację oferowanego rozwiązania oraz musi umożliwiać jednoczesne podłączenie urządzenia wyświetlającego przez port D-SUB i/lub HDMI, klawiatury i urządzenia wskazującego typu mysz przez port USB. Razem z komputerem z zainstalowaną Próbką powinny być również przekazane wszelkie inne elementy sprzętowe, które będą niezbędne do weryfikacji Próbkę pod kątem spełnienia wymagań zadeklarowanych przez Wykonawcę w Ofercie. Wykonawca może dostarczyć tylko jeden komputer z zainstalowaną jedną Próbką;

5.2.2. komputer z zainstalowaną Próbką oraz wszystkimi innymi elementami sprzętowymi musi być opakowany i oznaczony zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt 7 SIWZ. Wykonawca zobowiązany jest dołączyć pełną listę deponowanego sprzętu komputerowego, o którym mowa w ppkt 5.2.1, wraz z podaniem ilości, nazwy producenta i unikalnego numeru identyfikacyjnego tego sprzętu;

5.2.3. Wykonawca we własnym zakresie powinien zabezpieczyć Próbkę w celu ochrony przed nieautoryzowaną modyfikacją Próbki przez Zamawiającego w trakcie przeprowadzania jej weryfikacji. Zamawiający wymaga, aby dostarczony komputer z zainstalowaną Próbką był sprawny i pozwalał na uruchomienie i samodzielną weryfikację Próbki przez Zamawiającego bez udziału Wykonawcy. Brak możliwości uruchomienia przez Zamawiającego komputera z zainstalowaną Próbką będzie podstawą do odrzucenia oferty;

5.2.A Wykonawca umożliwi Zamawiającemu samodzielne korzystanie ze zdeponowanej Próbki. Wykonawca umożliwi Zamawiającemu dostęp do Próbki w taki sposób, aby możliwa była wyłącznie weryfikacja przez Zamawiającego, realizacji elementów procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A do SIWZ oraz wymagań zadeklarowanych przez Wykonawcę w Ofercie zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część B do SIWZ; [postanowienie dodane modyfikacją SIWZ z 7 grudnia 2015 r.];

5.2.5. w celu weryfikacji, o której mowa w ppkt 5.2.4, Wykonawca przekaze Zamawiającemu instrukcję korzystania z Próbki, która w sposób jednoznaczny umożliwi Zamawiającemu samodzielną weryfikację Próbki. Instrukcja zostanie dostarczona razem z komputerem z zainstalowaną Próbką, w języku polskim, w formie papierowej oraz elektronicznej w postaci pliku PDF zapisanym na zdeponowanym komputerze z zainstalowaną Próbką. Instrukcja powinna zawierać zrzuty ekranów stanowiące opis kolejnych czynności związanych z uruchomieniem Próbki i weryfikacją procesów określonych w Części A Załącznika nr 4 oraz wszystkich zadeklarowanych przez Wykonawcę funkcjonalności określonych w Części B Załącznika nr 4. Wszelkie zapisy uniemożliwiające weryfikację zadeklarowanych funkcjonalności i procesów będą oceniane przez Zamawiającego jako braki w Próbcie;

5.2.6. podczas samodzielnego korzystania ze zdeponowanej Próbki, Zamawiający dokona weryfikacji, czy oferowany przez Wykonawcę system lub grupa systemów dla wspomagania zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie realizuje elementy procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A do SIWZ oraz spełnia wymagania zadeklarowane przez Wykonawcę w Ofercie zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część B do SIWZ;

5.2.7. Zamawiający zastrzega sobie możliwość wezwania do wyjaśnień w zakresie, o którym mowa w punktach 5.2.3. i 5.2.6.; [postanowienie dodane modyfikacją SIWZ z 7 grudnia 2015 r.];

5.2.8. jeżeli podczas weryfikacji, o której mowa w ppkt 5.2.6, dojdzie do stwierdzenia, iż weryfikowana Próbką nie realizuje elementów procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A do SIWZ, Oferta Wykonawcy zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp;

5.2.9. komputer z zainstalowaną Próbką Jest częścią Oferty i nie podlega uzupełnieniu;

5.2.10. komputer z zainstalowaną Próbką oraz wszystkimi innymi elementami sprzętowymi zgodnie z listą zdeponowanego sprzętu komputerowego, o której mowa w pkt. 5.2.2. Wykonawcy, który złoży i ofertę najkorzystniejszą, Zamawiający, zgodnie z art. 97 ust. 1 ustawy Pzp, przechowuje jako załącznik do protokołu przez okres 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, w sposób gwarantujący jego nienaruszalność;

5.2.11. Zamawiający, zgodnie z art. 97 ust 2 ustawy Pzp, zwróci Wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane, na ich wniosek, komputer z zainstalowaną Próbką oraz wszystkimi innymi elementami sprzętowymi zgodnie z listą zdeponowanego sprzętu komputerowego, o której mowa w pkt. 5.2.2. Zamawiający nie będzie ponosić odpowiedzialności za zniszczenie lub uszkodzenie komputera z zainstalowaną Próbką w przypadku, gdy to zniszczenie lub uszkodzenie będzie skutkiem użytkowania komputera z zainstalowaną Próbką zgodnie z ich przeznaczeniem. Zwrot komputera z zainstalowaną

Próbką nastąpi w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku, z tym że nie wcześniej niż w pierwszym dniu po dniu zawarcia umowy. Wszelkie koszty zwrotu komputera z zainstalowaną Próbką pokrywa Wykonawca. Forma zwrotu zostanie uzgodniona;"

Podkreślenia wymaga, że wynikająca z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jawność postępowania jest fundamentalną zasadą postępowania o zamówienie publiczne. Jej wyrazem jest prawo wykonawców do wglądu ofert konkurencyjnych i transparentność postępowania, pozwalająca zainteresowanym wykonawcom na dostęp do dokumentów postępowania, w takim zakresie i kształcie, jaki był przedmiotem oceny dokonywanej przez Zamawiającego. Wynika z niej obowiązek udokumentowania dokonywanych przez zamawiającego czynności a następnie udostępnienia dokumentów zainteresowanym wykonawcom, jeśli tylko taką chęć wyrażą. Obowiązek ten nie doznaje ograniczenia w odniesieniu do próbki [innego, aniżeli ustawowe ograniczenia, takie jak wynikające z tajemnicy przedsiębiorstwa], skoro próbka stanowi element oferty i służy do jej oceny. Powyższe dotyczy zatem protokołu z badania próbki, co do którego jednak Odwołujący bezpodstawnie wyraża wątpliwości, że miałby on nie podlegać udostępnieniu wykonawcom. Jeśli bowiem badanie próbki będzie przeprowadzone, to musi ono zostać Strona 55 z 144

w odpowiedni sposób udokumentowane, zaś protokół z tego badania podlega udostępnieniu, do czego obliguje Zamawiającego art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Obowiązkiem Zamawiającego, w myśl zasady pisemności postępowania, o której mowa w art. 9 ust. 1 ustawy, jest utrwalenie przebiegu czynności dokonywanych w postępowaniu w formie pisemnej. Obowiązek ten dotyczy więc także dokumentu z badania próbki. Dostrzeżenia jednak wymaga, że próbka w danym postępowaniu może mieć różny przedmiot – może nim być rzecz, poddawana oględzinom i namacalnemu badaniu pod względem określonych cech fizykochemicznych lub jej walorów użytkowych; może ona stanowić potrawę podlegającą konsumpcji przez członków komisji; może polegać na zaprezentowaniu określonego działania lub procesu [testowanie sprzętu komputerowego, badanie działania systemu informatycznego oraz przewidzianych w jego ramach wymaganych lub deklarowanych przez wykonawcę funkcjonalności] a nawet mieć postać pokazu umiejętności osób, które będą świadczyć określoną usługę [por.: *Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2014 r.* s. 26, dostępna na stronie internetowej www.uzp.gov.pl]. Próbka służy bowiem namacalnemu, empirycznemu zbadaniu oferty, stanowi najbardziej bezpośrednią formę jej oceny. Udokumentowanie badania oferty i składającej się na nią próbki powinno jak najdokładniej oddawać przebieg czynności, które dały podstawę określonej jej oceny, co może być trudne, jeśli badanie polega nie tylko na oględzinach przedmiotu próbki, ale polega przede wszystkim na sprawdzeniu jej działania, zbadaniu jej w określonej aktywności. W takim wypadku nawet najbardziej wierny i szczegółowy opis dokonanych czynności i ich rezultatów będzie jedynie reasumpcją dokonanych spostrzeżeń osób dokonujących obserwacji i sporządzających ewentualny protokół. Wykonawcy zarazem nie przysługuje prawo żądania innego udokumentowania tej czynności aniżeli w formie protokołu, nawet jeśli byłoby ono wygodniejsze, czy w bardziej optymalny sposób pozwalało na zapis dokonywanych czynności [przykładowo w formie nagrania video]. Podzielić należy w tym zakresie wyrażane w orzecznictwie stanowisko [wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 4 lipca 2014 r. w spr. KIO 1211/14, KIO 1221/14, KIO 1222/14], zgodnie z którym nie może stanowić przedmiotu skutecznego zarzutu zaniechanie przez zamawiającego utrwalania przebiegu prezentacji za pomocą kamery wideo, nawet jeśli takie utrwalenie byłoby najbardziej optymalne ze względów dowodowych, bowiem w takim wypadku jedynym wynikającym z przepisów obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 9 ust. 1 ustawy, jest utrwalenie przebiegu czynności dokonywanych w postępowaniu w formie pisemnej oraz że wystarczające jest sporządzenie protokołu, do którego uczestnicy czynności będą mogli zgłaszać uwagi.

Niezależnie jednak od sfery udokumentowania czynności badania próbki, Strona 56 z 144

niejednokrotnie charakter próbki a także sposób jej badania, to jest gdy będzie ono polegało nie jedynie na oględzinach ale także na sprawdzeniu jej działania, przemawia za uznaniem, że realizacja zasady jawności poprzez samo tylko zapoznanie się z protokołem dotyczącym dokonanych bez udziału wykonawców czynności, nie będzie spełniona. Jeśli bowiem przedmiotem próbki jest rzecz, której badanie ma charakter statyczny, polegający na oględzinach, to każdorazowo zapoznanie się z przedmiotem próbki a także dotyczącym jej

badania protokołem będzie prowadziło do tych samych rezultatów, zaś dokonane następnie zapoznanie się z przedmiotem próbki, co do zasady, powinno doprowadzić do tego samego rodzaju doznań poznawczych, jakie miało miejsce w trakcie badania próbki. Inaczej jest jednak, gdy przedmiotem badania nie jest rzecz, ale określone działanie: testowanie działania specyfiku medycznego, próba działania sprzętu mechanicznego czy sprawdzenie funkcjonalności i procesów w systemie komputerowym. Każde badanie, które ma za przedmiot pewien proces, jakąś aktywność a nie jedynie namacalnie dające się poznać cechy i właściwości fizyczne przedmiotu, będzie aktem niepowtarzalnym. Badanie próbki polegające na jej uruchomieniu i sprawdzeniu jej działania, takie jak uruchomienie zainstalowanego na komputerze oprogramowania [systemu lub systemów] i zbadanie funkcjonalności i realizacji określonych procesów będzie miało postać już nie oględzin statycznego przedmiotu próbki, ale swego rodzaju eksperymentu, zwyczajowo określanego prezentacją lub demonstracją systemu. W takim wypadku czynność badania ma charakter niepowtarzalny i nie dający się powtórzyć dokładnie tak samo, jak miało to miejsce w trakcie jego dokonywania przez zamawiającego. Każda próba zrekonstruowania przebiegu poddanego ocenie procesu będzie miała charakter pośredni i odtwórczy w stosunku do tego, co stanowiło podstawę określonych wniosków osób dokonujących oceny.

Zamawiający na rozprawie wskazywał, że przewidziane w postępowaniu badanie próbki będzie miało postać oględzin – Zamawiający nie będzie wykorzystywał programów, tylko je „ogłądał”. Stanowisko to nie uwzględnia jednak,

że przedmiotem próbek będą stanowiące komponenty zaoferowanego Systemu [systemy], a badanie nie będzie polegać na „oględzinach” ale na uruchomieniu tych programów i zbadaniu ich funkcjonalności. Wynika to wprost z lektury postanowień SIWZ opisujących przebieg badania próbki, w których mówi się: „Komputer z zainstalowaną Próbką musi spełniać wymagania sprzętowe pozwalające na uruchomienie i eksploatację oferowanego rozwiązania oraz musi umożliwiać jednoczesne podłączenie urządzenia wyświetlającego przez port D-SUB i/lub HDMI, klawiatury i urządzenia wskazującego typu mysz przez port USB. [...]”, „Wykonawca umożliwi Zamawiającemu samodzielne korzystanie ze zdeponowanej Próbką. Wykonawca umożliwi Zamawiającemu dostęp do Próbką w taki sposób, aby możliwa była wyłącznie weryfikacja Strona 57 z 144

przez Zamawiającego, realizacji elementów procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A do SIWZ oraz wymagań zadeklarowanych przez Wykonawcę w Ofercie zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część B do SIWZ”, „jeżeli podczas weryfikacji, o której mowa w ppkt 5.2.6, dojdzie do stwierdzenia, iż weryfikowana Próbką nie realizuje elementów procesów [...]”. Przytoczone postanowienia SIWZ nie pozostawiają wątpliwości, że badanie próbki nie będzie polegało na pasywnych oględzinach jej przedmiotu, ale będzie sprowadzało się do uruchomienia zainstalowanego na komputerze systemu i realizacji za jego pomocą procesów pod kątem spełnienia postawionych wymagań. Oznacza to zaś tyle, że charakter próbki a w konsekwencji jej badanie będzie miało postać procesu, którego nie da się odtworzyć i bezpośrednio przeanalizować na podstawie protokołu z badania. Odczytanie takiego protokołu nie pozwoli bowiem na rekonstrukcję testu działania próbki, w taki sposób, jaki był przedmiotem oceny Zamawiającego. Działanie narzędzia informatycznego, jakim jest system lub systemy składające się na wymaganą w tym przypadku próbką, ma charakter procesu wirtualnego, co do którego nawet poznanie rezultatu, jaki udało się ewentualnie osiągnąć Zamawiającemu jest poznaniem pośrednim, nie oddającym przebiegu prezentacji działania próbki.

Powyższe wywołuje konsekwencje w płaszczyźnie realizacji zasady jawności postępowania. Wykonawcy, na podstawie nawet najbardziej szczegółowego protokołu, nie będą w stanie poznać tego, co było przedmiotem badania i określonych konkluzji ze strony Zamawiającego, decydujących o uznaniu oferty danego lub konkurencyjnego wykonawcy za zgodną z SIWZ lub jej nie odpowiadającą a także o ocenie jakościowej oferty. Biorąc pod uwagę taki charakter próbek oraz ich oceny, wyłącznie obecność w trakcie badania próbek wykonawców – zarówno tych, których oferta będzie podlegała badaniu jak i konkurencyjnych, zapewni realizację wynikającą z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasady jawności postępowania. Powyższe determinowało nakazanie Zamawiającemu wprowadzenie postanowień zapewniających obecność wykonawców w czynności badania próbek.

Odwolujący w zakresie postawionego zarzutu stawiał znacznie dalej idące postulaty, odnoszące się do scenariusza badania próbek, w tym między innymi zapewnienia czynnego udziału wykonawców w prezentacji próbek, to jest przeprowadzenia przez zainteresowanych

wykonawców prezentacji własnych próbek a nie przez Zamawiającego. Podzielono jednak powyższy zarzut wyłącznie w aspekcie naruszenia zasady jawności, nie zaś zarzutów osadzonych w nieprecyzyjnym i dostatecznie szczegółowym opisie scenariusza badania próbki, argumentując jak w uzasadnieniu analogicznego zarzutu postawionego w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Comarch SA

Strona 58 z 144

w Krakowie, Apator Rector SA w Zielonej Górze, Apator Elkomtech SA w Łodzi [spr. o sygn. KIO 2578/15]. Brak jest jednak podstaw do narzucania Zamawiającemu sposobu badania próbek, w ten sposób, by to wykonawcy samodzielnie prezentowali swoje próbki. Z żadnych przepisów ani zasad nie wynika taki nakaz, przy czym to Zamawiający jest podmiotem prowadzącym postępowanie i jego dysponentem. Do woli i wyłącznego wyboru Zamawiającego pozostaje więc, czy sam przeprowadzi badanie próbek polegając na własnym osądzie profesjonalnym i wiedzy merytorycznej; czy będzie wymagał w tym celu takiej lub innej roli wykonawcy, opisów i instrukcji albo czy i w jakim zakresie przekaże zadanie obsługi urządzeń i oprogramowania wykonawcom je oferującym. Uprawnieniem Zamawiającego jest także skorzystanie z zewnętrznego wsparcia eksperckiego – zgodnie z treścią art. 21 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych, kierownik zamawiającego, z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej, może powołać biegłych. Jeśli zatem Zamawiający uznaje, że jego wolą jest przeprowadzenie badania próbek własnymi siłami, bez korzystania z pomocy wykonawców w roli operatora takiej prezentacji, to nie można mu stawiać w tym zakresie zarzutów. Logika, racjonalność czy ewentualna wygoda działania Zamawiającego nie jest tu bowiem kryterium, przez pryzmat którego mogłoby być oceniane rozwiązanie polegające na samodzielnym przeprowadzeniu badania próbek. Z tego względu nakazano zapewnienie obecności wykonawców w czynności badania próbek, bez obowiązku zagwarantowania im jakiegokolwiek czynnej roli w tym badaniu. Zapewnienie obecności w czynności badania próbek obejmuje zarówno danego wykonawcę, którego próbka będzie poddawana badaniu jak i pozostałych, konkurencyjnych wykonawców. Przewidziane próbki dotyczą bowiem systemów standardowych, już wdrożonych [nieprototypowanych], zaś ich badanie sprowadza się do zbadania istnienia deklarowanych funkcjonalności i procesów, co nie stoi na przeszkodzie transparentnemu badaniu próbek.

Nie potwierdził się jednak stawiany zarzut w pozostałym zakresie, to jest tym, który wskazywał na niedostatki opisu scenariusza badania próbki, podtrzymując argumentację prezentowaną w odniesieniu do analogicznych zarzutów postawionych w odwołaniach wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Comarch SA w Krakowie, Apator Rector SA w Zielonej Górze, Apator Elkomtech SA w Łodzi [spr. o sygn. akt KIO 2578/15], oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett Packard Enterprise Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Intergraph Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Intergraph SG&I Deutschland GmbH w Ismaning, Hewlett– Packard s.r.o. w Pradze [spr. Strona 59 z 144

o sygn. KIO 2585/15] Analiza treści zakwestionowanych postanowień SMWZ wskazuje, że zawierają one elementy relatywnie szczegółowo opisanego scenariusza badania próbek: przewidują, że próbki systemów mają być zainstalowane na własnym sprzęcie wykonawcy, który ma być zdeponowany u Zamawiającego, określają reguły zabezpieczenia tego sprzętu i próbek. Okoliczność, że Zamawiający samodzielnie postanowił przeprowadzić badanie próbek a nie zdecydował się na rozwiązanie polegające na przeprowadzeniu prezentacji przez wykonawcę i poddanie ocenie jej rezultatów nie oznacza naruszenia prawa ani nie prowadzi do wniosku co do nieprecyzyjnego scenariusza badania próbek. Argumentacja zawarta w odwołaniu nosi cechy wniosków racjonalizacyjnych, przemawiających za ukształtowaniem tego elementu badania ofert w sposób bardziej optymalny czy efektywny [istotnie, łatwiej byłoby w razie niedostatecznie czytelnej „instrukcji” zapytywać obecnego wykonawcę prezentującego działanie systemów lub zdać się na niego, jako na operatora prezentacji, aniżeli kierować wystąpienia o wyjaśnienia na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, które, zważywszy na dużą liczbę badanych funkcjonalności i procesów mogą okazać się niekończącym się łańcuszkiem zapytań, jeśli istotna ilość kroków prezentacji okaże się problematyczna], niemniej jednak nie wskazuje ona na naruszenie przepisów. Celowość, czy

racjonalność działania Zamawiającego, a także to, czy wprowadzone postanowienia SIWZ są bardziej lub mniej optymalne dla Zamawiającego, albo czy realizują jego interes a także cel postępowania, nie mieści się w sferze kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Nie sposób uznać za zasadne także tych zastrzeżeń postawionych w odwołaniu, które wskazują na ewentualny niewystarczający poziom profesjonalizmu osób, mających przeprowadzać badania próbek, potrzebę przeszkolenia z działania badanych systemów. Argumenty te co najwyżej wskazują na możliwości dogodniejszego, efektywniejszego badania ofert, ale nie potwierdzają jakiegokolwiek naruszenia przepisów, nie wskazują także na nieprecyzyjny opis badania próbek, skoro – po pierwsze – to, czy badanie przebiegnie sprawnie, zależy w zasadniczej mierze od zainteresowanego wykonawcy, bowiem to jego rzeczą jest opracowanie odpowiednio szczegółowej instrukcji, opatrzonej zrzutami z ekranów instrukcji prowadzenia badania próbki, która ma być wystarczająco czytelna dla odbiorcy, by bezproblemowo ją przeprowadził. To wykonawca musi więc opisać krok po kroku działania pozwalające na uruchomienie i odtworzenie próbki. Po drugie – w razie niedostatecznie klarownego, pozostawiającego niedostatki informacyjne opisu w tej instrukcji, który nie pozwoli na uruchomienie i zbadanie próbki, Zamawiający wezwie wykonawcę do wyjaśnienia oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Wbrew obawom Odwołującego, będzie to obowiązkiem Zamawiającego, jeśli nie będzie potrafił osiągnąć funkcjonalności lub procesów. Zamawiający na rozprawie w dniu 15 grudnia 2015 r. potwierdził powyższe, oświadczając na postawione

Strona 60 z 144

pytania, że próbki dotyczą standardowych systemów i że zakłada samodzielne uruchomienie próbek, a także że w razie nawet gdy instrukcja nie będzie wcale złożona w ofercie, próbkę będzie poddawać ocenie. Ponad wszelką wątpliwość kwestię wyjaśnienia oferty przesądza wreszcie modyfikacja SIWZ z 7 grudnia 2015 r., wprost stanowiąc, w 5.2.7., że Zamawiający zastrzega sobie możliwość wezwania do wyjaśnień w zakresie, o którym mowa w punktach 5.2.3. i 5.2.6. Stąd ta część argumentacji także nie mogła zasługiwać na aprobatę. Brak w scenariuszu badania próbki szczegółowych informacji co do tego, czy i jakimi danymi w celu zbadania próbki Zamawiający zasili systemy poddawane badaniu, także nie stanowi potwierdzenia zasadności zarzutu. Przy braku bardziej szczegółowych informacji w tej mierze, ta kwestia obciąża Zamawiającego: jak efektywnie przeprowadzić proces badania systemu/systemów informatycznych, by udało się sprawdzić liczne funkcjonalności i procesy, dla których owe badanie przewidziano. Wszak Zamawiający deklaruje w tej mierze zaangażowanie szeregu najlepszych specjalistów, a być może nawet biegłego lub biegłych, należy więc założyć, że swoje siły zmierzył stosownie do przyświecających zamysłów. Jeśli zaś poprzez wystąpienie w dokumentacji postępowania określonych nieudomówień lub braków precyzji, Zamawiający stanie przed nierozwiązywalnym dla niego problemem interpretacyjnym, to skutki takich niedostatków staranności obciążą właśnie Jego, szczególnie, że wykonawcy w łącznie pięciu odwołaniach [niezależnie od tego ile z nich i w jakim zakresie ostatecznie podlegało rozpatrzeniu] a także w licznych przystąpieniach stawiali szereg zastrzeżeń, z których wiele nie skutkowało wprowadzeniem stwierdzeniem naruszenia prawa ale miało znaczenie postulatów racjonalizacyjnych bądź sygnalizujących wątpliwości. Argumentacje zawarte w stanowiskach stron dawały wiele do myślenia. Uczestnicy tego postępowania to profesjonaliści obrotu informatycznego, już wyselekcjonowani na użytek tego postępowania, które toczy się przecież w trybie przetargu ograniczonego po przeprowadzonej prekwalifikacji, zaś w samym postępowaniu miał miejsce dialog techniczny [art. 31a ust. 1 ustawy], co pozwala stawiać tezę,

że treść SIWZ nie

powinna być na tym etapie przedmiotem większych sporów i wątpliwości. Jeśli by zaś miało tak być, to ciężar i skutki takich braków precyzji będą wymagały zastosowania reguły rozstrzygania sporów jawiących się na tle brzmienia SIWZ na korzyść wykonawców, na co wielokrotnie zwracano uwagę w orzecznictwie zarówno Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądowym [tak przykładowo: wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z 18 marca 2015 r. w spr. III Ca 70/15, wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z 10 marca 2015 r. w spr. VIII Ca 76/15, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 29 czerwca 2015 r. w spr. KIO 1062/15, KIO 1063/15].

Strona 61 z 144

Nie potwierdziły się też dalsze zastrzeżenia sformułowane w odwołaniu, to jest dotyczące zabezpieczenia próbki hasłem. Zamawiający w tej mierze w dniu 7 grudnia 2015 r. dokonał modyfikacji SIWZ na mocy której nadał postanowieniom pkt 5.2.3. Rozdziału 1 SIWZ nowe brzmienie: *Wykonawca we własnym zakresie powinien zabezpieczyć Próbkę w celu ochrony przed nieautoryzowaną modyfikacją Próbki przez Zamawiającego w trakcie przeprowadzania jej weryfikacji.* Ciężar zabezpieczenia próbki przerzucony został tym samym na wykonawcę. To wykonawca więc musi podjąć takie starania, jakie w jego ocenie będą konieczne i wystarczające dla zapewnienia bezpieczeństwa próbki.

Nie potwierdził się tym samym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z naruszeniem § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r. w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie określenia w SIWZ podstawowych zasad badania próbki oferowanego Systemu dla wspomagania zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie oraz poprzez nie zapewnienie w toku badania ww. próbki przestrzegania zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Nie potwierdził się także kolejny podtrzymywany zarzut, to jest odnoszący się do wykazu wdrożeń [zarzut nr 4 odwołania]. Zamawiający w tej mierze, w pkt 5.1 lit e) Rozdziału I SIWZ wymagał złożenia wraz z ofertą wypełnionego i podpisanego wykazu zrealizowanych wdrożeń w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie - z podaniem jednoznacznej nazwy producenta, nazwy handlowej [własnej], numeru wersji, daty wykonania i odbioru, nazwy podmiotu na rzecz którego wdrożenie zostało zrealizowane wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że wdrożenia te zostały wykonane należycie i systemy realizujące funkcjonalności zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie działały/działają poprawnie w celu potwierdzenia wymogu, o którym mowa w pkt 3.3. SIWZ [załącznik nr 6 do SIWZ]. Ostatecznie w ramach modyfikacji dokonanej w dniu 14 grudnia 2015 r. Zamawiający uczynił zadość części postulatów wyrażonym w odwołaniu i spornemu postanowieniu nadał treść, zgodnie z którą wykonawcy obowiązani są złożyć w ofercie wykaz zrealizowanych wdrożeń w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej

Strona 62 z 144

działalności jest krótszy - w tym okresie - z podaniem jednoznacznej nazwy producenta, nazwy handlowej [własnej], numeru wersji, daty wykonania i odbioru, nazwy podmiotu na rzecz którego wdrożenie zostało zrealizowane w celu potwierdzenia wymogu, o którym mowa w pkt 3.3. SIWZ [załącznik nr 6 do SIWZ], to jest już bez wymagania załączenia dokumentów potwierdzających, że wykazane wdrożenia zostały wykonane należycie i systemy realizujące funkcjonalności zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie działały/działają poprawnie.

Biorąc pod uwagę podtrzymywane przez Odwołującego mimo dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji SIWZ zarzuty, to jest przede wszystkim te wskazujące na nieuprawnione stawianie dodatkowego, już po etapie badania w przetargu ograniczonym zdolności wykonawców dopuszczonych do złożenia oferty do wykonania zamówienia, warunku udziału w postępowaniu, podkreślenia wymaga, że – wbrew stanowisku Zamawiającego – ów wymagany wykaz nie ma charakteru dokumentu wymaganego w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale dokumentu potwierdzającego, że oferowane komponenty Systemu spełniają wymagania stawiane przez Zamawiającego, zwanego powszechnie „dokumentem przedmiotowym” [art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy]. Wynika to wyraźnie z powiązania wymagania złożenia wykazu wdrożeń z pkt 3.3 SIWZ [Załącznik nr 6 do SIWZ] i zaakcentowania, że ma on służyć potwierdzeniu wymogu postawionego w tym pkt. Postanowienie zawarte w Rozdziale I pkt 3.3. SIWZ wskazuje natomiast, że Zamawiający nie dopuszcza oferowania systemów prototypowych, które nie istnieją w dniu złożenia oferty, a także opisuje wymagania dotyczące systemów [ich wersji standardowych] takich jak posiadanie jednoznacznej nazwy producenta, posiadanie własnej nazwy handlowej, posiadanie numeru wersji, posiadanie co najmniej jednego zakończonego wdrożenia funkcjonalności zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami

oraz zarządzania pracą brygad w terenie, a także realizacja w dniu złożenia oferty przez oferowany system lub systemy w ich wersji standardowej elementy wyspecyfikowanych przez Zamawiającego w załączniku nr 4 część A do SIWZ procesów. Powyższe postanowienia nie pozostawiają wątpliwości, że celem spornego wymagania nie jest postawienie obowiązku złożenia dokumentu w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, ale jest to wymaganie dotyczące przedmiotu oferty i służy potwierdzeniu, że oferowane systemy nie mają charakteru prototypowych. Powyższe zdaje się dostrzegać także Odwołujący, prowadząc w odwołaniu polemikę ze spornym postanowieniem SIWZ w kontekście wymagania wykazu wdrożeń w charakterze dokumentu przedmiotowego.

Strona 63 z 144

Dostrzeżenia w tej mierze wymaga, że Zamawiający w prowadzonym postępowaniu żąda rozwiązania nieprototypowego i Odwołujący tego - jako zasady - nie kwestionuje. Zamawiający w konsekwencji ma prawo określić, jaki okres funkcjonowania w obrocie danego rozwiązania jest wyznacznikiem tego, że jest ono uznane za przetestowane, nie mające charakteru prototypu. Innymi słowy, Zamawiający wymagając zaproponowania Systemu opartego na komponentach nie mających charakteru prototypowych, jest uprawniony a nawet zobowiązany do określenia, co przez owe rozwiązanie nieprototypowe rozumie, w tym zakreślenia okresu, który ten charakter będzie wyznaczać. Zamawiający wyznaczył tę cechę, jaką jest przetestowanie systemu [jego nieprototypowy charakter] poprzez wymaganie systemów już wdrożonych na dzień składania ofert, a zarazem nie będących systemami przestarzałymi, a zatem takimi, które wdrożono nie dawniej niż pięć lat przed upływem terminu składania ofert. Powyższe mieści się w ramach uprawnienia Zamawiającego, któremu przysługuje prawo nabycia takiego przedmiotu, który realizuje jego potrzeby i spełnia określone, specyficzne cechy. Wymaganie systemów wdrożonych w ciągu ostatnich pięciu lat, przy uwzględnieniu postępu i rozwoju takiej dziedziny jaką jest informatyka, z pewnością nie narusza przepisów i zasad postępowania, a nawet przeciwnie – jest wymaganiem wobec systemów, które nie może być uznane za nadmiernie krótkie, a przez to jest wymaganiem relatywnie życzliwym.

O ile przy tym nie sposób odbierać zasadności dla argumentu, że takie wymaganie nie pozwala na uznanie za spełniające postawione wymagania tych rozwiązań, które wdrożono dawniej niż pięć lat temu, ale w okresie ostatnich pięć lat miały miejsce istotne modyfikacje, aktualizacje systemu, to jednak dostrzeżenia wymaga, że – po pierwsze – taki zarzut nie znalazł się w odwołaniu. Dopiero na rozprawie w dniu 15 grudnia 2015 r. Odwołujący podał, że możliwe byłoby w zakresie tego wymagania wykazanie się doświadczeniem w dokonywaniu także modyfikacji systemu wdrożonego przed upływem pięcioletniego terminu. W tym miejscu podkreślenia wymaga,

że orzecznictwo wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, a następnie wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, podnoszone uzasadnienie oraz przypisana im kwalifikacja prawna. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je

przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu zaakcentował także Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które

nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. [...] Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.” Powyższe oznacza, że argumentacja, zgodnie z którą możliwe byłoby w zakresie kwestionowanego wymagania wykazanie się doświadczeniem w dokonywaniu modyfikacji systemu wdrożonego przed upływem pięcioletniego terminu powinna była zostać zamieszczona już w odwołaniu, a podniesiona na dopiero na etapie rozprawy – nie mogła być brana pod uwagę [art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych].

Po drugie, tego rodzaju argumentacja, jeśli miałaby być podstawą skutecznego zarzutu winna dotyczyć nie elementu charakterystyki sposobu wykazania, że rozwiązanie nie jest prototypowe, wyrażającej się wymaganym maksymalnym okresem, w którym rozwiązanie wdrożono [pięcioletnim], ale powinna mieć postać postulatu co do określonego rozumienia pojęcia wdrożenia systemu, za które należałoby traktować dokonane pierwotne wdrożenia jak i istotne modyfikacje, obejmujące zmiany oraz rozwój systemów wdrożonych wcześniej, to jest przed upływem pięcioletniego okresu, które pozwalają uznać, że modyfikacja lub aktualizacja stwarza nową jakość, równoznaczną z wdrożeniem systemu i że wdrożenie takiej modyfikacji lub aktualizacji jest równoznaczne z wdrożeniem systemu. Odwołujący jednak w tym zakresie nie stawia zastrzeżeń, zaś postawione żądanie wskazuje, że intencją Odwołującego jest wykreślenie definitywne wymagania oraz zastąpienie go ogólnym oświadczeniem wykonawcy, że systemy zostały przynajmniej raz wdrożone. Nie jest też tak, że kwestionowane postanowienia SIWZ dyskryminują tych wykonawców, którzy oferują rozwiązania nie własne lecz innych producentów i z tego względu nie są w stanie złożyć

Strona 65 z 144

dokumentów żądanych przez Zamawiającego, skoro wykonawca oferując rozwiązanie innego podmiotu i przez niego wdrożone ma możliwość uzyskania stosownych informacji w tym zakresie, w tym dotyczących charakterystyki wymaganej przez Zamawiającego, takiej jak jednoznaczna nazwa producenta, nazwa handlowa [własna], numer wersji, data wykonania i odbioru, nazwa podmiotu na rzecz którego wdrożenie zostało zrealizowane. Zakres tych danych nie jest nadmierny i nieuzasadniony celem, jakim jest ustalenie, że oferowany system/systemy nie mają charakteru prototypowego. Zwrócić przy tym należy, że wystarczające jest wykazanie choćby tylko jednego takiego wdrożenia, trudno więc tu upatrywać znaczącej niedogodności dla wykonawcy składającego ofertę. Aktualnie - po zmianie SIWZ - wymaganie dotyczące złożenia wykazu wdrożeń sprowadza się do własnego oświadczenia wykonawcy, jakim jest wykaz, a zatem to wpisuje się w postulat wymagania oświadczenia na sporną okoliczność.

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty, także ten zarzut nie zasługiwał na akceptację.

Potwierdzenie zasadności postawionego zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z naruszeniem § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r. w związku z naruszeniem art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień, w części w jakiej Zamawiający przewidując przeprowadzenie prezentacji systemu [systemów] informatycznych bez obecności wykonawców nie zapewnił rzeczywistej jawności tej czynności, może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, o którym stanowi art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w związku z tym skutkowało uwzględnieniem odwołania w zakresie tego zarzutu i determinowało nakazanie zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej opisu sposobu badania próbki poprzez wprowadzenie postanowień zapewniających obecność wykonawców w czynności badania próbki. W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

Strona 66 z 144

ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett Packard Enterprise Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Intergraph Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Intergraph SG&I Deutschland GmbH w Ismaning, Hewlett– Packard s.r.o. w Pradze [spr. o sygn. KIO 2585/15], ustaliła:

I. W odwołaniu Odwołujący postawili zarzuty dotyczące tego, że:

- I. opis przedmiotu zamówienia dokonany został z naruszeniem art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- II. umieszczenia w treści SIWZ postanowień pozostających w sprzeczności z właściwością stosunku cywilnoprawnego i zasadami współżycia społecznego, a więc wykraczających poza dopuszczoną przez ustawodawcę granicę swobody umów i tym samym naruszających art. 353 i k.c. w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także naruszających art. 5 k.c. i art. 58 k.c. w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 354 § 2 k.c., art. 365 i k.c., art. 387 § 1 k.c. oraz art. 41 ust. 4 i art. 68 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- III. ograniczenia w korzystaniu z podwykonawców wprowadzone zostało z naruszeniem art. 36 ust. 5 oraz naruszeniem art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- IV. żądanie przedłożenia wykazu wykonanych wdrożeń na etapie składania ofert w przetargu ograniczonym dokonane zostało z naruszeniem przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z § 1 ust. 1 pkt 3) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane,
- V. wyznaczenie terminu zbyt krótkiego na przygotowanie i złożenie oferty z naruszeniem art. 134 ust. 3 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Strona 67 z 144

W zakresie zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, Odwołujący podał, że art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje zamawiającemu zasady dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, określając, iż przedmiot ten opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem powyższych zasad prowadzi w konsekwencji także do naruszenia artykułu 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Użyte przez ustawodawcę w określenie „jednoznaczny” powinno być interpretowane jako „mający jedno znaczenie”, „niebudzący wątpliwości” zaś określenie „wyczerpujący” jako „opisujący w sposób wszechstronny i szczegółowy”, z kolei określenie „dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń” należy interpretować w odniesieniu do określeń technicznych obowiązujących w danej branży. Odwołujący powołał się w tej mierze na orzecznictwo sądów i Krajowej Izby Odwoławczej:

- a) wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 23 czerwca 2008 r. sygnatura akt XIX Ga 214/08: „Z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy p.z.p. wypływa wniosek, że obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewni, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia [jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane], i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione.”;
- b) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 2888/12: „Art. 29 ust. 1 ustawy zawiera normę nakazującą zamawiającemu jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, w taki sposób, aby wykonawca po zapoznaniu się z tym opisem był w stanie sporządzić ofertę. Tym samym w sytuacji, gdy zamawiający oczekuje dostawy na jego rzecz jakiegoś dobra czy świadczenia na jego rzecz usługi ma określić swoje wymagania tak szczegółowo i dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje i to właśnie mu zaoferować. Prawidłowa realizacja normy art. 29 ust. 1 ustawy jest

gwarancją porównywalności ofert. Z mocy art. 29 ust. 1 ustawy na zamawiającym spoczywa obowiązek określenia przedmiotu zamówienia, a zatem nawet w sytuacji, gdy nie jest on profesjonalistą musi potrafić określić swoje potrzeby i oczekiwania. Jeśli przedmiot jest wysoce specjalistyczny, a zamawiającemu brak odpowiedniej wiedzy, aby jasno określić wymagania, może skorzystać z dialogu technicznego, trybów negocjacyjnych [w szczególności dialogu konkurencyjnego], czy powołać

Strona 68 z 144

biegłych służących mu odpowiednią pomocą. Brak jest jednak podstaw do zwolnienia zamawiającego z obowiązku jednoznacznego określenia przedmiotu zamówienia. Wprowadzenie wyjątków od zasady art. 29 ust. 1 ustawy prowadziłoby bowiem do nieefektywnego wydatkowania środków publicznych”;

- c) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 12 lutego 2013 r. sygn. akt KIO 186/13: „[...] zamawiający jest uprawniony do wprowadzenia wymogów, które zawężają krąg potencjalnych wykonawców, jednakże zawężenie to następuje wówczas nie w celu preferowania określonego wykonawcy, ale w celu uzyskania produktu jak najbardziej odpowiadającego potrzebom zamawiającego. [...] Izba zwraca uwagę, że zarówno zamawiający jak i odwołujący byli zgodni, że w przedmiocie zamówienia była dostawa systemów komercyjnych, będących ogólnie w sprzedaży a nie systemów dedykowanych stworzonych dla konkretnego podmiotu. Wobec tego stwierdzić należy, że dostarczane oprogramowanie ma charakter standardowego, dostarczanego przez odwołującego do różnych klientów. Wobec powyższego Izba nie dopatrzyła się, a zamawiający nie wykazał, celu żądania zamawiającego, aby wykonawca przekazał kody źródłowe oferowanego oprogramowania. [...]”;
- d) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 1 marca 2012 r. sygn. akt KIO 360/12: „Umowa stanowiąca w części element opisu przedmiotu zamówienia, stosownie do treści art. 29 ust. 1 p.z.p. winna pozwalać na identyfikację wszystkich wymagań Zamawiającego związanych z realizacją świadczenia – mających zarówno bezpośredni oraz pośredni wpływ na wysokość wynagrodzenia wykonawcy.”;
- e) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 lutego 2012 r. sygn. akt KIO 302/12: „Opis przedmiotu zamówienia winien zawierać wszystkie informacje mające lub mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.”;
- f) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 31 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 136/12: „Opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia, w taki sposób aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaki produkt oraz na jakich warunkach mogą zaoferować, aby spełniał on wymagania SIWZ.”; „Niezbędne jest, aby opis przedmiotu zamówienia był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty.”;
- g) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 grudnia 2011 r. sygn. akt KIO 2649/11: „Opis przedmiotu zamówienia jest jednym z najistotniejszych elementów i w dużej mierze determinuje kształt i przebieg postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający

Strona 69 z 144

powinien opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, i jakie usługi, dostawy, roboty budowlane należy wykonać i jaki będzie ich zakres, tak aby spełniały oczekiwania Zamawiającego, a z drugiej strony aby wykonawcy mogli w sposób prawidłowy dokonać wyceny złożonych ofert. Istotnym jest zatem, aby opis przedmiotu zamówienia był zrozumiały dla wszystkich wykonawców w taki sam sposób, nie rodzący rozbieżności interpretacyjnych. sporządzony w sposób prawidłowe sporządzenie i skalkulowanie oferty.”; „Postanowienia specyfikacji nie mogą w żaden sposób różnicować sytuacji wykonawców na etapie składania ofert a z drugiej strony wykonawcy nie powinni pozostawać w niepewności co do zakresu świadczonego w przyszłości zamówienia i móc skalkulować cenę na podstawie pełnego przedmiotu zamówienia sporządzonego przez Zamawiającego.”

Bezwzględny obowiązek Zamawiającego jest taki opis przedmiotu zamówienia,

który prowadzi do złożenia ofert porównywalnych obejmujących rozwiązania lub produkty spełniające identyczne wymagania techniczne i jakościowe. Zgodnie z zacytowanym orzecnictwem Zamawiający musi opisać w SIWZ wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wycenienia oferty przez wykonawcę. W ocenie Odwołującego, Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wypełnił powyższego obowiązku w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, na co wskazują następujące zapisy SIWZ:

- a) W Załączniku nr 5 do SIWZ w § 4 ust. 2 Zamawiający zobowiązuje wykonawcę do wykonania Systemu w sposób zapewniający jego zgodność z regulacjami wewnętrznymi Zamawiającego: „Wykonawca zobowiązuje się również do zapewnienia zgodności Systemu z regulacjami wewnętrznymi Zamawiającego i opracowanym Projektem Funkcjonalnym.” [zarzut. I lit. a].

Wskazane postanowienie oznacza, iż wykonawca już na etapie składania oferty musi ocenić, w jaki sposób i w jakim zakresie wskazane regulacje wewnętrzne Zamawiającego mogą mieć wpływ na zakładany przez niego sposób wykonania Systemu. Znajomość wymaganych przez Zamawiającego regulacji wewnętrznych ma dla wykonawcy kluczowe znaczenie, gdyż bezpośrednio wpływa na zakres jego prac, ich koszty a także związane z nimi ryzyko oraz będzie elementem wpływającym bezpośrednio na to czy prace wycenione przez wykonawcę na etapie oferty zostaną następnie odebrane przez Zamawiającego. Tymczasem Zamawiający nie tylko nie wymienił w SIWZ, o jakie regulacje wewnętrzne mu chodzi ale nie załączył też do SIWZ ich treści. Brak przywołania, o jakie konkretnie regulacje

Strona 70 z 144

wewnętrzne chodzi i brak podania ich treści uniemożliwia Wykonawcy ocenę czy rozwiązanie techniczne, jakie planuje zaoferować w postępowaniu będzie spełniało warunek postawiony w § 4 ust. 2 w Załączniku nr 5 do SIWZ oraz ocenę, jakie ewentualnie modyfikacje potrzebne będą do przeprowadzenia w celu dostosowania tego rozwiązania do wskazanych wewnętrznych regulacji Zamawiającego. W konsekwencji powyższy zapis ogranicza możliwości prawidłowego wyszacowania przez Wykonawcę składanej oferty. Tak określony opis przedmiotu umowy jest bez wątpienia niejednoznaczny i niewyczerpujący, a co za tym idzie narusza art. 29 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dopuszczenie powyższego sformułowania w zakresie opisu przedmiotu umowy prowadziło będzie także do sytuacji, w której Zamawiający jednostronnie może kształtować treść stosunku prawnego. W przypadku, gdy przedmiotowe regulacje wewnętrzne Zamawiającego nie będą znane w momencie składania oferty, wówczas Zamawiający na etapie realizacji umowy będzie mógł poprzez jednostronnie kształtowane przez siebie regulacje wprowadzać dodatkowe, nie znane wcześniej wymagania dotyczące realizacji przedmiotu umowy, co bez wątpienia narusza także zasadę swobody umów, gdyż wprowadza dla wykonawcy obowiązek realizacji świadczeń wykraczających poza zakres będący przedmiotem jego oferty i oszacowania dokonywanego na etapie składania tejże oferty. Takie zaś podejście narusza zarówno art. 353 i kc w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także z uwagi na pozycję Zamawiającego jako „gospodarza” procedury przetargowej stanowi naruszenie także art. 5 kc i art. 58 k.c. w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych. Brak udostępnienia przez Zamawiającego treści regulacji wewnętrznych niezbędnych do wykonania Systemu można uznać za przejaw braku po stronie Zamawiającego współdziałania potrzebnego przy wykonaniu zobowiązania, a tym samym za naruszający art. 354 § 2 k.c. w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania treści SIWZ poprzez:

- dodanie w części Załącznika nr 5 do SIWZ zatytułowanej „Załączniki do Umowy” punktu 8 „Regulacje wewnętrzne Zamawiającego”;
- nadanie zdaniu drugiemu w § 4 ust. 2 w Załączniku nr 5 do SIWZ następującej treści: „Wykonawca zobowiązuje się również do zapewnienia zgodności Systemu z regulacjami wewnętrznymi Zamawiającego, których treść stanowi Załącznik nr 8 do Umowy

Strona 71 z 144

i opracowanym Projektem Funkcjonalnym.”

Odwołujący wniósł także o zobowiązanie Zamawiającego do udostępnienia wykonawcom treści regulacji wewnętrznych, na które Zamawiający chce się powołać

w Załączniku nr 5 do SIWZ w § 4 ust. 2 zdanie drugie.

- b) W Załączniku nr 5 do SIWZ w § 4 ust. 2 Zamawiający zobowiązuje wykonawcę do wykonania Systemu w sposób zapewniający jego zgodność z przepisami prawa na moment Startu Produkcyjnego: „Wykonawca zobowiązuje się do zapewnienia, na dzień Startu Produkcyjnego, zgodności Systemu z obowiązującymi przepisami prawa.” [zarzut. l.b].

Zgodnie zaś z definicją Startu Produkcyjnego zawartą w § 1 w Załączniku nr 5 do SIWZ „Start Produkcyjny – uruchomienie w pełnym zakresie i w ramach bieżących procesów biznesowych Zamawiającego wszystkich funkcjonalności Systemu we wszystkich jednostkach organizacyjnych objętych Zamawiającego wdrożeniem.”. Zgodnie z postanowieniami § 3 ust. 1 w Załączniku nr 5 do SIWZ [tabela, wers 3] zakończenie Etapu III – Wdrożenie przypada na 26 miesiąc po zawarciu Umowy. Powyższe oznacza, iż wykonawca składając ofertę musiałby przewidzieć zmiany prawa, jakie potencjalnie mogą nastąpić w okresie 26 miesięcy od dnia zawarcia Umowy, ocenić ich wpływ na przedmiot Umowy i koszt ich implementacji w ramach zaoferowanego rozwiązania. Powyższe działania są niemożliwe do wykonania przez Wykonawcę. Biorąc pod uwagę dynamikę zdarzeń w Polsce i na świecie nie da się przewidywać zmian prawa w tak długiej perspektywie czasowej.

W sytuacji, w której nie da się nawet przewidzieć, jakie zmiany, w zakresie ustawodawstwa, mogą nastąpić w tak długim okresie, a w konsekwencji tego jaki będą miały one wpływ na realizację przedmiotu umowy zaoferowanego w ofercie wykonawcy, należy stwierdzić iż opis przedmiotu umowy, odnoszący się do zapewnienia zgodności Systemu z przepisami prawa na moment Startu Produkcyjnego, nie spełnia wymagań określonych w art. 29 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tak sformułowany opis nie jest bowiem ani jednoznaczny i wyczerpujący ani też nie zawiera wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zaproponowane przez Zamawiającego postanowienie narusza zasadę swobody umów, gdyż w sposób nieuzasadniony przekłada na wykonawcę całe ryzyko zmian

Strona 72 z 144

prawnych, a co więcej wprowadza dla wykonawcy obowiązek realizacji świadczeń wykraczających poza zakres będący przedmiotem jego oferty i oszacowania dokonywanego na etapie składania tejże oferty. Takie zaś podejście narusza zarówno art. 353 i kc w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także z uwagi na pozycję Zamawiającego jako „gospodarza” procedury przetargowej stanowi naruszenie także art. 5 kc i art. 58 k.c. w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych. Określone w SIWZ zapisy mogą prowadzić do sytuacji, w której, z uwagi na zmiany przepisów prawa zaistniałe w trakcie wykonywania umowy, wykonanie umowy będzie niemożliwe, czego negatywne skutki dotkną wyłącznie wykonawcę.

Ze względu na dynamikę zmian w regulacjach prawnych, zobowiązanie wykonawcy co do zgodności Systemu z przepisami prawa powinno być ograniczone do przepisów w brzmieniu obowiązującym na dzień zawarcia przez wykonawcę umowy w ramach postępowania. Wszelkie zmiany w przepisach prawa, które wejdą w życie po zawarciu umowy w ramach postępowania powinny być wprowadzane jedynie poprzez określoną w umowie procedurę zarządzania zmianami.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania treści SIWZ poprzez nadanie zdaniu pierwszemu w § 4 ust. 2 w Załączniku nr 5 do SIWZ następującej treści: „Wykonawca zobowiązuje się do zapewnienia zgodności Systemu z przepisami prawa w brzmieniu obowiązującym na dzień zawarcia Umowy.”.

- c) W punkcie 7.2. w Rozdziale II SIWZ Zamawiający określił, że elementem przedmiotu umowy będzie wykonanie przez wykonawcę migracji danych. [zarzut. l lit. c].

Migracja danych w projektach informatycznych jest często zagadnieniem trudnym i pracochłonnym. W szczególności dotyczy to sytuacji, kiedy wolumen danych jest duży, poziom różnorodności danych jest duży i dane pochodzą z wielu źródeł [systemów źródłowych]. Z powyższego względu do prawidłowego przygotowania oferty i jej wyceny niezbędne jest posiadanie przez wykonawcę informacji o systemach, z których migracja danych będzie dokonywana do Systemu tworzonego przez wykonawcę, a także o wolumenie danych podlegających migracji i ich formacie. Zamawiający wprowadzając do treści SIWZ

zobowiązanie do wykonania migracji i jednocześnie nie podając danych niezbędnych do przygotowania oferty w tym zakresie, naruszył art. 29 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Strona 73 z 144

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania treści SIWZ poprzez szczegółowe podanie wszystkich danych: listy systemów, z których dane będą migrowane do Systemu tworzonego przez wykonawcę; wolumenu danych objętych migracją oraz formatu danych objętych migracją.

- d) Kodeks cywilny w artykuale 355 przewiduje dwa rodzaje staranności, jakiej można wymagać od dłużnika. Są to należyta staranność oraz należyta staranność uwzględniająca zawodowy charakter działalności prowadzonej przez dłużnika. Orzecznictwo sądów nadaje każdej z tych kategorii należytej staranności określone znaczenie. [zarzut I lit. d].

Zamawiający w zapisach Załącznika nr 5 do SIWZ w § 4 ust. 1 posługuje się niejednoznacznym i nieprecyzyjnym pojęciem „najwyższej profesjonalnej staranności, właściwej dla wiodących na rynku firm branży IT, z uwzględnieniem najwyższych standardów obsługi wdrożeń systemów informatycznych dla przedsiębiorstw działających w branży energetycznej, przy wykorzystaniu całej posiadanej wiedzy i doświadczenia” nie definiując co rozumie poprzez taką staranność. Zagadnienie to ma dla wykonawcy kluczowe znaczenie przy ocenie ryzyk związanych z realizacją projektu i ma bezpośredni wpływ na wycenę oferty wykonawcy. Tak długo jak wykonawca nie wie, na jakich zasadach oceniana będzie jego staranność przy wykonywaniu umowy, nie jest w stanie wyszacować odpowiedniego budżetu ryzyka związanego z realizacją Umowy. Sformułowanie w powyższy sposób opisu przedmiotu zamówienia i zasad jego wykonywania w bezpośredni sposób narusza art. 29 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania treści SIWZ poprzez nadanie § 4 ust. 1 w Załączniku nr 5 do SIWZ następującej treści: „Wykonawca zobowiązuje się wykonać Przedmiot Umowy z zachowaniem najwyższej profesjonalnej staranności, właściwej dla wiodących na rynku firm branży IT, rozumianej jako należyta staranność określona w art. 355 § 2 kodeksu cywilnego, z uwzględnieniem najwyższych stosowanych przez Wykonawcę standardów obsługi wdrożeń systemów informatycznych dla przedsiębiorstw działających w branży energetycznej, przy wykorzystaniu całej posiadanej przez Wykonawcę wiedzy i doświadczenia.”

- e) W Załączniku nr 5 do SIWZ w § 16 ust. 8 pkt 8.2. Zamawiający określił że podstawą odrzucenia Produktu/Zadania/Fazy/Etapu może być też stwierdzenie „znaczej liczby” Wad Nieistotnych. [zarzut I lit. e].

Strona 74 z 144

Wskazane sformułowanie „znaczna liczba” jest pojęciem nieprecyzyjnym, zaś ma ono kluczowe znaczenie w procedurze odbioru gdyż może decydować o braku odbioru Produktu/Zadania/Fazy/Etapu a w konsekwencji będzie wpływało na to czy w odniesieniu do wykonawcy zostaną naliczone kary umowne czy nie. Z perspektywy wykonawcy niezbędnym dla przygotowania oferty i jej wyceny jest uzyskanie informacji, jaka liczba Wad Nieistotnych stwierdzonych podczas odbioru będzie powodowała możliwość odrzucenia Produktu/Zadania/Fazy/Etapu. Z tego względu obecne brzemienie wskazanego zapisu SIWZ należy uznać za naruszające art. 29 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania treści SIWZ poprzez nadanie § 16 ust. 8 pkt 8.2. w Załączniku nr 5 do SIWZ następującej treści: „8.2. stwierdzone zostaną Wady Nieistotne w liczbie nie mniejszej niż 50.”

- f) W punkcie 3.7 w Rozdziale II SIWZ [w wymaganiach dotyczących licencji] Zamawiający określił, że: „Licencje uprawniają do użytkowania Systemu we wszystkich środowiskach i dla wszystkich użytkowników. Ograniczenie licencji dla użytkowników dotyczy tylko środowiska produkcyjnego. Pozostałe środowiska są wyłączone z ograniczeń licencyjnych.” [zarzut I lit. f].

Powyższe sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia nie jest jednoznaczne

z uwagi na to, że nie wiadomo czy ostatnie zdanie wskazanego zapisu dotyczy określonych w SIWZ ograniczeń liczby użytkowników czy też wszystkich ograniczeń licencyjnych określonych przez podmioty uprawnione do udzielania licencji na oprogramowanie, jakie może być przedmiotem oferty wykonawcy. Tak sformułowany opis przedmiotu zamówienia narusza art. 29 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż zakres licencji jakie mają być zaoferowane w postępowaniu ma znaczenie podstawowe zarówno pod kontem oceny przez wykonawcę samej możliwości złożenia oferty w postępowaniu jak i ewentualnej wyceny tej oferty. Dodatkowo w sytuacji, gdyby wskazany zapis miał dotyczyć wszystkich ograniczeń licencyjnych określonych przez podmioty uprawnione do udzielania licencji na oprogramowanie, które może być przedmiotem oferty wykonawcy, należy wskazać, że wówczas stałby on także w sprzeczności z art. 387 § 1 Kc stosowanym poprzez art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wykonawca nie będzie miał wpływu na sposób licencjonowania danego utworu standardowego określony przez jego autora. Tym samym wykonawca nie będzie mógł obiektywnie spełnić postawionego tak warunku.

Strona 75 z 144

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania treści SIWZ poprzez nadanie punktowi 3.7. w Rozdziale II SIWZ [w wymaganiach dotyczących licencji] brzmienia: *„Licencje uprawniają do użytkowania Systemu we wszystkich środowiskach i dla wszystkich użytkowników. Ograniczenie licencji dla użytkowników dotyczy wszystkich środowisk.”*.

- g) W Załączniku nr 5 do SIWZ w § 1 Zamawiający zdefiniował pojęcie „Błędu” wskazując, iż wyróżnia się 3 klasy Błędów: Błąd krytyczny, Błąd niekrytyczny oraz Usterkę. Z powyższej definicji wynika, iż każda ze wskazanych klas Błędów stanowi tylko inną postać zdarzenia określonego jako „Błąd”. [zarzut 1 lit. g].

Jednocześnie w definicjach „Błędu krytycznego” oraz „Błędu niekrytycznego” Zamawiający zamiast zdefiniować te klasy Błędów poprzez odniesienie się do zdefiniowanego przez siebie pojęcia Błędu, opisał je przy użyciu niejasnego i bliżej niesprecyzowanego pojęcia „nieprawidłowości w pracy wdrożonego Systemu”. Zostawienie takiego niejednoznacznego sformułowania w kluczowych z punktu widzenia wykonawcy definicjach, mających później wpływ na naliczanie Wykonawcy kar umownych, narusza art. 29 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania treści SIWZ poprzez nadanie następującej treści definicjom Błędu krytycznego i Błędu niekrytycznego: *„Błąd krytyczny – to Błąd powodujący:*

- brak realizacji funkcji w całości lub modułów o znaczeniu kluczowym dla realizowanej funkcjonalności, przez co użytkowanie Systemu staje się bezzasadne,*
- niedostępności Systemu, modułu lub interfejsu,*
- utracie, uszkodzeniu, niespójności lub zaburzeniu integralności danych,*
- zagrożeniu bezpieczeństwa Systemu”*

„Błąd niekrytyczny – to Błąd powodujący brak realizacji funkcji bądź znaczne utrudniający jej realizację, przez co użytkowanie Systemu staje się znacznie utrudnione [np. nieergonomiczne], bardziej pracochłonne, mniej efektywne, ale nie umożliwia to jednak poprawnego działania Systemu [w szczególności realizacji procesów biznesowych].”

- h) W Rozdziale II SIWZ w punkcie pkt. 5.1.1 Zamawiający określił zobowiązanie wykonawcy do przeprowadzenia Warsztatów Wdrożeniowych nie określając jednocześnie liczby osób, które będą brały udział w tych warsztatach [zarzut. I lit. h].

Strona 76 z 144

Taki sposób opisu przedmiotu zamówienia ma naruszać art. 29 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie może być uznany za wyczerpujący i uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na przygotowanie oferty. Brak wskazanej informacji uniemożliwia wykonawcy prawidłową wycenę świadczeń związanych z Warsztatami Wdrożeniowymi. Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do określenia liczby osób jakie będą brały udział w Warsztatach

Wdrożeniowych.

Zarzut został wycofany na posiedzeniu w dniu 7 grudnia 2015 r. a następnie w pismach Odwołującego.

- i) W Rozdziale II SIWZ w punkcie pkt. 5.1.2 oraz pkt 6 Zamawiający określił zobowiązanie wykonawcy do przeprowadzenia Warsztatów Wdrożeniowych nie określając jednocześnie liczby osób, które będą brały udział w tych warsztatach [zarzut I lit. i].

Taki sposób opisu przedmiotu zamówienia narusza art. 29 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż nie może być uznany za wyczerpujący i uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na przygotowanie oferty. Brak wskazanej informacji uniemożliwia wykonawcy prawidłową wycenę świadczeń związanych z Warsztatami Wdrożeniowymi.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do określenia liczby osób jakie będą brały udział w Warsztatach Wdrożeniowych.

- j) W Załączniku nr 5 do SIWZ w § 4 ust. 9. Zamawiający określił zobowiązanie do zawarcia umowy o ubezpieczenia majątkowe związane z realizacją Przedmiotu Umowy [zarzut I lit. j].

Z uwagi na to, że wskazany zapis nie precyzuje, o jakie dokładnie ubezpieczenia majątkowe Zamawiającemu chodzi, a jedynie przykładowo wymienia ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, wykonawca nie wie jaki ma być zakres jego zobowiązania wynikający z umowy. Tak sformułowane zapisy SIWZ naruszają art. 29 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania treści SIWZ poprzez nadanie § 4 ust. 9 w Załączniku nr 5 do SIWZ następującej treści: „Wykonawca jest

Strona 77 z 144

zobowiązany do zawarcia lub posiadania umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej związanej z prowadzoną działalnością [dalej: „Ubezpieczenie ”] oraz utrzymywania Ubezpieczenia przez cały okres realizacji Przedmiotu Umowy. Suma ubezpieczenia nie będzie niższa niż 5 000 000 zł oraz nie mniej niż 100 000 zł za każde zdarzenie ubezpieczeniowe. Na każde żądanie Zamawiającego, Wykonawca przedstawi kopię stosownych polis ubezpieczeniowych oraz potwierdzenie terminowego wpłacania składek. W przypadku zaniechania wykonania obowiązku, o którym mowa w zdaniu poprzednim Zamawiający będzie uprawniony:

[1] uzyskać Ubezpieczenie na koszt Wykonawcy, a roszczenie o zwrot wydatków poniesionych na Ubezpieczenie Wykonawcy potrącić z Wynagrodzenia lub zaspokoić z Zabezpieczenia

oraz

[2] powstrzymać się od zapłaty jakiegokolwiek należnej części Wynagrodzenia, co nie będzie stanowić ani zwłoki, ani opóźnienia Zamawiającego bądź wezwać Wykonawcę do przedstawienia kopii stosownych polis ubezpieczeniowych oraz potwierdzenia terminowego wpłacania składek wyznaczając do tego czas nie krótszy niż 2 Dni Robocze, a po bezskutecznym upływie tego terminu – odstąpić od Umowy [w całości lub w zakresie świadczeń nieodebranych do dnia złożenia oświadczenia o odstąpieniu].”

W ocenie Odwołującego, artykuł 29 ust. 2 ustawy określa dalsze zasady dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, wskazując, iż przedmiotu tego nie można opisywać w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Na istotne znaczenie powyższej zasady w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazuje orzecznictwo sądów i Krajowej Izby Odwoławczej. Jako przykład można tu podać:

a) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 514/08: „fundamentalną zasadą udzielania zamówień publicznych jest zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Szczególne znaczenie tej zasady potwierdza przepis art. 29 ust. 2 ustawy pzp, który zakazuje nie tylko opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, ale także w sposób, który mógłby tę konkurencję utrudniać”;

b) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 423/08: „określenie i opisanie przedmiotu zamówienia powinno zostać dokonane stosownie do uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Swoboda zamawiającego w powyższym zakresie ulega jednak

ograniczeniom zawartym w przepisach art. 29 ustawy pzp. Opis przedmiotu zamówienia powinien być dokonany w sposób obiektywny i nieutrudniający uczciwej konkurencji, nie może zawierać sformułowań, które powodują uprzywilejowanie określonych wykonawców lub dyskryminowanie innych, uniemożliwiając im złożenie oferty. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób. Dyskryminacja wykonawców następuje także w sytuacji, gdy wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia są na tyle rygorystyczne, że nie są uzasadnione potrzebami zamawiającego, a przy tym ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia”;

c) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO/UZP-254/08: „Jak wynika z literalnej wykładni art 29 ust. 2 pzp użyty w treści tego przepisu zwrot „mógł utrudniać uczciwą konkurencję”, wskazuje iż dla uznania naruszenia ustanowionego powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio.”;

d) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO/UZP/984/08: „W przypadku określenia wymagań odnoszących się do potrzeb zamawiającego, mogących ograniczać krąg potencjalnych wykonawców, zamawiający powinien wykazać, że wyłącznie produkty o parametrach granicznych wyznaczonych w specyfikacji umożliwią mu realizację celu założonego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego [wyrok SO w Bydgoszczy z 25.1.2006 r. II Ca 693/05]. Jednocześnie, na co zwrócił uwagę w wyroku z dnia 25 stycznia 2006 r. Sąd Okręgowy w Bydgoszczy wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Tym samym zamawiający powinien skutecznie udowodnić, że więcej niż jeden produkt spełnia parametry graniczne wyznaczone w specyfikacji. W przeciwnym wypadku fakt eliminacji technologii stosowanych przez innych producentów stanowi o naruszeniu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. [...] Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia dokonał wyboru pomiędzy dostępnymi rozwiązaniami umożliwiającymi osiągnięcie celu, jakim jest uzyskanie prawidłowych wyników badań w danych warunkach środowiskowych. Wprawdzie dopuścił on składanie ofert równoważnych, jednak przy braku opisu sposobu oceny równoważności, wykonawcy nie mają możliwości przygotowania ofert, które spełniałyby oczekiwania Zamawiającego. Kwestionowane zapisy, jak wcześniej ustalono wskazują w sposób pośredni

Strona 79 z 144

na konkretny produkt, zatem wykonawcy oferujący inne rozwiązania nie będą mieli możliwości wykazania ich równoważności, co potwierdza również stanowisko Zamawiającego, który w toku rozprawy wykazywał, iż inne od wskazanych przez niego w opisie charakterystyki systemu nie potwierdzają spełniania warunków przedmiotowych. Zamawiający nie przedstawił dowodu na okoliczność, iż urządzenia Odwołującego nie gwarantują prawidłowości wyników badań laboratoryjnych, jak również nie wykazał, jakoby wskazane w siwz wymagania spełniał więcej niż jeden wykonawca, którym jest Przystępujący do postępowania odwoławczego. Tym samym Izba uwzględniła odwołanie i nakazała dokonanie zmiany zapisów specyfikacji w sposób wskazany przez Odwołującego się w prośbie i odwołaniu.”.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wypełnił obowiązku wynikającego z art. 29 ust. 2 ustawy, na co wskazują zapisy SIWZ:

- a) W punkcie 3.3. SIWZ Zamawiający określił, iż: „Zamawiający nie dopuszcza oferowania systemów prototypowych, tj. systemów realizujących funkcjonalności zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie, które nie istnieją w dniu złożenia oferty i wymaga, aby spełniały następujące warunki łącznie:
- 3.3.1. posiadały jednoznaczną nazwę producenta,
 - 3.3.2. posiadały nazwę handlową [Masną],

3.3.4. posiadały co najmniej jedno zakończone wdrożenie [każdy, tj. system realizujący funkcjonalności zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie],

3.3.5. był systemem informatycznym realizującym w dniu złożenia oferty elementy procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 część A do SIWZ. Weryfikacja tego wymogu nastąpi na podstawie próbki, o której mowa w pkt 5.2.”

Tak sformułowany warunek ogranicza konkurencję w przedmiotowym postępowaniu i tym samym narusza art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy. Wskazane przez Zamawiającego wymaganie, zgodnie z którym przedmiotem oferty może być jedynie jednorodne rozwiązanie jednego producenta gotowe na moment składania oferty, prowadzi do tego, że ofertę w przedmiotowym postępowaniu będą mogli złożyć tylko nieliczni z zakwalifikowanych do postępowania wykonawców. Według wiedzy Odwołującego, w chwili obecnej, wymaganie postawione w punkcie 3.3. SIWZ spełniane jest tylko przez produkty dwóch wykonawców zaproszonych do składania ofert w postępowaniu. Postawienie takiego wymagania jest nieuzasadnione także z uwagi na potencjalne potrzeby Zamawiającego, gdyż

Strona 80 z 144

potrzeby te w równym stopniu mogą być zrealizowane poprzez rozwiązanie informatyczne oparte na zintegrowanych ze sobą rozwiązaniach pochodzących od różnych producentów.

Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę na punkt 5.1. lit e) w SIWZ zgodnie z którym: „5.1 Oferta musi zawierać niżej wymienione dokumenty: [...]”

e) wypełniony i podpisany wykaz zrealizowanych wdrożeń w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem jednoznacznej nazwy producenta, nazwy handlowej [własnej], numerem wersji, daty wykonania i odbioru, nazwy podmiotu na rzecz którego wdrożenie zostało zrealizowane wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że wdrożenia te zostały wykonane należycie i systemy realizujące funkcjonalności zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie działały/działają poprawnie – w celu potwierdzenia wymogu, o którym mowa w pkt. 3.3 SIWZ [Załącznik nr 5 do SIWZ]”.

Zapis mimo, że w założeniu ma umożliwić Zamawiającemu weryfikację warunku określonego w punkcie 3.3. SIWZ, to odwołuje się pośrednio do doświadczenia samego wykonawcy we wdrażaniu danego, oferowanego systemu, co już znacząco wykracza poza ramy dopuszczalne przepisami prawa zamówień publicznych. Świadczy o tym zarówno zawarte w powyższym zapisie nawiązanie do okresu prowadzenia działalności jak i wymaganie przedstawienia szczegółowych danych o projekcie wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających wykonanie wdrożenia w sposób należyty, które z uwagi na swój charakter znane i dostępne będą tylko wykonawcy danego projektu lub klientowi, na rzecz którego ten projekt był realizowany. Żądanie przedłożenia wykazu wykonanych wdrożeń na etapie składania ofert w przetargu ograniczonym stanowi naruszenie przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z § 1 ust. 1 pkt 3) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Na etapie składania ofert dopuszczalne jest bowiem badanie oferty w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego [dokumenty określone w § 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów], nie zaś warunków podmiotowych dotyczących wiedzy i doświadczenia na co wskazuje żądanie wykazu wykonanych wdrożeń z § 1 ust. 1 pkt 3) rozporządzenia. Postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego, zatem wszelkie czynności związane z weryfikacją przez Zamawiającego warunków podmiotowych związanych z potencjałem

Strona 81 z 144

i kompetencjami wykonawcy powinny być dokonane na wcześniejszym etapie tego postępowania. Na etapie oceny ofert Zamawiający nie jest już uprawniony ani do stawiania dodatkowych wymagań wykonawcy związanych z oczekiwaniem, że oferowany system był wdrażany przez samego wykonawcę, ani do weryfikacji spełniania przez Wykonawcę

postawionych warunków udziału w postępowaniu.

Wymaganie opisane przez Zamawiającego w punkcie 3.3.3. dotyczące podania numeru wersji wdrożonego oprogramowania jest niejednoznaczne oraz w większości przypadków również niewykonalne. Od chwili wdrożenia, wersja systemu jak i wersja jego komponentów jest zmienna w wyniku zabiegów administracyjnych np. poprzez instalowanie patch'y, update'ów lub upgrade'ów. Niektóre zmiany mogą również zachodzić w wyniku ustawień systemowych [jak np. automatyczna aktualizacja wykonywana przez Microsoft Windows]. W związku z powyższym zadeklarowanie w ofercie wersji konkretnych produktów, która była by pewna i niezmienna jest niemożliwe – informacja pozyskana w danej chwili [np. w określonej godzinie dnia przygotowywania oferty] może być nieaktualna już w dniu następnym na co oferenci nie mają wpływu.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania treści SIWZ poprzez:

(i) nadanie następującej treści postanowieniu punktu 3.3. SIWZ: „3.3. Zamawiający nie dopuszcza oferowania systemów prototypowych, tj. systemów realizujących funkcjonalności zarządzania majątkiem sieciowym lub gospodarką nieruchomościami lub zarządzania pracą brygad w terenie, które nie istnieją w dniu złożenia oferty i wymaga, aby każdy z nich spełniał następujące warunki łącznie:

3.3.1. posiadał jednoznaczną nazwę producenta,

3.3.2. posiadał nazwę handlową [własną],

3.3.3. posiadał co najmniej jedno zakończone wdrożenie [każdy, tj. system realizujący funkcjonalności zarządzania majątkiem sieciowym lub gospodarką nieruchomościami lub zarządzania pracą brygad w terenie].”,

(ii) nadanie następującej treści postanowieniu punktu 5.1 lit e) w SIWZ: „e) oferta powinna zawierać wypełniony i podpisany wykaz wdrożeń oferowanego Systemu z podaniem jednoznacznych nazw producentów komponentów Systemu, ich nazw handlowych

Strona 82 z 144

[własnych], oraz nazw podmiotów [użytkowników] — w celu potwierdzenia wymogu, o którym mowa w pkt. 3.3 SIWZ. Wdrożenie rozumiane jest jako instalacja systemów realizujących funkcjonalności zarządzania majątkiem sieciowym lub gospodarki nieruchomościami lub zarządzania pracą brygad w terenie, bez względu na podmiot świadczący usługę wdrożenia.”

b) W Załączniku nr 5 do SIWZ w § 2 ust. 4 pkt 4.4., oraz § 21 ust. 5, 6, 9 Zamawiający określił, że jednym z elementów Przedmiotu Umowy będzie też udzielenie licencji na Elementy Licencjonowane przez wykonawcę.

Powyższe uregulowanie oznacza zawężenie przez Zamawiającego możliwości spełnienia świadczenia, w zakresie udzielenie licencji na Elementy Licencjonowane, wyłącznie do udzielenia tej licencji przez Wykonawcę, z wyłączeniem możliwości zapewnienia przez Wykonawcę jej udzielenia przez podmiot uprawniony [np. producenta oprogramowania] bezpośrednio na rzecz Zamawiającego. Tak sformułowany opis przedmiotu zamówienia narusza art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż sposób nieuzasadniony ogranicza konkurencję w Postępowaniu tylko do produktów licencjonowanych w modelu opisanym przez Zamawiającego.

Takie ograniczenie nie może być uzasadnione także potrzebami Zamawiającego, gdyż drugi z modeli licencjonowania polegający na zobowiązaniu Wykonawcy do zapewnienia udzielenia licencji na rzecz Zamawiającego bezpośrednio przez podmiot uprawniony jest powszechnie stosowany w obrocie, w tym w zamówieniach publicznych, oraz model ten pozwala Zamawiającemu na uzyskanie uprawnień licencyjnych analogicznych jak te uzyskiwane w modelu opisanym przez Zamawiającego.

Odwolujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania treści SIWZ poprzez dodanie w § 2 nowego ustępu 8 o następującym brzmieniu: „Ilekroć w Umowie mowa jest o udzieleniu licencji przez Wykonawcę, zobowiązanie to może być wykonane przez Wykonawcę także poprzez zapewnienie udzielenia takiej licencji przez podmiot uprawniony na rzecz Zamawiającego.”

c) W Rozdziale II SIWZ w punkcie pkt. 3.3. Zamawiający określił, że wymaga udzielenia licencji korporacyjnej dla

nieograniczonej liczby użytkowników stacjonarnych.

Tak sformułowane wymaganie prowadzi do naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy z uwagi na to, że większość rozwiązań jakie można zaoferować w postępowaniu nie jest licencjonowana w oparciu o nieograniczoną ilość użytkowników.

Strona 83 z 144

Wskazane wymaganie stawia w lepszej sytuacji podmioty będące producentami oprogramowania, które biorą udział w postępowaniu.

Ponadto wymaganie to nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego ponieważ w SIWZ Zamawiający określił maksymalną ilość użytkowników mobilnych na poziomie 2 500 [pkt 3.4. OPZ Rozdział II SIWZ] oraz maksymalną ilość użytkowników stacjonarnych 1 000 [pkt 6. OPZ Rozdział II SIWZ]. Oznacza to, że żądanie licencjonowania oprogramowania w oparciu o nieograniczoną ilość użytkowników jest zbędne, ponieważ Zamawiający potrafi określić maksymalną ilość użytkowników mobilnych i użytkowników stacjonarnych. Pozostawienie obecnego zapisu ogranicza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, ponieważ część z producentów oprogramowania standardowego nie udziela licencji na nieograniczoną/nieokreśloną liczbę użytkowników.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu określenia w SIWZ maksymalnej ilości użytkowników mobilnych i użytkowników stacjonarnych we wszystkich środowiskach Systemu.

d) W punkcie 5.2 SIWZ Zamawiający określił, iż: *„W celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia realizuje elementy procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A do SIWZ oraz spełnia wymagania zadeklarowane przez Wykonawcę w Ofercie zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część B do SIWZ, Wykonawca winien złożyć wraz z Ofertą próbkę oferowanego Systemu dla wspomagania zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie.”*

Tak sformułowany zapis SIWZ narusza w ocenie Odwołującego art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy. Zdefiniowana przez Zamawiającego w punkcie 5.2 SIWZ Próbką, której funkcjonalności i wymagania opisane zostały w Załączniku nr 4 do SIWZ, odnosi się do wszystkich trzech obszarów Systemu będącego przedmiotem zamówienia tzn. zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie. Fakt, iż Zamawiający wymaga dostarczenia systemu scentralizowanego, przekłada się na potrzebę instalacji całego oferowanego Systemu tzn. trzech podsystemów funkcjonalnych w ramach dostarczanej Próbką. Tak zdefiniowana przez Zamawiającego Próbką wymaga zakupu oprogramowania, zainstalowania i skonfigurowania go oraz wprowadzenia danych startowych. Zamawiający określił część oprogramowania, które zamierza przetestować już na etapie składania ofert – weryfikacja 84 wymagań w wersji standardowej Systemu podlegających ocenie wraz z elementami procesów. Zamawiający

Strona 84 z 144

w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia wymaga przeprowadzenie wdrożenia w terminie 26 miesięcy od dnia podpisania umowy o udzielenie zamówienia [punkt 4.1.1. SIWZ] i dopiero wówczas System musi spełnić 255 wymagań [opisanych w Załączniku nr 4 Część C]. Zatem próbka, która musi być przygotowana na termin składania ofert tj. 7 grudnia 2015, musi spełniać 33% wymagań gotowego Systemu, który będzie wdrażany dopiero po 26 miesiącach. Jest to wymóg, który uniemożliwia złożenie oferty wykonawcom, którzy posiadają wieloletnie doświadczenie w budowie i wdrożeniach systemów informatycznych, ale na etapie składania ofert nie dysponują gotowym rozwiązaniem w pełni odpowiadającym szczegółowym wymogom Zamawiającego. Dostosowanie próbki do wymagań Zamawiającego na etapie, który nie gwarantuje uzyskania przedmiotowego zamówienia, byłoby bardzo pracochłonne i kosztowne, a Zamawiający może zweryfikować czy Wykonawca dysponuje odpowiednim do realizacji przedmiotu zamówienia oprogramowaniem weryfikując ułamek [ok. 5%] postawionych wymagań, nie zaś 33%. Jest to żądanie, które utrudnia dostęp do przedmiotowego zamówienia szerokiemu kręgowi wykonawców, ograniczając możliwość złożenia oferty do wykonawcy, który posiada już oprogramowanie „uszyte na miarę” Zamawiającego. Na analogicznym stanowisku stanęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 2340/10 „Izba uznała, że zamawiający naruszył przepisy. Wprawdzie możliwość żądania próbki jest przewidziana w § 5 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia

w sprawie rodzajów dokumentów, jednak sformułowane przez zamawiającego wymagania dotyczące zawartości próbki oraz zasad i konsekwencji jej oceny, w sposób rażąco godzą w zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Izba uznała, że żądanie próbki w odniesieniu do systemu informatycznego, który ma dopiero powstać, spełniającej opisane wymagania zamawiającego, narusza prawa wykonawców. Izba zważyła, że zamawiający wymagał już na etapie składania ofert licznych funkcjonalności, które, wbrew twierdzeniom podnoszonym na rozprawie, nie dotyczą jedynie poszczególnych modułów powszechnie dostępnych na rynku, lecz systemu, jako całości. Do takich wniosków skłoniła Izbę analiza wymagań zawartych w scenariuszu do próbki systemu oraz oświadczeń zamawiającego złożonych na rozprawie.”.

Zamawiający zażądał, aby próbka Systemu została złożona na laptopie i zawierała instrukcję korzystania z tej próbki, która w sposób jednoznaczny umożliwi Zamawiającemu samodzielną weryfikację próbki. Instrukcja ta powinna zawierać zrzuty ekranów stanowiące opis kolejnych czynności związanych z uruchomieniem próbki i weryfikacją procesów określonych w Części A Załącznika nr 4 oraz wszystkich zadeklarowanych przez Wykonawcę funkcjonalności określonych w Części B Załącznika nr 4. Konieczne jest zatem stworzenie

Strona 85 z 144

bardzo precyzyjnego opisu 84 wymagań w stosunku do 255 oczekiwanych od docelowego Systemu.

Tak opisane wymagania dotyczące udowodnienia spełnienia wymagań funkcjonalnych oferowanego Systemu, implikują potrzebę stworzenia precyzyjnego prototypu Systemu, który łączy dostępne funkcjonalności Systemu w ramach obsługi procesów zaimplementowanych u różnych użytkowników systemu. Proces ich agregacji do jednej instalacji ze względu na wzajemne zależności składników systemu jest procesem złożonym i pracochłonnym. Pociąga to za sobą konieczność stworzenia przez Wykonawców projektu technicznego dla prototypu [próbki], zaimplementowania go i wytworzenia specyficznej dokumentacji użytkownika, przy użyciu której Zamawiający będzie dokonywał weryfikacji spełnienia wymogów, bez wcześniejszego przejścia niezbędnych szkoleń w obsłudze systemu i technologii wykonawcy. Standardowy czas przygotowania użytecznej dokumentacji liczony jest w takiej sytuacji w miesiącach, a nie w dniach.

Udostępnienie próbki Zamawiającemu bez naruszania autorskich praw majątkowych właścicieli tych praw, wiąże się również z koniecznością zapewnienia odpowiednich licencji dla wszystkich komponentów oferowanego Systemu, w szczególności pochodzących od dostawców zewnętrznych [System zawierający 84 wymagania z 3 obszarów: zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie, oprogramowanie standardowe – systemowe i bazodanowe]. Wiąże się to z czasem niezbędnym do ich pozyskania i wysokimi kosztami, które musi ponieść wykonawca w celu opracowania kompletnej próbki. Biorąc pod uwagę, że system pracuje w architekturze wielowarstwowej, to wymaga tym samym udostępnienia w ramach próbki licencji serwerowych, które są wielokrotnie droższe od licencji na urządzenie. Z uwagi na zapis art. 97 ust. 1 ustawy czas ważności licencji należy zabezpieczyć na okres 4 lat.

Odwolujący wnioskował o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania treści SIWZ poprzez: [i] modyfikację punktów od 5.2.1. do 5.2.10. SIWZ w sposób umożliwiający przeprowadzenie prezentacji Próbką przez wykonawcę, poprzez wykreślenie obecnego punktu 5.2.5 i nadanie pozostałym punktom brzmienia: „5.2.1 *Próbka Systemu dla wspomagania zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie w postaci filmu nagranego przez Wykonawcę zawierającego prezentację wymagań określonych w SIWZ, musi być zapisana na płycie*

Strona 86 z 144

CD/DVD [2 egz.], którą Wykonawca musi złożyć wraz z Ofertą. Próbka może zawierać Wykonawca może złożyć tylko jeden zestaw filmów.

5.2.2 płyty CD/DVD muszą być opakowane i oznaczone zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt 7 SIWZ.

5.2.3 Zamawiający wymaga, aby dostarczone płyty CD/DVD z nagranymi filmami były

sprawne i pozwalały na uruchomienie i samodzielną weryfikację próbki przez Zamawiającego bez udziału Wykonawcy. Brak możliwości uruchomienia przez Zamawiającego co najmniej jednej z kopii z nagranych próbką jest podstawą do odrzucenia oferty.

5.2.4 Wykonawca umożliwi Zamawiającemu samodzielne korzystanie ze zdeponowanej próbki. Wykonawca umożliwi Zamawiającemu dostęp do próbki w taki sposób, aby możliwa była samodzielna weryfikacja przez Zamawiającego, realizacji elementów procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A do SIWZ oraz wymagań zadeklarowanych przez Wykonawcę w Ofercie zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część B do SIWZ;

5.2.5 usunąć

5.2.6 podczas samodzielnego korzystania ze zdeponowanej próbki, Zamawiający dokona weryfikacji, czy oferowany przez Wykonawcę System dla wspomagania zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie realizuje elementy procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A do SIWZ oraz spełnia wymagania zadeklarowane przez Wykonawcę w Ofercie zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część B do SIWZ;

5.2.7 w związku z prowadzoną weryfikacją, o której mowa w ppkt. 5.2.6, Zamawiający może, w wyznaczonym przez siebie terminie, wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących weryfikowanej próbki;

5.2.8 jeżeli podczas weryfikacji, o której mowa w ppkt. 5.2.6, dojdzie do stwierdzenia, iż weryfikowana próbka nie realizuje elementów procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A do SIWZ, Oferta Wykonawcy zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp;

5.2.9 płyty CD/DVD z zainstalowaną próbką jest częścią Oferty i nie podlega uzupełnieniu;

5.2.10 płyty CD/DVD z zainstalowaną próbką Wykonawcy, który złożył ofertę Strona 87 z 144

najkorzystniejszą, Zamawiający, zgodnie z art. 97 ust. 1 ustawy Pzp, przechowuje jako załącznik do protokołu przez okres 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, w sposób gwarantujący jego nienaruszalność;”

[ii] lub w przypadku, gdy wprowadzenie modyfikacji i określonej w punkcie [i] powyżej nie będzie możliwe, wówczas alternatywnie do żądania z tego punktu Odwołujący wniósł o modyfikację punktów od 5.2.3. do 5.2.8. SIWZ w sposób umożliwiający przeprowadzenie prezentacji Próbką przez wykonawcę poprzez usunięcie obecnego punktu 5.2.6 zaś pozostałym punktom nadanie brzmienia: „5.2.3. Wykonawca we własnym zakresie powinien zabezpieczyć środowiska programowe na przekazanym komputerze z zainstalowaną próbką w celu zapewnienia ochrony dostępu i modyfikacji [np. ochrona hasłem]. Zamawiający wymaga, aby dostarczony komputer z zainstalowaną próbką był sprawny i pozwalał na uruchomienie i dokonanie przez Wykonawcę prezentacji w oparciu o scenariusz Zamawiającego będący załącznikiem do SIWZ, w terminie określonym w SIWZ Brak możliwości uruchomienia komputera z zainstalowaną próbką jest podstawą do odrzucenia oferty.

5.2.4 Wykonawca przeprowadzając prezentację umożliwi Zamawiającemu weryfikację realizacji elementów procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A do SIWZ oraz wymagań zadeklarowanych przez Wykonawcę w Ofercie zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część B do SIWZ.

5.2.5 W celu weryfikacji, o której mowa w ppkt. 5.2.4, Wykonawca przeprowadzi prezentację Systemu na komputerze z zainstalowaną próbką. Prezentacja będzie przeprowadzona w języku polskim. Rola Wykonawcy jest takie zaprezentowanie Systemu, aby umożliwić Zamawiającemu dokonanie weryfikacji zadeklarowanych funkcjonalności i procesów.

5.2.6. punkt intencjonalnie zostawiony pusty

5.2.7 W związku z prowadzoną weryfikacją, o której mowa w ppkt. 5.2.4, Zamawiający może, w wyznaczonym przez siebie terminie, wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących weryfikowanej próbki;

5.2.8 Jeżeli podczas weryfikacji, o której mowa w ppkt. 5.2.4, dojdzie do stwierdzenia, iż weryfikowana próbka nie realizuje elementów procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A do SIWZ, Oferta Wykonawcy zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy

Strona 88 z 144

Pzp;”

[iii] modyfikację treści Załącznika nr 4 Część B do SIWZ poprzez ograniczenie liczby wymagań badanych w ramach sprawdzania Próbkę do 5% wymagań gotowego Systemu.

[iv] przesunięcie terminu składania ofert do dnia 15 stycznia 2016 r. z uwagi na konieczność wydłużenia czasu niezbędnego na przygotowanie Próbkę.

II. Co do zarzutów dotyczących umieszczenia w treści SIWZ postanowień pozostających w sprzeczności z właściwością stosunku cywilnoprawnego i zasadami współżycia społecznego, a więc wykraczających poza dopuszczoną przez ustawodawcę granicę swobody umów i tym samym naruszających art. 353 § 1 k.c. w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, naruszających art. 5 k.c. i art. 58 k.c. w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, naruszających art. 365 § 1 k.c. w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, naruszających art. 387 § 1 k.c. w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także naruszających art. 41 ust. 4 oraz art. 68 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący podał, że zarówno zgodnie z poglądem doktryny jak i orzecznictwem w zakresie prawa zamówień publicznych, wykonawca jest uprawniony do wniesienia odwołania na treść specyfikacji w tym także na będące jej częścią postanowienia umowy. Odwołanie takie może być oparte zarówno na bezpośrednim naruszeniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jak i na naruszeniu przepisów kodeksu cywilnego w związku z brzmieniem art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający umieścił w SIWZ szereg postanowień, które w sposób rażąco naruszają zasady równości stron umowy, kształtując ich prawa i obowiązki w sposób dalece niesymetryczny, takie zaś określenie przedmiotu zamówienia narusza zasady współżycia społecznego, pozostaje w sprzeczności z właściwością stosunku cywilnoprawnego i prowadzi do naruszenia art. 5 k.c., art. 58 k.c. i art. 353 § 1 k.c. Powyższe potwierdza zarówno orzecznictwo sądów jak i wyroki Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach:

a) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 grudnia 2011 r. sygn. akt KIO 2649/11 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 18 października 2010 r. sygn. akt KIO 2175/10: „Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji istotnych warunków, która w swej treści zawierać powinna istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub jej wzór.

Strona 89 z 144

Tak więc to Zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy. Nie oznacza to jednak że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje.”;

b) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 marca 2011 r. sygn. akt KIO 475/11: „Zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do ukształtowania postanowień umownych Wskazuje na to wyraźnie brzmienie przepisu art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy P.z.p.: jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art. 353 § 1 Kodeksu cywilnego dowolnie sformułować postanowienia umowne w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb. Jednakże, zgodnie z ogólnymi zasadami prawa cywilnego, którego ustawa P.z.p. jest częścią nie można prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to m.in. z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego. zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno - gospodarczym

przeznaczeniem tezo prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony".

Zamawiający naruszył wskazane przepisy poprzez następujące sformułowanie treści SIWZ:

a) W Załączniku nr 5 do SIWZ w § 24 ust. 7 Zamawiający zastrzegł, że: *„Zamawiający ma prawo do odstąpienia od Umowy bez podania jakiegokolwiek przyczyny, w tym również w sytuacji, gdy Wykonawca wykonuje Umowę należycie, w każdym momencie jej obowiązywania.”.*

Powyższe postanowienie wprowadza uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od umowy w dowolnym momencie po jej zawarciu, czyli nawet na samym początku jej realizacji. Co więcej, zastrzeżone prawo do odstąpienia Zamawiający może zrealizować nawet w sytuacji należytego wykonywania umowy przez wykonawcę, gdyż oparte jest ono wyłącznie na jego jednostronnej, arbitralnej decyzji. Tak sformułowane uprawnienie Zamawiającego oznacza, iż wykonawca przystępując do złożenia oferty, a w konsekwencji do zawarcia umowy i jej realizacji nie może być pewny tego, że będzie mógł zrealizować jakąś określoną część prac. Takie podejście narusza art. 353 § 1 kc w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także z uwagi na pozycję Zamawiającego jako

Strona 90 z 144

„gospodarza” procedury przetargowej stanowi naruszenie także art. 5 kc i art. 58 k.c. w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tak określone uprawnienie będzie naruszało także art. 7 i art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Kwestie dowolności w rozwiązywaniu stosunku prawnego powstałego na skutek zawarcia umowy w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz możliwości dowolnego jednostronnego modyfikowania zakresu świadczeń przez Zamawiającego podejmowała w swym orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza, która odrzucała taką możliwość. Jako przykład Odwołujący przytoczył:

[i] wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 stycznia 2014 r. w sprawie o sygn. KIO 24/14 w którym skład orzekający Izby stwierdził: *„Cechą tego stosunku zobowiązaniowego jest trwałość, rozumiana w ten sposób, że ustawa nie przewiduje możliwości dowolnego rozwiązywania tego stosunku przez żadną ze stron. Jest to całkowicie zrozumiałe, biorąc pod uwagę, iż wykonawcy mogą racjonalnie skalkulować cenę, wysokość opłat oraz inne parametry finansowe, a także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem [w tym ryzyko czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekomensowane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy], jedynie wówczas, gdy mogą przewidzieć, przez jaki odcinek czasu strony umowy pozostaną nią związane.”.* „Odwołujący słusznie kwestionował warunek zastrzeżony jedynie na rzecz zamawiającego, że „Zamawiający uprawniony jest do wcześniejszego wypowiedzenia Umowy przy zachowaniu 3 - miesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego, a przy tym „ Wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia z tytułu wcześniejszego rozwiązania Umowy przez Zamawiającego. Wykonawca musi mieć pewność – wynikającą z oszacowania kosztów i zysków, opartych na założeniu świadczenia usługi przez przewidziany w umowie czas – rentowności tego kontraktu, przy zdefiniowanym przynajmniej minimalnym gwarantowanym zakresie tego zamówienia.”. Przedmiotem rozstrzygnięcia w powyższym wyroku było co prawda zastrzeżone przez zamawiającego prawo do wypowiedzenia ale orzeczenie to w pełni jest także adekwatne do sytuacji, w której zamawiający zastrzega sobie prawo odstąpienia od umowy bez powodu, tak jak to zostało zastrzeżone w przedmiotowym postępowaniu.

[ii] wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 maja 2014 r. w sprawie o sygn. KIO 809/14 w którym skład orzekający Izby stwierdził: *„W ocenie Izby takie ukształtowanie przedmiotu zamówienia w zakresie ilościowym jest niezgodne z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który zobowiązuje do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz z uwzględnieniem wszystkich*

Strona 91 z 144

wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Postanowienia zamieszczone we wzorze umowy nie odpowiadają tym wymaganiom. nie dają bowiem

wiedzy co do zakresu ilościowego zamówienia lub przyczyn uzasadniających jego zmniejszenie.”; „Podkreślić należy, że opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty, obliczenie ceny zamówienia i przygotowanie jego realizacji z uwzględnieniem wszystkich wpływających na to czynników. Daleko idąca, oparta na nieostrych przesłankach możliwość rezygnacji przez Zamawiającego z dostaw będących przedmiotem umowy, utrudnia wycenę zamówienia i przerzuca na wykonawców całe ryzyko wynikające z niepodlegających żadnej kontroli decyzji Zamawiającej”; „Niemniej jednak nie można zaakceptować postanowień umowy dających Zamawiającemu całkowitą, nieograniczoną pod względem ilościowym i pozostającą poza wszelką kontrolą dowolność w podjęciu decyzji o zmniejszeniu zakresu dostaw będących przedmiotem zamówienia.”.

Dopuszczenie możliwości zastrzeżenia przez zamawiającego uprawnienia do odstąpienia od umowy o zakresie określonym w SIWZ dawało by także zamawiającemu możliwości manipulowania wynikiem postępowania. W sytuacji bowiem, gdyby w postępowaniu jako najkorzystniejsza wybrana została oferta wykonawcy, którego z jakichś przyczyn zamawiający nie chciałby dopuścić do wykonania zamówienia, Zamawiający mógłby po zawarciu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, do czego byłby zobowiązany, odstąpić od takiej umowy nie podając w ogóle powodów takiego działania. W konsekwencji pozostawienie takiego zapisu w SIWZ może też pośrednio prowadzić do naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dopuszczenie takiej możliwości prowadziłoby też do obejścia prawa. W obecnym stanie prawnym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się bądź to w wyniku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, bądź w wyniku unieważnienia tego postępowania. Dopuszczenie tak szerokiej i otwartej możliwości odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego prowadziło by w praktyce po obejścia przepisów regulujących powyższe kwestie.

Odwolujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do zmiany SIWZ poprzez wykreślenie postanowienia § 24 ust. 7 w załączniku nr 5 do SIWZ.

b) W Załączniku nr 5 do SIWZ w § 1 Zamawiający zawarł definicję Elementów Licencjonowanych określając: „Elementy Licencjonowane – wszelkie utwory w rozumieniu przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, które są dostarczane przez Wykonawcę lub powstaną w ramach realizacji Przedmiotu Umowy, za wyjątkiem Elementów

Strona 92 z 144

Autorskich. Przez Elementy Licencjonowane rozumie się również powyżej wskazane utwory w formie nieukończonych, a także ich wszelkie szkice, wzory, wersje testowe itp.”. Zgodnie z powyższą definicją Elementy Licencjonowane mogą obejmować zarówno utwory wytworzone przez Wykonawcę w ramach realizacji Przedmiotu Umowy [nie będące Elementami Autorskimi], jak i utwory gotowe, standardowe istniejące już w chwili zawarcia Umowy, w tym utwory osób trzecich. W odniesieniu do tej drugiej grupy utworów wskazać należy, iż Wykonawca nie jest podmiotem posiadającym majątkowe prawa autorskie, a zatem w zakresie warunków, na jakich mogą być udzielane licencje na te utwory, zależny jest od tego, na jakich warunkach te utwory licencjonowane są przez osoby trzecie do tego uprawnione.

W Załączniku nr 5 do SIWZ w § 21 ust. 5 i następnych Zamawiający określił specyficzne warunki licencyjne, na których Wykonawca zobowiązany jest udzielić licencji lub sublicencji, w tym określił tam pola eksploatacji takie jak: „ *tłumaczenie, przystosowywanie, zmiany układu lub jakiegokolwiek inne zmiany w programie komputerowym*”, „*rozpowszechnianie, w tym użyczenie lub najem, programu komputerowego lub jego kopii*”, „*w zakresie obrotu oryginałem albo egzemplarzami, na których utwór utrwalono – wprowadzanie do obrotu, użyczenie lub najem oryginału albo egzemplarzy*”, „*w zakresie rozpowszechniania utworu w sposób inny niż określony w punkcie poprzedzającym – publiczne wykonanie, wystawienie, wyświetlenie, odtworzenie oraz nadawanie i reemitowanie, a także publiczne udostępnianie utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym oraz udostępnianie Dokumentacji osobom upoważnionym do wykonywania czynności związanych z obsługą Systemu, jego serwisem lub naprawą także w związku z prowadzeniem szkoleń wewnętrznych wśród pracowników lub współpracowników Zamawiającego albo podmiotów współdziałających z Zamawiającym*”, „*w zakresie przystosowywania, tłumaczenia, opracowywania lub dokonywania innych zmian, niezbędnych dla prawidłowego korzystania z Systemu przez Zamawiającego*”. Uzyskanie licencji na warunkach licencyjnych określonych

w § 21 ust. 5 i następne w Załączniku nr 5 do SIWZ, w odniesieniu do utworów istniejących w chwili zawierania Umowy lub takich, które powstaną w trakcie Umowy ale stanowią rozbudowę lub modyfikację powyższych utworów [np. patche do oprogramowania], w tym do oprogramowania standardowego osób trzecich lub innych utworów standardowych, w pewnych sytuacjach będzie miało charakter zobowiązania niemożliwego do spełnienia. Bez względu bowiem na to, czy omawiane utwory podmiotów trzecich będą udostępniane, jako oprogramowanie zamknięte, czy też tzw. oprogramowanie otwarte, wykonawca nie będzie

Strona 93 z 144

miał wpływu na sposób licencjonowania danego utworu określony przez jego autora. Tym samym wykonawca nie będzie mógł obiektywnie spełnić warunków licencyjnych określonych w skarżonym § 21 ust. 5 i następne. Obecna redakcja § 21 w Załączniku nr 5 do SIWZ stoi zatem w sprzeczności z art. 387 § 1 kc stosowanym poprzez art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wymagania postawione przez Zamawiającego w § 21 ust. 5 i następne w Załączniku nr 5 do SIWZ w znacznie lepszej sytuacji stawiają producentów oprogramowania biorących udział w postępowaniu, gdyż w odniesieniu do własnego oprogramowania będą oni w stanie zaoferować warunki licencyjne, jakich uzyskanie nie jest możliwe przez Odwołującego u osób trzecich dystrybuujących produkty konkurencyjne. Tym samym wymagania zawarte w § 21 w Załączniku nr 5 do SIWZ, w zakresie, w jakim dotyczą one licencji na utwory istniejące w chwili zawierania umowy lub takie, które powstaną w trakcie umowy ale stanowią rozbudowę lub modyfikację powyższych utworów [np. patche do oprogramowania], w tym licencji do oprogramowania standardowego osób trzecich lub innych utworów standardowych, prowadzą także do naruszenia art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na to, że takie określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia powoduje wyłączenie możliwości zaoferowania znaczącej części oprogramowania standardowego. Analogiczne zastrzeżenia budzi wymaganie w § 22 zobowiązanie do zdeponowania kodów źródłowych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany SIWZ poprzez:

[i] dodanie w § 21 ustępu 18 o treści: „*Postanowienia ustępów 5–17 powyżej nie dotyczą utworów dostarczonych przez Wykonawcę, które istniały w chwili podpisywania Umowy, lub też powstały w trakcie jej realizacji ale stanowią rozbudowę bądź modyfikację powyższych utworów, w tym do utworów standardowych osób trzecich. W odniesieniu do powyższych utworów zastosowanie będą miały warunki licencji określone przez podmioty uprawnione do licencjonowania tych utworów.*”;

[ii] dodanie w § 22 ustępu 6 o treści: „*Postanowienia ustępów powyższych nie dotyczą utworów dostarczonych przez Wykonawcę, które istniały w chwili podpisywania Umowy, lub też powstały w trakcie jej realizacji ale stanowią rozbudowę bądź modyfikację powyższych utworów, w tym do utworów standardowych osób trzecich.*”

c) W Załączniku nr 5 do SIWZ w § 1 Zamawiający określił definicję Komitetu Sterującego w brzmieniu: „*Komitet Sterujący – organ reprezentujący, na poziomie zarządczym, interesy Zamawiającego i Wykonawcy, związane z realizacją Przedmiotu Umowy, nadzorujący*

Strona 94 z 144

dostarczenie Produktów o wymaganej jakości, zgodnie z uzasadnieniem biznesowym, oraz decydujący o zapewnieniu Projektowi zasobów.”

Zgodnie z powyższą definicją Komitet Sterujący ma być organem reprezentującym zarówno interesy Zamawiającego jak i interesy wykonawcy. Zamawiający w postanowieniach § 8 ust. 1, 2, 4, § 23 ust. 5, 7 w Załączniku nr 5 do SIWZ przewidział szereg kompetencji przyznanych Komitetowi Sterującemu, mających wpływ na wykonanie umowy. Dla przykładu Zamawiający w § 23 ust. 1 w Załączniku nr 5 do SIWZ przewidział, iż: „*Wszelkie zmiany Umowy dokonywane będą przez Strony w ramach Procedury Kontroli Zmian.*” Zamawiający w § 23 ust 5 w Załączniku nr 5 do SIWZ wskazał że: „*Komitet Sterujący podejmuje decyzję w sprawie akceptacji bądź odrzucenia Wniosku o Dokonanie Zmiany.*” Powyższe oznacza, że wszelkie zmiany Umowy są wprowadzane na podstawie decyzji Komitetu Sterującego.

Dalsze kluczowe z punktu widzenia uprawnienia Komitetu Sterującego zawiera też § 8 ust. 4 w Załączniku nr 5 do SIWZ wskazujący, że: „*Komitet Sterujący jest uprawniony do:*
4.1. *podejmowania decyzji we wszystkich sprawach, które prowadzi do zmiany*

Wynagrodzenia należnego Wykonawcy.

4.2. zmiany terminów o których mowa w § 3.

4.3. zmian funkcjonalności Systemu.

4.4. rozstrzygania spraw przekazanych mu do rozstrzygnięcia przez Kierowników Projektu, a wykraczających poza ich kompetencje,

4.5. decydowania o zapewnieniu Projektowi niezbędnych zasobów [m.in. personelu, sprzętu, warunków lokalowych, środków finansowych itp.]”.

Zakres spraw przewidzianych do decyzji Komitetu Sterującego, w sposób bezpośredni dotyczy nie tylko zakresu świadczeń wykonawcy, terminów ich wykonania czy przysługującego wykonawcy wynagrodzenia, ale także samej zmiany umowy.

Mając na uwadze zakres uprawnień Komitetu Sterującego, kluczowym z punktu widzenia wykonawcy jest by zapisy umowy umożliwiały obu stronom umowy kontrolę nad decyzjami podejmowanymi w ramach tego komitetu. Tymczasem Zamawiający w § 8 ust. 5 w Załączniku nr 5 do SIWZ wskazuje,

że: „Decyzje Komitetu Sterującego podejmowane są większością głosów. W przypadku niemożności uzyskania większości, głos decydujący posiada Przewodniczący Komitetu Sterującego.” Zamawiający w § 8 ust. 6 w Załączniku nr 5 do SIWZ przewidział także: „Komitet Sterujący jest władny do podejmowania decyzji

Strona 95 z 144

niezależnie od ilości członków obecnych na posiedzeniu.” Powyższe postanowienia w zestawieniu z liczbą członków Komitetu Sterującego, jakich zgodnie z § 8 ust. 3 w Załączniku nr 5 do SIWZ powołuje każda ze Stron [Zamawiający 4 członków, zaś Wykonawca tylko 2], oznacza iż decyzje w szeregu kluczowych kwestii, związanych z wykonaniem umowy i jej zmianą, może jednostronnie podejmować sam Zamawiający. Takie podejście narusza zarówno art. 353 i kc w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także z uwagi na pozycję Zamawiającego jako „gospodarza” procedury przetargowej stanowi naruszenie także art. 5 kc i art. 58 k.c. w związku z art. 14 ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania treści SIWZ poprzez:

[i] nadanie § 8 ust. 5 w Załączniku nr 5 do SIWZ treści: „Decyzje Komitetu Sterującego podejmowane są większością głosów. W przypadku niemożności uzyskania większości, głos decydujący posiada Przewodniczący Komitetu Sterującego, przy czym do ważności danej decyzji Komitetu Sterującego niezbędne jest oddanie za nią głosu przez co najmniej jednego przedstawiciela każdej ze Stron.”

[ii] nadanie § 8 ust. 6 w Załączniku nr 5 do SIWZ treści: „Komitet Sterujący jest władny do podejmowania decyzji niezależnie od ilości członków obecnych na posiedzeniu, przy czym do ważności decyzji Komitetu Sterującego podjętych na danym posiedzeniu niezbędna jest obecność co najmniej jednego przedstawiciela każdej ze Stron.”

d) Zamawiający w Załączniku nr 5 do SIWZ w § 21 ust. 9 zawarł postanowienie: „Wykonawca udziela licencji na okres 5 lat od dnia Odbioru Końcowego przeprowadzonego na zasadach określonych w Umowie, a po tym okresie licencja przekształca się w licencję udzieloną na czas nieoznaczony i jest niewypowiadalna. Jeżeli powyższy zapis okaże się nieważny lub bezskuteczny z uwagi na bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, licencja może zostać wypowiedziana z zachowaniem 10 - letniego okresu wypowiedzenia, przy czym Wykonawca zobowiązuje się do niewykonywania takiego uprawnienia. W przypadku naruszenia tego zobowiązania Wykonawca:

– zapłaci karę umowną w wysokości 50% Wynagrodzenia w terminie 30 dni od dnia doręczenia Wykonawcy wezwania w tym przedmiocie oraz

– pokryje koszty nabycia przez Zamawiającego nowego systemu informatycznego o funkcjonalności pokrywającej się z funkcjonalnością Systemu.”

Strona 96 z 144

Powyższe postanowienie stanowi naruszenie art. 68 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, zgodnie z którym jeżeli umowa nie stanowi

inaczej a licencji udzielono na czas nieoznaczony, twórca może ją wypowiedzieć z zachowaniem terminów umownych, a w ich braku na rok naprzód. Wprawdzie art. 68 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych rozpoczyna się od zwrotu „jeżeli umowa nie stanowi inaczej” niemniej jednak uznanie na tej podstawie, że można umownie wyłączyć całkowicie prawo do wypowiedzenia licencji nie znajduje uzasadnienia. Przyjmuje się bowiem, że przymus pozostania w stosunku obligacyjnym na czas nieograniczony uznawany jest za nieakceptowalną formę naruszenia wolności człowieka. Dodatkowo, licencja udzielona na podstawie umowy jest świadczeniem o charakterze ciągłym dlatego też wprowadzenie jej nie wypowiedzalności prowadziłoby też do naruszenia art. 365 § 1 k.c., zgodnie z którym zobowiązanie bezterminowe o charakterze ciągłym wygasa po wypowiedzeniu przez dłużnika lub wierzyciela z zachowaniem terminów umownych, ustawowych lub zwyczajowych, a w razie braku takich terminów niezwłocznie po wypowiedzeniu.

Zamawiający wyłączył w kwestionowanym zapisie SIWZ w ogóle prawo do wypowiedzenia licencji, określając że jest ona „niewypowiedzalna”, co oznacza, iż prawo to nie będzie przysługiwało Wykonawcy nawet w przypadku naruszenia licencji lub braku płatności przez Zamawiającego. Takie sformułowanie postanowień SIWZ bez wątpienia narusza także art. 353 § 1 kc wz. Z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także z uwagi na pozycję Zamawiającego jako „gospodarza” procedury przetargowej stanowi naruszenie także art. 5 kc i art. 58 k.c. w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący zwrócił z uwagę na fakt, iż kwestionowany przez niego zapis SIWZ zawiera postanowienia wewnętrznie ze sobą. Z jednej strony bowiem Zamawiający przyznaje Wykonawcy prawo wypowiedzenia licencji z zachowaniem 10 - letniego okresu wypowiedzenia, z drugiej zaś nakłada na Wykonawcę zobowiązanie do niewykonywania takiego uprawnienia. W konsekwencji pierwotnie przyznane prawo do wypowiedzenia licencji nie może podlegać realizacji przez Wykonawcę [chyba

że poniesie z tego tytułu ujemne konsekwencje prawne].

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania treści SIWZ poprzez nadanie § 21 ust. 9 w Załączniku nr 5 do SIWZ brzmienia: *„Wykonawca udziela licencji na okres 5 lat od dnia Odbioru Końcowego przeprowadzonego na zasadach określonych w Umowie, a po tym okresie licencja przekształca się w licencję udzieloną na czas nieoznaczony, która może zostać wypowiedziana z zachowaniem 10 - letniego okresu wypowiedzenia.”*

Strona 97 z 144

e) Zamawiający w Załączniku nr 5 do SIWZ w § 21 ust. 14 zawarł postanowienie, zgodnie z którym: *„W przypadku powstania nowych, nieznanych w chwili zawarcia Umowy pól eksploatacji Systemu Wykonawca zobowiązuje się na pisemny wniosek Zamawiającego do podpisania, w ramach Wynagrodzenia, aneksu do niniejszej Umowy na nowe pola eksploatacji, o ile według uznania Zamawiającego udzielenie takiego prawa będzie konieczne do pełnego wykorzystania funkcjonalności Systemu.”*

Art. 41 ust. 4 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych stanowi, że umowa może dotyczyć tylko pól eksploatacji, które są znane w chwili jej zawarcia, co stanowi bezwzględny zakaz rozszerzania zakresu pól eksploatacji po zawarciu umowy w stosunku do danego utworu. Naruszenie przepisu powoduje nieważność takiego postanowienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ poprzez usunięcie § 21 ust. 14 z Załącznika nr 5 do SIWZ.

III. W zakresie zarzutów dotyczących ograniczenia w korzystaniu z podwykonawców wprowadzonego z naruszeniem art. 36 ust. 5 oraz naruszeniem art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący podał, że w Załączniku nr 5 do SIWZ w § 5 ust. 1 Zamawiający określił ograniczenie dotyczące korzystania z podwykonawcy, uzależniające zmianę podwykonawcy od zgody Zamawiającego: *„Wykonawca nie może powierzyć realizacji całości lub części Przedmiotu Umowy podwykonawcy bez uprzedniej pisemnej zgody Zamawiającego na powierzenie realizacji określonej części bądź całości zamówienia podwykonawcy wskazanemu przez Wykonawcę, Do zawarcia przez podwykonawcę umowy z dalszym podwykonawcą jest wymagana zgoda Zamawiającego i Wykonawcy, udzielona zgodnie z zasadami określonymi w mniejszym paragrafie.”* Uzależnienie skorzystania przez wykonawcę z podwykonawcy od uprzedniej zgody Zamawiającego jest nieuprawnione oraz narusza przepisy prawa zamówień

publicznych. Odwołujący wskazał, że przepisy art. 36 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych jako zasadę obowiązującą w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego określają uprawnienie wykonawcy do korzystania z podwykonawców. Od powyższego prawa art. 36 ust. 5 ustawy przewiduje wyłącznie jeden wyjątek polegający na tym, iż Zamawiający może określić, że niektóre części przedmiotu zamówienia nie mogą być wykonane przy pomocy podwykonawców. Zamawiający korzystając z uprawnienia objętego powyższym wyjątkiem jest zobowiązany do wskazania podstaw do wprowadzenia zakazu wykonania zamówienia podyktowanych specyfiką zamówienia. Poza wspomnianym wyjątkiem przepisy nie przyznają Zamawiającemu dalszych uprawnień do ograniczania

Strona 98 z 144

udziału podwykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z regułami obowiązującymi w prawie każdy wyjątek musi być interpretowany wąsko. Stanowisko to potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyrokach:

a) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2 listopada 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2274/11: „*W zamówieniach publicznych ograniczenie możliwości podwykonawstwa traktowane jest jako wyjątek od zasady. Ponadto, jak wskazuje przepis, ograniczenie podwykonawstwa może nastąpić jedynie w uzasadnionych okolicznościach wynikających ze specyfiki przedmiotu zamówienia. Należy zwrócić przy tym uwagę, iż ograniczenie podwykonawstwa w zamówieniach publicznych wpływa na ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne przez wykonawców, a tym samym na ograniczenie konkurencyjności postępowań o zamówienie publiczne. W związku z powyższym, nieuzasadnione ograniczenie podwykonawstwa stanowi naruszenie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji*”;

b) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11 maja 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 878/11, KIO 901/11: „*Jeżeli zamawiający chciał wprowadzić zakaz podwykonawstwa w ramach jego zamówienia, powinien to wyrazić wprost za pomocą precyzyjnych przyjętych w ustawie i adekwatnych określeń, a nie domagać się wyinterpretowania powyższego z postanowień SIWZ, które do tego się nie odnoszą. Wskazać przy tym należy, iż co do zasady w świetle art. 36 ust. 5 ustawy podwykonawstwo jest dopuszczalne zawsze i w pełnym zakresie. Jedynie w szczególnych sytuacjach w ww. przepisie wskazanych [specyfika przedmiotu zamówienia] zamawiający może je ograniczyć. Tym samym niedopuszczalne jest rozszerzające interpretowanie postanowień SIWZ, z których takie ograniczenie ma wynikać*”;

c) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 18 maja 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 786/10: „*[.] ograniczenie podwykonawstwa ma charakter szczególny i może nastąpić, jedynie w okolicznościach wskazanych w art. 36 ust. 5 ustawy*”.

Zgoda Zamawiającego na danego podwykonawcę, określona w Załączniku nr 5 może być przez Zamawiającego udzielana w sposób zupełnie arbitralny oraz wyłącznie na podstawie subiektywnej oceny Zamawiającego. Jako przykład można tu przytoczyć postanowienia § 5 ust. 7 w Załączniku nr 5 do SIWZ zgodnie, z którymi przesłanką do udzielenia zgody jest ocena przez Zamawiającego bliżej niesprecyzowanych kompetencji i potencjałów podwykonawcy. Na podstawie tak otwartych zapisów Zamawiający zawsze będzie mógł

Strona 99 z 144

odmówić zgody stwierdzając arbitralnie, że potencjalny podwykonawca w jego ocenie nie ma wystarczającego potencjału czy kompetencji. Takie podejście jest tym bardziej niezasadne, że za danego podwykonawcę oraz za wykonanie przedmiotu umowy odpowiada cały czas Wykonawca i to on powinien mieć kompetencje do oceny czy przy wykorzystaniu danego podwykonawcy jest w stanie lub nie wykonać Przedmiot Umowy. Ponadto we wskazanym § 5 ust. 7 w Załączniku nr 5 do SIWZ Zamawiający postawił też szereg zupełnie nieuzasadnionych i nieprecyzyjnych wymagań jakie muszą być spełnione przez wykonawcę przy występowaniu o udzielenie przez Zamawiającego zgody na podwykonawcę. We wskazanych zapisach Zamawiający zobowiązuje wykonawcę np. do przedstawienia bliżej nieokreślonych „innych niezbędnych dokumentów”, do przedstawiania wykazu wszystkich dostaw i usług wykonanych przez podwykonawcę [nie precyzując nawet zakresu

przedmiotowego dostaw i usług które go interesują], do przedstawienia wykazu osób biorących udział w realizacji przedmiotu umowy oraz przypisania im zakresu wykonywanych przez nie czynności.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania treści SIWZ poprzez:

a) nadanie § 5 ust. 1 w Załączniku nr 5 do SIWZ następującej treści: „Wykonawca może powierzyć realizację całości lub części Przedmiotu Umowy podwykonawcy za uprzednim powiadomieniem Zamawiającego, w którym określi on nazwę podwykonawcy oraz zakres świadczeń, jaki potencjalnie zamierza powierzyć do wykonania temu podwykonawcy. Powyższa reguła ma także zastosowanie do dalszego podwykonawstwa.”;

b) wykreślenie § 5 ust. 6 – 9 w Załączniku nr 5 do SIWZ.

c) wykreślenie punktów 18.5 i 18.6 w SIWZ.

W odniesieniu do zarzutu opisanego w punkcie II podpunkt 4 lit a) uzasadnienia odwołania Odwołujący w piśmie z 9 grudnia 2015 r. podał,

że Zamawiający w zmianach SIWZ przekazanych Odwołującemu w dniu 7 grudnia 2015 r. dokonał zmiany § 24 ust. 7 w Załączniku nr 5 do SIWZ poprzez następujące sformułowanie tego postanowienia: „Zamawiający, na zasadzie art. 395 Kodeksu cywilnego, jest uprawniony odstąpić od Umowy w terminie wskazanym w ust. 9, w tym w szczególności Zamawiający jest uprawniony odstąpić od Umowy po odbiorze Projektu Funkcjonalnego lub po upływie terminu na opracowanie Projektu Funkcjonalnego.” Tak sformułowany zapis SIWZ w dalszym ciągu nie

Strona 100 z 144

spełnia wymagań pzp przewidzianych w art. 29 ust. 1 pzp w związku z art. 7 ust. 1 pzp a także przez to, że daje Zamawiającemu otwarte prawo do odstąpienia od umowy, narusza także pozostałe przepisy wskazane przez Odwołujących w treści odwołania. Treść tego postanowienia w brzmieniu określonym po zmianie SIWZ jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający chce zastrzec dla siebie prawo do odstąpienia od umowy w dowolnym przypadku, nawet w sytuacji niezawinionej przez wykonawcę, w całym okresie poprzedzającym odbiór Etapu III. Wskazuje na to wyrażenie zawarte w zapisie określenie „w szczególności”. Tak sformułowane prawo narusza przepisy wskazane w treści odwołania.

Odwolujący mimo dokonanych przez Zamawiającego modyfikacji SIWZ podtrzymywali postawione w odwołaniu zarzuty poza zarzutem I pkt 4 lit h) odwołania]. Pismem z dnia 9 grudnia 2015 r. [pkt 5 tego pisma] Odwołujący podali, że mając na uwadze zmianę SIWZ oraz fakt, iż uczestnikami Warsztatów Wdrożeniowych określonych w Rozdziale II SIWZ w punkcie pkt. 5.1.1 będą testerzy, czyli z założenia grupa osób mniejsza niż 3500 osób wskazane w kontekście Warsztatów Wdrożeniowych określonych w Rozdziale II SIWZ w punkcie pkt. 5.1.2 oraz pkt 6, Odwołujący cofają zarzut opisany w punkcie I podpunkt 4 lit h) uzasadnienia odwołania i stanowisko to podtrzymywali konsekwentnie w toku postępowania [pismo z 14 grudnia 2015 r. a także stanowisko na posiedzeniu w dniu 15 grudnia 2015 r.]

W zakresie dokonanych zmian SIWZ Odwołujący wskazywał, że zmiany te w sposób wystarczający czynią zadość żądaniu określonymu przez Odwołujących w treści odwołania i satysfakcjonują Odwołujących, jednak prezentował stanowisko co do skutków procesowych takiej czynności, zgodnie z którym fakt dokonania takich zmian po wniesieniu odwołania nie oznacza, że te zarzuty stały się bezprzedmiotowe i nie podlegają ocenie Krajowej Izby Odwoławczej a oznacza przyznanie zasadności zarzutów odwołania, które winno skutkować jego uwzględnieniem. Odwołujący na rozprawie podtrzymywali zarzuty, co do których Zamawiający dokonał zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, uznając, że taka zmiana mimo, że zgodna z intencjami Odwołujących i czyniąca zadość postawionym w odwołaniu postulatom, skoro nie dotyczy wszystkich zarzutów odwołania stanowi przyznanie zasadności zarzutów. Odwołujący podali na posiedzeniu w dniu 7 grudnia 2015 r., że w związku ze zmianą SIWZ, podtrzymują wszystkie zarzuty, poza cofniętym zarzutem, choć za sporne uznaje jedynie zarzuty oznaczone pkt I.4 lit. b, I.4 lit. g, I.6 lit. a, c i d, II.4 lit. a, II.4 lit. b, a także zarzut dotyczący podwykonawstwa [pkt III odwołania]. Na posiedzeniu w dniu 15 grudnia 2015 r. Odwołujący do grupy zarzutów uznanych za bezsporne dołączył jeszcze zarzuty I.4 lit. d odwołania, a także II.4 lit. c.

Strona 101 z 144

II. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, co do zarzutów dotyczących przedmiotu zamówienia, w zakresie Załącznika nr 5 do SIWZ w § 4 ust. 2, gdzie Zamawiający zobowiązuje wykonawcę do wykonania Systemu w sposób zapewniający jego zgodność z regulacjami wewnętrznymi Zamawiającego, że zarzut ten stał się bezprzedmiotowy z uwagi na modyfikację SIWZ dokonaną w dniu 7 grudnia 2015 r. W związku z nowym brzmieniem SIWZ omawiany zarzut należy traktować jako bezprzedmiotowy, gdyż na dzień orzekania przed KIO nie będzie w mocy czynność będąca przedmiotem zaskarżenia.

W zakresie Załącznika nr 5 do SIWZ w § 4 ust. 2 Zamawiający, gdzie zobowiązuje wykonawcę do wykonania Systemu w sposób zapewniający jego zgodność z przepisami prawa na moment Startu Produkcyjnego, Zamawiający wskazał, iż zaskarżony zapis umowny wyznacza kontraktowy rozkład ryzyk związanych ze zmianami stanu prawnego. Oczekiwanie Zamawiającego, co do tego, aby System był zgodny z przepisami prawa na dzień startu produkcyjnego nie jest nadmierne, ani niemożliwe do zrealizowania. Zamawiający wymaga, aby wykonawca jako podmiot profesjonalny i doświadczony w realizacji tego typu zamówień tj. wdrażaniu systemów informatycznych, na bieżąco monitorował zmiany w prawie mające wpływ na przebieg procesów, które będą wspierane przez System docelowy, tak aby na dzień startu produkcyjnego otrzymać System, który zachowuje swoją aktualność ze stanem prawnym. Należy podkreślić, iż takie wymaganie nie powinno być obciążające dla Wykonawców, gdyż jednym z warunków utrzymania oferowanego rozwiązania na rynku, tj. pozyskiwanie przez wykonawców nowych, kolejnych zamówień, wymaga bieżącego dostosowywania oferowanego rozwiązania do obowiązującego prawa,

Zakres wskazanego ryzyka kontraktowego nie jest nieograniczony. Wykonawca ma zapewnioną ochronę prawną wynikającą z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Zgodnie z klauzulą *rebus sic stantibus* [art. 357 § 1 KC] jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca strata, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy.

W zakresie pkt 7.2. w Rozdziale II SIWZ, gdzie Zamawiający określił, że elementem Przedmiotu Umowy będzie wykonanie przez Wykonawcę migracji danych, Zamawiający wskazał, że zarzut ten stał się bezprzedmiotowy z uwagi na modyfikację SIWZ dokonaną

Strona 102 z 144

w dniu 7 grudnia 2015 r. W związku z nowym brzmieniem SIWZ omawiany zarzut należy traktować jako bezprzedmiotowy, gdyż na dzień orzekania przed KIO nie będzie w mocy czynność będąca przedmiotem zaskarżenia.

W zakresie Załącznika nr 5 do SIWZ w § 4 ust. 1, gdzie Zamawiający posługuje się „najwyższej profesjonalnej staranności, właściwej dla wiodących na tynku firm branży IT, z uwzględnieniem najwyższych standardów obsługi wdrożeń systemów informatycznych dla przedsiębiorstw działających w branży energetycznej, przy wykorzystaniu całej posiadanej wiedzy i doświadczenia”;

Zamawiający wskazał, że zarzut ten stał się bezprzedmiotowy z uwagi na modyfikację SIWZ dokonaną w dniu 7 grudnia 2015 r. W związku z nowym brzmieniem SIWZ omawiany zarzut należy traktować jako bezprzedmiotowy, gdyż na dzień orzekania przed KIO nie będzie w mocy czynność będąca przedmiotem zaskarżenia.

W zakresie Załącznika nr 5 do SIWZ w § 16 ust. 8 pkt 8.2, gdzie Zamawiający określił że podstawą odrzucenia Produktu/Zadania/Fazy/Etapu może być też stwierdzenie „znaczej liczby” Wad Nieistotnych Zamawiający wskazał, że zarzut ten stał się bezprzedmiotowy z uwagi na modyfikację SIWZ dokonaną w dniu 7 grudnia 2015 r. W związku z nowym brzmieniem SIWZ omawiany zarzut należy traktować jako bezprzedmiotowy, gdyż na dzień orzekania przed KIO nie będzie w mocy czynność będąca przedmiotem zaskarżenia.

W zakresie punkt 3.7 w Rozdziale II SIWZ [w wymaganiach dotyczących licencji], w ocenie Zamawiającego zarzut jest niezasadny – Zamawiający zdefiniował trzy rodzaje środowisk z przypisaną rolą danego środowiska:

Środowisko produkcyjne – rzeczywiste środowisko informatyczne zapewniające warunki

techniczne eksploatacji Systemu i jego interakcji z systemami zewnętrznymi, wykorzystywane do obsługi bieżącej działalności Zamawiającego.

Środowisko szkoleniowe – środowisko informatyczne umożliwiające pełne odwzorowanie warunków eksploatacji Systemu i jego interakcji z systemami zewnętrznymi, niezależne od Środowiska produkcyjnego wykorzystywane do Warsztatów Wdrożeniowych i szkoleń Użytkowników Systemu.

Środowisko testowe – środowisko informatyczne umożliwiające pełne odwzorowanie warunków eksploatacji Systemu i jego interakcji z systemami zewnętrznymi, niezależne od

Strona 103 z 144

Środowiska produkcyjnego wykorzystywane do testowania nowych wersji Systemu oraz testów integracyjnych. Środowisko testowe nie jest wykorzystywane do obsługi bieżącej działalności Zamawiającego.

W ocenie Zamawiającego, docelowe przeznaczenie środowisk stoi w sprzeczności z wnioskiem Odwołującego. Tylko środowisko produkcyjne będzie wykorzystywane przez Zamawiającego i podmioty uprawnione zgodnie z udzieloną Licencją, w działalności operacyjnej. Pozostałe środowiska informatyczne to środowiska wspomagające, dedykowane do prowadzenia szkoleń użytkowników oraz prowadzenia prac administracyjnych i deweloperskich w odseparowaniu od środowiska produkcyjnego. Z powyższego jednoznacznie wynika, iż nie będą wykorzystywane do celów prowadzenia działalności operacyjnej. Ograniczenia licencyjne proponowane przez Odwołującego mają zdecydowany negatywny wpływ na bezpieczeństwo pracy użytkowników, może wystąpić ryzyko przeszkolenia użytkowników oraz przeprowadzenia odpowiednich testów. Ma to również negatywny wpływ na efektywne prowadzenie działalności.

W zakresie Załącznika nr 5 do SIWZ w § 1, gdzie Zamawiający zdefiniował pojęcie „Błędu” wskazując, iż wyróżnia się 3 klasy Błędów: Błąd krytyczny, Błąd niekrytyczny oraz Usterkę, Z powyższej definicji wynika, iż każda ze wskazanych klas Błędów stanowi tylko inną postać zdarzenia określonego jako „Błąd”. Zamawiający uznał zarzut za niezasadny, podając, że użyte definicje opisują w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty możliwych do wystąpienia błędów.

W Zakresie Rozdziału II SIWZ w punkcie pkt. 5.1.1, gdzie Zamawiający podał, że określił zobowiązanie wykonawcy do przeprowadzenia Warsztatów Wdrożeniowych nie określając jednocześnie liczby osób, które będą brały udział w tych warsztatach. Na obecnym etapie postępowania określenie przez Zamawiającego dokładnej ilości osób niezbędnych do przeprowadzenia Testów Akceptacyjnych nie jest możliwe. Testy Akceptacyjne będą realizowane zgodnie z Planem Testów Akceptacyjnych, a ich zakres będzie bezpośrednio wynikał z wdrażanego rozwiązania informatycznego. Plan Testów Akceptacyjnych będzie określony przez wykonawcę i to wykonawca, jako podmiot realizujący tego typu wdrożenia, na podstawie posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz zapisów zawartych w SIWZ może oszacować zasoby niezbędne do przeprowadzenia Warsztatów Wdrożeniowych pracowników Zamawiającego przewidzianych do udziału w Testach Akceptacyjnych.

Strona 104 z 144

W zakresie Rozdziału II SIWZ pkt. 5.1.2 oraz pkt 6, gdzie Zamawiający określił zobowiązanie Wykonawcy do przeprowadzenia Warsztatów Wdrożeniowych nie określając jednocześnie liczby osób, które będą brały udział w tych warsztatach, zarzut ten stał się bezprzedmiotowy z uwagi na modyfikację SIWZ dokonaną w dniu 7 grudnia 2015 r. W związku z nowym brzmieniem SIWZ omawiany zarzut należy traktować jako bezprzedmiotowy, gdyż na dzień orzekania przed KIO nie będzie w mocy czynność będąca przedmiotem zaskarżenia.

W zakresie Załącznika nr 5 do SIWZ w § 4 ust. 9., gdzie Zamawiający określił zobowiązanie do zawarcia umowy o ubezpieczenia majątkowe związane z realizacją Przedmiotu Umowy zarzut ten stał się bezprzedmiotowy z uwagi na modyfikację SIWZ dokonaną w dniu 7 grudnia 2015 r. W związku z nowym brzmieniem SIWZ omawiany zarzut należy traktować jako bezprzedmiotowy, gdyż na dzień orzekania przed KIO nie będzie w mocy czynność będąca przedmiotem zaskarżenia.

W zakresie pkt 3.3. SIWZ Zamawiający wskazał, że zarzut ten stał się bezprzedmiotowy z uwagi na modyfikację SIWZ dokonaną w dniu 7 grudnia 2015 r. W związku z nowym brzmieniem SIWZ omawiany zarzut należy traktować jako bezprzedmiotowy, gdyż na dzień orzekania przed KIO nie będzie w mocy czynność będąca przedmiotem zaskarżenia.

Zamawiający dokonał zmian w zapisach pkt. 3.3. SIWZ. W związku z powyższym warunki wskazane w SIWZ nie potwierdzają zarzutów Odwołującego. Oferta może obejmować zobowiązanie do dostarczenia i wdrożenia Systemu będącego w chwili składania ofert jednym systemem informatycznym realizującym wsparcie obsługi procesów zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie; ale również mogą być to dwa lub nawet trzy odrębne systemy informatyczne niezależnie realizujące wyżej wskazane funkcjonalności, połączone ze sobą w System w toku realizacji Umowy. Zgodnie z pkt 3, ppkt 3.3 SIWZ Zamawiający dopuszcza możliwość oferowania jednego/dwóch, jak również trzech systemów informatycznych, które w wyniku realizacji Umowy staną się Systemem. Ponadto Zamawiający dla takich systemów [w liczbie mnogiej] stawia wymaganie, które systemy te mają spełnić łącznie, czyli: mają posiadać jednoznaczny nazwę producenta, nazwę handlową [własną], numer wersji i posiadać co najmniej jedno zakończone wdrożenie [każdy, tj. system realizujący funkcjonalności zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie]. W świetle powyższych postanowień SIWZ nie ma wątpliwości, że oferta

Strona 105 z 144

może obejmować trzy systemy informatyczne realizujące w dniu złożenia oferty elementy procesów zgodne z Załącznikiem nr 4 część A do SIWZ.

W zakresie Załącznika nr 5 do SIWZ w § 2 ust. 4 pkt 4A, oraz § 21 ust. 5, 6, 9, gdzie Zamawiający określił, że jednym z elementów Przedmiotu Umowy będzie też udzielenie licencji na Elementy Licencjonowane przez Wykonawcę, Zamawiający wskazał, że zarzut ten stał się bezprzedmiotowy z uwagi na modyfikację SIWZ dokonaną w dniu 7 grudnia 2015 r. W związku z nowym brzmieniem SIWZ omawiany zarzut należy traktować jako bezprzedmiotowy, gdyż na dzień orzekania przed KIO nie będzie w mocy czynność będąca przedmiotem zaskarżenia. W Rozdziale II SIWZ w punkcie pkt. 3.3, Zamawiający określił, że wymaga udzielenia licencji korporacyjnej dla nieograniczonej liczby użytkowników stacjonarnych. Zamawiający, na podstawie szczegółowej analizy potrzeb oraz analizy rynku określił swoje wymagania w zakresie Licencji. Przeprowadzając taką analizę Zamawiający szacował również koszty zakupu licencji w przyjętym sposobie licencjonowania, który to uznał za najbardziej optymalny [zarówno w rozumieniu funkcjonalnym i finansowym] i dostosowany do swoich potrzeb. Przyjęty model jest również dostosowany do realizowanych przez Zamawiającego procesów związanych z prowadzoną działalnością, w tym również tych wynikających z obowiązków nałożonych na przedsiębiorstwa energetyczne przez ustawę Prawo energetyczne, Zamawiający podkreśla również, że każdy z użytkowników Systemu będzie użytkownikiem nazwanym również w przyjętym modelu licencjonowania, Licencjonowanie w przedmiotowy sposób w żadnym stopniu nie narusza przepisów prawa, czego nawet nie kwestionuje Odwołujący. Licencja w przedmiotowym zakresie jest niezbędna do funkcjonowania Zamawiającego, a Wykonawca po prostu winien wycenić jej wartość w cenie oferty.

W zakresie punktu 5.2 SIWZ Zamawiający wskazał, że zarzut ten stał się bezprzedmiotowy z uwagi na modyfikację SIWZ dokonaną w dniu 7 grudnia 2015 r. W związku z nowym brzmieniem SIWZ omawiany zarzut należy traktować jako bezprzedmiotowy, gdyż na dzień orzekania przed KIO nie będzie w mocy czynność będąca przedmiotem zaskarżenia. Na mocy wskazanych modyfikacji SIWZ została dodana definicja

Próbki wskazująca, iż Próbkę stanowi/stanowią wersje standardowe oferowanych systemów informatycznych [a nie System docelowy]. Zamawiający dopuścił zatem zrealizowanie obowiązku złożenia Próbkę poprzez przedstawienie kilku systemów realizujących wymagane funkcjonalności, a zatem dokładnie tak, jak życzył sobie tego Odwołujący. W związku z powyższym, warunki wskazane w SIWZ nie potwierdzają zarzutów Odwołującego. Oferta może obejmować zobowiązanie do dostarczenia i wdrożenia Systemu będącego w chwili

Strona 106 z 144

składania ofert jednym systemem informatycznym realizującym wsparcie obsługi procesów

zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie, ale również mogą być to dwa lub nawet trzy odrębne systemy informatyczne niezależnie realizujące wyżej wskazane funkcjonalności, połączone ze sobą w System w toku realizacji umowy. Zgodnie z pkt 3, ppkt 3.3 SIWZ Zamawiający dopuszcza możliwość oferowania jednego/dwóch, jak również trzech systemów informatycznych, które w wyniku realizacji umowy staną się Systemem. Ponadto Zamawiający dla takich systemów [w liczbie mnogiej] stawia wymaganie, które systemy te mają spełnić łącznie, czyli: mają posiadać jednoznaczną nazwę producenta, nazwę handlową [własną], numer wersji i posiadać co najmniej jedno zakończone wdrożenie [każdy, tj. system realizujący funkcjonalności zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie]. Nie ma więc wątpliwości, że oferta może obejmować trzy systemy informatyczne realizujące w dniu złożenia oferty elementy procesów zgodne z Załącznikiem nr 4 część A do SIWZ.

Co do zakresu weryfikacji dokonywanej przy pomocy próbki to Zamawiający podał, że ma prawo weryfikować wszystkie wymagania dot. przedmiotu zamówienia. próbka, to nie System docelowy ale wersje standardowe oferowanych systemów informatycznych, który/które realizują funkcjonalności wspomagania zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz pracą brygad w terenie co najmniej w zakresie określonym w części A Załącznika nr 4 do SIWZ. Po udzieleniu Zamówienia Wersja standardowa oferowanego systemu informatycznego lub Wersje standardowe grupy oferowanych systemów informatycznych [w wersji zgodnej ze złożoną próbką lub nowszej], który/które realizują funkcjonalności wspomagania zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz pracą brygad w terenie stanie się/staną się w wyniku realizacji umowy Systemem. Zmiana SIWZ poprzez zdefiniowanie pojęcia próbki, które doprecyzowało w sposób jednoznaczny, iż próbkę stanowi/stanowią wersje standardowe oferowanych systemów informatycznych [a nie System docelowy] jednoznacznie wskazuje i potwierdza możliwość jej instalacji na jednym komputerze, bez konieczności odtworzenia warunków technicznych w jakich funkcjonować będzie System docelowy a opisanych w pkt nr 6 [Techniczne warunki wdrożenia] do rozdziału SIWZ. Nierozumiiałym jest więc zarzut Odwołującego o treści: „*Tak zdefiniowana przez Zamawiającego Próbką wymaga zakupu oprogramowania, zainstalowania i skonfigurowania go oraz wprowadzenia danych startowych*”. Oczywiście jest, iż przygotowanie próbki przez wykonawcę do przeprowadzenia jej badania przez Zamawiającego wymaga odpowiednich czynności zainstalowania

Strona 107 z 144

i skonfigurowania wersji standardowej oferowanego systemu informatycznego lub wersji standardowych grupy oferowanych systemów informatycznych, który/które realizują funkcjonalności majątkiem wspomagania zarządzania sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz pracą brygad w terenie co najmniej w zakresie określonym w części A Załącznika nr 4 do SIWZ. Oczywiście jest również właściwe przygotowanie próbki do badań, w tym wprowadzenie odpowiednich danych startowych umożliwiających weryfikację wymaganych funkcjonalności określonych w załączniku nr 4 do SIWZ [część A i część B]. Należy w tym miejscu podkreślić, iż próbka jako część oferty, co wynika z pkt. 5.2.9. rozdziału I SIWZ, jest własnością wykonawcy. Na potrzeby przygotowania oferty konieczny może być również zakup innych materiałów, np. papieru czy też tonerów do drukarki. W związku z powyższym Zamawiający uznaje ten zarzut za bezzasadny.

Zamawiający podkreślił, że próbka to wersja standardowa oferowanego systemu informatycznego lub wersje standardowe grupy oferowanych systemów informatycznych, która musi spełniać wymagania określone w załączniku nr 4 do SIWZ Część A w celu potwierdzenia zgodności złożonej Oferty z zapisami SIWZ, Wymagania określone w załączniku nr 4 do SIWZ Część B są podstawą do wykonania badania Próbką w celu dokonania oceny jakościowej oferowanych funkcjonalności, oczekiwanych przez zamawiającego w ramach gotowej standardowej wersji systemu. Ocena jakościowa jest tylko jednym ze składników oceny złożonej oferty. Wymagania określone w załączniku nr 4 do SIWZ Część B są w opinii Zamawiającego podstawowymi funkcjonalnościami systemów informatycznych realizujących funkcjonalności wspomagania zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz pracą brygad w terenie i zostały określone przez Zamawiającego na podstawie analizy dostępnych na rynku rozwiązań, w tym również w ramach prowadzonego przez Zamawiającego Dialogu technicznego poprzedzającego niniejsze postępowanie. Nierozumiiałym jest zarzut dotyczący ilości wymagań objętych

badaniem. Celem oceny jakościowej próbki jest wskazanie oferty, która w najszerszym zakresie spełnia wymagania Zamawiającego w oferowanej standardowej wersji systemu informatycznego/standardowych wersji systemów informatycznych. Uznanie tego zarzutu ogranicza prawa Zamawiającego do rzetelnej i obiektywnej oceny złożonych ofert. Odnosząc się do zarzutu Odwołującego: „*Tak opisane wymagania dotyczące udowodnienia spełnienia wymagań funkcjonalnych oferowanego Systemu, implikują potrzebę stworzenia precyzyjnego prototypu Systemu, który łączy dostępne funkcjonalności Systemu w ramach obsługi procesów zaimplementowanych u różnych użytkowników systemu*” Zamawiający podkreślił, iż próbka to wersja standardowa oferowanego systemu informatycznego lub wersje

Strona 108 z 144

standardowe grupy oferowanych systemów informatycznych a jednym z celów jej badania jest potwierdzenie, że oferowany system nie jest systemem prototypowym.

Zamawiający potwierdził, że badanie próbki wymaga odpowiedniej instrukcji korzystania z próbki. Należy jednak podkreślić, iż standardowe wersje systemów [o których mowa w próbce] posiadają odpowiednie instrukcje korzystania z tego/tych systemów, szersze od wymaganych przez Zamawiającego, które tylko muszą zostać dostosowane do wymagań Zamawiającego. Zamawiający podkreśla dalej, iż badanie próbki będzie przeprowadzone przez osoby o odpowiednich, wysokich kompetencjach doskonale znające procesy poddane badaniu oraz posiadające wysokie kompetencje w obsłudze systemów informatycznych, Zamawiający dysponuje zasobami ludzkimi o odpowiednich, wysokich kompetencjach do uruchomienia i obsługi systemów informatycznych [w tym również osobami odpowiedzialnymi za administrowanie systemów informatycznych]. Podnoszone przez Odwołującego zarzuty dotyczące konieczności przeprowadzenia dedykowanych szkoleń w celu badania próbki są nieuzasadnione; a tego typu szkolenia użytkowników będą konieczne, ale przy wdrażaniu Systemu docelowego. Zamawiający podkreśla, iż instrukcja korzystania z próbki powinna zapewniać możliwość uruchomienia przez zamawiającego próbki, prawidłowe wykonanie przez Zamawiającego weryfikacji wymagań, poprawnego zamknięcia próbki przez Zamawiającego.

Za niezrozumiały uznał Zamawiający zarzut: „*Udostępnienie Próbkii Zamawiającemu bez naruszania autorskich praw majątkowych właścicieli tych praw, wiąże się również z koniecznością zapewnienia odpowiednich licencji dla wszystkich komponentów oferowanego Systemu, w szczególności pochodzących od dostawców zewnętrznych [System zawierający 84 wymagania z 3 obszarów; zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie, oprogramowanie standardowe – systemowe i bazodanowe]*” – próbka jako część oferty jest własnością wykonawcy a jej poprawne przygotowanie spoczywa na wykonawcy. W każdym przypadku prawidłowe przygotowanie oferty wiąże się z poniesieniem kosztów przez wykonawcę, są to jednak typowe koszty związane z ryzykiem prowadzonej działalności gospodarczej. Jednak koszty te są niewspółmierne do kosztów jakie poniesie Zamawiający nabywając System na podstawie umowy z wykonawcą wybranym w wyniku niniejszego postępowania przetargowego. Zamawiający, przy ocenie ofert, nie może ograniczyć się jedynie do składanych przez wykonawców deklaracji dotyczących oferowanego rozwiązania informatycznego.

W zakresie § 24 ust 7 Wzoru Umowy Zamawiający wskazał, że zarzut ten stał się

Strona 109 z 144

bezzprzedmiotowy z uwagi na modyfikację SIWZ dokonaną w dniu 7 grudnia 2015 r.

W zakresie § 1 [definicja Elementów Licencjonowanych] Zamawiający wskazał, że zarzut ten stał się bezzprzedmiotowy z uwagi na modyfikację SIWZ dokonaną w dniu 7 grudnia 2015 r. W związku z nowym brzmieniem SIWZ omawiany zarzut należy traktować jako bezzprzedmiotowy, gdyż na dzień orzekania przed KIO nie będzie w mocy czynność będąca przedmiotem zaskarżenia. Zamawiający podał, że dokonał zmiany zapisów Załącznika nr 5 do SIWZ poprzez dodanie w par. 21 ust. 19 o następującej treści: „*Ileokroć w Umowie jest mowa o udzieleniu przez Wykonawcę licencji na Elementy Licencjonowane to zobowiązanie to może być również wykonane przez Wykonawcę poprzez doprowadzenie do udzielenia licencji na Zamawiającego na polach eksploatacji wymienionych w § 21 ust. 3 przez osoby trzecie, którym służy prawo do licencjonowania tych Elementów.*”

W zakresie zapisów § 21 dotyczących Praw autorskich Zamawiający podkreślił, iż

zapisy tej części Umowy regulują zasady korzystania przez Zamawiającego z docelowego Systemu. Oznacza to, iż zapisy te są kluczowe zarówno dla Zamawiającego jak też Wykonawcy. Odwołujący kwestionuje zapisy ust. 5 – 17, jednocześnie proponuje dodanie zapisu o treści: *„Postanowienia ustępów 5–17 powyżej nie dotyczą utworów dostarczonych przez Wykonawcę, które istniały w chwili podpisywania Umowy, lub też powstały w trakcie jej realizacji ale stanowią rozbudowę bądź modyfikację powyższych utworów, w tym do utworów standardowych osób trzecich. W odniesieniu do powyższych utworów zastosowanie będą miały warunki licencji określone przez podmioty uprawnione do licencjonowania tych utworów.”* Konsekwencją wprowadzenia takiego zapisu jest konieczność zawarcia przez Zamawiającego kolejnej umowy o nieznanej treści na etapie podpisywania umowy z Wykonawcą z podmiotem uprawnionym do licencjonowania utworów, podmiotem niewiadomym na etapie podpisywania umowy z Wykonawcą. Dalsze konsekwencje dla Zamawiającego to brak lub ograniczone możliwości wpływu na zapisy takiej umowy.

Propozycja zmiany SIWZ pozbawia Zamawiającego praw do elementów autorskich wytworzonych w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Wszelkie wytworzone w trakcie lub w wyniku wykonywania Przedmiotu Umowy utwory w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, stanowiące zmianę wersji standardowej Systemu [modyfikacje, rozszerzenia i in.], będą bazowały na wiedzy, doświadczeniu, kompetencjach Zamawiającego i będą wytworzone tylko i wyłącznie na jego potrzeby. Bez udziału Zamawiającego nie jest możliwe wykonanie przedmiotu Umowy. Niezrozumiałe jest więc wnoszenie przez Odwołującego o dodanie zapisu o treści: *„Postanowienia ustępów powyższych nie dotyczą utworów dostarczonych przez Wykonawcę, które istniały w chwili podpisywania Umowy, lub*

Strona 110 z 144

też powstały w trakcie jej realizacji ale stanowią rozbudowę bądź modyfikację powyższych utworów, w tym do utworów standardowych osób trzecich.”. Potwierdzeniem stanowiska Zamawiającego są obecnie już stosowane postanowienia podczas realizacji podobnych zamówień. Zmiany/nowe funkcjonalności/modyfikacje systemów informatycznych wytworzone na potrzeby Zamawiającego, z i wiedzy wykorzystaniem potencjału Zamawiającego stają się własnością Zamawiającego.

W zakresie § 1 [definicja Komitetu sterującego] Zamawiający wskazał, że zarzut ten stał się bezprzedmiotowy z uwagi na modyfikację SIWZ dokonaną w dniu 7 grudnia 2015 r. W związku z nowym brzmieniem SIWZ omawiany zarzut należy traktować jako bezprzedmiotowy, gdyż na dzień orzekania przed KIO nie będzie w mocy czynność będąca przedmiotem zaskarżenia. W modyfikacji tej § 8 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącego Załącznik Nr 5 do SIWZ otrzymał brzmienie *„Zarządzanie realizacją Przedmiotu Umowy, a w szczególności podejmowanie decyzji dotyczących realizacji świadczeń wchodzących w zakres Przedmiotu Umowy, zastrzeżeniem konieczności dochowania wymogów, co do formy czynności prawnej [art. 139 ust. 2 ustawy Pzp], odbywać się będzie poprzez działalność Kierowników Projektu oraz w drodze decyzji Komitetu Sterującego”*. W treści nowego brzmienia SIWZ wyraźnie zastrzeżono, że kompetencje Komitetu nie uchybiają zasadom dokonywania zmian umowy wynikających z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotowa modyfikacja wychodzi zatem naprzeciwko oczekiwaniom Odwołującego zawartym w odwołaniu.

W zakresie § 21 ust. 9 Wzoru Umowy, Zamawiający wskazał, że zarzut ten stał się bezprzedmiotowy z uwagi na modyfikację SIWZ dokonaną w dniu 7 grudnia 2015 r. W związku z nowym brzmieniem SIWZ omawiany zarzut należy traktować jako bezprzedmiotowy, gdyż na dzień orzekania przed KIO nie będzie w mocy czynność będąca przedmiotem zaskarżenia. Na mocy tej modyfikacji § 21 ust. 9 wzoru umowy, stanowiącego Załącznik Nr 5 do SIWZ otrzymał brzmienie: *„Wykonawca udziela licencji na okres 15 lat od dnia Odbioru Końcowego przeprowadzonego na zasadach określonych w Umowie, a po tym okresie licencja przekształca się w licencję udzieloną na czas nieoznaczony i może zostać wypowiedziana z zachowaniem 10-letniego okresu wypowiedzenia.”*

W zakresie § 21 ust. 14 Wzoru Umowy Zamawiający wskazał, że zarzut ten stał się bezprzedmiotowy z uwagi na modyfikację SIWZ dokonaną w dniu 7 grudnia 2015 r.

Strona 111 z 144

W związku z nowym brzmieniem SIWZ zarzut jest bezprzedmiotowy, gdyż na dzień orzekania przed KIO nie będzie w mocy czynność będąca przedmiotem zaskarżenia. Na mocy tej modyfikacji § 21 ust. 14 wzoru umowy, stanowiącego Załącznik Nr 5 do SIWZ otrzymał brzmienie: „W przypadku powstania nowych, nieznanych w chwili zawarcia Umowy pól eksploatacji Systemu Wykonawca zobowiązuje się na pisemny wniosek Zamawiającego, przystąpić do negocjacji w sprawie nabycia praw autorskich majątkowych lub licencji na nowych polach eksploatacji, o ile według uznania Zamawiającego udzielenie takiego prawa będzie konieczne do pełnego wykorzystania funkcjonalności Systemu.”.

W zakresie naruszenia art. 36 ust. 5 ustawy, Zamawiający wskazał, że zarzut ten stał się bezprzedmiotowy z uwagi na modyfikację SIWZ dokonaną w dniu 7 grudnia 2015 r. W związku z nowym brzmieniem SIWZ omawiany zarzut stał się bezprzedmiotowy, gdyż na dzień orzekania nie będzie w mocy czynność będąca przedmiotem zaskarżenia. W ramach ww. modyfikacji Zamawiający określił nowe brzmienie § 5 ust. 7 wzoru umowy: „Zamawiający ma prawo do odmowy wyrażenia zgody na udział danego podwykonawcy w realizacji Przedmiotu Umowy w przypadku braku odpowiednich kompetencji bądź potencjałów podwykonawcy potrzebnych do zrealizowania powierzanego podwykonawcy zakresu rzeczowego. Oceniając zdolność podwykonawcy do realizacji zakresu rzeczowego powierzanego mu przed Wykonawcą Zamawiający będzie brał pod uwagę wielkość powierzanego podwykonawcy zakresu rzeczowego, doświadczenie podwykonawcy wykonawcy w realizacji świadczeń zbliżonych do powierzanego mu zakresu rzeczowego, możliwość samodzielnego finansowania realizacji powierzanego podwykonawcy zakresu rzeczowego w świetle przewidywanych w umowie podwykonawczej zasad płatności, liczebność personelu podwykonawcy, jego kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie w odniesieniu do powierzanego podwykonawcy zakresu rzeczowego oraz posiadane ubezpieczenie oceniane w świetle potencjalnej szkodowości działań i zaniechań podwykonawcy.”.

W odniesieniu do postanowień SIWZ zaskarżonych w odwołaniu, a zmienionych w modyfikacji SIWZ Zamawiający zwrócił uwagę,

że Krajowa Izba Odwoławcza sformułowała linię orzeczniczą w sprawie bezprzedmiotowości zarzutów dot. SIWZ, która została zmieniona przed otwarciem rozprawy – przykładowo wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2011 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 707/11, gdzie KIO orzekła, że: „Wniesienie odwołania od zapisów postanowień SIWZ, nie ma wpływu na uprawnienie zamawiającego do zmian w tym zakresie, do czasu zamknięcia rozprawy Tym samym możliwe jest zatem dokonanie zmian SIWZ przez zamawiającego, uwzględniających treść złożonego odwołania, co w konsekwencji oznaczać

Strona 112 z 144

będzie brak przedmiotu sporu między stronami, a wydanie orzeczenia przez KIO w takim przypadku stanowiłoby naruszenie ratio legis ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.]. Z chwilą uznania przez zamawiającego przed rozprawą części zarzutów podniesionych w odwołaniu, to odwołujący winien poddać racjonalnej analizie zarzuty pozostałe i sens ich dalszego podtrzymywania, a nie liczyć na to że niezależnie od oceny tych pozostałych zarzutów Krajowa Izba Odwoławcza, biorąc pod uwagę częściowe uwzględnienie zarzutów przez zamawiającego, dokona uwzględnienia odwołania i kosztami postępowania obciąży zamawiającego.” Podobnie przyjęła KIO w wyroku z dnia 6 czerwca 2013 r. [sygn. akt KIO 1209/13] orzekając, że „Uznaje się za niezasadne przyjęcie do orzekania stanu faktycznego nieistniejącego w czasie orzekania przez Izbę. Przyjmowanie za podstawę orzeczenia Izby zarzutów nie istniejących w chwili orzekania [uwzględnionych przed rozprawą przez zamawiającego], jest sprzeczne z celem art. 191 ust. 2 p.z.p. Izba ocenia sprawę, mając na uwadze stan sprawy, a więc istniejące okoliczności faktyczne i stan prawny obowiązujący na dzień zamknięcia rozprawy.”. Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 2 maja 2013 r. [połączone sprawy KIO 851/13; KIO 854/13], jako zobrazowanie linii orzeczniczej, w którym orzeczono, że Izba orzekając zobowiązana jest w świetle przepisu art. 191 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wziąć za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a więc stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia rozprawy. Koniecznym jest uwzględnienie również czynności zamawiającego po wniesionych odwołaniach, a przed zamknięciem rozprawy. Z kolei w wyroku z dnia 1 lutego 2013 r. [sygn. akt KIO 79/13] Izba przyjęła, że w sytuacji gdy

zamawiający do zamknięcia rozprawy uwzględni choćby częściowo zarzuty odwołania, wówczas przedmiotem rozstrzygnięcia lbzy są tylko te zarzuty, w których przypadku istnieje spór między stronami. W sytuacji, gdy spór między stronami nie istnieje, zarzuty w tym zakresie podnoszone w odwołaniu należy pozostawić bez rozpoznania. Rozpoznaniu przez lbzę podlegają pozostałe [nieuwzględnione przez zamawiającego] zarzuty odwołania oraz podtrzymane przez odwołującego i to rozstrzygnięcie o nich decyduje o wyniku sprawy, znajdując odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia i w rozstrzygnięciu o kosztach postępowania.

Zamawiający w piśmie z 14 grudnia 2015 r. poinformował o kolejnej modyfikacji SIWZ, w tym dotyczącej między innymi § 4 ust. 1 wzoru umowy [staranność wymagana w zakresie wykonania umowy], zasad zarządzania projektem – § 8 ust. 1 wzoru umowy, definicji wersji standardowej systemu.

Strona 113 z 144

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła:

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia a także jej modyfikacji dokonanych przez Zamawiającego, stwierdzono, że znalazły potwierdzenie te zarzuty, które wskazywały na naruszenie przepisów w zakresie postanowienia § 24 ust. 7 wzoru umowy [załącznik nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia], przewidującego, że *„Zamawiający ma prawo do odstąpienia od Umowy bez podania jakiegokolwiek przyczyny, w tym również w sytuacji, gdy Wykonawca wykonuje Umowę należycie, w każdym momencie jej obowiązywania”* a w konsekwencji nakazano wykreślenie treści ujętej w § 24 ust. 7 wzoru umowy. Pozostałe zarzuty okazały się nieuzasadnione, w związku z czym odwołanie w tym zakresie podlegało oddaleniu.

W pierwszym rzędzie, co do tych zarzutów, które spotkały się z aprobatą Zamawiającego i skutkowały zmianą SIWZ przed otwarciem rozprawy, Izba uznała, że orzekanie w ich zakresie jest bezprzedmiotowe. Skoro bowiem Zamawiający po refleksji wywołanej treścią postawionych zarzutów dokonuje zmiany kwestionowanej czynności w takim zakresie, jaki w jego ocenie jest uzasadniony, to w tej części między stronami nie ma sporu. Zgodnie z treścią art. 191 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że Krajowa Izba Odwoławcza uznając zasadność zarzutów nakazuje wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie określonych czynności [art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, § 34 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, Dz.U. nr 48 poz. 280]. W analizowanej sprawie, skoro Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ obejmującej kwestionowane postanowienia, w części, w której Odwołujący uznawał, że Jego interes został zaspokojony, brak jest podstaw do wydawania rozstrzygnięcia co do postanowień SIWZ, które uzyskały w wyniku modyfikacji SIWZ kształt postulowany przez Odwołującego. Stąd te zarzuty, które w całości wpisały się w dokonane przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania modyfikacje SIWZ i zostały tymi modyfikacjami już skonsumowane, nie wymagały rozstrzygnięcia.

W odniesieniu do zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego, co do których nie ma sporu między stronami podzielono zatem pogląd o bezprzedmiotowości orzekania w tej mierze wyrażany w szeregu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo wyroku KIO z 27 października 2015 r. w spr. KIO 2191/15, 23 grudnia 2013 r. w spr. KIO 2745/15, z dnia

Strona 114 z 144

18 marca 2011 r. w sprawie o sygn. KIO 459/11, z dnia 13 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 707/11, z dnia 22 listopada 2012 r. w spr. KIO 2438/12, z dnia 24 marca 2014 r. w spr. KIO 398/14, z dnia 28 października 2011 r. w spr. KIO 2222/11 i KIO 2223/11, z dnia 14 lutego 2014 r. w spr. KIO 163/14.

Dotyczy to wszystkich tych zarzutów, które Odwołujący uznał, że nie są sporne, co oznacza, że wobec stanowiska Odwołującego sporne pozostały zarzuty ujęte w pkt I.4 lit. b, I.4 lit. g, I.6 lit. a, II.4 lit. a, II.4 lit. b, a także zarzut dotyczący podwykonawstwa [pkt III

odwołania].

Biorąc pod uwagę postawione zarzuty, w części w której stanowiska stron były spolaryzowane, uwzględniono następujące okoliczności:

[1] Nie podzielono zarzutu oznaczonego I. 4 lit. b) odwołania [str. 9 – 10 odwołania], dotyczącego postanowienia zawartego w § 4 ust. 2 w Załączniku nr 5 do SIWZ, wymagającego zapewnienia zgodności systemu z obowiązującymi przepisami prawa na dzień Startu Produkcyjnego: „Wykonawca zobowiązuje się do zapewnienia, na dzień Startu Produkcyjnego, zgodności Systemu z obowiązującymi przepisami prawa.”, podtrzymując w tym zakresie argumentację wyartykułowaną w odniesieniu do analogicznego – w znacznej części zarzutu postawionego w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Comarch SA w Krakowie, Apator Rector SA w Zielonej Górze, Apator Elkomtech SA w Łodzi [spr. o sygn. akt KIO 2578/15].

Stwierdzenia wymaga, że Zamawiający prowadzi postępowanie o zamówienie publiczne po to, by zaspokoić swoje potrzeby – nabyć przedmiot odpowiadający celom i przyjętym założeniom. Trudno zaakceptować stanowisko, że Zamawiający ma prowadzić postępowanie po to, by nabyć System informatyczny nieaktualny – nieodpowiadający regulacjom obowiązującym na moment jego oddania [utożsamiany ze Startem Produkcyjnym]. Postępowanie zakłada określony rozkład ryzyk i to na wykonawcy spoczywa ryzyko zmian w otoczeniu zewnętrznym, w tym prawnym, jakie ewentualnie może wpływać na wykonanie Systemu. Oczekiwanie Zamawiającego, co do tego, aby System był zgodny z przepisami prawa na dzień Startu Produkcyjnego nie jest nadmierne, ani niemożliwe do zrealizowania. Ponadto, fakt, że postępowanie zakłada stworzenie Systemu przez 26 miesięcy nie oznacza, że wynikająca z tego niepewność, czy stan prawny dotyczący przedmiotu, któremu ma służyć System nie ulegnie w tym okresie zmianie obciąża

Strona 115 z 144

Zamawiającego, ale oznacza, że postępowanie którego istotą jest stworzenie Systemu w warunkach dynamicznych – polegających w określonym zakresie na zaprojektowaniu rozwiązań, dostosowaniu ich w toku prac, uzgodnieniu szeregu elementów w warunkach projektowych [te uzgodnienia pozostawiono ciałom kolegialnym, składającym się z przedstawicieli wykonawcy i Zamawiającego, takim jak Komitet Sterujący, przewidziano także Kierowników Projektu po każdej stronie] musi uwzględniać, że szereg szczegółowych ustaleń dotyczących Systemu nastąpi w toku prac. Dotyczy to także tych funkcjonalności, na które ewentualne zmiany prawa mogłyby w jakikolwiek sposób wpłynąć. Nie sposób pomijać, że analizowane postępowanie nie ma za przedmiot nabycia przedmiotu zgodnie ze sztywno wyspecyfikowanym przez Zamawiającego zbiorem szczegółowych wymagań, ale dotyczy Systemu, który w szczegółowych rozwiązaniach zostanie zaprojektowany. Powyższe uzasadnia także relatywnie długi czas jego realizacji. Podstawą Systemu będzie Projekt Funkcjonalny, ten zaś zostanie dopiero opracowany. W myśl § 4 ust. 12 wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 5 w Rozdziale III SIWZ [w brzmieniu ustalonym modyfikacją SIWZ z 14 grudnia 2015 r.], „Na okres Etapu I, Wykonawca jest zobowiązany do przygotowania i udostępnienia Zamawiającemu, na swój koszt, systemu w zakresie niezbędnym do opracowania Projektu Funkcjonalnego. [...]”. Zatem ewentualne zmiany prawa – jeśli wystąpią i będą miały wpływ na kształt funkcjonalności Systemu – nie powinny być problematyczne dla wprowadzenia ich w toku realizacji Systemu, który będzie tworzony w formule projektowej i podlegającej uzgodnieniom, gdzie z istoty nie jest wykluczona konieczność uwzględnienia różnych okoliczności. Ponadto – jak można założyć w demokratycznym państwie prawa – takie zmiany prawa nie będą całkowicie niespodziewane, ale będą poprzedzone odpowiednim *vacatio legis*. Dla profesjonalistów, jakimi są zarówno Zamawiający jak i każdy z wykonawców, okoliczność zbliżających się zmian prawa w określonych obszarach na pewno nie ujdzie uwadze. System zakłada wykonanie określonych funkcjonalności, przy czym biorąc pod uwagę,

że ma być on

wykonany z komponentów stanowiących standardowe systemy, jego baza będzie uniwersalna, zaś ewentualne zmiany prawa nie będą w istotny sposób zaburzać toku i kosztu jego wykonania. Należy się przy zwrócić uwagę, że jeśli by się tak zdarzyło, że owe zmiany miałyby charakter tak doniosłych, że znacząco zmieniałyby zakres projektu, istotnie

zwiększały koszt jego realizacji, to w grę wchodzi zastosowanie właściwych prawu cywilnemu instrumentów [art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych], takich jak klauzula *rebus sic stantibus*. Zgodnie z przepisem art. 357 i § 1 KC, jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy,

Strona 116 z 144

sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współzycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. W razie mających ewentualnie miejsce w toku wykonywania zamówienia zmian przepisów, które istotnie utrudniałyby jego realizację, wykonawcy przysługiwać będzie uprawnienie do skorzystania z tej instytucji.

Biorąc zatem pod uwagę powyższe argumenty, w zakresie postanowienia zawartego w § 4 ust. 2 w Załączniku nr 5 do SIWZ, wymagającego zapewnienia zgodności Systemu z obowiązującymi przepisami prawa na moment Startu Produkcyjnego nie dopatrzone się naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

[2] W zakresie zarzutu I. 4 lit. c) odwołania [str. 10 – 11 odwołania], dotyczącego postanowienia zawartego w pkt 7.2 w Rozdziale II SIWZ, zgodnie z którym zadaniem wykonawcy ma być dokonanie między innymi migracji danych, wskazującego na brak informacji co do listy systemów, z których dane będą migrowane do Systemu tworzonego przez wykonawcę; wolumenu danych objętych migracją oraz formatu danych objętych migracją, uznano, że zarzut co do zasady jest bezprzedmiotowy, wobec modyfikacji SIWZ z 7 grudnia 2015 r. Odwołujący na rozprawie w dniu 15 grudnia 2015 r. wyrażał wątpliwości co do tego postanowienia SIWZ również po modyfikacji, to jest, że nie wiadomo, czy Zamawiający dostarczy wykonawcom plik danych w jednolitym formacie. Pomijając kwestię, że ta część zastrzeżeń zawartych w odwołaniu nie eksponuje kwestii jednolitego formatu danych, dostrzeżenia wymagało, że Zamawiający na rozprawie dwukrotnie potwierdził, że wykonawcom zostanie dostarczony taki plik w jednolitym formacie a także, że format pliku będzie doprecyzowany na etapie projektu funkcjonalnego. Powyższe czyni zarzut bezprzedmiotowym, zaś zastrzeżenia Odwołującego należało uznać za wątpliwości co do rozumienia SIWZ, które można było rozwiązać w formule art. 38 ust. 1 i 2 ustawy [wyjaśnienie treści SIWZ].

[3] W zakresie zarzutu I. 4 lit. d) odwołania [str. 11 – 12 odwołania], dotyczącego postanowienia zawartego w § 4 ust. 1 Załącznika nr 5 do SIWZ, zgodnie z którym Zamawiający wymaga najwyższej profesjonalnej staranności, właściwej dla wiodących na rynku firm branży IT, z uwzględnieniem najwyższych standardów obsługi wdrożeń systemów informatycznych dla przedsiębiorstw działających w branży energetycznej, przy wykorzystaniu całej posiadanej wiedzy i doświadczenia, podkreślenia wymaga, że Zamawiający, modyfikacją z 7 grudnia 2015 r. dokonał jego zmiany. Aktualnie sporne

Strona 117 z 144

postanowienie brzmi: „Wykonawca zobowiązuje się wykonać Przedmiot Umowy z zachowaniem szczególnej staranności, właściwej dla wiodących na rynku firm branży IT, z uwzględnieniem najwyższych standardów obsługi wdrożeń systemów informatycznych dla przedsiębiorstw działających w branży energetycznej, przy wykorzystaniu całej posiadanej wiedzy i doświadczenia. Przez szczególną staranność rozumie się staranność podwyższoną w stosunku do standardu staranności przedsiębiorcy, o którym mowa w art. 355 § 2 KC”. Wbrew stanowisku Odwołującego, posłużenie się przez Zamawiającego miernikiem podwyższonej staranności nie pozostawia wątpliwości interpretacyjnych, co należy rozumieć przez podwyższenie staranności. Przypomnienia wymaga, że to postępowanie prowadzone jest między przedsiębiorcami, rozumianymi nie tylko jako podmioty prowadzące działalność gospodarczą, ale przedsiębiorcami wyselekcjonowanymi w trybie prekwalfikacji w przetargu ograniczonym, której rezultatem jest wyłonienie najlepszych wykonawców [konsorcjów], według zastosowanego kryterium. Oznacza to, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca o wyjątkowym, zbadanym doświadczeniu, wyposażony w atrybuty pozwalające na uznanie, że stanowi on wyjątkowo staranny i profesjonalny podmiot, dokładający

wszelkich dających się przewidzieć działań i chęci, by zrealizować zamówienie. Podwyższony miernik wyraża, przykładowo, przewidywanie przez wykonawcę istotnych dla wykonania zamówienia okoliczności, które dadzą się przewidzieć, choćby mieściły się przede wszystkim w gestii Zamawiającego. To obowiązek współdziałania w przewidzianej w postępowaniu formule projektowej ponadprzeciętne, dbałość o realizację projektu jak o własne dobro. Pojęcie podwyższonego miernika staranności nie jest aktem twórczości własnej Zamawiającego, lecz pojęciem używanym w prawie umów i orzecznictwie, obejmując staranność wyrażającą się większymi niż te, do których podmiot jest zobligowany chęciami i staraniami.

Stąd także ten zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

[4] W zakresie zarzutu I. 4 lit. f) odwołania [str. 12 – 13 odwołania], dotyczącego postanowienia zawartego w pkt 3.7 Rozdziału II SIWZ, stanowiącego „*Licencje uprawniają do użytkowania Systemu we wszystkich środowiskach i dla wszystkich użytkowników. Ograniczenie licencji dla użytkowników dotyczy tylko środowiska produkcyjnego. Pozostałe środowiska są wyłączone z ograniczeń licencyjnych.*”, na uwagę zasługuje, że Zamawiający jest uprawniony do nabycia takiego przedmiotu, jaki uważa za realizujący jego cele, zaś granicą jego opisu jest zakaz opisu przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję. Jeśli więc Zamawiający stawia w określonym zakresie wymagania

Strona 118 z 144

licencji dla wszystkich użytkowników [co do wszystkich środowisk] to jest to jego uprawnieniem, bowiem to Zamawiający określa swoje potrzeby. Wprowadzone ograniczenie licencji w odniesieniu do środowiska produkcyjnego jest także uprawnieniem Zamawiającego. Zamawiający powyższe wyjaśnił docelowym przeznaczeniem środowiska, wskazując, że tylko środowisko produkcyjne będzie wykorzystywane przez Zamawiającego i podmioty uprawnione zgodnie z udzieloną Licencją w działalności operacyjnej, a pozostałe środowiska informatyczne to środowiska wspomagające, dedykowane do prowadzenia szkoleń użytkowników oraz prowadzenia prac administracyjnych i deweloperskich w odseparowaniu od środowiska produkcyjnego więc nie będą wykorzystywane do celów prowadzenia działalności operacyjnej. Stąd ten zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

[5] W zakresie zarzutu I. 4 lit. g) odwołania [str. 13 – 14 odwołania], dotyczącego postanowienia zawartego w § 1 Załącznika nr 5 do SIWZ, zawierającego definicje Błędu Krytycznego, Błędu Niekrytycznego oraz Usterki, zarzuty Odwołującego nie wskazują na naruszający przepis art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych opis przedmiotu zamówienia, ale stanowią postulaty, jak zmienić SIWZ, by realizowała ona określoną wizję pojęć i ich znaczenia, zgodną z zamysłem Odwołującego. W ocenie Odwołującego, z opracowanych przez Zamawiającego definicji wynika, iż każda ze wskazanych klas Błędów stanowi tylko inną postać zdarzenia określonego jako „Błąd”. To jednak w wyłącznej gestii Zamawiającego jest takie lub inne zdefiniowanie pojęć na użytek prowadzanego postępowania oraz określona klasyfikacja kategorii, którymi się posługuje, jeśli jest tylko wystarczająco czytelna. Zdefiniowanie błędu, jako nieprawidłowego funkcjonowania systemu jest wystarczająco precyzyjne, bowiem pojęcie nieprawidłowości, rozumianej jako niewłaściwy, niezgodny z regułami lub oczekiwaniami stan jest zrozumiały. Jeśli w ocenie błędu i nie powinna mówić Odwołującego definicja krytycznego niekrytycznego o nieprawidłowości to nie oznacza to, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób nieprecyzyjny. Niekorzystne dla danego wykonawcy postanowienie SIWZ, czy też opracowanie przez Zamawiającego definicji, które nie są zgodne z nomenklaturą używaną przez wykonawcę albo nawet określone grono uczestników danego rynku nie oznacza naruszenia prawa. Także sama klasyfikacja błędów [Błąd Krytyczny, Błąd Niekrytyczny, Usterka] jest przejrzysta i czytelna. Nie dopatrzono się zatem w powyższym zakresie naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

[6] W zakresie zarzutu I. 6 lit. a) odwołania [str. 17 – 20 odwołania], dotyczącego postanowienia zawartego w pkt 3.3 SIWZ, zawierającego wymagania, by oferowane systemy

Strona 119 z 144

nie były prototypowe [były wdrożone w ciągu ostatnich pięciu lat], dostrzeżenia wymaga, że

Zamawiający modyfikacją z dnia 14 grudnia 2015 r. dokonał zmiany tego postanowienia, rezygnując z wymagania załączenia dokumentów potwierdzających, że wykazane wdrożenia zostały wykonane należycie i systemy realizujące funkcjonalności zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie działały/działają poprawnie.

Sporne postanowienie przewiduje, że Zamawiający nie dopuszcza oferowania systemów prototypowych, które nie istnieją w dniu złożenia oferty, a także opisuje wymagania dotyczące systemów [ich wersji standardowych] takich jak posiadanie jednoznacznej nazwy producenta, posiadanie własnej nazwy handlowej, posiadanie numeru wersji, posiadanie co najmniej jednego zakończonego wdrożenia funkcjonalności zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie, a także realizacja w dniu złożenia oferty przez oferowany system lub systemy w ich wersji standardowej elementów wyspecyfikowanych przez Zamawiającego w załączniku nr 4 część A do SIWZ procesów. Natomiast pkt 5.1 lit e) Rozdziału I SIWZ przewiduje, że Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą wypełnionego i podpisanego wykazu zrealizowanych wdrożeń w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie – z podaniem jednoznacznej nazwy producenta, nazwy handlowej [własnej], numeru wersji, daty wykonania i odbioru, nazwy podmiotu na rzecz którego wdrożenie zostało zrealizowane wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że wdrożenia te zostały wykonane należycie i systemy realizujące funkcjonalności zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie działały/działają poprawnie w celu potwierdzenia wymogu, o którym mowa w pkt 3.3. SIWZ [załącznik nr 6 do SIWZ].

W zakresie sformułowanych wobec tego postanowienia zarzutów, ta ich część która odnosi się do obowiązku złożenia dokumentów potwierdzających,

że wykazane wdrożenia zostały wykonane należycie i systemy realizujące funkcjonalności zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie działały/działają poprawnie stała się nieaktualna wobec rezygnacji z tego wymagania przez Zamawiającego. Wbrew stanowisku Odwołującego, wymaganie wykazania się przynajmniej jednym wdrożeniem systemów bazowych, stanowiących komponenty do realizacji zamówienia nie stanowi formy badania doświadczenia wykonawcy. Charakter tego wymagania wskazuje, że wykaz wdrożeń opisany w pkt 5.1 lit e) Rozdziału I SIWZ stanowi

Strona 120 z 144

dokument potwierdzający, że oferowany przedmiot spełnia wymagania stawiane przez Zamawiającego [art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, § 6 ust. 1 pkt 1 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r.*], to jest, że został już gdzieś wcześniej wdrożony, nie dawniej niż pięć lat od terminu składania ofert. Wynika to wyraźnie z postawienia wymagania złożenia wykazu wdrożeń po to, by potwierdzić wymóg opisany w pkt 3.3 SIWZ [Załącznik nr 6 do SIWZ]. Brzmienie pkt 3.3 w Rozdziale I SIWZ wskazuje natomiast, że dotyczy ono nie doświadczenia wykonawcy, badania jego zdolności do wykonania zamówienia ale kwestii nie dopuszczenia oferowania systemów prototypowych, to jest takich, które nie istnieją w dniu złożenia oferty. Opisuje ono także wymagania dotyczące systemów [ich wersji standardowych] takich jak posiadanie jednoznacznej nazwy producenta, posiadanie własnej nazwy handlowej, posiadanie numeru wersji, posiadanie co najmniej jednego zakończonego wdrożenia funkcjonalności zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie, a także realizacja w dniu złożenia oferty przez oferowany system lub systemy w ich wersji standardowej elementów wyspecyfikowanych przez Zamawiającego w załączniku nr 4 część A do SIWZ procesów, co służy do zweryfikowania, czy system rzeczywiście jest wdrożony a także czy miało to miejsce nie dawniej niż pięć lat przed terminem składania ofert. Te postanowienia nie pozostawiają wątpliwości, że celem wymagania nie jest postawienie obowiązku złożenia dokumentu w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, ale jest to wymaganie dotyczące przedmiotu oferty i służy potwierdzeniu, że oferowane systemy nie mają charakteru prototypowych. Nie jest też sporne postanowienie pkt 3.3 Rozdziału I SIWZ

– w części w której wyraża ono wymaganie podania numeru wersji – nieprecyzyjne. Ewentualne zabiegi producentów, takie jak instalowanie patch'y, update'ów lub upgrade'ów pozwalają na wskazanie numeru wersji systemu, zaś ewentualne trudności w tym zakresie są do wyeliminowania, choćby zastosowanie przez formuły opisowej i zamieszczenie wyjaśnienia obejmującego historię zmiany oznaczenia wersji systemu. Rzeczowe i staranne wyjaśnienie [czy to bezpośrednio w wykazie, czy to w toku badania ofert, jeśli oznaczenie wersji systemu okazałoby się wywoływać wątpliwości] pozwoli na ustalenie istotnych okoliczności. Brak możliwości dokładnego, ze stuprocentową pewnością określenia wersji systemu na konkretny moment w ciągu ostatnich pięciu lat, i podanie jej maksymalnie dokładnie jak będzie możliwe, np. poprzez wskazanie kolejnych wersji, w których system funkcjonuje, albo w pewnym uproszczeniu tej najbardziej adekwatnej na dany moment, z pewnością nie będzie wywoływać negatywnych skutków. Przypomnienia wreszcie wymaga,

Strona 121 z 144

że „wdrożenie” jest pojęciem profesjonalnym i zwykle wiąże się z określonym dokumentem projektowym, określającym pozytywny status realizacji projektu, czy jego odbiór. Wdrożenie jest zatem wiązane z doniosłym momentem dla realizacji zadania projektowego, które jest szczegółowo dokumentowane. Należy więc przyjąć, że ustalenie wersji systemu, jaką przypisano w momencie uznania systemu za wdrożony nie powinno stwarzać nadmiernych problemów.

Powtórzenia w tym zakresie wymaga argumentacja dotycząca analogicznego zarzutu postawionego w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Sygnity SA w Warszawie, Indra Sistemas SA w Madrycie, Indra Sistemas Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie [w spr. o sygn. akt KIO 2580/15].

Wobec powyższego, nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

[7] W zakresie zarzutu I. 6 lit. c) odwołania [str. 21 – 22 odwołania], dotyczącego postanowienia zawartego w Rozdziale II SIWZ, pkt 3.3, zgodnie z którym Zamawiający postawił wymaganie udzielenia licencji korporacyjnej dla nieograniczonej liczby użytkowników stacjonarnych, dostrzeżenia wymaga, że w zakresie postawienia określonych oczekiwań co do kształtu przyszłego stosunku umownego, w tym zakresie przedmiotu świadczenia decydujące są potrzeby Zamawiającego. Nie stanowi podstawy do zmiany zakresu umowy, w szczególności w części obejmującej zakres uprawnień licencyjnych subiektywne przekonanie jednego z wykonawców co do niemożliwości zaoferowania takiego świadczenia. W analizowanej sytuacji mamy do czynienia z kwestią prawną – dotyczącą zakresu licencji, zatem pozostającą w sferze możliwości wykonawcy. To, że jeden z dostawców mających dostarczyć komponenty do wykonania Systemu w taki a nie inny sposób kształtuje swoje uprawnienia nie oznacza, że oczekiwanie Zamawiającego jest niedopuszczalne ani tym bardziej, że w tym przypadku mamy do czynienia z naruszeniem jakiegokolwiek przepisu. Zamawiający przekonująco uzasadnił potrzebę nabycia licencji wskazując,

że sporny sposób licencjonowania i uznał za najbardziej optymalny i dostosowany do swoich potrzeb a także, że uwzględnił koszty takiego licencjonowania w postępowaniu i gotów za taki właśnie zakres licencji zapłacić.

Dostrzeżenia też wymaga, że sporne postanowienie nie spotkało się z analogicznego rodzaju zastrzeżeniami formułowanymi przez innych poza Odwołującym wykonawców, co

Strona 122 z 144

pozwala na wniosek, że tylko produkt który zamierza zaoferować Odwołujący obarczony jest takimi problemami, nie są to jednak okoliczności dotyczące ogółu wykonawców czy produktów, które można byłoby rozważać przez pryzmat ograniczenia konkurencji [art. 7 ust. 1 ustawy, art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych]. Nie stanowi w każdym razie potwierdzenia takiej tezy złożone przez Odwołującego na rozprawie pismo jednego z producentów oprogramowania, w którym podano: „Wykonawca nie może dostarczyć Standardowego Oprogramowania na warunkach sprzecznych z zasadami jego licencjonowania określonymi przez producenta, bądź wykraczających poza zakres nabytych

praw licencyjnych, to samo dotyczy usług serwisowych Standardowego Oprogramowania. Wykonawca związany jest odrębnymi umowami licencyjnymi i nie może przenieść na Zamawiającego więcej praw niż sam posiada.”; „[...] nie może zgodzić się na niewypowiadalną licencję. Wymóg Zamawiającego zawiera sprzeczne postanowienia. Z jednej strony Zamawiający przyznaje prawo wypowiedzenia licencji z zachowaniem 10 - letniego okresu wypowiedzenia, z drugiej zaś nakłada na Wykonawcę zobowiązanie do niewykonywania takiego uprawnienia.”; „[...] nie może udzielić licencji zgodnie z wymogiem Zamawiającego. Wyłączenie z ograniczeń licencyjnych wszystkich środowisk, z wyłączeniem środowiska produkcyjnego może doprowadzić do udzielenia licencji dla nieograniczonej liczby użytkowników.”; „[...] nie może udzielić licencji zgodnie z wymogiem Zamawiającego. [...] Licencja na korzystanie z Oprogramowania musi być udzielona na określoną liczbę użytkowników, jakiegokolwiek korzystanie przez nieograniczoną liczbę użytkowników może dotyczyć wyłącznie dokumentacji”; „W ocenie [...] zaproponowane pola eksploatacji dają zbyt szeroki uprawnienie Zamawiającego do korzystania z licencji. [...] zgadza się na następujące pola eksploatacji: [...] ale jedynie w ramach grupy kapitałowej Zamawiającego [Zamawiający nie ma prawa rozpowszechniać udostępniać Oprogramowania osobom trzecim]”. To że jeden z producentów oprogramowania posiada określone zasady rozpowszechniania swojego produktu, relatywnie sztywne i nie poddające się negocjacjom, jednostronnie ustalone reguły licencjonowania, nie oznacza jeszcze, że wymagania Zamawiającego jest niedopuszczalne bądź narusza jakiegokolwiek przepisy, w tym wskazywany przez Odwołującego przepis art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

[8] W zakresie zarzutu I. 6 lit. d) odwołania [str. 22 – 26 odwołania], dotyczącego postanowienia zawartego w pkt 5.2 SIWZ, zawierające regulacje dotyczące wymagania próbki i sposobu jej badania, nie znaleziono podstaw do uznania zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych za uzasadniony, podtrzymując zarazem argumentację sformułowaną w odniesieniu do analogicznego,

Strona 123 z 144

w znacznej mierze, zarzutu postawionego w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Comarch SA w Krakowie, Apator Rector SA w Zielonej Górze, Apator Elkomtech SA w Łodzi [spr. o sygn. akt KIO 2578/15] a także w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Sygnity SA w Warszawie, Indra Sistemas SA w Madrycie, Indra Sistemas Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie [KIO /].

W punkcie 5.2 SIWZ Zamawiający określił, iż: „W celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia realizuje elementy procesów zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część A do SIWZ oraz spełnia wymagania zadeklarowane przez Wykonawcę w Ofercie zgodnie z Załącznikiem nr 4 Część B do SIWZ, Wykonawca winien złożyć wraz z Ofertą próbkę oferowanego Systemu dla wspomagania zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie.”. W zakresie tego postanowienia Odwołujący postawił – po pierwsze – zastrzeżenie, zgodnie z którym wymaganie próbki oferowanego Systemu jest o tyle nieuzasadnione, że ów System zostanie dopiero stworzony w toku zamówienia i w istocie ma konsolidować przynajmniej trzy różne narzędzia do obsługi różnych obszarów [zarządzanie majątkiem sieciowym, zarządzanie gospodarką nieruchomościami, zarządzanie pracą brygad w terenie], co sprowadza się scalenia różnych systemów. Ten kierunek zastrzeżeń został jednak, zgodnie z oczekiwaniami Odwołującego uwzględniony przez Zamawiającego, który po analizie odwołań dokonał zmiany tego postanowienia SIWZ i przewidział, że przedmiotem próbki nie ma być docelowy System [i słusznie, bowiem to już na etapie oferty wymagałoby stworzenia tego, co w postępowaniu ma zostać dopiero zaprojektowane i wdrożone przez 26 miesięcy] ale jego komponenty – systemy bazowe z których ten System zostanie zestawiony, w ich wersjach najbardziej typowych, to jest standardowych, w takim zakresie przedstawione, jaki jest niezbędny dla zweryfikowania niezbędnych funkcjonalności i procesów, ujętych w Załączniku nr 4 Część A do SIWZ oraz Załączniku nr 4 Część B do SIWZ. Oznacza to zatem tyle,

że po refleksji

wywołanej treścią odwołań, w których w odniesieniu do próbki i jej zakresu postawiono wiele zastrzeżeń, Zamawiający postanowił, że do zbadania przedmiotu oferty za pomocą próbki wystarczające i reprezentatywne będą komponenty docelowego Systemu, na których dany

wykonawca zamierza bazować opracowując go w toku projektowania, tworzenia i wdrażania. Zgodzić się trzeba z ideą przyświecającą Zamawiającemu w zakresie zmodyfikowanych w tym zakresie postanowień SIWZ, że możliwe i dopuszczalne jest zbadanie treści oferty na podstawie wybranych elementów przyszłego przedmiotu świadczenia, jakimi w tym wypadku są komponenty przyszłego Systemu – oprogramowania [systemy], z których wykonawca

Strona 124 z 144

stworzy docelowy System, odpowiednio je ze sobą zestawiając i konfigurując a następnie wdrażając w środowisku Zamawiającego. Badanie w formule próbki jedynie części oferowanego systemu [jego *demo*, jeśli takie istnieje] albo wybranych elementów realizujących kluczowe funkcjonalności i procesy jest nawet niejednokrotnie uzasadnione, w szczególności jeśli przedmiotem zamówienia jest przedmiot który w dokładnym, wymaganym przez danego zamawiającego kształcie nie istnieje a zostanie dopiero stworzony z uwzględnieniem jego indywidualnych dyspozycji i oczekiwań. Dotyczy to szczególnie często systemów informatycznych, co do których niemal każdy jest projektowany i dostosowywany do indywidualnych potrzeb zamawiającego – „szyty” na jego miarę. Niezmiennie rzadką jest sytuacja, że narzędzie dostępne w standardowej, rynkowej ofercie będzie się nadawało do zastosowania u danego zamawiającego bez potrzeby przynajmniej konfiguracji do jego potrzeb, a najczęściej wymaga szeregu prac adaptacyjnych i integracyjnych. Z tego względu niejednokrotnie eksponuje się, że opracowanie próbki nie powinno wymagać od wykonawcy poniesienia nadmiernych, nieuzasadnionych celem jakim jest złożenie oferty nakładów i kosztów, w szczególności nie powinno wymagać stworzenia przedmiotu świadczenia, jeśli ten ma być dopiero wytworzony na potrzeby zamawiającego w toku postępowania. W takim wypadku niejednokrotnie próbka ma mieć postać pewnego wybranego wrywka przedmiotu, który ma być dostarczony; takiej jego części, która jest reprezentatywna i wystarczająca dla zbadania interesujących zamawiającego cech lub funkcjonalności [tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 25 marca 2015 r. w spr. KIO 506/15]. W takim wypadku uzasadnione jest zatem żądanie w charakterze próbki jedynie wybranych elementów przyszłego systemu, czy też – jak finalnie uczynił to Zamawiający w tym postępowaniu – jego komponentów, stanowiących systemy standardowe, z których zbudowany zostanie docelowy System. W zakresie zatem zmodyfikowanych – z uwzględnieniem postulatów wyartykułowanych przez Odwołującego – postanowień dotyczących próbki, w sposób przewidujący badanie w charakterze próbki systemu lub systemów, z których wytworzony zostanie System, działanie Zamawiającego zasługuje na akceptację.

Nie podzielono jednak postulatów Odwołującego co do zmniejszenia zakresu funkcjonalności i procesów, które mają być badane na podstawie próbki. Odwołujący w szczególności postulował, by badać mniejszą ich ilość, to jest nie około 33 % jak ma to miejsce w postępowaniu, ale około 5 %. Dostrzeżenia jednak wymaga, że starannie prowadzący postępowanie Zamawiający ma prawo tak je ukształtować, że to co istotne, reprezentatywne dla zbadania oferty, zostanie zweryfikowane. Jeśli Zamawiający uznał, że

Strona 125 z 144

określona ilość i rodzaj procesów i funkcjonalności da mu potwierdzenie zgodności oferty z postawionymi wymaganiami, to nie sposób stawiać mu z tego powodu zarzutów. Istotne jest także, że po modyfikacji SIWZ Zamawiający dopuścił, by te funkcjonalności i procesy były badane nie w zagregowanym narzędziu, łączącym w próbce i na jej potrzeby różne systemy standardowe, tak jak ma to być w docelowym Systemie, ale by to badanie sprowadzało się do badania wymagań w różnych systemach, każdym z nich odrębnie. Każda z funkcjonalności czy procesów może być więc przewidziana w różnych systemach, których wykonawca może zestawzić nieograniczoną ilość. Nie jest więc na tym etapie wymagane zagregowanie systemów realizujących różne obszary docelowego Systemu, ani różne systemy – komponenty, z których zostanie on wytworzony. Rozwiązanie to jest zatem wstępną, uproszczoną i życzliwą dla wykonawców, a w każdym razie maksymalnie nieuciążliwą jeśli chodzi o przygotowanie próbki formą badania przyszłego Systemu, na podstawie jego komponentów i oferowanych przez nie możliwości. Jakkolwiek nie eliminuje to ryzyka, że dany wykonawca zakłada w docelowym Systemie realizację danego procesu lub funkcjonalności w wyniku integracji dwóch różnych systemów jako rezultat takiej integracji

[czego nie pozwoli stwierdzić badanie jedynie systemów – komponentów, przed ich integracją], to jednak nie jest też wyłączone zintegrowanie systemów w niezbędnym zakresie na potrzeby próbki [swego rodzaju proteza elementu przyszłego Systemu]. Ponadto, w tym postępowaniu charakter próbki i jej badania, a także fakt, że samo postępowanie prowadzone w formule projektowej, sprowadzającej się do ustalenia w toku wykonywania zamówienia szczegółowych rozwiązań [na co przykładowo wskazuje, mający zostać opracowany Projekt Funkcjonalny] pozwala na uznanie, że celem badania próbki jest wstępne ustalenie możliwości i funkcjonalności komponentów przyszłego Systemu, zaś wymagane funkcjonalności i procesy zostaną w toku postępowania uzgodnione z wykonawcą i w rzeczywistości, sposób dojścia do ich osiągnięcia może różnić się od tego, jaki zastosowano na potrzeby próbki. Nie jest więc tak, jak usiłuje wykazać Odwołujący,

że na

etapie złożenia oferty, poprzez wymaganie próbki o takim kształcie i zakresie Zamawiający wymaga stworzenia prototypu docelowego Systemu. Zakres próbki – po dokonanej modyfikacji SIWZ – wskazuje, że jej przedmiot obejmuje funkcjonalności i procesy dostępne w komponentach Systemu, analizowanych w ich najbardziej podstawowej formie, to jest w postaci standardowej, co nie wyklucza też odpowiednich konfiguracji na potrzeby badania próbki.

Nie podzielono także argumentacji Odwołującego, że udostępnienie próbki Zamawiającemu bez naruszania autorskich praw majątkowych właścicieli tych praw, wiąże

Strona 126 z 144

się również z koniecznością zapewnienia odpowiednich licencji dla wszystkich komponentów oferowanego Systemu, w szczególności pochodzących od dostawców zewnętrznych [System zawierający 84 wymagania z trzech obszarów: zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie, oprogramowanie standardowe – systemowe i bazodanowe], co wiąże się z czasem niezbędnym do ich pozyskania i wysokimi kosztami, które musi ponieść wykonawca w celu opracowania kompletnej próbki. Teza, że system pracuje w architekturze wielowarstwowej, i wymaga tym samym udostępnienia w ramach próbki licencji serwerowych, które są wielokrotnie droższe od licencji na urządzenie, a także że w myśl art. 97 ust. 1 ustawy czas ważności licencji należy zabezpieczyć na okres 4 lat, pomija zupełnie, że próbka ma być zainstalowana na komputerze dostarczonym przez wykonawcę [laptopie], bez połączenia z serwerem. Argumentacja Odwołującego zdaje się zakładać, że zawartość próbki ma mieć cechy takie jak System docelowy [kwestia wielowarstwowej struktury], podczas gdy po dokonanej modyfikacji SIWZ, próbka ma być jedynie uproszczonym, demonstracyjnym zestawem systemów, z których zostanie stworzony docelowy System, bez konieczności odtwarzania tych jego elementów, które stworzone zostaną w toku postępowania i są jego przedmiotem. Próbka ma zatem prezentować jedynie możliwości komponentów, z których wybrany wykonawca stworzy System. Ponadto, to rzeczą wykonawcy jest dostarczenie próbki i składających się na nią systemów, zdanej – zarówno w aspekcie faktycznym jak i prawnym – do realizacji jej celu, jakim jest zweryfikowanie wyszczególnionych przez Zamawiającego procesów i funkcjonalności w trakcie badania oferty. Sporne licencje, wobec braku szczególnych wskazań winny być takie, jakie są niezbędne do realizacji celu próbki – zbadania w składających się na próbkę systemach istnienia wymaganych funkcjonalności i realizacji wskazanych procesów w czasie i miejscu jej badania, to jest w relatywnie krótkim okresie. Obowiązek przechowywania przez 4 lata próbki [co mogłoby dotyczyć jedynie wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, jeśli zainteresowani wykonawcy zwrócą się o zwrot próbek – art. 97 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych] nie jest przy tym nadmiernie uciążliwy a zarazem nie oznacza konieczności zapewnienia licencji na cały okres przechowywania próbki. Jeśli prezentacja przebiegnie pomyślnie, przechowywaniu podlega próbka, którą w tym wypadku stanowi system lub systemy stanowiące komponenty bazowe docelowego Systemu. Nie ma przy tym przeszkód, by w międzyczasie licencje wygasły, w związku z tym że ich zakres był ograniczony celem, jakim była wyłącznie prezentacja ich działania. Wszak wiele rodzajów próbek ma taki charakter, że ich użyteczność jest ograniczona krótkim terminem przydatności do użytku [żywność, środki medyczne] a nawet natura niektórych rodzajów próbek jest taka, że wynik ich badania jest

Strona 127 z 144

ulotny, dostępny tylko podmiotom badającym lub na których badanie przeprowadzono i tylko w momencie tego badania, bowiem samo badanie jest możliwe tylko poprzez bezpośrednią obserwację w danym miejscu i czasie [przykładowo: degustacja posiłku, badanie czasu wchłaniania środka hemostatycznego w ciele pacjenta, czy sprawdzenie umiejętności osób mających prowadzić szkolenie lub wykonywać czynności eksperckie poprzez prowadzony „na żywo” pokaz zadania demonstracyjnego], zaś w późniejszym czasie poznanie próbki w taki sam sposób, jak czyniły to osoby dokonujące badania oferty jest niemożliwe i sprowadza się do poznania pośredniego, to jest analizy dokumentacji, przykładowo pisemnego protokołu z badania czy nagrania tego badania. Taka istota próbki i jej badania, jako czynności niepowtarzalnej i nieodtwarzalnej dokładnie tak samo jak miało to miejsce w trakcie badania, determinowała uznanie za zasadne zarzutu postawionego w innym odwołaniu rozpatrywanym w tym postępowaniu [sprawa o sygn. akt KIO 2580/15], dotyczącego jawnego – w obecności wykonawców – badania próbki. Stąd, jeśli Zamawiający nie zastrzegł szczegółowych wymagań co do systemów składających się na próbkę, w szczególności dotyczących licencji i terminu jej ważności, to winny mieć one taki zakres, jaki jest niezbędny dla przeprowadzenia badania próbki, co sprowadza się do czynności uruchomienia systemów i zbadania ich funkcjonalności w okresie relatywnie krótkim od terminu składania ofert.

Nie zasługiwał także na uwzględnienie postulat przeprowadzenia prezentacji próbki przez wykonawcę. Przypomnienia wymaga, że to Zamawiający jest organizatorem postępowania, jego przysłowiowym gospodarzem. Jemu przysługuje więc wyłączne uprawnienie do kreowania strony organizacyjnej postępowania, w tym – tak jak ma to miejsce w odniesieniu do sposobu badania próbki – do jednostronnego ustalenia, kto i w jaki sposób będzie prowadził badanie próbki, tym bardziej, że wynikającą z przepisów ustawy zasadą jest, że to Zamawiający bada oferty. Jeśli więc w konkretnej sytuacji dany Zamawiający decyduje się na przerzucenie na wykonawców roli operatora prezentacji działania próbki, co najczęściej w praktyce dotyczy oferowanego systemu informatycznego, to jest to wynikiem nie realizacji zasad czy obowiązków wynikających z przepisów, ale optymalizacji tej czynności, usprawnienia procedury badania oferty. W takim wypadku wykonawca działa jednak jako pomocnik – dysponent sfery technicznej związanej z obsługą pokazu działania próbki, pod okiem zamawiającego i przez niego kierowany. Wykonawca, któremu zgodnie z postanowieniami SIWZ i w zakresie z niej wynikającym zamawiający zdecyduje się scedować prowadzenie prezentacji działania oferowanego przez siebie produktu występuje więc w roli operatora tej czynności, jedynie technicznego pomocnika, a nie organizatora tej czynności. Niezależnie jednak od tego, kto prowadzi tę prezentację próbki – samodzielnie

Strona 128 z 144

zamawiający, czy też za pośrednictwem wykonawcy, który ją przygotował i osób przez niego wyznaczonych, z formalnego punktu widzenia jest to czynność badania oferty, tę zaś zawsze prowadzi zamawiający. To zamawiającemu przysługuje zatem uprawnienie do jednostronnego i wiążącego uczestników postępowania postanowienia, czy sam zbada ofertę i składającą się na nią próbkę, czy też przekaze określoną część przygotowawczą tego badania, sprowadzającą się do prezentacji próbki, wykonawcy lub nawet innym podmiotom.

Podobnie nie zasługiwał na uwagę postulat przeprowadzenia badania oferty za pomocą próbki stanowiącej nagranie działania systemu/systemów na płycie DVD. Odwołujący wnioskował, by wymaganie Zamawiającego w tej mierze brzmiało: *Próbka Systemu dla wspomagania zarządzania majątkiem sieciowym, gospodarką nieruchomościami oraz zarządzania pracą brygad w terenie w postaci filmu nagranego przez Wykonawcę zawierającego prezentację wymagań określonych w SIWZ, musi być zapisana na płycie CD/DVD [2 egz.], którą Wykonawca musi złożyć wraz z Ofertą. Próbka może zawierać Wykonawca może złożyć tylko jeden zestaw filmów. Zauważyć trzeba, że jeśli wykonawca może nagrać działanie systemu/systemów dla celów tak zaproponowanego badania, to może także przekazać ten sam system/systemy zainstalowane na komputerze wraz z odpowiednio szczegółowym instruktarzem, który „poprowadzi Zamawiającego za rękę” i pozwoli na samodzielne zbadanie próbki. Z całą pewnością nie jest nadmiernie uciążliwe czy kosztowne przygotowanie próbki w aktualnym kształcie jej wymagania, skoro Odwołujący gotów jest tego dokonać na potrzeby nagrania. Tak samo więc nie ma przeszkód do dostarczenia przedmiotu próbki wraz z ofertą.*

Ponadto, w wyłącznej gestii Zamawiającego jest przesądzenie, w jakie formie ma być złożona próbka – jako zestaw odpowiednio zabezpieczonych systemów zainstalowanych na zdeponowanych komputerach, w formie nośnika pamięci na którym zostaną one nagrane w celu samodzielnej instalacji przez zamawiającego, czy nagrania z przeprowadzonej przez wykonawcę prezentacji na płycie CD. Zamawiający ma prawo

żądać, aby wykonawca zaprezentował funkcjonalności systemu na swoim sprzęcie bowiem takie rozwiązanie chroni zamawiającego przed ewentualnymi zarzutami wykonawców co do nieprawidłowego przebiegu prezentacji z powodu np. wad sprzętu zamawiającego, na którym miałyby być uruchomiona płyta CD. Zamawiający ma także prawo zbadać działanie próbki systemu w warunkach, za które odpowiadają wykonawcy [takie też stanowisko wyrażono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 4 lipca 2014 r. w spr. KIO 1211/14, KIO 1221/14, KIO 1222/14].

Strona 129 z 144

Dostrzeżenia także wymaga, że próbka jako część oferty jest własnością wykonawcy zaś jej poprawne przygotowanie, pozwalające osiągnąć w sposób pozytywny cel, dla którego ma być złożona spoczywa na wykonawcy. Każdorazowo prawidłowe przygotowanie oferty wiąże się dla wykonawcy z poniesieniem określonych kosztów, są to jednak typowe koszty związane z ryzykiem prowadzonej działalności gospodarczej, przy czym w postępowaniach, których przedmiotem są systemy informatyczne, wymaganie próbki w postaci systemu lub systemów zainstalowanych na komputerze jest powszechne, wręcz mieści się w standardzie takich postępowań i dla podmiotów biorących aktywny udział w prowadzonych w trybie zamówień publicznych postępowaniach na systemy informatyczne nie jest niczym niezwykłym.

Co do postulatu przesunięcia terminu składania ofert do dnia 15 stycznia 2016 r., z uwagi na konieczność wydłużenia czasu niezbędnego na przygotowanie próbki, którym opatrzone zarzut dotyczący sposobu badania próbki – temu Zamawiający uczynił zadość przesuując odpowiednio termin składania ofert.

Reasumując, nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie opisu scenariusza i zasad badania próbki w postępowaniu.

[9] Znalazł potwierdzenie zarzut ujęty w II. 4 lit. a) odwołania [str. 28 – 31 odwołania], dotyczący postanowienia zawartego w § 24 ust. 7 Załącznika nr 5 do SIWZ o treści: *„Zamawiający ma prawo do odstąpienia od Umowy bez podania jakiejkolwiek przyczyny, w tym również w sytuacji, gdy Wykonawca wykonuje Umowę należyście, w każdym momencie jej obowiązywania.”* Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do zmiany SIWZ poprzez wykreślenie postanowienia § 24 ust. 7 w załączniku nr 5 do SIWZ.

Zamawiający dokonał w dniu 7 grudnia 2015 r. modyfikacji tego postanowienia poprzez nadanie mu treści: *„Zamawiający, na zasadzie art. 395 Kodeksu cywilnego, jest uprawniony odstąpić od Umowy w terminie wskazanym w ust. 9, w tym w szczególności Zamawiający jest uprawniony odstąpić od Umowy po odbiorze Projektu Funkcjonalnego lub po upływie terminu na opracowanie Projektu Funkcjonalnego.”* Mimo dokonanej zmiany postanowienia SIWZ, Odwołujący podtrzymywał zastrzeżenia wobec również nowego jego brzmienia, wskazując, że w dalszym ciągu nie spełnia ono wymagań stawianych przez ustawę Prawo zamówień publicznych, przewidzianych w art. 29 ust. 1 w związku z art. 7 ust.

Strona 130 z 144

1 tej ustawy, a także przez to, że daje Zamawiającemu otwarte prawo do odstąpienia od umowy. W ocenie Odwołującego, treść tego postanowienia w brzmieniu określonym po zmianie SIWZ jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający chce zastrzec dla siebie prawo do odstąpienia od umowy w dowolnym przypadku, nawet w sytuacji niezawinionej przez wykonawcę, w całym okresie poprzedzającym odbiór Etapu III, na co ma wskazywać zawarte w zapisie określenie „w szczególności”.

Biorąc pod uwagę argumentację stron w zakresie powyższego postanowienia SIWZ,

uwzględniono okoliczność, że zapewnienie sobie przez Zamawiającego uprawnienia do jednostronnego odstąpienia od umowy, niezależnie od tego czy wykonawca należycie i starannie realizuje swoje obowiązki [nie sposób w tym miejscu pominąć, że Zamawiający wymaga od wykonawców podwyższonej staranności – *vide* § 4 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącego Załącznik Nr 5 do SIWZ] rażąco narusza równowagę stron w postępowaniu. Bez wątpienia postępowanie ma za przedmiot świadczenie nie tylko trudne i skomplikowane w znaczeniu technicznym, czego przejawem jest choćby fakt, że realizowane ma być w formule wzajemnej współpracy Zamawiającego z wykonawcą, w warunkach projektowych opartych na porozumieniu i uzgadnianiu istotnych kwestii [zastrzeżenie funkcji projektowych takich jak Komitet sterujący, kierownicy Projektu po obu stronach umowy], przez okres relatywnie długi [26 miesięcy], ale także pociągające istotne nakłady ze strony wykonawcy. Etap opracowania Projektu Funkcjonalnego nadal jest etapem istotnego zaawansowania realizacji projektu. Przepis art. 395 Kc dopuszcza umowne [dyspozytywne] postanowienie wprowadzające prawo dla jednej lub obu stron umowy w ciągu oznaczonego terminu do odstąpienia od umowy poprzez jednostronne oświadczenie złożone drugiej stronie. Prawo do wprowadzenia takiego postanowienia umownego jednak winno być wykonywane w sposób zgodny z jego przeznaczeniem i nie naruszający uzasadnionych interesów drugiej strony umowy. W przypadku umów zawieranych na gruncie zamówień publicznych to zamawiającemu przysługuje wyłączne prawo kształtowania projektu umowy, która zostanie zawarta z wykonawcą. Dochodzenie do umowy nie odbywa się tutaj w typowej, właściwej dla prawa cywilnego postaci, to jest w trybie negocjacji, gdzie każda ze stron przedstawia swoją wizję łączącego stosunku prawnego i w formule konsensusu lub kompromisu powstają poszczególne, kluczowe postanowienia regulujące relacje kreowanej między stronami relacji, ale jedna ze stron – zamawiający jednostronnie narzuca te postanowienia. Nie ma zatem płaszczyzny, w której wykonawcy mogliby zaproponować dodatkowe postanowienia, uwzględniające ich racje, zaś z pozycji zamawiającego nie ma powodów dla wprowadzenia postanowień realizujących interes wykonawcy, a wręcz przeciwnie – zamawiający zawsze

Strona 131 z 144

będzie zainteresowany tym, by w umowie nie znajdowały się postanowienia dające uprawnienia wykonawcom, które z punktu widzenia prawa nie są obowiązkowe. W tych warunkach – z jednej strony – wykonawca nie ma możliwości uzyskania stanu, by w przyszłej umowie z podmiotem publicznym [zamawiającym] znalazły się postanowienia oddające dyspozytywne na gruncie prawa cywilnego postanowienia, które byłyby dla nich korzystne, mimo takiego samego prawa dla zamawiającego, przykładowo, takiego samego prawa do odstąpienia od umowy. Z drugiej strony, wykonawcy nie mają możliwości wynegocjowania takiego lub innego kształtu klauzuli umownej dotyczącej przysługującego wyłącznie zamawiającemu prawa odstąpienia od umowy. Oznacza to tyle, że zamawiający powinien z rozsądkiem i zrozumieniem także praw i uzasadnionych interesów drugiej strony umowy kształtować swoje uprawnienia, nie nadużywając pozycji, która wynika z powstawania umowy nie w wyniku porozumienia z jej drugą stroną, lecz w ramach wyrażanej jednostronnie woli. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że zamawiający na gruncie ustawy ma dogodniejszą pozycję, nie tylko dlatego że jemu przysługuje jednostronnie rola kształtowania warunków postępowania oraz projektu umowy, ale także dlatego, że ustawodawca już w ustawie przewidział dodatkowe, niezależne od umownych regulacje poprawiające pozycję zamawiającego w ramach ukształtowanego stosunku umownego, przewidując dodatkową, niezależną od ewentualnie przewidzianej na podstawie art. 395 Kc w umowie podstawę do odstąpienia od umowy. Zgodnie bowiem z art. 145 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. Oznacza to, że nawet jeśli zamawiający nie skorzysta z przewidzianej w dyspozytywnym przepisie art. 395 Kc możliwości wprowadzenia postanowień przewidujących uprawnienie do odstąpienia od umowy w ciągu oznaczonego terminu, to takie prawo przysługuje mu z mocy przepisu art. 145 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w razie zaistnienia opisanych w nim okoliczności. Jest to zatem autonomiczna podstawa do odstąpienia przez zamawiającego od umowy, istotnie wzmacniająca jego pozycję i dająca mu dodatkowy przywilej w stosunku do wykonawcy. W kontekście powyższego, wprowadzenie kolejnej podstawy do takiego odstąpienia, jakkolwiek nie wyłączone, to powinno odbywać się z wyjątkową rozwagą, w szczególności za nadmierne należy uznać prawo do skorzystania

z takiego uprawnienia bez jakiegokolwiek przyczyny po odbiorze Projektu Funkcjonalnego, mimo niewystąpienia jakichkolwiek zastrzeżeń co do sposobu realizacji zamówienia. Na tym etapie realizacji zamówienia takie zależne jedynie od woli Zamawiającego, niezwiązane z określonymi zastrzeżeniami co do sposobu realizacji projektu odstąpienie od umowy nie

Strona 132 z 144

może być uznane za uzasadnione. Nie można bowiem bagatelizować, że istotą zawiązanego stosunku prawnego jest jego trwałość i działanie w celu realizacji wynikającego z niego celu. Realizacja wzajemnych świadczeń dlatego odbywa się w warunkach wiążącej i obligującej do określonych działań umowy, przewidującej określone prawa i obowiązki każdej ze stron, że bezpieczeństwo obrotu wymaga przynajmniej elementarnej stabilności ukształtowanej relacji prawnej i pewności, że zaciągnięte zobowiązanie będzie w umówionym zakresie i czasie realizowane. Nie mieści się w tak pojmowanej regule bezpieczeństwa obrotu gospodarczego dowolne, pozbawione uzasadnienia i zastrzeżone dla jednej tylko strony umowy prawo rezygnacji z zawartej umowy. Jeśli zatem nie nastąpiły rzeczywiste, odpowiednio doniosłe okoliczności uzasadniające zakończenie zawartego stosunku prawnego, umowa winna być do końca wykonywana zgodnie z jej treścią. Powyższe stanowi wyraz zasady lojalnego kontraktowania, kiedy każda ze stron umowy działa po to, by zawarty stosunek prawny zrealizować zgodnie z jego zakresem i nie stawiać drugiej strony umowy przed faktem jednostronnej, nieuzgodnionej i nieuzasadnionej odpowiednio ważnymi powodami rezygnacji z kontynuowania umowy. Odstąpienie od umowy w takiej sytuacji powinno być ograniczone do sytuacji wyjątkowych [te przykładowo wyraża art. 145 ust. 1 ustawy], przy czym o tym, czy mamy do czynienia z sytuacją wyjątkową nie powinien przesądzać Zamawiający decydując się na skorzystanie lub nie z przewidzianego w umowie i nie opatrzonego wskazaniem odpowiednio ważnych przyczyn prawa odstąpienia od umowy, lecz takie okoliczności powinny zostać zakomunikowane w postanowieniu umownym przewidującym ewentualne odstąpienie od umowy.

Stąd poddając analizie powyższy zarzut, zarówno w kontekście postanowienia umownego w kształcie istniejącym w dacie składania odwołania, jak i po jego modyfikacji dokonanej w dniu 7 grudnia 2015 r., uznano, że znalazły potwierdzenie zarzuty wskazujące na umieszczenie w treści SIWZ postanowień pozostających w sprzeczności z właściwością stosunku cywilnoprawnego i zasadami współżycia społecznego, to jest wykraczających poza dopuszczoną przez ustawodawcę granicę swobody umów i tym samym naruszających art. 353 i k.c. w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także naruszających art. 5 k.c. i art. 58 k.c. w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 354 § 2 k.c. Z tego względu, wobec potwierdzenia się powyższego zarzutu, nakazano wykreślenie treści ujętej w § 24 ust. 7 wzoru umowy, szczególnie, że innego postulatu w tej mierze, w szczególności dotyczącego innej, alternatywnej treści tego postanowienia, Odwołujący nie stawiał.

Strona 133 z 144

[10] Nie potwierdził się zarzut II. 4 lit. b) odwołania [str. 31 – 33 odwołania], dotyczący postanowienia zawartego w § 1 Załącznika nr 5 do SIWZ, zgodnie z którym „**Elementy Licencjonowane** – wszelkie utwory w rozumieniu przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, które są dostarczane przez Wykonawcę lub powstaną w ramach realizacji Przedmiotu Umowy, za wyjątkiem Elementów Autorskich. Przez Elementy Licencjonowane rozumie się również powyżej wskazane utwory w formie nieukończonych, a także ich wszelkie szkice, wzory, wersje testowe itp.”. Dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający po przeanalizowaniu zastrzeżeń postawionych w odwołaniu dokonał zmiany tego postanowienia, dodając w § 21 ust. 19 o następującej treści: „*Ileć w Umowie jest mowa o udzieleniu przez Wykonawcę licencji na Elementy Licencjonowane to zobowiązanie to może być również wykonane przez Wykonawcę poprzez doprowadzenie do udzielenia licencji na Zamawiającego na polach eksploatacji wymienionych w § 21 ust. 3 przez osoby trzecie, którym służy prawo do licencjonowania tych Elementów.*”. Zamawiający również rzeczowo wyjaśnił, że w zakresie zapisów § 21 dotyczących Praw autorskich zapisy tej części Umowy regulują zasady korzystania przez Zamawiającego z docelowego Systemu, co oznacza, że zapisy te są kluczowe zarówno dla Zamawiającego jak też wykonawcy. Zamawiający wyjaśnił także, że wszelkie wytworzone w trakcie lub w wyniku wykonywania

przedmiotu umowy utworzy w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, stanowiące zmianę wersji standardowej Systemu [modyfikacje, rozszerzenia i in.], będą bazowały na wiedzy, doświadczeniu, kompetencjach Zamawiającego i będą wytworzone tylko i wyłącznie na jego potrzeby.

Powtórzenia wreszcie wymaga, że Zamawiający jest uprawniony do nabycia takiego przedmiotu, jaki jest niezbędny do realizacji jego celów, przy czym jeśli zgadza się na nabycia licencji o określonym zakresie i gotów jest za to zapłacić, to nie można czynić zastrzeżeń z powodu takiego ukształtowania postanowień umownych. Kwestionowane postanowienie reguluje uprawnienia wykonawców, zabezpieczając ich interesy, skoro przewiduje, że zobowiązanie wykonawcy może być również wykonane przez poprzez doprowadzenie do udzielenia licencji na Zamawiającego na polach eksploatacji wymienionych w § 21 ust. 3 przez osoby trzecie, którym służy prawo do licencjonowania tych Elementów. umowne w szeroki Zmodyfikowane postanowienie sposób relatywnie i uniwersalny reguluje kwestię zobowiązań, których przedmiotem są prawa niematerialne. Nie sposób przy tym postanowieniu umownemu w kształcie ustalonym przez Zamawiającego przypisać jakiegokolwiek naruszenia przepisów prawa. Nie jest także zobowiązaniem niemożliwym do spełnienia. Zamawiający wszak nie zastrzega sobie praw autorskich, nie

Strona 134 z 144

wymaga także by wykonawca nimi dysponował, a zezwala na formułę licencji w takim zakresie, w jakim nie wchodzi w grę prawa autorskie. Zastrzeżenia Odwołującego zdają się zatem stanowić wyraz nadmiernych ale nieuzasadnionych obaw co do tego, że Zamawiający wymaga uprawnień, dotyczących praw do utworów pozostających poza zakresem racjonalnego, profesjonalnego i prawidłowo kształtującego relacje prawne z dostawcami wykonawcy. Nie zostało również wykazane przez Odwołującego, by kwestionowane postanowienia powodowały, że zawarta z wykonawcą umowa będzie umową o świadczenie niemożliwe. W szczególności, inni wykonawcy analogicznych zastrzeżeń nie formułowali, a gdyby rzeczywiście w związku z zakresem licencji zachodziło takie ryzyko, to z pewnością nie uszłoby to ich uwadze, szczególnie że licencje stanowią kwestię kluczową, to jest związaną z wybraną technologią i bazowymi systemami, z których wykonany zostanie System i tego rodzaju analizy zapewne zostały przeprowadzone. Co więcej, Zamawiający podał, że analogiczne zapisy towarzyszą innym zawartym przez niego umowom i nie stanowiły przeszkody w złożeniu oferty i wykonaniu zamówienia.

Stąd zarzut dotyczący umieszczenia w treści SIWZ postanowień pozostających w sprzeczności z właściwością stosunku cywilnoprawnego i zasadami współzycia społecznego, a więc wykraczających poza dopuszczoną przez ustawodawcę granicę swobody umów i tym samym naruszających art. 353 i k.c w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także naruszających art. 5 k.c. i art. 58 k.c. w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 354 § 2 k.c., art. 365 i k.c., art. 387 § 1 k.c. oraz art. 41 ust. 4 i art. 68 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych w związku z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, także nie zasługiwał na uwzględnienie.

[11] Nie podzielono także kolejnego zarzutu II. 4 lit. c) odwołania [str. 33 – 35 odwołania], dotyczącego postanowienia zawartego w § 1 projektu umowy stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ, w którym zawarto definicję Komitetu Sterującego, a także kolejnych postanowień w których przewidziano tryb podejmowania przez Komitet Sterujący decyzji [§ 8 ust. 1 projektu umowy]. Odwołujący zakwestionował przede wszystkim tryb decydowania przez Komitet wynikający z brzmienia § 8 ust. 5 projektu umowy, zgodnie z którym „Decyzje Komitetu Sterującego podejmowane są większością głosów. W przypadku niemożności uzyskania większości, głos decydujący posiada Przewodniczący Komitetu Sterującego.” a także § 8 ust. 6: „Komitet Sterujący jest władny do podejmowania decyzji niezależnie od ilości członków obecnych na posiedzeniu.”

Strona 135 z 144

Po pierwsze, uwzględniono w tej mierze fakt dokonania przez Zamawiającego w dniu 7 grudnia 2015 r. modyfikacji SIWZ, przewidującej nadanie § 8 ust. 1 projektu umowy treści:

„Zarządzanie realizacją Przedmiotu Umowy, a w szczególności podejmowanie decyzji dotyczących realizacji świadczeń wchodzących w zakres Przedmiotu Umowy, z zastrzeżeniem konieczności dochowania wymogów, co do formy czynności prawnej (art. 139 ust. 2 ustawy Pzp), odbywać się będzie poprzez działalność Kierowników Projektu oraz w drodze decyzji Komitetu Sterującego”. Po drugie, fakt przewidzenia w postępowaniu formuły prowadzenia projektu w oparciu o reguły współpracy, a także wprowadzenie ról projektowych, jest wyjściem przez Zamawiającego naprzeciw postulatowi dotyczącemu uwzględnienia zdania wykonawcy w trakcie realizacji projektu. Niezależnie od tego, nie należy zapominać, że to Zamawiający jest odbiorcą zadania i na jego rzecz ma nastąpić realizacja przedsięwzięcia. Jemu to więc – niezależnie od tego, jak bardzo formuła prowadzenia postępowania osadzona zostanie w regułach zarządzania projektowego i metodyk właściwych temu zarządzaniu – przysługuje decydujące zdanie co do kluczowych kwestii w postępowaniu. To Zamawiającemu przysługuje tym samym uprawnienie do wyrażania decyzji w istotnych sprawach. Mimo to – jak wskazuje brzmienie SIWZ a także jej modyfikacja – Zamawiający wykazuje życzliwe podejście do postulatów dotyczących wzajemnej współpracy i jest otwarty na formułę współdecydowania przez wykonawcę w zakresie sposobu realizacji zadania, czego przejawem jest dokonana modyfikacja SIWZ i jej kierunek.

Nie znalazł zatem akceptacji zarzut dotyczący postanowień dotyczących zasad podejmowania decyzji przez Komitet Sterujący, jako mających pozostawać w sprzeczności z właściwością stosunku cywilnoprawnego i zasadami współżycia społecznego, a więc wykraczających poza dopuszczoną przez ustawodawcę granicę swobody umów i tym samym naruszających art. 353 i k.c. w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także naruszających art. 5 k.c. i art. 58 k.c. w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 354 § 2 k.c., art. 365 i k.c., art. 387 § 1 k.c.

[12] W zakresie zarzutu III odwołania [str. 38 – 40 odwołania], dotyczącego postanowień odnoszących się do podwykonawstwa, zawartych w § 5 ust. 1 projektu umowy stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ, nie znaleziono postaw do jego uwzględnienia, podtrzymując argumentację wyartykułowaną w odniesieniu do analogicznego zarzutu postawionego w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Comarch SA w Krakowie, Apator Rector SA w Zielonej Górze, Apator Elkomtech SA w Łodzi

Strona 136 z 144

[spr. o sygn. akt KIO 2578/15].

W postanowieniu § 5 ust. 1 projektu umowy Zamawiający postanowił, że „Wykonawca nie może powierzyć realizacji całości lub części Przedmiotu Umowy podwykonawcy bez uprzedniej pisemnej zgody Zamawiającego na powierzenie realizacji określonej części bądź całości zamówienia podwykonawcy wskazanemu przez Wykonawcę. Do zawarcia przez podwykonawcę umowy z dalszym podwykonawcą Jest wymagana zgoda Zamawiającego i Wykonawcy, udzielona zgodnie z zasadami określonymi w mniejszym paragrafie”. Dodatkowo Odwołujący zakwestionował postanowienie § 5 ust. 7 projektu umowy, w którym zamieszczono szereg postanowień, wskazujących, że przesłanką do udzielenia zgody jest ocena przez Zamawiającego kompetencji i potencjałów podwykonawcy.

W zakresie powyższego zarzutu, Zamawiający po przeanalizowaniu argumentacji Odwołującego dokonał w dniu 7 grudnia 2015r. modyfikacji Zamawiający SIWZ dotyczącej § 5 ust. 7 projektu umowy i nadał mu brzmienie: „Zamawiający ma prawo do odmowy wyrażenia zgody na udział danego podwykonawcy w realizacji Przedmiotu Umowy w przypadku braku odpowiednich kompetencji bądź potencjałów podwykonawcy potrzebnych do zrealizowania powierzanego podwykonawcy zakresu rzeczowego. Oceniając zdolność podwykonawcy do realizacji zakresu rzeczowego powierzanego mu przed Wykonawcą Zamawiający będzie brał pod uwagę wielkość powierzanego podwykonawcy zakresu rzeczowego, doświadczenie podwykonawcy wykonawcy w realizacji świadczeń zbliżonych do powierzanego mu zakresu rzeczowego, możliwość samodzielnego finansowania realizacji powierzanego podwykonawcy zakresu rzeczowego w świetle przewidywanych w umowie podwykonawczej zasad płatności, liczebność personelu podwykonawcy, jego kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie w odniesieniu do powierzanego podwykonawcy zakresu rzeczowego oraz posiadane ubezpieczenie oceniane w świetle potencjalnej

szkodowości działań i zaniechań podwykonawcy.”.

W odniesieniu do zawartych w SIWZ postanowień dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący kwestionuje – po pierwsze – sam fakt zastrzeżenia przez Zamawiającego obowiązku uzyskania zgody na powierzenie realizacji określonej części bądź całości zamówienia podwykonawcy a także na zawarcie umowy z podwykonawcą. Tego rodzaju zastrzeżenie nie pozostaje jednak w sprzeczności z brzmieniem art. 36a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych [Odwołujący w odwołaniu błędnie powołuje się na nieobowiązujący już przepis art. 36 ust. 5 ustawy, którego rolę od 24 grudnia 2013 r. pełnią przepisy art. 36a ust. 1

Strona 137 z 144

i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wprowadzone ustawą z` dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, Dz.U. z 2013 r., poz. 1473], jego przedmiotem nie jest bowiem wyłączenie uprawnienia wykonawcy do przekazania realizacji całości lub części zamówienia podwykonawcy lecz uzyskanie przez Zamawiającego wpływu na to, czy zamówienie bądź jego część będzie wykonywane przez odpowiednio profesjonalny podmiot. Na taką intencję Zamawiającego wskazuje wyraźnie treść postanowienia § 5 ust. 7 projektu umowy, w którym Zamawiający określił zakres i cel oceny, która może powodować brak zgody na podwykonawcę, akcentując, że dotyczy to sytuacji braku odpowiednich kompetencji bądź potencjałów podwykonawcy potrzebnych do zrealizowania powierzanego podwykonawcy zakresu rzeczowego. Zamawiający podkreślił też wyraźnie, że oceniając zdolność podwykonawcy do realizacji zakresu rzeczowego powierzanego mu przed wykonawcą, będzie brał pod uwagę wielkość powierzanego podwykonawcy zakresu rzeczowego, doświadczenie podwykonawcy wykonawcy w realizacji świadczeń zbliżonych do powierzanego mu zakresu rzeczowego, możliwość samodzielnego finansowania realizacji powierzanego podwykonawcy zakresu rzeczowego w świetle przewidywanych w umowie podwykonawczej zasad płatności, liczebność personelu podwykonawcy, jego kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie w odniesieniu do powierzanego podwykonawcy zakresu rzeczowego oraz posiadane ubezpieczenie oceniane w świetle potencjalnej szkodowości działań i zaniechań podwykonawcy. Nie jest więc tak, jak usiłuje wykazać Odwołujący, że zgoda na danego podwykonawcę może być udzielona przez Zamawiającego w sposób arbitralny oraz wyłącznie na podstawie subiektywnej oceny. Zamawiający wyraźnie określił płaszczyzny, którymi będzie się kierować w zakresie wyrażenia bądź odmowy takiej zgody i płaszczyzny te wyraźnie korespondują z celem i potrzebą stwierdzenia, że czynności związane z wykonaniem zamówienia zrealizuje podmiot odpowiedzialny, zorganizowany i kompetentny do realizacji danego odcinka prac. Scharakteryzowane kryteria, przez pryzmat których Zamawiający zastrzegł sobie prawo niezgodzenia się na danego podwykonawcę nie dają podstaw do uznania, że stwarzają one ryzyko arbitralnej i pozbawionej uzasadnienia decyzji Zamawiającego.

Dostrzeżenia wymaga także, że ustawodawstwo, zarówno krajowe jak i europejskie nie pozostawia wątpliwości co do tego, że zamawiający w postępowaniu o zamówienie publiczne ma prawo uzyskać pewność, że zadanie publiczne, wyrażające się zamówieniem publicznym stanowiącym zakup na cele publiczne będzie wykonywane przez podmiot odpowiednio profesjonalny a także że ma prawo zbadać zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia – temu celowi służą stawiane warunki udziału w postępowaniu. Konsekwencją

Strona 138 z 144

tego jest także możliwość zbadania, kto będzie faktycznie realizował czynności związane z wykonaniem zamówienia i czy będzie to podmiot odpowiednio profesjonalny. Jeśli ustawodawca pozwala a nawet nakazuje badać zdolność do wykonywania zamówienia wykonawcy a także podwykonawcy, jeśli podwykonawca jest jednocześnie podmiotem udostępniającym swoje zasoby na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy [art. 22 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych], to trudno uznać, by badanie rzetelności i kwalifikacji ograniczone miało być tylko do sytuacji gdy stosunek podwykonawstwa pokrywa się z faktem udostępnienia zasobu przez tego podwykonawcę. Na uwagę zasługują tu ogólne spostrzeżenia, zawarte w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 9 kwietnia 2014 r. w spr. V Ca 3618/13: „przepis art. 22 ust. 5 ustawy Pzp odnosi się zarówno do wykonawcy – podmiotu biorącego udział w przetargu (sensu stricto), jak i też do wszystkich

osób trzecich, do podmiotów, które będą razem z tym wykonawcą przy realizacji tego projektu współpracowały. Takie jest ratio legis tego przepisu. Przemawia za tym także wykładnia gramatyczna. Art. 22 ust. 5 Pzp interpretować należy w powiązaniu z art. 26 ust. 2b Pzp.” a także „nie bez znaczenia pozostaje też argument, iż zawężająca wykładnia art. 22 ust. 5 Pzp prowadziłaby do nierównego traktowania podmiotów i zróżnicowania ich pozycji podmiotowej, w sytuacji, gdy surowszej ocenie podlegaliby jedynie ci wykonawcy, którzy samodzielnie spełniają warunki udziału w przetargu, posiadając własną wiedzę i doświadczenie w porównaniu do wykonawców, którzy polegają na zasobach podmiotów trzecich. Ponadto, skoro ustawodawca, dopuszczając możliwość, aby na etapie realizacji zamówienia publicznego brały udział osoby trzecie, które powinny być wskazane przez wykonawcę korzystającego z ich potencjału, to tak samo te osoby trzecie powinny podlegać weryfikacji, jak sam wykonawca, który sam może tych warunków nie spełniać.”. Analogiczny postulat szerokiej oceny przez pryzmat rzetelności i zdolności do realizacji zamówienia wszystkich podmiotów biorących udział w realizacji zamówienia wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie z 11 września 2015 r. w spr. o sygn. akt IV Ca 1050/15: „[...] zapis art. 22 ust. 5 p.z.p. odnosi się zarówno do wykonawcy - podmiotu biorącego udział w przetargu (sensu stricto), jak i też do wszystkich osób trzecich, do podmiotów, które będą razem z tym wykonawcą przy realizacji tego projektu współpracowały. Takie jest bowiem ratio legis tego przepisu. Za takim wnioskiem przemawia także wykładnia gramatyczna. Art. 22 ust. 5 p.z.p. interpretować należy w powiązaniu z art. 26 ust. 2b p.z.p. W związku z powyższym zamawiający, jako podmiot który ma dokonywać oceny ofert, powinien kierować się także jakością i sposobem wykonania tej realizacji. Powinien dokonać wyboru najlepszej oferty - najlepszej, to nie znaczy tylko najtańszej, ale najlepszej z punktu widzenia szans jej prawidłowej realizacji i do oceny tych właśnie przesłanek służy art. 22 ust.

Strona 139 z 144

5 p.z.p., dający możliwość oceny rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia.”. Jeszcze dalej idący postulat badania podwykonawcy, który udostępnił swoje zasoby wynika z kolejnego wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 18 grudnia 2014 r. w spr. V Ca 2650/14, w którym podkreślono obowiązek badania takiego wykonawcy przez pryzmat uchybień kontraktowych, jakich ten dopuścił się w swojej aktywności jako przedsiębiorca [rozpatrywanych w kategorii poważnego uchybienia zawodowego]: „[...] przepis wykluczający wykonawcę ma na celu wyeliminowanie z uczestnictwa w realizacji zamówień publicznych podmiotów działających wadliwie, które były już wykonawcami i w tej roli nie sprawdziły się powodując ze swej winy rozwiązanie umowy lub odstąpienie od niej. Podmioty takie powinny przez określony w ustawie czas zostać pozbawione możliwości wykonywania zamówień publicznych, gdyż z powodu swoich wcześniejszych nieprawidłowych działań nie są one gwarantem jakości i terminowości spełnienia zobowiązań. Rozstrzygając przedmiotową sprawę, Sąd zastanawiał się nad rolą podmiotu z art. 26 ust. 2b Pzp i dostrzegł, iż istotą podwykonawstwa jest przejęcie części obowiązków wykonawcy. W myśl bowiem art. 26 ust. 2b Pzp: wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Jeżeli zatem podwykonawca przejmuje, choćby częściowo obowiązki i zadania wykonawcy, to taki wykonawca powinien podlegać wykluczeniu, jako podmiot posilkujący się siłami jednostki, która działając hipotetycznie jako wykonawca zostałaby wykluczona na mocy art. 24 ust. 1 pkt 1a. Przeciwna interpretacja umożliwiałaby podmiotom podlegającym wykluczeniu obejście prawa i realizowanie swej działalności w charakterze podwykonawcy. Każdy bowiem podmiot podlegający wykluczeniu jako wykonawca w trybie przepisów Prawa zamówień publicznych, mógłby wówczas swobodnie stać się podwykonawcą, a więc podmiotem wpływającym w realny i faktyczny sposób na kształt, jakość i termin wykonania zamówienia, czemu przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp ma przecież zapobiegać.” W powyższym orzeczeniu Sąd zaakcentował, że badanie rzetelności, w tym historii kontraktowej podmiotu nie ogranicza się do badania jedynie tego wykonawcy, który ubiega się o udzielenie zamówienia, ale sięga także do podmiotu, który ma wystąpić w roli podwykonawcy. Argumentem tłumaczącym tego rodzaju ocenę jest zamiar niedopuszczenia do realizacji zamówienia podmiotów, które nie

doświadczenia w realizacji zbliżonych przedsięwzięć do wykonywania danego zamówienia. Przytoczone orzeczenia, jakkolwiek dotyczą podmiotu, który udostępnił wykonawcy swoje zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy, akcentują przede wszystkim celowość i konieczność badania podmiotu, który ma wykonywać na rzecz zamawiającego zamówienie i właśnie w związku z tą rolą podwykonawcy podkreślają potrzebę zapoznania się z jego sytuacją podmiotową.

Całkowity brak zainteresowania zamawiającego tym, jaki podmiot będzie występował w charakterze podwykonawcy mógłby sprzyjać sytuacjom, że podmioty bez elementarnego doświadczenia, nieprofesjonalne, czy takie, którym można przypisać poważne wykroczenie zawodowe mogłyby bez ograniczeń wykonywać zamówienia, a nawet skłaniać do szkodliwej praktyki, że podmiot który w razie próby ubiegania się o zamówienie w sposób oczywisty i nie budzący wątpliwości by podlegał wykluczeniu z postępowania, będzie w rzeczywistości w nim aktywnie uczestniczył jako podwykonawca.

Postanowienia przewidujące akceptację przez Zamawiającego potencjalnego podwykonawcy stanowią zatem wyraz dbałości o bezpieczeństwo realizacji zamówienia publicznego. W analizowanym postępowaniu postanowienia przewidujące takie uprawnienie dla Zamawiającego nie są arbitralne i pozostawione swobodnemu uznaniu Zamawiającego, lecz określone zostały reguły i płaszczyzny oceny ewentualnego podwykonawcy, które mogą skutkować brakiem zgody na jego zaangażowanie do realizacji zamówienia. Tego rodzaju konstrukcja nie stanowi także obejścia lub naruszenia przepisu art. 36a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie wyłączył bowiem podwykonawstwa jako zasady, ale zawarł postanowienia, które mają zagwarantować, że dany odcinek realizacji zamówienia będzie wykonywał podmiot odpowiednio przygotowany do odpowiadającego mu zakresu obowiązków. Zastrzeżenie uprawnienia do uproszczonej weryfikacji kandydata na podwykonawcę oraz wyrażenia lub nie zgody na jego zaangażowanie w realizację zamówienia nie oznacza wyłączenia prawa niedopuszczalnego do skorzystania z podwykonawcy, lecz stanowi rozwiązanie przewidziane jako prewencyjne, mające zapobiegać zamówieniu nierzetelny, sytuacjom, że będzie wykonywać podmiot niedoświadczony czy organizacyjnie lub finansowo niedojrzały do wykonania takiego odcinka prac, jaki miałby mu zostać powierzony.

Wydaje się, że w przypadku tych zarzutów Odwołującego stanowią one przede wszystkim wyraz obaw formułowanych na wyrost: zakres badania potencjalnego wykonawcy

jest wyraźnie powiązany z zakresem zamówienia i potrzebą posiadania doświadczenia i kwalifikacji w związku z jego realizacją. Nadto, charakter tego zamówienia – jego realizacja w formule projektowej z podziałem ról projektowych wymusza wysoki poziom zaangażowania osób, którym te role zostaną przypisane, co także w pewien sposób ogranicza pośrednie, oparte na podwykonawstwie formy realizacji zadania, sprzyjając zarazem już na tym etapie ukształtowaniu porozumień [konsorcjów] mających owocować wykonywaniem zadania z odpowiednim, docelowym podziałem ról wykonawczych. Powyższe pozwala wnioskować, że obawy Odwołującego, nawet gdyby miały być wyrazem uzasadnionej zapobiegliwości, mają niewielkie szanse wywołać realne ryzyko dla wykonania zamówienia i współpracy z Zamawiającym.

W konsekwencji, nie znalazły potwierdzenia postawione w odwołaniu zarzuty, wskazujące na naruszenie przepisów art. 36 ust. 5 [prawidłowo, w związku z uchyleniem art. 36 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 24 grudnia 2013 r. Odwołujący powinien wskazać art. 36a ust. 1 ustawy] oraz art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Reasumując, potwierdzenie zasadności postawionych zarzutów dotyczących umieszczenia w treści SIWZ postanowień pozostających w sprzeczności z właściwością stosunku cywilnoprawnego i zasadami współżycia społecznego, to jest wykraczających poza

dopuszczoną przez ustawodawcę granicę swobody umów i tym samym naruszających art. 353 i k.c. w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także naruszających art. 5 k.c. i art. 58 k.c. w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 354 § 2 k.c. w zakresie postanowienia § 24 ust. 7 wzoru umowy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, o którym stanowi art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w związku z tym skutkowało uwzględnieniem odwołania w zakresie tego zarzutu i nakazaniem zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie dotyczącym postanowienia § 24 ust. 7 wzoru umowy [załącznik nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia], przewidującego, że „Zamawiający ma prawo do odstąpienia od Umowy bez podania jakiegokolwiek przyczyny, w tym również w sytuacji, gdy Wykonawca wykonuje Umowę należyście, w każdym momencie jej obowiązywania” polegającej na wykreśleniu treści ujętej w § 24 ust. 7 wzoru umowy. W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

Strona 142 z 144

Biorąc pod uwagę, że w każdym z odwołań potwierdził się choć jeden zarzut dotyczący brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które to potwierdzenie odpowiednich zarzutów może mieć wpływ na wynik postępowania, o którym mówi art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, uwzględniono każde z odwołań, nakazując odpowiednie zmiany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

- w zakresie odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Comarch SA w Krakowie, Apator Rector SA w Zielonej Górze, Apator Elkomtech SA w Łodzi w zakresie zarzutu naruszenia przepisów - zmianę § 6 ust. 4 wzoru umowy [załącznik nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia], poprzez określenie terminu przedstawienia zastępcy odsuniętego członka zespołu wdrożeniowego co najmniej na 7 dni roboczych od otrzymania wniosku Zamawiającego;

- w zakresie odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Sygnity SA w Warszawie, Indra Sistemas SA w Madrycie, Indra Sistemas Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie - zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej opisu sposobu badania próbki poprzez wprowadzenie postanowień zapewniających obecność wykonawców w czynności badania próbki;

- w zakresie odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Hewlett Packard Enterprise Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Intergraph Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Intergraph SG&I Deutschland GmbH w Ismaning, Hewlett-Packard s.r.o. w Pradze – wykreślenie § 24 ust. 7 wzoru umowy [załącznik nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia], przewidującego, że „Zamawiający ma prawo do odstąpienia od Umowy bez podania jakiegokolwiek przyczyny, w tym również w sytuacji, gdy Wykonawca wykonuje Umowę należyście, w każdym momencie jej obowiązywania”.

Stawiane w każdym z odwołań w pozostałym zakresie zarzuty okazały się nieuzasadnione, w związku z czym odpowiednie odwołania w zakresie nieuwzględnionym podlegały oddaleniu.

Strona 143 z 144

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1] i 2] rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania [Dz.U. Nr 41 poz. 238].

Skład orzekający:

Strona 144 z 144