Sygn. akt: KIO 2765/23

WYROK

z dnia 6 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Marek Bienias

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2023 r. przez wykonawcę **Sygnity Business Solutions S.A. z siedzibą w Zielonej Górze**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia w Warszawie,**

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1a, 1b, 1c, 2, 3, 5 oraz zarzut nr 4 w zakresie uwzględnionym przez Zamawiającego.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 4 i nakazuje Zamawiającemu:
   a) dokonanie modyfikacji dokumentów zamówienia, w szczególności OPZ poprzez precyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia poprzez określenie:
      - warunków wdrożenia systemu,
      - zasobów infrastruktury Zamawiającego,
      - grupy docelowej użytkowników systemu w ramach zapewnienia odpowiedniej wydajności systemu,
      - wskazanie zakresu informacyjnego przedmiotu szkolenia,
      - określenie liczby osób oraz grup uczestniczących na szkoleniu,
      - określenie czasu trwania szkolenia,
      - sprecyzowanie sformułowań w ramach poszczególnych etapów przedmiotu zamówienia, tj. nowoczesny wygląd, obowiązujące standardy, zaawansowany moduł,
      - wprowadzenie mechanizmów określających zakres uwag, zmian, pomysłów wynikających z analizy funkcjonalności systemu na poszczególnych etapach,
      - wskazanie miejsca, w którym mają być zainstalowane serwery / serwery testowe,
      - wskazanie zewnętrznych baz danych.
3. W pozostałym zakresie w ramach zarzutu nr 4 odwołanie oddala.
4. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego w części 1/3 i Zamawiającego w części 2/3 i:
   4.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
   4.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 8 800 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy osiemset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:……..……..

Sygn. akt: KIO 2765/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia w Warszawie – prowadzipostępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę i realizację oprogramowania platformy pozwalającej na gromadzenie, zarządzanie oraz udostępnianie dla klientów zewnętrznych danych bibliograficznych” – znak: ZZP.ZP.411.86.2023. Ogłoszenie zostało opublikowane w dniu 8 września 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 173-540385.

W dniu 18 września 2023 r. wykonawca Sygnity Business Solutions S.A. z siedzibą w Zielonej Górze wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami PZP określeniu warunków zamówienia, w tym w zakresie określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia: warunków udziału w postępowaniu oraz opisu przedmiotu zamówienia, a także innych naruszeń opisanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

1) art. 16 ust. 1 i 3, w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy PZP poprzez ustanowienie w treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz w treści SWZ – Rozdział VI pkt 2.4.1 warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do dysponowania osobami przeznaczonymi do realizacji zamówienia w sposób ograniczający uczciwą

konkurencję, a przez to utrudniający Odwołującemu ubieganie się o przedmiotowe zamówienie,
2) art. 16 ust. 1 i 3, w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy PZP poprzez ustanowienie w treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz w treści SWZ – Rozdział VI pkt 2.4.2 warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia Wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a przez to utrudniający Odwołującemu ubieganie się o przedmiotowe zamówienie,
3) art. 16 ust. 1 w związku z art. 99 ust. 1 i 4 oraz art. 134 ust. 1 pkt 6) ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w odniesieniu do terminu wykonania Umowy, w tym w szczególności pierwszego etapu prac, który jest niemożliwy do dotrzymania, a przez to utrudnia uczciwą konkurencję,
4) art. 16 ust. 1 w związku z art. 83 ust. 1 i 2, a w konsekwencji również art. 99 ust. 1 i 2 oraz art. 101 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy PZP poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnej analizy potrzeb i wymagań związanych z zamówieniem, a w konsekwencji opisanie przedmiotu zamówienia w sposób zupełnie nieprecyzyjny, niejednoznaczny, bez wskazania jakichkolwiek wymagań dla zamawianych produktów, czego skutkiem jest brak możliwości określenia co w rzeczywistości ma być przedmiotem zamówienia i co każdy z wykonawców powinien wycenić w ofercie, co w sposób oczywisty utrudnia uczciwą konkurencję i uniemożliwia złożenie oferty w postępowaniu,
5) art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 oraz w zw. art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez skonstruowanie postanowień umownych w zakresie:
a) odbiorów – w zakresie, który uniemożliwia określenie kryteriów, jakimi będzie kierował się Zamawiający w toku odbiorów, czy terminów, w których mają być wykonane czynności stron w procesie odbiorczym,
b) płatności – w zakresie w jakim aktualna treść umowy uniemożliwia realizację płatności częściowych, pomimo podzielenia przedmiotu Umowy na etapy,
c) wynagrodzenia – w zakresie, w jakim postanowienia umowy, wbrew przepisom Pzp, nie umożliwiają dokonania waloryzacji wynagrodzenia,
d) określenia dla Zamawiającego uprawnienia do odstąpienia od umowy w odniesieniu do przewidzianego terminu usuwania Awarii w toku świadczenia Opieki serwisowej - w sposób, który prowadzi do zaburzenia równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową Stron oraz stanowi nadużycie przez zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych.
Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1) dokonanie modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SWZ w Rozdziale VI pkt 2.4.1 SWZ poprzez dokonanie zmiany treści wstępu do warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do dysponowania osobami przeznaczonymi do realizacji zamówienia poprzez: usunięcie z zakresu wymagań dla ról określonych w pkt 1), 2) oraz 3), tj. dla Kierownika Projektu, Architekta oraz Konsultanta wiodącego ds. analizy wymagań, modelowania i optymalizacji procesów wymagania dotyczącego znajomości systemu, będącego przedmiotem oferty,
usunięcia z treści wymagania dotyczącego Kierownika Projektu w zakresie posiadania doświadczenia w zakresie „co najmniej jednego realizowanego dla minimum **200** użytkowników", lub poprzez ograniczenie tej liczby do **100** użytkowników,
zmiany wymagania dla Kierownika Projektu dotyczącego posiadania „certyfikatu ukończenia szkolenia w zakresie kierowania projektem na poziomie PRINCE 2" poprzez jego zastąpienie wymaganiem posiadania: „certyfikatu wydanego przez upoważnioną do tego jednostkę (EI – Instytut Egazminacyjny), potwierdzającego znajomość metodyki zarządzania projektami PRINCE2 na poziomie co najmniej Foundation lub równoważnego".

2) dokonanie modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SWZ w Rozdziale VI pkt 2.4.2 poprzez dokonanie zmiany treści wstępu do warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu wiedzy i doświadczenia wykonawcy poprzez wykreślenie z treści przedmiotowego wymagania sformułowania: „w organizacji zatrudniającej minimum 500 osób",

3) dokonanie modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów zamówienia w zakresie określenia terminu wykonania pierwszego Etapu i określenia go jako: „6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy", oraz terminu wykonania całego zamówienia jako: „30 miesięcy od dnia zawarcia Umowy"

4) dokonanie modyfikacji dokumentów zamówienia, w szczególności Opisu Przedmiotu Zamówienia, poprzez precyzyjne wskazanie przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności: produktów mających powstać w ramach każdego z etapów prac, wymagań funkcjonalnych i pozafunkcjonalnych dla tych produktów w oparciu o które będzie możliwe dokonanie ich odbioru, zasobów udostępnianych przez Zamawiającego na potrzeby realizacji prac, szczegółowych wymagań dla realizacji świadczeń Wykonawcy w zakresie szkoleń, świadczenia usług gwarancyjnych, zasad realizacji modyfikacji, itp.

5) dokonanie modyfikacji postanowień projektu Umowy w następującym zakresie:

a) określenie zasad odbioru poszczególnych prac Wykonawcy, w tym w szczególności wskazania: kryteriów akceptacji, jakimi Zamawiający będzie kierował się podczas odbiorów dla każdej kategorii odbieranych produktów, czy też terminów dla wykonywania swoich działań przez każdą ze Stron w trakcie odbiorów,

b) dokonanie modyfikacji w zakresie postanowień dotyczących płatności w zakresie wprowadzenia faktur częściowych umożliwiających dokonywanie płatności po wykonaniu określonych etapów prac,

c) wprowadzenie obligatoryjnych postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o przepis art. 439 ustawy,

d) usunięcia postanowienia §11 ust. 3 Umowy w zakresie umożliwiającym Zamawiającemu odstąpienie od Umowy po upływie 24 godzin od momentu popadnięcia w zwłokę przy usuwaniu Awarii.

Jednocześnie, na mocy przepisu art. 137 ust. 7 ustawy Odwołujący, alternatywnie wnosił o unieważnienie postępowania na podstawie art. 256 ustawy.

Odwołujący wskazał, że:

1) Zarzuty dotyczące warunków dotyczących osób skierowanych do realizacji zamówienia

Wymaganie dot. znajomości systemu, będącego przedmiotem oferty w stosunku do trzech pierwszych ról projektowych

Jak wynika z treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz z treści Rozdziale VI pkt 2.4.1 pkt 1), 2) i 3) Zamawiający w zakresie wymagań dotyczących posiadania osób niezbędnych do realizacji zamówienia (zdolność techniczna lub zawodowa) sformułował szereg oczekiwań dla Kierownika Projektu, Architekta oraz Konsultanta wiodącego ds. analizy wymagań, modelowania i optymalizacji procesów. W każdym tym przypadku obok różnych innych oczekiwań Zamawiający wskazał, iż osoba wyznaczona do pełnienia każdej z tych ról powinna spełniać warunek udziału w postępowaniu, dotyczący konieczności wykazania, że Wykonawca ubiegający się o to zamówienie „***posiada znajomość systemu, będącego przedmiotem oferty***". Oczywiście postanowienie takie mogłoby być uznane za uzasadnione w sytuacji, gdyby przedmiotem zamówienia w sposób jednoznacznie określony była dostawa standardowego, komercyjnie wdrażanego na rynku systemu informatycznego. Niestety (o czym szerzej przy zarzucie dotyczącym opisania przedmiotu zamówienia) w tej sytuacji trudno uznać, iż mamy do czynienia z tym przypadkiem. Co prawda lektura niektórych sformułowań zarówno w OPZ jak i umowie (choćby w zakresie postanowień dot. licencji) może prowadzić do wniosku, iż oczekiwaniem Zamawiającego jest dostawa standardowego oprogramowania. Jednakże OPZ już na początku wskazuje także, iż zadaniem Wykonawcy, już w pierwszym etapie prac jest „**Budowa** podstawowej funkcjonalności systemu usprawniającego pracę osób wprowadzających dane do systemu, z zachowaniem funkcjonalności aktualnie działającego systemu dla użytkownika końcowego", zaś szczegółowe zadania w ramach tego etapu prac wskazują na konieczność choćby: „1) **Zaprojektowania i implementacji** nowej bazy danych PBL, 2) **Zaprojektowania i implementacji** nowej bazy danych TEZ-MESH". Co więcej, według najlepszej wiedzy Odwołującego o ile istnieje na rynku cała gama produktów bibliotecznych (Odwołujący sam jest producentem systemu bibliotecznego, z którego korzysta chociażby Zamawiający), o tyle nie istnieje na rynku gotowy produkt, który mógłby zostać uznany jako Platforma w rozumieniu oczekiwań Zamawiającego, w realizacji wdrożeń którego to produktu konsultanci wykonawcy mieliby szansę zdobyć doświadczenie. Jeśli nawet uznać, że Zamawiający oczekuje, że zaoferowana „Platforma" miałaby bazować na jakimś standardowym produkcie, który musiałby zostać bardzo istotnie zmodyfikowany do potrzeb Zamawiającego, to po pierwsze żaden z producentów standardowego oprogramowania np. bibliotecznego, lub innego, który wdrażał swoje produkty u innych Klientów nie zdecyduje się na oparcie swojego rozwiązania o te standardowe produkty, w szczególności zważywszy na to, że zgodnie z OPZ w sekcji: „Obsługa gwarancyjna oraz dodatkowe wsparcie techniczne" w pkt 4) Zamawiający wskazał, iż jego wymaganiem jest: „Przekazanie praw autorskich do platformy na rzecz GBL". Uwzględniając powyższe należy dojść do wniosku, iż większość ewentualnych wykonawców, chcących ubiegać się o powyższe zamówienie zmuszona będzie (zresztą zgodnie z wymaganiami OPZ) do zaprojektowania i zbudowania oprogramowania Platformy jako zupełnie nowego produktu.

Wskazując na powyższe Odwołujący zauważa, że w tej sytuacji niemożliwym jest zdobycie przez osoby skierowane do realizacji prac „znajomości systemu, będącego przedmiotem oferty", gdyż system ten będzie tworzony jako dedykowane rozwiązanie dla Zamawiającego w ramach realizacji przedmiotu Umowy.

Wymaganie dot. Kierownika Projektu w zakresie liczby użytkowników wdrożonego systemu

W zakresie wymagań stawianych przed Kierownikiem projektu w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ Zamawiający sformułował m. in. wymaganie dotyczące doświadczenia dla tej roli w zakresie posiadania „*minimum 5 letnie doświadczenie w zakresie kierowania wdrożeniami zintegrowanych modułowych systemów informatycznych, przy czym w tym okresie osoba ta powinna zakończyć odbiorem realizację co najmniej 2 odrębnych projektów wdrożenia*

*zintegrowanych modułowych systemów informatycznych w tym co najmniej jednego realizowanego dla minimum **200** użytkowników o wartości minimum 500 000,00 - złotych brutto*".

W powyższym zakresie Odwołujący wskazuje, iż wymaganie dotyczące 200 użytkowników nie jest proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a przynajmniej brak jest podstaw do stwierdzenia, aby tak miało być. Wynika to z kilku względów. Przede wszystkim treść dokumentacji przetargowej w żadnym miejscu nie wskazuje ilości użytkowników systemu, który ma stanowić przedmiot niniejszego zamówienia. Już choćby z tego względu dokonanie oceny proporcjonalności postawionego warunku jest niemożliwe. Jednocześnie jednak warto zwrócić uwagę, iż w treści warunku dot. wymaganego doświadczenia Wykonawcy oczekiwana przez Zamawiającego liczba użytkowników systemu referencyjnego wynosi 100. Jeśli tak, to nakładanie zwiększonych oczekiwań w stosunku do wymagań dot. roli Kierownika Projektu nie ma uzasadnienia. W tej sytuacji uzasadnione jest żądanie dot. rezygnacji z zastrzeżenia w treści warunku dot. doświadczenia we wdrożeniu systemu z określenia liczby użytkowników, a co najmniej ograniczenie go do poziomu nie przekraczającego 100 użytkowników.

Wymaganie dot. poziomu certyfikatu z zakresu zarządzania projektami

W końcu zauważyć też należy, iż formułując wymaganie dot. roli Kierownika Projektu Zamawiający wskazał, iż „Kierownik wdrożenia musi posiadać: znajomość systemu będącego przedmiotem oferty oraz certyfikat ukończenia szkolenia w zakresie kierowania projektem na poziomie PRINCE 2". Takie sformułowanie treści powyższego wymagania świadczy o oczywistym braku wiedzy i kompetencji po stronie Zamawiającego w określeniu podstawowych zdawałoby się kwestii dotyczących zarządzania projektami. Przede wszystkim wskazana przez Zamawiającego w treści warunku udziału w postępowaniu nazwa PRINCE 2, nie jest żadnym poziomem szkolenia w zakresie kierowania projektem, a jedną z najpopularniejszych na rynku metodyką zarządzania projektami. Innymi popularnymi metodykami są np. PMBOK, Agile, czy SCRUM. Jeśli nawet Zamawiający, z uwagi na wybór metodyki, w której zamierza prowadzić projekt (co nie wynika z treści OPZ), określa nazwę tej metodyki, zobowiązany jest do dopuszczenia rozwiązań równoważnych. Przyjmując założenie, że metodyką prowadzenia projektu będzie PRINCE 2, to osoby zdobywające kompetencje w tym zakresie mają możliwość ukończenia szkoleń akredytowanych przez właściciela metodyki (obecnie obowiązki te pełni spółka Peoplecert) w odpowiednich instytutach egzaminacyjnych (np. APMG, EXIN), zaś certyfikaty, jakich oczekuje Zamawiający, tradycyjnie obejmują 2 poziomy kompetencji: podstawowy (Foundation) oraz zaawansowany (Practitioner). Stąd też sformułowany przez Zamawiającego warunek dotyczący posiadania certyfikatu z ukończenia szkolenia na poziomie PRINCE 2 stanowi zupełne pomieszanie pojęć. Po drugie takie sformułowanie treści warunku nie daje pewności, jakie jest rzeczywiste oczekiwanie Zamawiającego – czy jego oczekiwaniem jest posiadanie certyfikatu wydanego przez akredytowaną jednostkę zewnętrzną, która wymaga odbycia kilkudniowego szkolenia i kończy się egzaminem zewnętrznym, czy też np. wystarczające jest ukończenie przez daną osobę wewnętrznego szkolenia prowadzonego nawet przez samego wykonawcę dla swojego pracownika, co literalnie spełnia również oczekiwanie wyrażone w treści warunku, choć nie to było zapewne intencją Zamawiającego. Jako że sytuacja ta w sposób oczywisty powoduje, że ww. wątpliwości mogą być wykorzystywane przez nierzetelnych wykonawców do potwierdzenia spełnienia wymagań, pomimo braku elementarnej wiedzy na temat zarządzania projektami przez dedykowane osoby, to zdaniem Odwołującego uznać również należy, że takie sformułowanie treści warunku wprowadzające możliwość różnej interpretacji treści warunku przez różnych wykonawców w sposób oczywisty narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i w konsekwencji powinno zostać zmodyfikowane.

2) Zarzut w zakresie wymaganego od Wykonawcy doświadczenia

Jak wynika z treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz z treści Rozdziału VI pkt 2.4.2 SWZ Zamawiający w zakresie wiedzy i doświadczenia (zdolność techniczna lub zawodowa) sformułował warunek udziału w postępowaniu, dotyczący konieczności wykazania, że Wykonawca ubiegający się o to zamówienie:

„*w okresie ostatnich trzech lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), należycie zrealizował (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych należycie wykonuje) co najmniej: 2 zamówienia polegające na dostawie i wdrożeniu zintegrowanego modułowego systemu informatycznego o wartości zamówienia co najmniej 500 000,00 zł brutto każde,* ***w organizacji zatrudniającej minimum 500 osób,*** *przy czym dla wskazanych powyżej zamówień łącznie muszą być spełnione następujące wymagania:*

a) wdrożony zintegrowany modułowym system informatyczny obsługuje procesy wspomagające operacje realizowane w minimum dwóch niżej wymienionych obszarach (łącznie): gromadzenie, przetwarzanie i udostępnianie danych.

b) wdrożony zintegrowany modułowy system informatyczny jest użytkowany przez co najmniej 100 użytkowników".

Odwołujący wskazuje, iż zastosowanie w tym przypadku warunek jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim nakłada na wykonawców obowiązek wykazania się doświadczeniem w organizacji zatrudniającej minimum 500 osób. Pragniemy wskazać, że według najlepszej wiedzy Odwołującego liczba osób zatrudnionych w organizacji Zamawiającego (łącznie z Oddziałami) nie przekracza 100 osób. W tej sytuacji wymóg posiadania

doświadczenia w realizacji wdrożenia na rzecz organizacji zatrudniającej min. 500 osób jest zdecydowanie wygórowana i nie ma uzasadnienia. Niezależnie od tego pragniemy wskazać, iż postawienie warunku dotyczącego wielkości organizacji w której wykonawca realizował wcześniejsze zamówienia ma uzasadnienie jedynie wtedy, gdy Zamawiający w inny sposób nie jest w stanie zwymiarować wielkości systemu, który miałby być referencyjny. Tymczasem w tym przypadku Zamawiający określił skalę wcześniejszych wdrożeń nie tylko poprzez wielkość przedsiębiorstwa poprzednich Zamawiających, ale osobno, w sposób dużo bardziej precyzyjny – poprzez oczekiwanie spełnienia warunku w zakresie liczby użytkowników systemu. Warto zwrócić uwagę, iż obie te wartości w istocie mają tę samą funkcję – mają zobrazować skalę wdrożenia. Przy czym zdecydowanie bardziej precyzyjnie można zobrazować oczekiwaną skalę poprzez wskazanie liczby użytkowników, gdyż z samej informacji na temat wielkości przedsiębiorstwa nie wynika jeszcze, ile osób z danego rozwiązania korzysta. Wielokrotnie bowiem można spotkać się z sytuacjami, gdy z uwagi na rodzaj systemu i jego przeznaczenie w mniejszym przedsiębiorstwie, np. 300 osobowym wszyscy pracownicy będą z systemu korzystać. Jednocześnie też możliwe są sytuacje, w których w przedsiębiorstwie zatrudniającym kilka, czy nawet kilkadziesiąt tysięcy osób będą zamawiane specjalistyczne systemy, które użytkować będzie niewielka (np. 100 – osobowa) grupa pracowników. W tej sytuacji wydaje się zasadnym przyjęcie, iż decydujące znaczenie dla oceny przez Zamawiającego posiadanego doświadczenia w zakresie wielkości zrealizowanego wdrożenia powinna mieć wyłącznie liczba użytkowników, która stanowi realną informację na temat wielkości systemu. Uwzględniając dodatkowo, że w tym przypadku oczekiwana przez Zamawiającego w treści warunku liczba pracowników w przedsiębiorstwach wcześniejszych zamawiających jest zupełnie nieproporcjonalna do liczby jego własnych pracowników zasadnym będzie dokonanie żądanej przez Odwołującego modyfikacji, poprzez wykreślenie z treści warunku parametru związanego z liczbą pracowników w przedsiębiorstwie, na rzecz którego zrealizowane zostały wcześniejsze wdrożenia, jako nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia, a przez to naruszającego zasadę uczciwej konkurencji.

W tym zakresie warto mieć bowiem na względzie choćby orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, która w treści wyroku z dnia 4 października 2019 r. (sygn. akt: KIO 1859/19) wskazała: „*Zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Za minimalne poziomy zdolności należy uznać takie wartości, wielkości lub wymagania, które nie mogą utrudniać uczciwej konkurencji (umożliwiać ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego tylko jednemu wykonawcy lub wąskiemu gronu wykonawców, podczas gdy zamówienie mogliby należycie wykonać także inni wykonawcy). Zamawiający co prawda może określać warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem, że nie spowoduje to wyeliminowania z ubiegania się o zamówienie wykonawców, którzy mogą to zamówienie wykonać. (…)* ***W związku z tym na etapie przygotowania postępowania zasada proporcjonalności przekłada się na obowiązek takiego opisania przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, by były one uzasadnione: wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia, a także by nie ograniczały dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Ponadto w ocenie Izby obowiązkiem zamawiającego przy ustalaniu wymagań stawianych wykonawcom nie jest wyłącznie odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale również ocena sytuacji rynkowej***”.

3) Zarzut dotyczący terminu realizacji zamówienia

Jak wynika z treści dokumentów postępowania, kwestia terminu wykonania zamówienia nie jest do końca jasna. W Ogłoszeniu o zamówieniu jako okres obowiązywania zamówienia wskazano 26 miesięcy. Z OPZ wynika, iż Zamawiający oczekuje wykonania prac w ramach etapu 1 do końca 2023 r., jednocześnie OPZ wskazuje na dwa kolejne etapy prac, każdy o długości 1 roku.

Z kolei projekt umowy w odniesieniu do terminu obowiązywania Umowy nie mówi nic, pozostawiając miejsce do uzupełnienia w tym zakresie. Jednocześnie jednak Zamawiający oczekuje od wykonawcy dostarczenia w ciągu 10 dni roboczych Harmonogramu Realizacji, który szczegółowo rozplanuje zakres prac. W tej sytuacji Odwołujący wskazuje, co następuje.

Przede wszystkim podkreślić należy, iż oczekiwanie Zamawiającego, związane z zakończeniem zakresu prac pierwszego etapu prac w terminie do końca roku jest zupełnie nierealistyczne. Zwrócić bowiem trzeba uwagę, iż Zamawiający wszczął co prawda postępowanie w trybie przyspieszonym (abstrahując od tego, czy istniały ku temu realne przesłanki w sytuacji, gdy zamówienie jest udzielane na okres przeszło 2 lat, nie licząc wieloletniego okresu gwarancji), ale nawet sam termin związania ofertą w tym postępowaniu kończy się 18 grudnia 2023 r. Trudno założyć, biorąc pod uwagę choćby fakt prawdopodobnego przesunięcia terminu składania ofert, a także doświadczeń Odwołującego w kwestii przeciętnego czasu prowadzenia postępowania o wartości przekraczającej progi unijne, aby zakładać, iż możliwe będzie zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego wcześniej niż w drugiej połowie listopada. W tej sytuacji realny czas na wykonanie zamówienia (i to przy korzystnym zbiegu okoliczności) będzie

zapewne krótszy niż miesiąc. W tym czasie Wykonawca ma zaprojektować i wykonać Platformę, przetestować i wdrożyć, a także spełnić cały szereg innych wymagań wskazanych do wykonania w Etapie 1. Jest to zupełnie nierealne nawet uwzględniając, że znalazłby się wykonawca, który posiada zestaw komponentów programistycznych, które mogłyby zostać wykorzystane na potrzeby realizacji prac. Z punktu widzenia Odwołującego zakres prac wskazany w OPZ (i to przyjmując założenie, że każde z użytych w OPZ określeń przełoży się na dookreślenie zakresu oczekiwań w możliwie najwęższym zakresie – o czym szerzej w następnej części odwołania) byłby możliwy do realizacji nie wcześniej, niż w ciągu pół roku od dnia zawarcia umowy. Jeśli jednak Zamawiający określi swoje wymagania w taki sposób, który wpłynie na wzrost zakresu prac po stronie Wykonawcy, to oczywiście termin ten powinien ulec wydłużeniu. Mając powyższe na uwadze, również i termin całości realizacji przedmiotu zamówienia powinien ulec rewizji, bo nawet przyjmując założenie, że po sprecyzowaniu zakresu zamówienia w odniesieniu do prac w zakresie dwóch pozostałych Etapach ich wykonanie w tych terminach będzie możliwe, to i tak, w związku z wydłużeniem trwania Etapu 1 całość wdrożenia powinna zostać wydłużona do minimum 30 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Jednocześnie niezależnie od powyższego wątpliwości odwołującego budzi nieobjęcie przedmiotem zamówienia zobowiązań, które Zamawiający traktuje jako zobowiązania gwarancyjne. O ile bowiem można rozważać, czy stanowi realnie zobowiązanie gwarancyjne oczekiwanie usuwania błędów przez okres 5 lat z SLA na bardzo wysokim jak na systemy tego typu poziomie (czas reakcji – 4h od momentu zgłoszenia, czas naprawy Awarii – 12h od momentu zgłoszenia), o tyle zobowiązanie do zapewnienia dodatkowej asysty technicznej dla realizacji usług rozwojowych w wymiarze 50h miesięcznie przez okres 4 lat jest z perspektywy Odwołującego nie jest w żadnym razie zobowiązaniem gwarancyjnym, a zwykłym zamówieniem rozwojowym, które powinno być realizowane w ramach kontraktu, lub oddzielnego zamówienia. Fakt potraktowania tego typu świadczenia (którego wartość tylko w tym zakresie może oscylować w granicach co najmniej 500 000 zł), jako elementu gwarancji, tj. świadczenia akcesoryjnego realizowanego po zakończeniu realizacji zamówienia, ale w ramach wynagrodzenia objętego umową, prowadzi do tego, że Wykonawca musi skalkulować stawki za pracę swoich konsultantów na kilka lat do przodu, bez możliwości choćby uwzględnienia prawa do ich waloryzacji. W tej sytuacji, zdaniem Odwołującego zasadne byłoby rozważenie, aby czas trwania wykonania Umowy obejmował również czas realizacji zadań związanych co najmniej z dodatkową asystą techniczną (4 lata od daty zakończenia Etapu 3) został również objęty zakresem Umowy jako ostatni Etap realizacji prac w ramach kontraktu, co umożliwiłoby Zamawiającemu chociażby możliwość bardziej elastycznego zamawiania i rozliczania usług rozwojowych. Przy aktualnej bowiem konstrukcji Umowy i OPZ niewykorzystane godziny w ramach gwarancji, za które Zamawiający zapłaci w cenie wdrożenia, po prostu przepadną.

4) Zarzut dotyczący nieprecyzyjnego Opisu Przedmiotu Zamówienia

Zarzut ten w przedmiotowym postępowaniu wydaje się być oczywisty, w szczególności dla każdego wykonawcy, który chciałby ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Największym problemem z opisem przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu polega na tym, że jest on zupełnie niesprecyzowany. Przedmiotem zamówienia zgodnie ze wstępem do OPZ jest: dostawa i realizacja oprogramowania platformy pozwalającej na gromadzenie, zarządzanie oraz udostępnianie dla klientów zewnętrznych danych bibliograficznych. Przy czym: „*Osiągnięciem etapu będzie MVP (minimum viable product), oparty na nowoczesnej architekturze system, przyspieszający i ułatwiający pracę pracownikom GBL. Z punktu widzenia użytkownika zewnętrznego produkt otrzyma nowoczesny wygląd nie odbiegający od aktualnie obowiązujących standardów*". Cały zakres Etapu 1, w ramach którego ma powstać podstawowa wersja Platformy został opisany w ramach 20 punktów na 1 stronie, w postaci bardzo ogólnych haseł z których w zasadzie niewiele wynika. Opis ten nie zawiera w szczególności informacji na temat tego z jakich elementów/modułów składać ma się wdrażany system, jakie są oczekiwania co do funkcjonalności, jakie ma on realizować, jakie są warunki jego wdrożenia, jakie zasoby w zakresie infrastruktury Zamawiający przeznaczył do realizacji zamówienia, jaka jest grupa docelowa użytkowników systemu w kontekście zapewnienia odpowiedniej wydajności i wielu innych. W zakresie większości postanowień OPZ można dojść do zupełnie różnych wyobrażeń odnośnie skali realizowanych zadań, co będzie prowadziło do tego, że każdy z Wykonawców będzie wyceniał zupełnie inny zakres prac, o ile część z nich da się w ogóle wycenić. Bo – dla przykładu – jakie na podstawie stwierdzenia: „*W ramach prac, wykonawca zapewni szkolenie pracowników GBL w zakresie pełnej obsługi systemu*", które jest jedynym miejscem w całej dokumentacji przetargowej odnoszącej się do tego zobowiązania (poza sformułowanym warunkiem w zakresie konieczności posiadania w zespole Wykonawcy specjalisty ds. szkoleń) można wyciągnąć wnioski dla zakresu zadań wykonawcy? Bez określenia, w jakiej formie ma być przeprowadzone owo szkolenie, jaki zakres informacyjny ma być przedmiotem szkolenia, kto ma zapewnić miejsce szkolenia, jaka jest liczba osób na szkolenie i w jakich grupach oraz przez jaki czas ma być przeprowadzone, czy w końcu w jakim etapie ma zostać przeprowadzone nie sposób realnie oszacować ani pracochłonności zadań z tym związanych, ani tym bardziej ich kosztu. Odwołujący celowo przykładem tym uczynił jedną z najprostszych usług wchodzących w zakres przedmiotu umowy. Bo skoro nawet przy tak prostym zadaniu widać jak niedookreślone są oczekiwania Zamawiającego i jakie rozbieżności interpretacyjne mogą wzbudzić, to o ile trudniej będzie dokonać interpretacji tak złożonych zadań, jak

zaprojektowanie i wdrożenie systemu informatycznego, dla którego w zasadzie nie ma żadnych wymagań. Prowadzi to w oczywisty sposób do sytuacji, w której nie da się stwierdzić, aby przedmiot umowy został opisany w sposób jednoznaczny i precyzyjny, czego skutkiem będzie nieporównywalność złożonych ofert.

Co więcej – nawet w zakresie, w jakim Zamawiający sformułował w dokumentacji prowadzonego postępowania przedmiot zamówienia – opis ten został dokonany poprzez użycie sformułowań wieloznacznych, które same w sobie można interpretować w sposób dowolny, czego efektem mogą być liczne spory między Zamawiającym a Wykonawcą na etapie realizacji prac. Dla przykładu – używanie przez Zamawiającego nieostrych sformułowań typu: „*produkt otrzyma* ***nowoczesny wygląd nie odbiegający od aktualnie obowiązujących standardów****”*, czy „przygotowanie **zaawansowanego** modułu rozliczania dostępu do bazy danych PBL" będzie prowadziło do dyskusji, czym według intencji Zamawiającego są „nowoczesny wygląd", „aktualnie obowiązujące standardy", czy „zaawansowany moduł".

W odniesieniu do zakresu przedmiotu zamówienia zupełnie kuriozalną kwestią jest żądanie przeprowadzenia w poszczególnych Etapach prac różnego rodzaju analiz, a następnie: „***Realizacja uwag, pomysłów i zmian wynikających z analizy funkcjonalności systemu przeprowadzonej w etapie poprzednim***". Z perspektywy Odwołującego oznacza to, iż Zamawiający nie przeprowadził szczegółowej analizy swoich potrzeb przed wszczęciem postępowania i zamierza dopiero na etapie realizacji prac określać przedmiot zamówienia. Jeśli przedmiotem zamówienia w zakresie Etapów 2 lub 3 ma być realizacja „koncertu życzeń" Zamawiającego, bez weryfikacji możliwości technicznej ich realizacji i bez możliwości wyceny takiego oczekiwania (realizacja tych uwag i pomysłów może przecież równie dobrze kosztować kilka tysięcy, jak i kilka milionów złotych), to nie jest możliwe przygotowanie oferty na tak sformułowany zakres przedmiotu zamówienia, nie mówiąc już o porównywalności ofert w tym zakresie. Nawet jeśli uznać, że Zamawiający ma prawo do wprowadzania zapisów gwarantujących mu rozwój wdrożonego rozwiązania, to przynajmniej powinien wprowadzić stosowne mechanizmy określające zakres tych zmian (np. poprzez wprowadzenie limitu pracochłonności tych zmian). Bez takich mechanizmów nie da się określić zakresu przedmiotu zamówienia, ani go wycenić.

Inną kwestią jest wewnętrzna sprzeczność wymagań Zamawiającego, zarówno w zakresie poszczególnych dokumentów zamówienia, jak i wewnętrznych sprzeczności w zakresie nawet poszczególnych dokumentów i to w istotnych niekiedy kwestiach. Nie sposób bowiem jednoznacznie rozstrzygnąć wątpliwości na temat intencji Zamawiającego choćby w zakresie tego, czy zamierza nabyć autorskie prawa majątkowe do systemu (zgodnie z treścią w pkt 4 sekcji: „Obsługa gwarancyjna oraz dodatkowe wsparcie techniczne" OPZ), czy też nabyć jedynie licencję (zgodnie z §8 ust. 2 wzoru umowy). A przecież jest to kwestia o fundamentalnym znaczeniu tak dla Zamawiającego, jak i dla Wykonawcy. Podobnie wygląda kwestia sprzeczności wymagań w samym OPZ, gdzie np. w zakresie Etapu 1 Zamawiający oczekuje: „*Zaproponowania rozwiązania sprzętowego w wersji chmurowej lub serwerów stacjonarnych, koszt sprzętu nie wchodzi w zakres zamówienia*", a jednocześnie na końcu dokumentu w uwagach dodatkowych wskazuje, że: „*Serwery/serwery testowe na czas projektu zostaną zapewnione przez wykonawcę oprogramowania*". Oczywiste jest to, że koszt serwerów jest istotnym elementem cenotwórczym, który w istotny sposób może wpłynąć na koszt oferty każdego z Wykonawców, a istnienie tego typu sprzeczności, będzie powodowało, że każdy z Wykonawców może w inny sposób podejść do kwestii konieczności poniesienia tego kosztu (zdaniem Odwołującego niemożliwe jest w tych warunkach jednoznaczne określenie, czy zakres zamówienia obejmuje zapewnienie serwerów czy nie, a jeśli tak, to czy tylko na czas realizacji wdrożenia, czy również na czas realizacji zobowiązań gwarancyjnych i czy serwery te mają zostać zainstalowane w siedzibie Zamawiającego, czy też pozostawać w lokalizacji Wykonawcy).

W końcu wątpliwości Odwołującego budzi to, czy rzeczywiście Zamawiający przeprowadził jakąkolwiek analizę własnych wymagań w kontekście logiki podziału zadań w poszczególnych etapach, czy celowość formułowania określonych wymagań w odniesieniu do ich przydatności oraz potencjalnych kosztów ich wdrożenia. W kontekście logiki podziału zadań wątpliwość bierze się choćby z tego, iż Zamawiający dopiero w ostatnim etapie prac oczekuje w pewnym zakresie przeprowadzenia analiz, zaprojektowania oraz zaimplementowania niektórych mechanizmów (np. w odniesieniu do systemów sztucznej inteligencji, czy możliwości integracji z innymi systemami) w sytuacji, gdy oczywistym jest to, iż niektóre możliwości systemu będą zależały od tego w jaki sposób zostanie on zaprojektowany już na starcie. Jeśli więc dla przykładu określona architektura systemu, lub też użyte przy jego budowie technologie wykluczą w późniejszym etapie skorzystanie z technologii związanej ze sztuczną inteligencją, to rozpoczęcie analizy w tym zakresie dopiero w Etapie 3 może powodować, iż w jej efekcie dla wdrożenia stosownych mechanizmów konieczne będzie przebudowanie jakiejś części wcześniej wdrożonej Platformy. Podobnie jest z kwestią integracji – jednym z zadań Etapu 3 jest: „Przeprowadzenie analizy możliwości integracji systemu z zewnętrznymi bazami danych, w szczególności dostawcami publikacji. Ocena możliwości implementacji poszczególnych rozwiązań oraz implementacja pozytywnie ocenionych mechanizmów", podczas gdy w Etapie 2 zgodnie z OPZ w zakres prac wchodzi: „Budowa mechanizmów integracji z wybranymi zewnętrznymi bazami danych". W jaki sposób wykonawca ma zbudować właściwe mechanizmy integracji bez przeprowadzenia analizy w tym zakresie, czy choćby wskazania z jakimi systemami ma się zintegrować wie chyba

tylko sam Zamawiający. Z kolei w kontekście wątpliwości Odwołującego co do celowości wprowadzenia części wymagań Odwołujący powołuje się przede wszystkim na kwestię sformułowania wymagań w zakresie konieczności wykonania prac umożliwiających funkcjonowanie Platformy w różnych środowiskach – Zamawiający oczekuje, że system może funkcjonować zarówno w wersji chmurowej, jak i on premises, że system będzie posiadał mechanizmy integrujące z wszystkimi rodzajami chmur, bo Zamawiający wybierze chmurę dopiero w trakcie realizacji, choć jednocześnie wskazuje też, że w czasie realizacji Wykonawca zapewni serwery, a docelowo to on zapewni te serwery. Trudno nie odnieść wrażenia, że Zamawiający nie wie aktualnie, jak ma wyglądać funkcjonowanie systemu w przyszłości, stąd oczekuje aby system miał możliwie najwięcej opcji. Tyle że duża ich część, z uwagi na wybrany model funkcjonowania, nie będzie wykorzystywana. Wątpliwość Odwołującego budzi również kwestia oczekiwań związanych z wdrożeniem mechanizmów sztucznej inteligencji – warto wskazać, że korzystanie z tego typu mechanizmów funkcjonujących w ramach istniejących systemów na chwilę obecną nie jest jeszcze upowszechnione. Stąd też oczekiwanie, aby tego typu mechanizmy zostały wdrożone w ramach tego zamówienia, choćby z punktu widzenia kosztów, wydaje się być nie do końca przemyślane. A pomysł prowadzenia analiz nad stworzeniem własnego systemu sztucznej inteligencji pod kątem tylko tego systemu jest zupełną abstrakcją, która dowodzi, że Zamawiający nie przeprowadził jakiegokolwiek rozeznania rynku w tym zakresie.
Biorąc pod uwagę powyższe kwestie, które jak wskazuje Odwołujący są jedynie zaznaczeniem istnienia określonych kategorii błędów w zakresie opisania przedmiotu zamówienia, a nie ich kompletną listą należy dojść do wniosku, iż w tym wypadku doszło do rażącego naruszenia przepisów art. 99 ust. 1 i 2 oraz art. 101 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy PZP, których skutkiem winna być kompleksowa ocena całości dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia i gruntowana ich zmiana w taki sposób, aby doprowadzić jej stan do poziomu określonego w przepisach ustawy, czy chociażby w treści „Rekomendacji Prezesa UZP dotyczących zamówień publicznych na systemy informatyczne" (w szczególności ich Tomu II poświęconego w dużej mierze kwestiom formułowania Opisu Przedmiotu Zamówienia).

5) Zarzuty dotyczące postanowień umownych

Procedura odbiorowa

Umowa, podobnie jak treść OPZ w wielu miejscach jest nieprecyzyjna i z jej postanowień nie da się określić zakresu uprawnień i zobowiązań Stron. Jednym z jej elementów, których w zasadzie brak może powodować poważne spory na etapie realizacji prac jest paragraf poświęcony terminom i odbiorom. O ile w zakresie terminów Odwołujący już wyżej wskazywał na konieczność ich modyfikacji, o tyle w tym miejscu podnosimy dodatkowo konieczność uzupełnienia wzoru umowy o stosowne postanowienia dotyczące zasad i terminów dokonywania określonych czynności odbiorczych. Pragniemy wskazać, że bez informacji dotyczących tego, jak Zamawiający zamierza dokonywać odbioru poszczególnych rodzajów prac, jakie są maksymalne terminy realizacji poszczególnych czynności odbiorowych przez każdą ze Stron nie sposób oszacować możliwości terminowego wykonania zadań i ustalić jakiegokolwiek harmonogramu prac. Wykonawca nie wie ponadto, czy przedkładając do odbioru przedmiot Umowy w poszczególnych etapach prac zostanie on uznany przez Zamawiającego za właściwy, gdyż w umowie (ani OPZ) nie określono żadnych szczegółowych kryteriów akceptacji poszczególnych produktów. W tej sytuacji nie wiadomo, czy przedłożony do odbioru produkt spełni warunki oczekiwane przez Zamawiającego, ani jakimi zasadami będzie się kierował Zamawiający dokonując oceny. Odwołujący oczekuje, że wszystkie istotne elementy procesu odbiorowego zostaną opisane wraz z informacją na temat terminów, w jakich Zamawiający każdorazowo zweryfikuje przedmiot Umowy, a Wykonawca ewentualnie będzie miał możliwość skorygowania podlegających odbiorowi produktów, w przypadku zgłoszenia uwag przez Zamawiającego. Nie chciałby dodatkowo zostać zaskoczony koniecznością realizacji na potrzeby odbiorów dodatkowych usług, np. tworzenia scenariuszy testowych systemu. Jeśli Zamawiający ma w tym względzie jakieś wymagania, powinien je przedstawić już na obecnym etapie.

Płatności

Innym elementem projektu Umowy, który został pominięty, zdaniem Odwołującego, jest kwestia płatności częściowych. Otóż jak wynika z treści wzoru umowy Zamawiający wskazuje, że „*Wynagrodzenie o którym mowa w ust. 1, płatne będzie przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy wskazany na fakturze VAT, w terminie do 28 dni licząc od dnia otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury VAT łącznie z podpisanym bez zastrzeżeń przez upoważnionych przedstawicieli Stron Protokołem Odbioru, o którym mowa w § 5 ust. 4 Umowy, stanowiącym podstawę wystawienia faktury VAT*". Jest to w zasadzie poza zapisem o wysokości maksymalnego wynagrodzenia przysługującego za wykonania przedmiotu Umowy jedyny zapis odnoszący się do sposobu realizacji płatności. Z perspektywy Odwołującego oznacza to, że Zamawiający przewiduje dokonanie płatności jednorazowo, na koniec realizacji przedmiotu zamówienia, czyli dopiero po przeszło 2 latach realizacji projektu. Tymczasem Zamawiający jednocześnie podzielił przedmiot Umowy na 3 części (Etapy), co świadczy o tym, że możliwe i uzasadnione jest wprowadzenie płatności częściowych. Ich brak powoduje, że Wykonawca przez długi okres musi de facto finansować wykonanie przedmiotu zamówienia z własnych środków, co w realiach tego postępowania nie ma żadnego uzasadnienia.

Co więcej, jak się wydaje w zasadzie jedynym logicznym uzasadnieniem podjęcia przez Zamawiającego decyzji dotyczącej konieczności wykonania przedmiotu Etapu 1 w terminie końca 2023 r. była chęć wydatkowania w tym terminie środków budżetowych. Jeśli założenie to jest prawdziwe, to jednocześnie Zamawiający nie dokonując w projekcie Umowy stosownego podziału płatności w zasadzie wyłącza taką możliwość. W końcu Odwołujący zwraca też uwagę, iż jak pisze sam Zamawiający w postanowieniach Umowy, korzystanie z Platformy na zasadzie licencji odbędzie się w ramach wynagrodzenia. W sytuacji, w której wynagrodzenie to ma zostać wypłacone 2 lata po produkcyjnym wdrożeniu podstawowej wersji Platformy, trudno jest mówić o tym, że licencja miałaby zostać udzielona „w ramach wynagrodzenia". W tej sytuacji z punktu widzenia Odwołującego konieczne jest dokonanie modyfikacji postanowień Umowy poprzez wprowadzenie do jej treści postanowień, umożliwiających dokonywanie płatności częściowych dokonywanych po każdym zakończonym Etapie prac.

Waloryzacja

Kolejną kwestią wiążącą się z kwestiami dotyczącymi postanowień umowy w zakresie wynagrodzenia, jest brak w Umowie obligatoryjnych – w świetle przepisu art. 439 ust. 1 ustawy – postanowień związanych z waloryzacją. Zgodnie z treścią tego przepisu „*Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 6 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia*". Postanowień takich we wzorze Umowy nie ma, stąd zmiana Umowy w tym zakresie jest bezdyskusyjnie konieczna do wprowadzenia.

Odstąpienie po upływie 24h od upływu czasu naprawy Awarii

Zgodnie z treścią §11 ust. 3 i 4 wzoru Umowy:

„*3. W przypadku zwłoki w usunięciu Awarii w okresie Gwarancji lub rękojmi, w stosunku do terminu, o którym mowa w § 6 ust. 3 Umowy* [12h – przyp. własny]*, Zamawiającemu przysługuje kara umowna w wysokości 200,00 zł kwoty, za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki.*

4. Jeżeli zwłoka, o której mowa w ust. 3 będzie trwała będzie dłużej niż 24 godziny, Zamawiający, w terminie 30 dni od upływu terminu powyższej zwłoki, ma prawo, według własnego wyboru:

1) odstąpić od Umowy bez konieczności wyznaczania dodatkowego terminu na usunięcie wad oraz żądać kary umownej w wysokości 3 % kwoty wynagrodzenia brutto określonego w § 7 ust. 1 Umowy,

2) naliczyć 2-krotność kary umownej określonej w ust. 3, począwszy odpowiednio od 25 godziny zwłoki, do terminu, w którym Awaria zostanie usunięta, z zachowaniem prawa do kary umownej określonej odpowiednio w ust. 3".

Jednocześnie, zgodnie z zawartą w projekcie Umowy definicją Awarią jest „*niedostępność, brak działania lub nieprawidłowe działanie Platformy, w tym brak dostępności którejkolwiek z funkcjonalności Platformy opisanych w Załączniku nr 1 do Umowy*".

W tej sytuacji Odwołujący wskazuje, iż tak sformułowane oczekiwania stwarzają w zasadzie niemożliwe do wyceny ryzyko, które polega na tym, iż w przypadku 24 zwłoki (a po 36h od momentu wystąpienia Awarii) Zamawiający może odstąpić od Umowy w całości i zażądać dodatkowo zapłaty kar umownych. W tym kontekście Odwołujący zwraca uwagę, iż za Awarię może być uznany w zasadzie jakikolwiek błąd Platformy, choćby był on zupełnie błahy (np. błędy językowe w słownikach), czy też funkcjonalnie nieistotny w zakresie podstawowej funkcjonalności Platformy (np. brak działania mechanizmów integracji z systemem sztucznej inteligencji). Co więcej termin jego usunięcia (przynajmniej dla błędów, które nie wstrzymują podstawowej funkcjonalności Platformy), jeśli przyjąć klasę systemu zamawianego przez GBL, jest dość wygórowany. Zwraca to uwagę szczególnie w kontekście zupełnie niekonsekwentnego podejścia Zamawiającego, który jednocześnie w zakresie zobowiązań gwarancyjnych w Umowie wskazał, że: „*W przypadku gdy Awaria Platformy wymaga opracowania przez producenta zmian w Platformie (np. opracowanie zmian konfiguracyjnych pomiędzy komponentami Platformy), zgłoszenie Awarii procedowane jest zgodnie z warunkami i terminami świadczenia gwarancyjnego producenta Platformy. Powyższe nie zdejmuje z Wykonawcy obowiązku dołożenia należytej staranności mającej na celu naprawę lub zastosowanie obejścia*". W tej sytuacji konsekwencją kształtu postanowień Umowy jest to, że każdy z Wykonawców będzie każdorazowo wolał stwierdzić, że każda Awaria wymaga odpowiednich zmian w Platformie, bo powoduje to, że nie obowiązuje go 12-godzinny termin naprawy Awarii, a może ją usunąć w dowolnym terminie, np. miesiąca, jeśli wskaże, że jako producent Systemu, takie terminy usunięcia Awarii ustalił. Jednocześnie jednak te postanowienia obrazują również absurdalność oczekiwania Zamawiającego, co do konieczności usunięcia Awarii pod groźbą odstąpienia od Umowy w czasie w sumie 36h od momentu wystąpienia błędu. Skoro bowiem z jednej Strony w sytuacjach bardziej poważnych (wymagających wykonania prac programistycznych i konfiguracyjnych) dopuszcza usuwanie Awarii w terminach ustalanych przez producenta (a których w chwili zawarcia Umowy nawet nie zna) i jednocześnie dla pozostałych Awarii przyznaje sobie prawo do odstąpienia po 1,5 dnia od momentu wystąpienia Awarii, to w sposób oczywisty oznacza to, że postanowienia przyznające Zamawiającemu prawo do odstąpienia z tak

krótkim terminem uznać należy za skonstruowane wadliwie. Jeśli dodatkowo wziąć pod uwagę, że Zamawiający oczekuje udzielenia 5-letniej gwarancji na przedmiot zamówienia, to ryzyko zaistnienia w tak długim czasie sytuacji, w której Zamawiający byłby uprawniony do odstąpienia od Umowy jest dość wysokie. W tej sytuacji konieczne jest zatem dokonanie modyfikacji Umowy w takim zakresie, aby prawo odstąpienia od Umowy przysługiwało Zamawiającemu po upływie co najmniej 14-dniowego terminu, licząc od upływu terminu w którym Wykonawca zobowiązany był do usunięcia Awarii. Inną kwestią jest natomiast to, że Zamawiający – stosując się do dobrych praktyk rynkowych – powinien dodatkowo wprowadzić w Umowie podział Awarii na kategorie, w zależności od wagi błędu dla istniejących funkcjonalności, określając dla każdej z kategorii osobne czasy na ich usunięcie (tzw. SLA).
Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 26 września 2023 r. uwzględnił odwołanie w części.
Zamawiający wskazał, że:
Ad. zarzutu 1)
Zmawiający dokona modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SWZ w Rozdziale VI pkt 2.4.1 SWZ poprzez dokonanie zmiany treści wstępu do warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do dysponowania osobami przeznaczonymi do realizacji zamówienia poprzez:
- usunięcie z zakresu wymagań dla ról określonych w pkt 1), 2) oraz 3), tj. dla Kierownika Projektu, Architekta oraz Konsultanta wiodącego ds. analizy wymagań, modelowania i optymalizacji procesów wymagania dotyczącego **znajomości systemu, będącego przedmiotem oferty** i zastąpienie go następującym wymaganiem: **znajomość oprogramowania (także: platformy) pozwalającego na gromadzenie, zarządzanie oraz udostępnianie dla klientów zewnętrznych danych bibliograficznych.**

W powyższym zakresie Zamawiający nie uwzględnia w pełni żądania Odwołującego wyrażonego w pkt. 1 lit b) żądań odwołania – i dokona modyfikacji kwestionowanego postanowienia SWZ w sposób wskazany jak powyżej.
- usunięcie z treści wymagania dotyczącego Kierownika Projektu w zakresie posiadania doświadczenia w zakresie „**co najmniej jednego realizowanego dla minimum 200 użytkowników**", i zastąpienie go następującym wymaganiem: „**co najmniej jednego realizowanego dla minimum 100 użytkowników**"

Powyższe stanowi uwzględnienie żądania, o którym mowa w pkt. 1 lit b) żądań odwołania.
- zmianę wymagania dla Kierownika Projektu dotyczącego posiadania **„certyfikatu ukończenia szkolenia w zakresie kierowania projektem na poziomie PRINCE 2"** poprzez jego zastąpienie wymaganiem posiadania: **„certyfikatu wydanego przez upoważnioną do tego jednostkę (EI – Instytut Egzaminacyjny), potwierdzającego znajomość metodyki zarządzania projektami PRINCE2 na poziomie co najmniej Foundation lub równoważnego"**.

Powyższe stanowi uwzględnienie żądania, o którym mowa w pkt. 1 lit c) żądań odwołania).
W zakresie powyższego zarzutu, w świetle zmian treści warunku udziału w postępowaniu dokonanych przez Zamawiającego – wnoszę o oddalenie odwołania w zakresie nieuwzględnionym przez Zamawiającego, tj. w zakresie żądania wyrażonego w pkt. 1 lit. a) żądań odwołania tj.:
„usunięcie z zakresu wymagań dla ról określonych w pkt 1), 2) oraz 3), tj. dla Kierownika Projektu, Architekta oraz Konsultanta wiodącego ds. analizy wymagań, modelowania i optymalizacji procesów wymagania dotyczącego znajomości systemu, będącego przedmiotem oferty".
Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu w ww. zakresie z uwagi na to, że podstawowym czynnikiem, który zagwarantuje należyte wykonanie zamówienia przez wykonawcę jest dysponowanie osobami, które posiadają niezbędną znajomość oprogramowania (także: platformy) pozwalającego na gromadzenie, zarządzanie oraz udostępnianie dla klientów zewnętrznych danych bibliograficznych. Zamawiający stoi na stanowisku, iż znajomość tego rodzaju oprogramowania jest kluczowa dla prawidłowego zrealizowania umowy. Warunek udziału w tym zakresie można porównać do warunków dotyczących dysponowania odpowiednią kadrą kierowniczą w zamówieniach na roboty budowlane. W takich zamówieniach konieczne jest dysponowanie osobami specjalizującymi się w konkretnych branżach np. elektrycznej, sanitarnej itd. Analogicznie w przypadku niniejszego Zamówienia – wykonawca powinien dysponować osobą, która jest zaznajomiona z podobnymi systemami do tego, który stanowi przedmiot zamówienia.
Ad. zarzutu 2)
Zamawiający dokona modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SWZ w Rozdziale VI pkt 2.4.2 poprzez dokonanie zmiany treści wstępu do warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu wiedzy i doświadczenia wykonawcy poprzez wykreślenie z treści przedmiotowego wymagania sformułowania: **„w organizacji zatrudniającej minimum 500 osób"**, i zastąpienie go następującym wymaganiem: **„wykazanie wykonania systemu informatycznego dla minimum 100 użytkowników"**.

W powyższym zakresie Zamawiający nie uwzględnia w pełni żądania Odwołującego wyrażonego w pkt. 1 lit b) żądań odwołania – i dokonuje modyfikacji kwestionowanego postanowienia SWZ w sposób wskazany jak powyżej.

W zakresie powyższego zarzutu, w świetle zmian treści warunku udziału w postępowaniu dokonanych przez Zamawiającego – wnoszę o oddalenie odwołania w zakresie żądania całkowitego wykreślenia kwestionowanego elementu warunku udziału w postępowaniu tj. całkowitego wykreślenia wymogu odnoszącego się do wykazania wykonania systemu informatycznego **dla określonej liczby osób**.

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu w ww. zakresie z uwagi na to, że doświadczenie w wykonaniu systemu informatycznego dla określonej liczby osób ma znaczenie kluczowe dla Zamawiającego. Czym innym jest wykonanie systemu jako takiego, a czym innym jest wykonanie systemu wykorzystywanego przez większą liczbę osób.

Z uwagi na okoliczność, iż przedmiotem zamówienia jest wykonanie systemu dla co najmniej 150 użytkowników, powyższy wymóg należy uznać za proporcjonalny.

Ad. zarzutu 3)

Dokona modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów zamówienia w zakresie określenia terminu wykonania poszczególnych etapów zamówienia polegającej na:

- wydłużeniu etapu 1 do 12 miesięcy od daty podpisania umowy,
- skróceniu etapu 2 do 8 miesięcy od daty odbioru I Etapu
- skróceniu etapu 3 do 6 miesięcy od daty odbioru II Etapu.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że termin wykonania całości zamówienia nie ulega zmianie i wynosi 26 miesięcy od dnia podpisania umowy.

W powyższym zakresie Zamawiający nie uwzględnia w pełni żądania Odwołującego wyrażonego w pkt. 3 żądań odwołania – i dokonuje modyfikacji kwestionowanego postanowienia SWZ w sposób wskazany jak powyżej.

W zakresie powyższego zarzutu, w świetle zmian treści warunku udziału w postępowaniu dokonanych przez Zamawiającego – wnoszę o oddalenie odwołania w zakresie żądania wyrażonego w pkt. 3 żądań odwołania tj.:

„dokonanie modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów zamówienia w zakresie określenia terminu wykonania pierwszego Etapu i określenia go jako: „6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy", oraz terminu wykonania całego zamówienia jako: „30 miesięcy od dnia zawarcia Umowy".

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu w ww. zakresie z uwagi na to, iż w zakresie terminu wykonania pierwszego etapu – termin został wydłużony do 12 miesięcy od daty zawarcia umowy, co stanowi termin przewyższający żądanie Odwołującego.

Odnosząc się do 26-miesięcznego terminu realizacji umowy – Zamawiający podtrzymuje dotychczasowe postanowienia SWZ, wskazując iż termin ten jest wystarczający do należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazuje, że przyjęty termin realizacji zamówienia uwzględnia maksymalne przedziały czasowe do wykonania poszczególnych Etapów. Należy zauważyć, że z uwagi na znaczne wydłużenie terminu wykonania Etapu pierwszego (nawet względem żądania Odwołującego) – możliwe będzie jego wykonanie w terminie wcześniejszym niż maksymalny, a następnie przystąpienie do wykonywania kolejnych etapów.

Ad. zarzutu 4)

Uzupełniając treść opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający informuje, że:

- zamierza nabyć prawa autorskie do całego systemu,
- koszt - dostawa sprzętu informatycznego nie wchodzi w zakres zamówienia, jednakże Zamawiający oczekuje, że Wykonawca zaproponuje Zamawiającemu w czasie realizacji niniejszego zamówienia sprzęt o parametrach technicznych odpowiadających Platformie, który zapewni jej bezproblemowe działanie. W swojej ofercie Wykonawca powinien wycenić koszt zapewnienia na czas testów i szkolenia serwerów testowych,
- szkolenie pracowników Zamawiającego odbędzie się w siedzibie Zamawiającego, poprzez szkolenie stacjonarne na zakończenie każdego z etapów zamówienia.

Zamawiający wnosi o oddalenie zarzutu w zakresie, w jakim powyższe uzupełnienia OPZ nie wypełniają żądań zawartych w odwołaniu.

Zamawiający wskazuje, że opis przedmiotu zamówienia wyczerpująco odnosi się do wszystkich istotnych założeń i funkcjonalności zamawianego systemu oraz wskazuje na konkretne jego cechy wymagane do zamknięcia każdego z etapów. Z uwagi na innowacyjny i indywidualny charakter przedmiotu zamówienia Zamawiający nie posiada opisów gotowych rozwiązań, skoro przedmiotem zamówienia jest ich opracowanie przez Wykonawcę. W takich przypadkach w OPZ konkretyzuje się ramy, w granicach których profesjonalny wykonawca może kształtować system.

Zamawiający informuje, że z uwagi na innowacyjność i indywidualizm przedmiotu zamówienia oczekuje od Wykonawców

profesjonalnej wyceny konkretnych elementów systemu wymienionych i określonych w Opisie Przedmiotu Zamówienia, które zapewnią osiągnięcie oczekiwanych funkcjonalności Platformy i będą stanowiły podstawę do zaoferowania ceny ofertowej za całość zamówienia

W tych okolicznościach nie może być mowy o braku precyzji postanowień OPZ, które są adekwatne do przedmiotu zamówienia oraz jego innowacyjnego charakteru.

Ad. zarzutu 5)

Zamawiający uwzględnia w całości przedmiotowy zarzut odwołania i dokonuje następujących zmian zapisów w projektowanych postanowieniach umowy:

- usunięcia postanowienia §11 ust. 3 Umowy w zakresie umożliwiającym Zamawiającemu odstąpienie od Umowy po upływie 24 godzin od momentu popadnięcia w zwłokę przy usuwaniu Awarii,
- wprowadzenie obligatoryjnych postanowień dotyczących waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o przepis art. 439 ustawy poprzez dodanie po §7, *§ 7a Klauzuli Waloryzacyjnej* następującej treści:

§ 7a.

Klauzula Waloryzacyjna

1. W przypadku gdy czas trwania umowy przekroczy 6 miesięcy, z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy, Zamawiający celu urealnienia wynagrodzenia Wykonawcy z uwagi na wzrost cen materiałów lub innych kosztów niezbędnych do realizacji umowy, będzie dokonywać waloryzacji wynagrodzenia, o którym mowa w § 7 ust. 1 umowy zgodnie z poniższymi zasadami:

1) zmiany będą następować w okresach co kwartał, przyjmując, że pierwsza zmiana nastąpi najwcześniej od 7 miesiąca po podpisaniu Umowy;

2) zmiana dotyczyć będzie prac wykonywanych od dnia, w którym Strony zgodnie z niniejszymi zasadami wprowadzą zmianę wynagrodzenia umownego, tj od momentu zgłoszenia potrzeby dokonania takiej zmiany jednej ze Stron;

2. Przez uprawnienie do zmiany wynagrodzenia należy również rozumieć obniżenie wynagrodzenia.

3. Sposób określenia wpływu zmiany kosztów na koszt wykonania zamówienia nastąpi na podstawie wniosku Strony wnioskującej o zmianę i dokumentów dołączonych do tego wniosku potwierdzających m.in. rzeczywiste poniesienie poszczególnych kosztów. Wniosek Strony wnioskującej o zmianę wynagrodzenia, powinien zawierać propozycję zmiany Umowy w zakresie wysokości wynagrodzenia wraz z jej uzasadnieniem oraz dokumenty niezbędne do oceny, czy proponowane zmiany wynikają ze zmiany kosztów związanych z realizacją Umowy względem kosztów przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie, a w szczególności:

1) szczegółową kalkulację proponowanej zmienionej wysokości wynagrodzenia Wykonawcy oraz wykazanie adekwatności propozycji do zmiany wysokości kosztów wykonania Umowy przez Wykonawcę, wraz z określeniem kategorii (rodzaju) i wartości kosztów, przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie, których zmiana może uzasadniać wystąpienie z wnioskiem o jego zmianę oraz sposób obliczania ich zmiany i prezentacji obliczeń,

2) dokumenty potwierdzające zasadność wystąpienia z wnioskiem (w szczególności, jego zgodność z zasadami zmiany wynagrodzenia określonymi w niniejszej Umowie) oraz prawidłowość obliczeń w zakresie zmiany wysokości kosztów wykonania Umowy oraz wnioskowanej zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy.

4. Wykonawca, w przypadku zmian wynagrodzenia zgodnie z ust. 1-3, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego jego podwykonawcy, z którym zawarł umowę o podwykonawstwo, w zakresie odpowiadającym zmianom cen kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli okres obowiązywania umowy podwykonawczej przekracza 6 miesięcy.

- dokonuje modyfikacji w zakresie postanowień dotyczących płatności w zakresie wprowadzenia faktur częściowych umożliwiających dokonywanie płatności po wykonaniu określonych etapów prac poprzez dodanie w §7 ust. 2 następującego zdania:

"Wykonawca uprawniony jest do wystawienia faktury VAT po zakończeniu każdego etapu prac określonego w Rozdziale VIII pkt 3.1 SWZ."

- doprecyzowuje zasady odbioru poszczególnych prac Wykonawcy, w tym w szczególności wskazania: kryteriów akceptacji, jakimi Zamawiający będzie kierował się podczas odbiorów dla każdej kategorii odbieranych produktów poprzez dodanie w §5 ust. 6 o następującej treści:

6. Odbiory będą następowały po każdym z etapów zamówienia, kryteriami akceptacji protokołu odbioru będzie zapewnienie przez Wykonawcę wszelkich funkcjonalności Platformy wymaganych przez Zamawiającego po realizacji każdego etapu.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie zostało opublikowane w dniu 8 września 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiejpod numerem 2023/S 173-540385.

W dniu 18 września 2023 r. wykonawca Sygnity Business Solutions S.A. z siedzibą w Zielonej Górze wniósł odwołanie na

niezgodne z przepisami PZP określeniu warunków zamówienia, w tym w zakresie określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia: warunków udziału w postępowaniu oraz opisu przedmiotu zamówienia, a także innych naruszeń opisanych w uzasadnieniu odwołania.
Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:
1) art. 16 ust. 1 i 3, w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy PZP poprzez ustanowienie w treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz w treści SWZ – Rozdział VI pkt 2.4.1 warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do dysponowania osobami przeznaczonymi do realizacji zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję, a przez to utrudniający Odwołującemu ubieganie się o przedmiotowe zamówienie,
2) art. 16 ust. 1 i 3, w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy PZP poprzez ustanowienie w treści Ogłoszenia o zamówieniu oraz w treści SWZ – Rozdział VI pkt 2.4.2 warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia Wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a przez to utrudniający Odwołującemu ubieganie się o przedmiotowe zamówienie,
3) art. 16 ust. 1 w związku z art. 99 ust. 1 i 4 oraz art. 134 ust. 1 pkt 6) ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w odniesieniu do terminu wykonania Umowy, w tym w szczególności pierwszego etapu prac, który jest niemożliwy do dotrzymania, a przez to utrudnia uczciwą konkurencję,
4) art. 16 ust. 1 w związku z art. 83 ust. 1 i 2, a w konsekwencji również art. 99 ust. 1 i 2 oraz art. 101 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy PZP poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnej analizy potrzeb i wymagań związanych z zamówieniem, a w konsekwencji opisanie przedmiotu zamówienia w sposób zupełnie nieprecyzyjny, niejednoznaczny, bez wskazania jakichkolwiek wymagań dla zamawianych produktów, czego skutkiem jest brak możliwości określenia co w rzeczywistości ma być przedmiotem zamówienia i co każdy z wykonawców powinien wycenić w ofercie, co w sposób oczywisty utrudnia uczciwą konkurencję i uniemożliwia złożenie oferty w postępowaniu,
5) art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20 oraz w zw. art. 8 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i art. 353(1) Kodeksu cywilnego poprzez skonstruowanie postanowień umownych w zakresie:
a) odbiorów – w zakresie, który uniemożliwia określenie kryteriów, jakimi będzie kierował się Zamawiający w toku odbiorów, czy terminów, w których mają być wykonane czynności stron w procesie odbiorczym,
b) płatności – w zakresie w jakim aktualna treść umowy uniemożliwia realizację płatności częściowych, pomimo podzielenia przedmiotu Umowy na etapy,
c) wynagrodzenia – w zakresie, w jakim postanowienia umowy, wbrew przepisom Pzp, nie umożliwiają dokonania waloryzacji wynagrodzenia,
d) określenia dla Zamawiającego uprawnienia do odstąpienia od umowy w odniesieniu do przewidzianego terminu usuwania Awarii w toku świadczenia Opieki serwisowej - w sposób, który prowadzi do zaburzenia równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, co pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, godzi w naturę stosunku prawnego, naruszając tym samym równowagę kontraktową Stron oraz stanowi nadużycie przez zamawiającego przysługującego mu prawa podmiotowego do ukształtowania istotnych postanowień umownych.
W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Sygnity Business Solutions S.A. z siedzibą w Zielonej Górze, Zamawiający pismem z dnia 26 września 2023 r. uwzględnił odwołanie w części.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
3) proporcjonalny.
Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.
Zgodnie z art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy PZP:

1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.
4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który

charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.
Zgodnie z art. 101 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy PZP:
1. Przedmiot zamówienia opisuje się, z uwzględnieniem odrębnych przepisów, w jeden z następujących sposobów przez:
1) określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, w tym wymagań środowiskowych, pod warunkiem że podane parametry są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu udzielenie zamówienia;
2) odniesienie się do wymaganych cech materiału, produktu lub usługi, o których mowa w , oraz, w kolejności preferencji do:
a) Polskich Norm przenoszących normy europejskie,
b) norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie,
c) europejskich ocen technicznych, rozumianych jako udokumentowane oceny działania wyrobu budowlanego względem jego podstawowych cech, zgodnie z odpowiednim europejskim dokumentem oceny, w rozumieniu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiającego zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającego dyrektywę Rady (Dz.Urz. UE L 88 z 04.04.2011, , z późn. zm.),
d) wspólnych specyfikacji technicznych, rozumianych jako specyfikacje techniczne w dziedzinie produktów teleinformatycznych określone zgodnie z i rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr z dnia 25 października 2012 r. w sprawie normalizacji europejskiej, zmieniającego dyrektywy Rady i oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady, , , 97/23/WE, 98/34/WE, 2004/22/WE, 2007/23/WE, 2009/23/WE i 2009/105/WE oraz uchylającego decyzję Rady i decyzję Parlamentu Europejskiego i Rady nr (Dz.Urz. UE L 316 z 14.11.2012,, z późn. zm.),
e) norm międzynarodowych,
f) specyfikacji technicznych, których przestrzeganie nie jest obowiązkowe, przyjętych przez instytucję normalizacyjną, wyspecjalizowaną w opracowywaniu specyfikacji technicznych w celu powtarzalnego i stałego stosowania,
g) innych systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organizacje normalizacyjne.
Zgodnie z art. 83 ust. 1 i 2 ustawy PZP:
1. Zamawiający publiczny, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, dokonuje analizy potrzeb i wymagań, uwzględniając rodzaj i wartość zamówienia.
2. Analiza, o której mowa w ust. 1, obejmuje w szczególności:
1) badanie możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych;
2) rozeznanie rynku:
a) w aspekcie alternatywnych środków zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb,
b) w aspekcie możliwych wariantów realizacji zamówienia albo wskazuje, że jest wyłącznie jedna możliwość wykonania zamówienia.
Zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 6) ustawy PZP, SWZ zawiera co najmniej termin wykonania zamówienia.
Zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP, SWZ zawiera co najmniej projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego.
Zgodnie z art. 5 KC Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.
Zgodnie z art. 353^1 KC, Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody

polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.
Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.
Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowany przez Odwołującego zarzut nr 4 dotyczący nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia poprzez brak określenia: warunków wdrożenia systemu, zasobów infrastruktury Zamawiającego, grupy docelowej użytkowników systemu w ramach zapewnienia odpowiedniej wydajności systemu, zakresu informacyjnego przedmiotu szkolenia, liczby osób oraz grup uczestniczących na szkoleniu, czasu trwania szkolenia, sprecyzowania sformułowań w ramach poszczególnych etapów przedmiotu zamówienia, tj. nowoczesny wygląd, obowiązujące standardy, zaawansowany moduł, wprowadzenia mechanizmów określających zakres uwag, zmian, pomysłów wynikających z analizy funkcjonalności systemu na poszczególnych etapach, wskazania miejsca, w którym mają być zainstalowane serwery / serwery testowe, wskazania zewnętrznych baz danych, znajduje oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie w powyższym zakresie zasługuje na uwzględnienie.
Izba zważa, że zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy PZP, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
Oznacza to, iż w myśl powyższego przepisu przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Opis jednoznaczny to opis precyzyjnie określony, niebudzący wątpliwości, z kolei opis wyczerpujący to opis przedstawiający przedmiot zamówienia w sposób wszechstronny i szczegółowy. W związku z powyższym, używane w opisie przedmiotu zamówienia określenia powinny uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, zaś sporządzony opis przedmiotu zamówienia powinien wskazywać potencjalnym wykonawcom rzeczywisty zakres zamówienia przy użyciu przejrzystych określeń, znanych i zrozumiałych dla wykonawców działających w danej branży.
Izba wskazuje, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia nie może pominąć żadnych informacji mających wpływ na sporządzenie oferty, mając na uwadze również to, aby opis przedmiotu zamówienia nie był zbyt szczegółowy, który mógłby skutkować nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencji. Co istotne, opis przedmiotu zamówienia powinien odpowiadać uzasadnionym i rzeczywistym potrzebom Zamawiającego.
Biorąc powyższe pod uwagę i dokonany opis przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego w ramach zarzutu nr 4, Izba doszła do przekonania, że poprzez nieprecyzyjne określenie przedmiotu zamówienia w zakresie wskazanym powyżej, Zamawiający doprowadziłby do sytuacji, w której każdy z wykonawców biorący udział w niniejszym postępowaniu wyceniałby zupełnie inny zakres prac, czego skutkiem byłoby złożenie w ramach przedmiotowego postępowania nieporównywalnych ofert.
Izba zgadza się z Odwołującym, że np. brak precyzyjnego określenia zakresu informacyjnego przedmiotu szkolenia, liczby osób oraz grup uczestniczących na szkoleniu, czasu trwania szkolenia powoduje, iż koszty szkoleń mogą być różne, a to w ocenie Izby ewidentnie doprowadziłoby do nieporównywalności ofert. Świadczy o tym samo stwierdzenie Zamawiającego na rozprawie, że „szkolenie będzie trwało tak długo aż użytkownicy się tego nauczą". Przy takim stwierdzeniu Zamawiającego nie sposób w rzeczywistości dokonać wyceny, bo nie wiadomo czy szkolenie trwać będzie np. 1 dzień, 2 dni czy tydzień.
Poza stwierdzenie Zamawiającego, iż „Odwołujący nie formułuje konkretnych zarzutów skorelowanych z żądaniami zmiany SWZ w określony sposób", nie oznacza w ocenie Izby, że Zamawiający nie jest obowiązany opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, nawet wówczas, gdy mamy do czynienia z programem autorskim.
Z kolei twierdzenia Zamawiającego, iż Odwołujący nie składał wniosków o wyjaśnienie treści SWZ, a po stronie Odwołującego nie przystąpił żaden wykonawca, zdaniem Izby nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, patrząc przez pryzmat zaniechania opisania przez Zamawiającego precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia.
Natomiast w ramach tegoż zarzutu, Izba nie zgadza się z Odwołującym, iż konieczne jest wprowadzenie w opisie przedmiotu zamówienia informacji dotyczących z jakich elementów/modułów składać ma się wdrażany system, jakie są oczekiwania co do funkcjonalności, jakie ma system realizować, ponieważ ze względu na indywidualny charakter przedmiotu zamówienia, to na Wykonawcy spoczywa obowiązek opracowania autorskiego systemu. Z kolei wątpliwości Odwołującego związane z kwestią wdrożenia mechanizmów sztucznej inteligencji, stwierdzając, iż jest to „nie do końca przemyślane" nie ma uzasadnienia w realiach niniejszej sprawy, ponieważ jak oświadczył Zamawiający na rozprawie „Wskazuje na instytuty, które mają sztuczną inteligencje". Tym samym w ocenie Izby wymóg ten nie jest nadmierny.
Niezależnie od powyższego Izba nie popiera argumentacji Odwołującego, jakoby Zamawiający nie przeprowadził

szczegółowej analizy potrzeb i wymagań, zarzucając naruszenie art. 83 ust. 1 i 2 ustawy PZP, ponieważ na podstawie dokumentacji postępowania jednoznacznie wynika, iż taka analiza została dokonana w dniu 12 lipca 2023 r. i obejmowała elementy wynikające z ust. 2.

Tym samym w powyższym zakresie zdaniem Izby zarzuty w ramach zarzutu nr 4 są w ocenie Izby niezasadne.

Nadto Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1b, 1c, 5, ze względu na uwzględnienie w całości zarzutów odwołania oraz zarzut nr 4 w zakresie uwzględnionym przez Zamawiającego. Izba umorzyła również postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3, ze względu na cofnięcie zarzutu przez Odwołującego na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w zakresie terminu wykonania całego zamówienia, tj. „30 miesięcy od dnia zawarcia Umowy".

Z kolei w stosunku do zarzutu nr 1a (usunięcia „znajomości systemu, będącego przedmiotem oferty"), zarzutu nr 2 (wykreślenia „w organizacji zatrudniającej minimum 500 osób"), zarzutu nr 3 (w zakresie terminu wykonania pierwszego etapu i określenia „6 miesięcy od dnia zawarcia Umowy"), Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy PZP, ze względu na wprowadzenie nowych zapisów do SWZ odpowiednio: „znajomość oprogramowania (także: platformy) pozwalającego na gromadzenie, zarządzanie oraz udostępnienie dla klientów zewnętrznych danych bibliograficznych", „wykazanie wykonania systemu informatycznego dla minimum 100 użytkowników" oraz wydłużenie etapu 1 do 12 miesięcy od daty podpisania Umowy, powoduje, iż ze względu na dokonane powyższe czynności przez Zamawiającego nie istnieje, tzw. substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. Tym samym doprowadziło to do tego, że ww. zarzuty stały się w całości bezprzedmiotowe. W tej sytuacji dalsze postępowanie w powyższym zakresie stało się zbędne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego w części 1/3 i Zamawiającego w części 2/3.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: …….