Sygn. akt: KIO 229/12
Sygn. akt: KIO 238/12
Sygn. akt: KIO 239/12
Sygn. akt: KIO 242/12
Sygn. akt: KIO 245/12
Sygn. akt: KIO 247/12

WYROK
z dnia 28.02.2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członek: Justyna Tomkowska
Paweł Trojan

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu **15.02.2012 r., 17.02.2012 r., 20-22.02.2012 r.** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu **03.02.2012 r.** przez wykonawcę **SAP Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 5, 02-675 Warszawa** (sygn. akt: KIO 229/12)
B. w dniu **03.02.2012 r.** przez wykonawcę **IBM Polska Sp. z o.o., ul. 1 Sierpnia 8, 02-134 Warszawa** (sygn. akt: KIO 238/12)
C. w dniu **03.02.2012 r.** przez wykonawcę **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa** (sygn. akt: KIO 239/12)
D. w dniu **03.02.2012 r.** przez wykonawcę **ASSECO POLAND SA, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** (sygn. akt: KIO 242/12)
E. w dniu **03.02.2012 r.** przez wykonawcę **Sygnity S.A, ul. Aleje Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** (sygn. akt: KIO 245/12)
F. w dniu **03.02.2012 r.** przez wykonawcę **ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** (sygn. akt: KIO 247/12)

---

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Ministra Finansów, reprezentowanego przez Ministerstwo Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa**

przy udziale:

A. wykonawców **ASSECO POLAND SA ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów; Oracle Polska Sp. z o.o., ul. Przyokopowa 31, 01-208 Warszawa; Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa; Bull Polska Sp. z o.o., ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 229/12** po stronie odwołującego
B. wykonawców **ASSECO POLAND SA ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów; Oracle Polska Sp. z o.o., ul. Przyokopowa 31, 01-208 Warszawa; Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa; Bull Polska Sp. z o.o., ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa; SAP Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 5, 02-675 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 238/12** po stronie odwołującego
C. wykonawców **ASSECO POLAND SA ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów; ATM Systemy Informatyczne SA, ul. Grochowska 21 A, 04-186 Warszawa; Oracle Polska Sp. z o.o., ul. Przyokopowa 31, 01-208 Warszawa; Bull Polska Sp. z o.o., ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa; SAP Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 5, 02-675 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 239/12** po stronie odwołującego
D. wykonawców **Oracle Polska Sp. z o.o., ul. Przyokopowa 31, 01-208 Warszawa; Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa; Bull Polska Sp. z o.o., ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa; SAP Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 5, 02-675 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 242/12** po stronie odwołującego

E. wykonawców **ASSECO POLAND SA ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów; Oracle Polska Sp. z o.o., ul. Przyokopowa 31, 01-208 Warszawa; Bull Polska Sp. z o.o., ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa; Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa; SAP Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 5, 02-675 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 245/12** po stronie odwołującego

F. wykonawców **ASSECO POLAND SA ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów; Oracle Polska Sp. z o.o., ul. Przyokopowa 31, 01-208 Warszawa; Bull Polska Sp. z o.o., ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 247/12** po stronie zamawiającego

orzeka:

1 B, C i E. Uwzględnia odwołania wniesione przez IBM Polska Sp. z o.o., ul. 1 Sierpnia 8, 02-134 Warszawa; Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa i Sygnity S.A, ul. Aleje Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa i nakazuje zmianę postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ" w sposób wskazany w uzasadnieniu, z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji w nim wskazanych,
1 A, D i F. Oddala odwołania wniesione przez SAP Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 5, 02-675 Warszawa; ASSECO POLAND SA ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów i ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków,

2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa - Ministra Finansów, reprezentowanego przez Ministerstwo Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** i **SAP Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 5, 02-675 Warszawa** i **ASSECO POLAND SA ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** i **ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **90 000 zł 00 gr** (słownie: dziewięćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **SAP Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 5, 02-675 Warszawa; IBM Polska Sp. z o.o., ul. 1 Sierpnia 8, 02-134 Warszawa; Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa; ASSECO POLAND SA, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów; Sygnity S.A, ul. Aleje Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** i **ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Skarbu Państwa - Ministra Finansów, reprezentowanego przez Ministerstwo Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** kwotę **52 200 zł 00 gr** (słownie: pięćdziesiąt dwa tysiącę dwieście złotych zero groszy) w tym:

A. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **IBM Polska Sp. z o.o., ul. 1 Sierpnia 8, 02-134 Warszawa** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

B. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

C. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: pietnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Sygnity S.A, ul. Aleje Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

2.3. zasądza od **SAP Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 5, 02-675 Warszawa** i **ASSECO POLAND SA ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** i **ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków** na rzecz **Skarbu Państwa - Ministra Finansów, reprezentowanego przez Ministerstwo Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** kwotę **10 800 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy osiemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w tym kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **SAP Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 5, 02-675 Warszawa** i w tym kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **ASSECO POLAND SA ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** i w tym kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **ComArch S.A., Al. Jana Pawła II 39a, 31-864 Kraków.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:

……

Członek:

……

……

Sygn. akt: KIO 229/12
Sygn. akt: KIO 238/12
Sygn. akt: KIO 239/12
Sygn. akt: KIO 242/12
Sygn. akt: KIO 245/12
Sygn. akt: KIO 247/12

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zamówienia pn.: *„Budowa, wdrożenie i utrzymanie Systemu e-Podatki wraz z usługami dodatkowymi"* [nr sprawy: R/102/11/AP/B/371/A-1/66; zostało przez - Ministra Finansów, FR4/253/BKT/12], wszczęte Skarb Państwa reprezentowanego przez Ministerstwo Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa zwany dalej: *„Zamawiającym",* ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2012/S 16-025379 z 25.01.2012 r. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: *„SIWZ"* została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającym w tym samym dniu.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 229/12 - SAP Polska Sp. z o.o.:

W dniu 03.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) SAP Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 5, 02-675 Warszawa zwany dalej: *„SAP Polska Sp. z o.o."* albo *„Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 229/12"* wniósł na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp"* odwołanie na postanowienia SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 03.02.2012 r. (faxem i emialem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7, art. 29 ust. 1 i ust. 2, art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16, art. 144 ust. 1 Pzp oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienie odwołania, w szczególności poprzez:

1. Opis przedmiotu zamówienia treści SIWZ w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący, który powoduje możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji w - przedmiotowym przetargu, w szczególności w postanowieniach Załącznika nr 10 do SIWZ tj.
2. Wprowadzenie w Załączniku nr 10 do SIWZ (Wzór Umowy), postanowień uniemożliwiających określenie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przedmiotu

---

zamówienia, a co za tym idzie uwzględnienie przez Wykonawcę wszystkich wymagań i okoliczności niezbędnych i mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty,
3. Wprowadzenie w Załączniku nr 10 do SIWZ (Wzór Umowy), postanowień sprzecznych z Pzp i prawem. Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1. Zmianę (względnie nakazanie zmiany) następujących postanowień Załącznika nr 10 do SIWZ (Wzór Umowy) określonych w: § 2 ust. 1, ust. 2, Załącznik nr 1 do Umowy, § 5 ust. 14, § 6 ust. 11, § 9 ust. 3, ust. 4, ust. 5, ust. 11, § 10 ust. 2, ust. 3, ust. 4, ust. 5, ust. 6, ust. 7, ust. 8, ust. 18, § 16 ustępy od 1 do 6 - poprzez wprowadzenie zapisów wzory umowy zgodnych z Ustawą i prawem, w tym ustawą z dn. 04 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz. U. nr 2006 nr 90 poz. 631 z późn. zm., dalej jako *„Prawo Autorskie");*
2. Ewentualnie o unieważnienie w całości czynności Zamawiającego dotyczącej sporządzenia i publikacji SIWZ;
3. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego poniesionych przez niego kosztów Odwołania - zgodnie z przepisami.
II.1. Zamawiający w treści SIWZ, zawarł n/w postanowienia, którym dokonał opisu przedmiotu Zamówienia:
a) [Rodz.1.3. SIWZ]: *Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia i sposób jego realizacji zawiera Załącznik nr 1 do SIWZ. Definicje pojęć używanych w SIWZ, w tym w szczególności w Opisie Przedmiotu Zamówienia znajdują się w Załączniku 1 do SIWZ oraz we Wzorze Umowy stanowiącym Załącznik 10 do SIWZ.*
b) Tak Załącznik 1 do SIWZ, jak i Załącznik 10 do SIWZ (Rozdz. V. SIWZ w zw. z Załącznikiem 10 (Wzór Umowy) w § 1 pkt 44 w zw. z § 2 ust. 1), wskazują że Przedmiot Zamówienia [Rozdz. I.1. SIWZ] mają być zgodne z *„Wymaganiami",* przez które Zamawiający rozumie - *wszelkie wymagania dotyczące Usług i Produktów w szczególności odnoszące się do zakresu, składu, sposobu realizacji, i jakości określone w Umowie, Załącznikach do Umowy oraz określone lub zaakceptowane przez Zamawiającego w trakcie realizacji Umowy, bez względu na sposób ich wyrażenia (tj. np.: bez względu na to czy, są sformułowane jako opis, czy też wprost są nazwane wymaganiami).* Powyższe postanowienie przesądza, o tym że Zamawiający już na etapie realizacji Umowy może dokonywać zmian ww. Wymagań dotyczących przedmiotu Zamówienia, poprzez jednostronne *określenie* ww. *Wymagań* w dowolny sposób i w dowolnej formie, m.in. bez zachowania trybu właściwego w art. 144 ust. 1 Pzp. Dla tak niedookreślonych w SIWZ *Wymagań,* Zamawiający już na etapie składania oferty i podpisywania Umowy, wymaga od Wykonawcy złożenia przez niego zapewnienia, że *Wdrożenie Systemu e-Podatki w zakresie określonym Wymaganiami oraz jego dalsze Utrzymanie w okresie realizacji Umowy, ani żadnego z jego Podsystemów, nie jest uzależnione od nabycia przez Zamawiającego lub*

---

innych użytkowników dodatkowych licencji na oprogramowanie gotowe lub oprogramowanie wytworzone przez Wykonawcę lub osoby trzecie [§ 6 pkt 11 Wzoru Umowy]. Powyższe powoduje, że już na etapie składania oferty Zamawiający winien uwzględnić w niej ewentualny nieznany mu zakres zobowiązania do udzielenia Zamawiającemu np.: *dodatkowych licencji na oprogramowanie gotowe,* gdyż zgodnie z definicją *Wymagań* Zamawiający ma prawo do określenia takiego wymagania w przyszłości.
c) Zgodnie z postanowieniem § 2 ust. 1 Wzoru Umowy, przedmiot Umowy (tożsamy z Przedmiotem Zamówienia) ma nie tylko spełnić ww. *Wymagania,* ale również służy on celowi *„dostarczenia usług aplikacyjnych",* przez które rozumie się usługi/funkcje, które będzie realizować System e-Podatki szczegółowo określone m.in. w pkt 2.3. OPZ (OPZ to wg. § 1 pkt 16 Wzoru Umowy: opis Przedmiotu Zamówienia wraz z Załącznikami do OPZ, stanowiącymi łącznie Załącznik nr 1 do Umowy.) stanowiącego Załącznik nr 1 do Umowy [§ 1 pkt 41 Wzoru Umowy], W załączonym do Wzoru Umowy Załączniku nr 1 do Umowy - brak jest jakiejkolwiek jego treści opisującej przedmiot zamówienia/przedmiot umowy/poza

jego tytułem: *Opis przedmiotu Zamówienia wraz z jego załącznikami.* A zatem, nie sposób również ustalić np. do czego odwołuje się m.in. podany w definicji *„usługi aplikacyjnej"* np. *pkt 2.3.* OPZ stanowiącego Załącznik nr 1 do Umowy, albowiem NIE MA TAKIEGO PUNKTU W ZAŁĄCZNIKU NR 1 DO UMOWY.

d) Zamawiający wymaga, aby w Wykonawca gwarantował mu w Umowie, że Zamawiającemu będzie prawo do przysługiwało wykonywania majątkowych praw autorskich bez nie w jakichkolwiek ograniczeń zastrzeżonych wyraźnie umowie (w szczególności ograniczeń terytorialnych) samodzielnie lub będzie mógł upoważnić to tego osobę trzecią [§ 9 pkt 3 Wzoru Umowy], Dodatkowo, w § 10 pkt 8 Wzoru Umowy Zamawiający oczekuje od Wykonawcy kolejnego zapewnienia polegającego na tym, że zakres udzielonych Zamawiającemu przez Wykonawcę licencji/sublicencji dla nie może być ograniczony co Oprogramowania gotowego terytorialnie, oznacza w szczególności że jego użytkownicy mogą korzystać z tych licencji/sublicencji w innych państwach niż w Polsce. Zgodnie z powszechną praktyką dostawców Oprogramowania gotowego, u podstawy której legły przepisy wprowadzającego restrykcje w zakresie obrotu nowymi technologami IT, nie jest możliwe przyjęcie przez Zamawiającego i złożenie skutecznie ww. zapewniania oczekiwanego ww. zakresie tj. nieograniczonego terytorialne korzystania z ww. Oprogramowania. Jedynie przykładowo należy wskazać, że np. firma Microsoft udzielając licencji na bazę danych Microsoft SQL Server zobowiązuje licencjobiorcę do przestrzegania wszelkich międzynarodowych i krajowych przepisów prawnych odnoszących się do Oprogramowania, w tym przepisów eksportowych USA *[U.S. Export Administration Regulations)* oraz ograniczeń dotyczących użytkowników końcowych, korzystania przez nich z oprogramowania oraz ograniczeń wydanych przez USA

---

i rządy innych krajów (http://www.microsft.com/exporting/). Na gruncie prawa polskiego obrót Oprogramowaniem może być poddany ograniczeniom terytorialnym na podstawie ustawy z dn.29 listopada 2000 r. o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa (j.t. Dz. U. z 2004 r. Nr 229, poz. 2315 z późn. zm.).

e) W § 10 pkt 4 Wzoru Umowy, Zamawiający pomimo, że ponownie posługując się niedookreślonym pojęciem *„usługi aplikacyjne"* [lit. c)], nakłada na Wykonawcę *obowiązek uzupełnienia przez niego brakujących licencji/sublicencji, bez dodatkowego wynagrodzenia.* W związku z faktem, że definicja pojęcia *„usługi aplikacyjne",* odwołuje się do Załącznika nr 1 do Umowy pozbawionego treści - Wykonawca nie może w sposób racjonalny dokonać wyceny kosztów, jakie miałby potencjalnie ponieść realizują zobowiązanie określone w § 10 pkt 4 Wzoru Umowy.

f) Zgodnie z treścią zobowiązania nałożonego na Wykonawcę w § 10 pkt 5 Wzoru Umowy, jest on zobowiązany do nieodpłatnego udzielenia licencji/sublicencji na polach eksploatacji nie wymienionych w Umowie, w przypadku, gdy okaż się to niezbędne do prawidłowej realizacji zadań resortu finansów. Powyższe przesądza, iż ryzyko związane z tym zobowiązaniem - dla nieokreślonych w przyszłości zadań resortu finansów - w całości ma ponosić Wykonawca i to w sposób naruszający postanowienia Prawa Autorskiego. Zgodnie bowiem z bezwzględnie obowiązującym przepisem art. 41 ust. 2 Prawa Autorskiego: Umowa (...) o korzystanie z utworu, zwana dalej "licencją", obejmuje pola eksploatacji wyraźnie w niej wymienione, zaś zgodnie z przepisem art. 41 ust. 4 Prawa Autorskiego: Umowa może dotyczyć tylko pól eksploatacji, które są znane w chwili jej zawarcia. Powyższe przesądza, o tym że Zamawiający wymaga od Wykonawców zaakceptowania ww. zakresie postanowień Wzoru Umowy [Zał.10 do SIWZ), sprzecznych z prawem (Komentarz do Ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. J. Barta i in. [w] Dom Wyd. ABC. 2001. str. 313 i następ.). M.in. zgodnie z poglądami doktryny prawa *względy wykładni językowej nie upoważniają do odstępowania od wymogu wyraźnego wymieniania w umowie pól eksploatacji* (Janusz Sarta (red.), Ryszard Markiewicz (red.), Komentarz do art. 41 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych [wj Lex).

g) W § 16 Wzoru Umowy, Zamawiający wprowadził nieznaną Ustawie instytucję prawną *„Zawieszenia Umowy",* zgodnie z którą *„ze względu na brak środków finansowych wskazanych w budżecie Zamawiającego, Zamawiający może zawiesić Umowę, wysyłając do Wykonawcy pisemną notę (...)"* Powyższe *zawieszenie* ma obowiązywać *na czas jaki Zamawiający uznał za konieczny* [§16 ust. 2 Wzoru Umowy], zaś *za okres zawieszenia*

Umowy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie Wykonawcy [§16 ust. 5 Wzoru Umowy]. Po otrzymaniu przez Wykonawcę informacji od Zamawiającego o ustaniu przyczyn

zawieszenia. Wykonawca ma obowiązek niezwłocznego podjęcia dalszych prac w ramach Umowy [§ 16 ust. 5 Wzoru Umowy]. Powyższe postanowienia nie znajdują uzasadnienia w przepisach Ustawy, ale również godzą w sposób jaskrawy w zasadę równości stron określonej w Kodeksie cywilnym w zw. z art.139 ust. 1 Pzp. Przede wszystkim zaś uniemożliwiając Wykonawcy dokonać kalkulacji i oszacowania ceny ryzyka i kosztów jakie miałby ponosić Wykonawca w związku z takim jednostronnym zawieszeniem wykonania Umowy przez Zamawiającego np.: kosztów utrzymywania w gotowości do prac zespołu wdrożeniowego po stronie Wykonawcy w okresie zawieszenia wykonywania Umowy, który to zespół zgodnie z wymaganiami Zamawiającego ma być zespołem stałym i dedykowanym do jej wykonania przez Wykonawcę.
2. Potencjalny Wykonawca, zgodnie z treścią Załącznika nr 2 SIWZ (Formularz Ofertowy) do Umowy, chcąc złożyć skutecznie Ofertą musi złożyć Zamawiającemu oświadczenia, o treści ustalonej przez Zamawiającego ww. załącznik, tj. że *zobowiązuje się do zawarcia Umowy na warunkach określonych we Wzorze Umowy stanowiącym Załącznik 10 do SIWZ.* A zatem treść ww. Załącznika 10 nie podlega jakimkolwiek negocjacjom pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą. W przypadku, dokonania przez Wykonawcę zmian lub zastrzeżeń do treści Załącznika 10 do SIWZ (Wzoru Umowy) jego oferta podlegałaby odrzuceniu z postępowania na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, ponieważ treść oferty nie odpowiadałaby SIWZ.

Ponadto, Odwołujacy wskazał, że art. 29 ust. 1 Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładanych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Opis ten musi być na tyle oczywisty i niebudzący jakichkolwiek wątpliwości, by mógł stanowić podstawę do złożenia przez potencjalnych wykonawców ważnych i porównywalnych ofert (m.in. E. Norek. Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd.4 [w] Komentarze LexisNexis. W-wa 2009, str.105 i następ.). Opis przedmiotu zamówienia, tym również zawarty w Załącznikach do SIWZ (m.in. Załączniku 10), a co za tym idzie również wymagania w samej treści Wzoru Umowy załączonej do SIWZ muszą być dokonane przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, nie tylko co jest przedmiotem zamówienia, ale i jakie są wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia i co w związku z tym winno być uwzględnione w ofercie. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią (M. Stachowiak. Komentarz do art. 29 - Prawo Zamówień Publicznych [w] LEX.). Opis przedmiotu zamówienia nie spełniający ww. warunków może utrudniać uczciwą konkurencję, albowiem czynni oferty nieporównywalnymi, a zatem preferuje nie obiektywne przesłanki warunki oferty, lecz dopuszcza dowolną

„interpretację" warunków SIWZ przez potencjalnych Wykonawców, w ważnych i kluczowych zakresach ich obowiązków (M. Filipek artykuł [w] Zam. Pub. Dor., podaję za LEX: Wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.).

Przywołał orzecznictwo KIO związane ze stosowaniem art. 29 Pzp, tj. wyrok KIO z dn. 27.12.2011 r. sygn. akt: KIO 2649/11. Reasumujac, stwierdził, że SIWZ nie spełnia ww. wymagań Pzp. Odwołania w zakresie w jakim w Załączniku 10 Wzór Umowy, opisuje przedmiot zamówienia/przedmiot umowy oraz zakresie oczekiwanych przez Zamawiającego do Wykonawcy zobowiązań. Uniemożliwia również ich wyceną/skalkulowanie w ofercie. Ponadto, a w zakresie wyżej opisanym narusza również bezwzględnie obowiązujące przepisy Prawa Autorskiego.

Zamawiający w dniu 06.02.2012 r. zamieścił na stronie internetowej kopie odwołania oraz wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 09.02.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ASSECO POLAND SA,

ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów zwane dalej: *„ASSECO POLAND SA”* albo *„Przystępującym”* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO), Oracle Polska Sp. z o.o., ul. Przyokopowa 31, 01-208 Warszawa zwany dalej: *„Oracle Polska Sp. z o.o.”* albo *„Przystępującym”* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa, zwany dalej: *„Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o.”* albo *„Przystępującym”* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Bull Polska Sp. z o.o., ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa zwany dalej: *„Bull Polska Sp. z o.o.”* albo *„Przystępującym”* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31 - 864 Kraków zwany dalej: *„Comarch S.A”* albo *„Przystępującym”* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Niniejsze przystąpienie, jak i pozostałe przystąpienia do odwołań rozpatrywanych łącznie w ramach przedmiotowego postepowania odwoławczego, zostało cofnięte na posiedzeniu przez Comarch S.A. przed sprawdzeniem skuteczności dokonanego zgłoszenia.

W dniu 14.02.2012 r. (faxem, oryginał na posiedzeniu 15.02.2012 r.) Zamawiający wobec wniesienia odwołań (sprawy o sygn. akt: KIO 229/12; sygn. akt: KIO 238/12; sygn. akt: KIO 239/12; sygn. akt: KIO 242/12; sygn. akt: KIO 244/12; sygn. akt: KIO 245/12; sygn. akt: KIO 247/12) do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołania, w której wnosił o oddalenie w części zarzutów odwołań, w pozostałej części uwzględnił część zarzutów (82 strony). Kopia została przekazana Odwołującemu na posiedzeniu. Stanowisko merytoryczne Zamawiajacego odnośnie zarzutów dotyczących przedmiotowego odwołania zostanie przedstawione w dalszej części uzasadnienia w ramach ustaleń dotyczacych poszczególnych zarzutów.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 238/12 - IBM Polska Sp. z o.o.:

W dniu 03.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) IBM Polska Sp. z o.o., ul. 1 Sierpnia 8, 02-134 Warszawa zwany dalej: *„IBM Polska Sp. z o.o.”* albo *„Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 238/12”* wniósł na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 i ust. 4 Pzp odwołanie na postanowienia SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 03.02.2012 r. (faxem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie (pkt II):
1. art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 827 KC, a także art. 58 § 1 KC, poprzez nałożenie w § 12 wzoru umowy zobowiązań dotyczących zawarcia umowy ubezpieczenia pokrywającego wszelkie szkody majątkowe, w tym szkodę wynikłą z winy umyślnej i rażącego niedbalstwa, a ponadto art. 387 KC oraz art. 5 KC poprzez nałożenie obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia majątkowego, który jest niemożliwy do wykonania;
2. art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 1 KC, a także art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. - o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003, Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.) („Uznk") poprzez sformułowanie w § 6 ust. 15 wzoru umowy zobowiązania, które jest sprzeczne z art. 11 ust. 4 Uznk, stanowi nadużycie prawa podmiotowego (art. 5 KC), a także jest sprzeczne z naturą stosunku prawnego, który ma zostać nawiązany pomiędzy stronami,

poprzez wymaganie, aby wykonawca oświadczył, że wszelkie dane i informacje uzyskane przez Zamawiającego w wyniku wykonania umowy nie są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawcy, podwykonawców lub osób trzecich w sposób naruszający § 6 ust. 14;
3. art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 25 Pzp, a także § 1 ust. 1 pkt 6) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), poprzez sformułowanie w § 6 ust. 3 wzoru umowy wymogu, że skład zespołu wykonawcy określony w załączniku nr 7 do wzoru umowy ma być tożsamy ze składem przedstawionym w ofercie, a także zawartego w Załączniku nr 7 do wzoru umowy wymogu aby skład zespołu wykonawcy został uzupełniony przed zawarciem umowy, w oparciu o wykaz osób stanowiący załącznik do oferty;
4. art. 36 ust. 5 Pzp poprzez sformułowanie w § 19 wzoru umowy wymogu wyrażania zgody na zawarcie umowy powierzającej podwykonawcom wykonanie części przedmiotu umowy oraz zgody na kształt relacji pomiędzy wykonawcą a jego podwykonawcami, ewentualnie poprzez sformułowanie treści § 19 ust. 4 wzoru umowy, w sposób który umożliwia Zamawiającemu odmowę wyrażenia zgody na wykonywanie części przedmiotu umowy przez podwykonawcę, wskazanego przez wykonawcę nie tylko, jeżeli nie zostaną spełnione wymagania wskazane w umowie, ale także z innych uzasadnionych powodów;
5. art. 144 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353' KC, art. 5 KC, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 140 ust. 1 Pzp poprzez sformułowanie w § 21 wzoru umowy możliwości wprowadzania zmian do zawartej umowy przez Zamawiającego bez określenia warunków zmiany, a także w sposób subiektywny i nieprecyzyjny;
6. art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 387 KC poprzez zobowiązanie wykonawców w § 6 ust. 14 wzoru umowy do świadczenia niemożliwego, polegającego na tym, iż wykonawca ma oświadczyć, że we wszelkich oświadczeniach i dokumentacji składanej w związku z realizacją przedmiotu umowy nie będą zamieszczane zapisy, których wynikiem mogłoby być powstanie prawnego, technicznego lub faktycznego ograniczenia Zamawiającego w dokonaniu w przyszłości swobodnego (według własnego uznania) wyboru niezależnej od wykonawcy firmy trzeciej wspierającej rozwój i utrzymanie systemu e-Podatki lub podjęcia decyzji o samodzielnym utrzymaniu i rozwoju systemu e-Podatki;
7. naruszenie art. 34 ust. 5 Pzp w zw. z art. 12 ust. 2 Pzp poprzez nieuwzględnienie w ogłoszeniu faktu, iż sposób ustalania świadczeń wykonawcy, przewidziany w postanowieniach § 8 wzoru umowy ma charakter opcji w rozumieniu Pzp;
8. naruszenie art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353' KC oraz art. 5 KC, a także art. 29 ust. 1 Pzp, a także art. 7 ust. 1 Pzp poprzez sformułowanie przez Zamawiającego zobowiązań, które są sprzeczne z naturą stosunku prawnego oraz stanowią nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego, poprzez:

(a) sformułowanie w § 16 wzoru umowy zobowiązania polegającego na zagwarantowaniu Zamawiającemu szerokiego prawa do zawieszenia wykonywania umowy ze skutkiem natychmiastowym i na dowolny czas, w szczególności bez zawarcia jakichkolwiek postanowień umożliwiających dokonanie rozliczeń z tego tytułu;
(b) sformułowanie w § 14 ust. 1-9 wzoru umowy szerokich uprawnień do nakładania przez Zamawiającego kar umownych na wykonawcę, przy jednoczesnym braku ograniczenia odpowiedzialności wykonawcy na podstawie umowy do określonej sumy pieniężnej;
(c) uznanie w § 14 ust. 11 wzoru umowy, że utrata dofinansowania ze środków Unii Europejskiej stanowi stratę Zamawiającego w rozumieniu art. 361 § 2 KC;
(d) nałożenie w § 10 ust. 4 wzoru umowy na wykonawcę obowiązku uzupełniania brakujących licencji/sublicencji bez dodatkowego wynagrodzenia, w przypadku gdy w trakcie trwania umowy okaże się, że dostarczone licencje/sublicencje nie zapewnią pełnej realizacji usług aplikacyjnych zgodnie z wymaganiami wskazanymi we wzorze umowy;
9. naruszenie art. 139 Pzp, w zw. z art. 365^1 KC oraz art. 5 KC poprzez nałożenie na wykonawcę zobowiązania bezterminowego, które zgodnie z zapisami wzoru umowy ma obowiązywać bez jakiegokolwiek ograniczenia czasowego:
(a) w § 5 ust. 7 wzoru umowy poprzez nałożenie na wykonawcę wymogu, że wraz z dowodem złożenia do depozytu kodów źródłowych oprogramowania gotowego, wykonawca dostarczy jednocześnie potwierdzenie nieodwołalnego, bezterminowego upoważnienia Zamawiającego do wydobycia i dalszego wykorzystania kodów źródłowych we wskazanych we wzorze umowy przypadkach;

(b) w § 18 ust. 11 wzoru umowy poprzez nałożenie na wykonawcę wymogu, że wykonawca będzie odpowiadał za szkodę wyrządzoną Zamawiającemu poprzez ujawnienie, przekazanie, wykorzystanie, zbycie lub oferowanie do zbycia informacji otrzymanych od Zamawiającego, wbrew postanowieniem umowy, również po jej rozwiązaniu, wygaśnięciu lub odstąpieniu bez względu na przyczynę oraz beż żadnych ograniczeń czasowych.

W związku z powyższym. Odwołujący wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu wykreślenia zakwestionowanych powyżej postanowień dokumentacji przetargowej lub ich doprecyzowanie, zgodnie ze szczegółowym uzasadnieniem zawartym w dalszej części niniejszego odwołania. Odwołujący wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania na okoliczności tam wskazane. Dodatkowo, Odwołujący zastrzegł możliwość rozbudowania zaprezentowanej w niniejszym odwołaniu argumentacji oraz powołania dalszych dowodów i twierdzeń w trakcie rozprawy. Ponadto, Odwołujący wnosił o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie zestawienia, które zostanie przedłożone do akt sprawy.

Odnośnie, naruszenia art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 827 KC, art. 387 KC oraz art. 58 § 1 KC (pkt 3.1). Zamawiający naruszył art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 827 KC poprzez zawarcie w § 12 wzoru umowy zobowiązania dotyczącego obowiązku zapewniania Zamawiającemu ubezpieczenia od wszelkich szkód majątkowych, które mogą zaistnieć również w związku ze zdarzeniami losowymi zaistniałymi w trakcie wykonywania umowy, a w szczególności polegających na utracie, zniszczeniu lub uszkodzeniu mienia. Dodatkowo, w § 12 pojawiają się dalsze szczegółowe wymogi dotyczące tego ubezpieczenia, jak chociażby obowiązek pokrycia szkody wynikłej z winy umyślnej i rażącego niedbalstwa wykonawcy. Odwołujący chciałby podkreślić, iż takie wymogi naruszają przepisy KC. Zgodnie bowiem z art. 827 § 1 KC ubezpieczyciel jest wolny od odpowiedzialności, jeżeli ubezpieczający wyrządził szkodę umyślnie; w razie rażącego niedbalstwa odszkodowanie nie należy się, chyba że umowa lub ogólne warunki ubezpieczenia stanowią inaczej lub zapłata odszkodowania odpowiada w danych okolicznościach względom słuszności. Jak wyraźnie przewiduje art. 827 § 2 KC, jedynie w przypadku ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej można ustalić inne zasady odpowiedzialności ubezpieczyciela niż te określone w § 1. W publikacjach dotyczących umowy ubezpieczenia podkreśla się, że zasada wyrażona w art. 827 § 1 KC ma charakter bezwzględnie wiążący w zakresie, w jakim wyłącza odpowiedzialność ubezpieczycie la w ramach ubezpieczenia majątkowego za szkody wyrządzone umyślnie - tak np. Zdzisław Gawlik w komentarzu do art. 827 KC, Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część szczególna, pod red. Andrzej Kidyba (red.), LEX 2010. Ponadto, jak wskazuje się w doktrynie *„wyłączenie odpowiedzialności ubezpieczyciela w przypadku umyślnego wyrządzenia szkody nie jest sankcją wobec ubezpieczającego, lecz wyłączeniem spod ochrony zdarzeń, które ze względu na swoją naturą i cel ubezpieczenia nie mogą być objęte ochroną, gdyż nie stanowią zdarzeń losowych"* - zob. Katarzyna Malinowska w komentarzu do art. 827 KC, Komentarz do niektórych przepisów ustawy - Kodeks cywilny, [w:] Prawo ubezpieczeń gospodarczych. Tom II. Komentarz, wyd. II, pod red. Marcina Glicza, LEX 2010. W związku z tym, o ile w przypadku umowy OC wykonawcy możliwe jest przyjęcie przez zakład ubezpieczeń zobowiązania do wypłaty odszkodowania także w przypadku, gdy szkoda wyniknie z winy umyślnej wykonawcy lub osób, za które ponosi on odpowiedzialność, to samo nie jest możliwe w przypadku umowy ubezpieczenia majątkowego. Jest to przepis o naturze *ius cogens,* a zatem jego umowne wyłączenie byłoby sprzeczne z ustawą, a przez to na podstawie art. 58 § 1 KC nieważne. Ponadto, Zamawiający naruszył art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 387 KC nakładając na wykonawcę konieczność zaciągnięcia zobowiązania niemożliwego do wykonania. Biorąc pod uwagę argumenty wskazane powyżej, strony umowy nie mogą skutecznie zobowiązać się do zachowania, którego nikt nie jest w stanie zrealizować już w chwili zawierania umowy. Co więcej. Odwołujący wskazuje, że

zgodnie z uzyskanymi informacjami, żadna ze znanych mu instytucji ubezpieczeniowych istniejących na rynku polskim nie oferuje ubezpieczenia od wszelkich szkód majątkowych na

postawie którego zakład ubezpieczeń byłby zobowiązany do pokrycia szkody wyrządzonej przez ubezpieczającego (wykonawcę) lub osób, za które ubezpieczający (wykonawca) ponosi odpowiedzialność z winy umyślnej czy też nie zawierających wyłączenia odpowiedzialności (za straty, szkody lub przywrócenie stanu pierwotnego (§ 12 ust. 3 pkt 7) wzoru umowy). W związku z powyższym Zamawiający nałożył w § 12 ust. 3 pkt 5) i 7) wzoru umowy zobowiązanie niemożliwe do spełnienia, co w świetle art. 387 KC sprawia, że klauzula ta jest nieważna. W związku z powyższym, Odwołujący wnosił o nakazanie wykreślenia ze wzoru umowy § 12 ust. 3 pkt 5 i 7 wzoru umowy, jako niezgodnych z powołanymi przepisami lub w razie nieuznania w całości żądania w tym zakresie, co najmniej nakazanie Zamawiającemu wykreślenia § 12 ust. 3 pkt 5) wzoru umowy jako niezgodnego z art. 827 § 1 KC i art. 58 § 1 KC, w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp.

Odnośnie, naruszenie art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 1 KC, art. 11 ust. 4 Uznk oraz art. 5 KC (pkt 3.2). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353' KC poprzez sformułowanie w § 6 ust. 15 wzoru umowy zobowiązania, które jest sprzeczne z naturą stosunku prawnego. Naruszenie to polega na nałożeniu na wykonawcę obowiązku złożenia oświadczenia, że wszelkie dane i informacje uzyskane przez Zamawiającego w wyniku wykonania umowy nie są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawcy, podwykonawców lub osób trzecich, w sposób naruszający § 6 ust. 14. W tym kontekście Odwołujący wskazuje, że żądanie przez Zamawiającego złożenia tego rodzaju oświadczenia jest nieuprawnione w odniesieniu do informacji, które zgodnie z art. 11 ust. 4 Uznk stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący podkreśla, że dla celów realizacji umowy przetwarzany jest szereg informacji i danych, które siłą rzeczy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, czy też podwykonawców wykonawcy lub także osób trzecich. Odwołujący nie może zobowiązać się wobec Zamawiającego do oświadczenia, że uzyskiwane przez Zamawiającego informacje związane w naturalny sposób z wykonywaniem umowy nie są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i w związku z tym mogą być swobodnie przekazywane dalej na zewnątrz, jeżeli spełniają one wszystkie przesłanki nakazujące traktować je jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 11 ust. 4 Uznk za tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje, które (i) są nieujawnione do wiadomości publicznej (ii) stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą oraz (iii) co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W efekcie, jeżeli jakiekolwiek informacje, jakie Zamawiający może uzyskać w związku z wykonywaniem umowy wypełniają wskazane powyżej przesłanki, korzystają z ochrony, jaką przewiduje Uznk. Ochrona ta ma skutek *erga omnes*. Konsekwentnie, należy przyjąć, że

korzystając z zasady swobody umów przewidzianej w art. 353 1 KC, strony umowy nie mogą kształtować swojego stosunku prawnego w ten sposób, że jedna ze stron jest zobowiązana do zrzeczenia się ochrony prawnej skutecznej *erga omnes* i w konsekwencji do ujawnienia informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa (swoją, swoich podwykonawców lub nawet osób trzecich), objętej ochroną na podstawie przepisów Uznk. Takie ukształtowanie zobowiązania byłoby sprzeczne z naturą stosunku prawnego nakazującą ochronę informacji objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, a zatem wykracza poza zasadę swobody umów. Dodatkowo, kwestionowane zapisy wskazują na to, iż wprowadzanie ich do kształtowanego jednostronnie przez Zamawiającego wzoru umowy stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego i jako takie na podstawie art. 5 KC nie korzysta z ochrony, szczególnie, że zapisy te mają skutki negatywne dla całej działalności wykonawcy, również i przyszłej, gdyż dalece wykraczają poza sferę przedmiotową potencjalnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Mając na uwadze powyższe argumenty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia ze wzoru umowy § 6 ust. 15 wzoru umowy, jako niezgodnego z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353' KC, a także art. 11 ust. 4 Uznk oraz stanowiącym nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego - co zgodnie z art. 5 KC nie korzysta z ochrony.

Odnośnie, naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, w zw. z art. 25 Pzp, a także § 1 ust. 1 pkt 6) Rozp. (pkt 3.3). Powyższe naruszenie polega na nałożeniu na wykonawcę w § 6 ust. 3 wzoru umowy obowiązku przedstawionego w Umowie tożsamego składu zespołu biorącego udział w wykonywaniu zamówienia w stosunku do składu przedstawionego w ofercie wykonawcy. Dodatkowo, w Załączniku nr 7 do wzoru umowy zawarty został wymóg, aby skład zespołu wykonawcy został uzupełniony przed zawarciem umowy, w oparciu o wykaz

osób stanowiący załącznik do oferty. Stawianie takich wymogów przez Zamawiającego jest nieuprawnione i stanowi naruszenie przepisów wskazanych w niniejszym punkcie odwołania. Jak wskazuje bowiem KIO w swych orzeczeniach, wykaz osób, który wykonawcy dołączają do swoich ofert stanowi jedynie dokument przedstawiany dla celów spełniania warunków udziału w postępowaniu. Inaczej mówiąc wykaz ten stanowi oświadczenie wykonawcy, które ma pokazać zamawiającemu, że wykonawca dysponuje osobami niezbędnymi do prawidłowego wykonania zamówienia. Przywołał wyrok KIO z dnia 16.12.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 2626/10. Możliwość delegowania przez wykonawcę do realizacji umowy jedynie wskazanych wcześniej osób stanowiłaby bowiem istotne ograniczenie wykonawcy w swobodnym doborze personelu, z którego wykonawca może korzystać przy wykonywaniu umowy. Tego rodzaju wymóg mógłby również doprowadzić do paradoksalnych sytuacji, gdy przed zawarciem przez wykonawcę umowy z Zamawiającym jedna z osób wskazanych początkowo w wykazie osób stanowiącym załącznik do oferty, zmieniłaby miejsce pracy, ciężko zachorowała lub zmarła, a bez wyraźnej zgody

Zamawiającego zawartej na piśmie wykonawca nie będzie miał żadnej możliwości wynika bowiem wykonania umowy zgodnie z jej treścią. Z treści § 6 ust. 3 wzoru umowy jednoznacznie, że wykonawca nie ma możliwości samodzielnie wskazać innej osoby posiadającej wymagane uprawnienia i kompetencje na miejsce osoby wskazanej wcześniej w wykazie osób załączonym do oferty. Dodał, iż poparcie tezy, zgodnie z którą wykazu osób potwierdza jedynie spełnianie warunków udziału w postępowaniu, lecz nie przekłada się to na konieczność wykorzystania tych samych osób przy wykonywaniu umowy, znaleźć można również w orzecznictwie sądowym. Przykładowo, podał wyrok SO we Wrocławiu z dnia 09.09.2009 r., sygn. akt: X Ga 227/09. W związku z tym, stawianie wymogu, żeby skład zespołu wykonawcy biorącego udział w wykonywaniu zamówienia był tożsamy ze składem przedstawionym w ofercie, stanowi naruszenie przedmiotowych regulacji. Biorąc pod uwagę wskazaną powyżej niezgodność z przepisami Pzp, Odwołujący wnosił o zobowiązanie Zamawiającego do wykreślenia § 6 ust. 3 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 10 do SIWZ, a w konsekwencji także wykreślenia zawartego w Załączniku nr 7 do wzoru umowy wymogu aby skład zespołu wykonawcy został uzupełniony przed zawarciem umowy, w oparciu o wykaz osób stanowiący załącznik do oferty.

Odnośnie, naruszenia art. 36 ust. 5 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp (pkt 3.4). Zamawiający stawiając w § 19 wzoru umowy wymóg wyrażania zgody na podwykonawców oraz gwarantując Zamawiającemu wpływ na kształt relacji pomiędzy wykonawcą, a jego podwykonawcami, a w szczególności z uwagi na treść § 19 ust. 4 wzoru umowy, zgodnie z którym Zamawiający ma prawo nie wyrazić zgody na wykonywanie części przedmiotu umowy przez wskazanego przez wykonawcę podwykonawcę nie tylko, jeżeli nie zostaną spełnione wymagania wskazane w umowie, ale także z innych uzasadnionych powodów, narusza art. 36 ust. 5 Pzp. Skoro bowiem Zamawiający nie zdecydował się wskazać w SIWZ, że część tub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom, oznacza to, że Zamawiający wyraża zgodę na podzlecanie przez wykonawcę wykonania zamówienia, a zgoda ta nie powinna być uzależniana przez Zamawiającego od żadnych dodatkowych powodów, tym bardziej powodów pozostawionych w całości subiektywnemu uznaniu Zamawiającego. Na takie stanowisko wskazuje orzecznictwo KIO, przykładowo w wyroku z dnia 02.06.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 476/08. Odwołujący podkreślił, że wymóg uzyskania zgody Zamawiającego na skorzystanie przez wykonawcę przy realizacji umowy z usług podwykonawców mógłby ewentualnie znaleźć wyraźne umocowanie prawne jedynie w przypadku umów o roboty budowlane.. W takiej bowiem sytuacji do umów o roboty budowlane znajdzie zastosowanie art. 647 ^{1} §2 KC, zgodnie z którym aby doszło do zawarcia umowy pomiędzy wykonawcą (wybranym w trybie Pzp) a podwykonawcą niezbędna jest zgoda inwestora (zamawiającego). Przepisy Pzp, ani KC nie uprawniają jednak Zamawiającego do wyrażania zgody na zawarcie umowy, czy też treść umowy z

podwykonawcą w przypadku dostaw lub usług. Wskazał orzeczenie KIO z dnia 05.01.2012 r., sygn. akt: KIO 2765/11. Odwołujący podnosił z ostrożności procesowej, że nawet jeżeli przyjąć, że Zamawiający miałby prawo zastrzec we wzorze umowy, że

przekazanie podwykonawcom wykonania części umowy jest możliwe jedynie po uprzednim wyrażeniu przez Zamawiającego zgody na piśmie, to minimalnym wymogiem, gwarantującym prawa wykonawcy do swobodnego doboru swoich kontrahentów oraz zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania w ramach Postępowania, byłoby zawarcie we wzorze umowy jasnych i precyzyjnych postanowień wskazujących podstawy odmowy udzielenia zgody przez Zamawiającego. Podobne poglądy znajdują także odzwierciedlenie w niektórych orzeczeniach K.IO - tak np. wyrok KIO z dnia 20.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 3/09, przywołany także w S. Babiarz w P. Janda et al., Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 36, Warszawa 2011 LexisNexis (Wydanie II). Zaznaczył, iż dobór podwykonawcy przekłada się na sprawne i fachowe zrealizowanie zamówienia, a także wysokość kosztów, które przyjmuje każdy wykonawca za podstawę kalkulowania swojej oferty. Ustanowienie kwestionowanego wymogu narusza art. 7 ust. 1 Pzp, ponieważ pozwala ono na nierówne traktowanie wykonawców biorących udział w Postępowaniu - na etapie wykonania umowy Zamawiający uzyskuje instrument pozwalający mu na wyrażanie zgody na podwykonawców wobec jednych podmiotów, a te same postanowienia mogą służyć do odmowy wyrażania zgody w przypadku, gdy najkorzystniejszą ofertę złoży inna firma. Składając oferty wykonawcy muszą uwzględnić takie ryzyko w kwotowaniu, podczas gdyby potencjalnie istniał podmiot, który mógłby takie ryzyko pominąć, ma on możliwość złożenia bardziej korzystnej oferty i w efekcie wygrania Postępowania. Celem zasad Pzp zawartych w art. 7 ust. 1 PZP jest wyeliminowanie wszelkich, nawet potencjalnych, naruszeń uczciwej konkurencji i równego traktowania. W razie uznania, iż Zamawiający może jednak ustanawiać określone przesłanki wyrażania zgody. Odwołujący chciałby podkreślić, iż Zamawiający zgodnie z § 19 ust. 4 wzoru umowy, ma prawo nie wyrazić zgody na wykonywanie części przedmiotu umowy przez podwykonawców „z *innych uzasadnionych powodów*". Powody te nie mogą być jednak zupełnie dowolne i pozostawione całkowicie swobodnemu uznaniu Zamawiającego. Tego rodzaju zapis jest sprzeczny z art. 36 ust. 5 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Odwołujący wnosił o zobowiązanie Zamawiającego do wykreślenia § 19 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 10 do SIWZ, ewentualnie w razie uznania, iż Zamawiający może ustanawiać pewne warunki, w których zobowiązany jest wyrażać zgodę na realizację umowy przez podwykonawców, do wykreślenia słów *„albo z innych uzasadnionych powodów"* w § 19 ust. 4 wzoru umowy.

Odnośnie, naruszenia art. 144 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 353 1 KC. art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 140 ust.1 Pzp (pkt 3.4). Podkreślił, iż Zamawiający naruszył również art. 144 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 1 KC, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 140 ust. 1 Pzp. Naruszenie to polega na

---

sformułowaniu w § 21 wzoru umowy możliwości wprowadzania zmian do zawartej umowy przez Zamawiającego bez określenia wymaganych przez art. 144 Pzp warunków zmiany umowy. Zmiany do umowy mogą być przy tym wprowadzane w sposób subiektywny i nieprecyzyjny, co stoi w sprzeczności z zasadami prawa zamówień publicznych, przewidującymi, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp). Odnośnie postanowień dotyczących zmiany umowy Odwołujący pragnie wskazać na: § 21 ust. 3 pkt 2) wzoru umowy przewidujący możliwość zmiany umowy przez Zamawiającego z powodu zmian założeń strategicznych Zamawiającego, w tym m.in. dotyczących programu e-Podatki, które w istotny sposób wpływają na sposób realizacji przedmiotu umowy; § 21 ust. 3 pkt 4) wzoru umowy stanowiący, że do zmiany umowy może dojść, o ile w toku realizacji umowy wyniknie uzasadniona potrzeba realizacji produktu lub wykonania usługi, niezbędnych dla prawidłowej realizacji celu przedmiotu umowy, a których strony nie przewidziały przy zawieraniu umowy; oraz § 21 ust. 3 pkt 6) wzoru umowy stanowiący, że do zmiany umowy może dojść w przypadku powstania możliwości zastosowania nowszych i korzystniejszych dla Zamawiającego rozwiązań technologicznych lub technicznych, niż te istniejące w chwili podpisania umowy. Treść powołanych wyżej zapisów nie wskazuje warunków zmiany umowy, wymaganych zgodnie z art. 144 Pzp dla ważności zmiany. W przypadku tych postanowień do wprowadzenia modyfikacji umowy upoważniają „zmiana *założeń strategicznych Ministerstwa",* uzasadniona potrzeba realizacji produktu lub wykonania usługi, czy też *„możliwość zastosowania nowszych i korzystniejszych dla Zamawiającego rozwiązań".* Sformułowanie tak ogólnych i zależnych całkowicie od woli Zamawiającego przesłanek rodzi dodatkowo wątpliwości odnośnie zgodności z art. 140 Pzp, zgodnie z którym zakres świadczenia wykonawcy wynikający

z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Jak wyraźnie stanowi bowiem § 21 ust. 3 pkt 4) wzoru umowy, uzasadniona potrzeba realizacji produktu lub wykonania usługi, dotyczy zobowiązań nie przewidzianych przez strony przy zawieraniu umowy. Skutkować to może włączeniem do przedmiotu umowy produktów lub usług, nieprzewidzianych przy zawieraniu umowy, a tym samym wykraczających poza pierwotny zakres przedmiotu zamówienia. Tak szerokie sformułowania mogą całkowicie zaburzać uczciwą konkurencję w postępowaniu, gdyż mogą pozwolić na zamawianie nowych usług i dostaw już po zawarciu umowy zgodnie z subiektywnymi decyzjami Zamawiającego, co całkowicie naruszyć może pierwotny kształt relacji pomiędzy stronami przyszłej umowy. Dodatkowo, Zamawiający zastrzegł w § *21* ust. 5 wzoru umowy, że wszelkie zmiany do umowy nie mogą spowodować wzrostu łącznego wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy (o którym mowa w § 8 ust. 3 umowy), co narusza w istotny sposób równowagę pomiędzy stronami. Podobnie jak w przypadku innych kwestionowanych

postanowień to Zamawiający jest stroną narzucającą zapisy umowy. Jedyną możliwością wywierania realnego wpływu na treść przyszłej umowy, jaką przepisy dają wykonawcy, jest złożenie odwołania do KIO na tym etapie Postępowania. Zapisy projektu umowy powołane w treści niniejszego odwołania są często dalece niekorzystne dla wykonawców, co przy braku wpływu na ich kształt oznacza, iż Zamawiający narusza postanowienia art. 353' KC, a także nadużywa swojego prawa podmiotowego, gdyż 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.* Jak wyraźnie stanowi art. 5 KC, *takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.* Działanie Zamawiającego polegające na narzucaniu tak niekorzystnych dla wykonawców postanowień jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i jako takie nie powinno korzystać z ochrony. Fakt, iż Zamawiający ma możliwość wprowadzenia zmian do umowy w razie gdy pojawią się nowsze i korzystniejsze dla Zamawiającego rozwiązania (co przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia nastąpi wielokrotnie), przy niezmienionym wynagrodzeniu dla wykonawcy pokazuje, iż zapisy wzoru umowy są jednoznacznie niekorzystne dla Odwołującego, a tym samym naruszają art. 353^1 oraz art. 5 KC. Na marginesie należy także podkreślić, iż głównym kryterium wyboru wykonawcy jest cena. Stanowi ona aż 40 % wagi kryteriów oceny ofert. Z perspektywy wykonawcy oznacza to, iż musi niezwykle konkurencyjnie skalkulować swoją ofertę cenową, aby mieć realne szansę w rywalizacji z pozostałymi uczestnikami postępowania. Dlatego oferowanie dodatkowych, nowszych i korzystniejszych dla Zamawiającego rozwiązań, przy braku jakiejkolwiek możliwości wprowadzenia korekty wynagrodzenia z tego tytułu oznacza wprowadzenie zapisów niezgodnych z zasadami współżycia społecznego, a tym samym takich, które nie powinny być chronione. Ewentualna swobodna decyzja Zamawiającego dotycząca zmiany postanowień zawartej już umowy stoi w sprzeczności z art. 144 ust. 1. Przywołał wyrok KIO z dnia 01.09.2010 r., sygn. akt: KIO 1756/10. Zamawiający przewidział w § 21 ust. 3 pkt 6) wzoru umowy aneksowanie umowy m.in. w przypadku gdy powstanie możliwość zastosowania korzystniejszych dla Zamawiającego rozwiązań. W tym kontekście Odwołujący wskazuje, że możliwość zmiany umowy gdy jest to korzystne dla zamawiającego była dopuszczalna w oparciu o treść art. 144 ust. 1 Pzp, ale przed nowelizacją z dnia 4 września 2008 r. W aktualnym brzmieniu Pzp nie jest już dozwolone dokonywanie zmian w umowie w sprawie zamówienia publicznego, tylko dlatego iż są one korzystne dla zamawiającego. Jak wskazano w uzasadnieniu do rządowego projektu nowelizacji Ustawy z 2008 r.: *„Obecnie ustawa - Prawo zamówień publicznych dopuszcza możliwość wprowadza u a zmian zawartej umowy, gdy zmiany te są korzystne dla zamawiającego (art. 144 ust. 1). W związku z uwagami Komisji Europejskiej w projekcie przewidziano, że możliwa będzie zmiana postanowień zawartej umowy w stosunku do treści ofert, ale tylko*

w szczególnie uzasadnionych okolicznościach, których nie można było przewidzieć w chwili jej zawarcia. Zmiana umowy nie będzie mogła jednak dotyczyć zwiększenia wielkości lub zwiększenia zakresu zamówienia. W ten sposób zmiany w zawartej umowie nie będą oceniane przez zamawiającego w sposób uznaniowy i nieprzejrzysty." (Uzasadnienie do ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia

24 kwietnia 2008 r., dostępne na stronie: http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/0025C9E4EE3560D7FC1257442002685881/$file/471.pdf). Mając na uwadze cel przyświecający nowelizacji art. 144 ust. 1 Pzp należy uznać za tym bardziej nieuprawnione zastrzeżenie Zamawiającego w przedmiotowej sprawie możliwości wprowadzenia zmian do umowy, gdy ich skutkiem będzie zastosowanie korzystniejszych dla Zamawiającego rozwiązań. Reasumując, tak szerokie i nieprecyzyjne sformułowanie przesłanek zmiany umowy stoi w sprzeczności z art. 144 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 1 KC, art. 5 KC, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 140 ust. 1 Pzp. Dlatego Odwołujący wnosił o nakazanie wykreślenia § 21 ust. 3 pkt 2, 4 i 6 wzoru umowy jako niezgodnych z powołanymi przepisami Pzp.

Odnośnie, naruszenia art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 387 KC (pkt 3.6). Postanowienia wzoru umowy naruszają również art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 387 KC. Naruszenia te polegają na nałożeniu w § 6 ust. 14 wzoru umowy obowiązku świadczenia niemożliwego do wykonania. Wzór umowy przewiduje bowiem, że wykonawca oświadczy, iż we wszelkich oświadczeniach i dokumentacji składanej przez wykonawcę w związku z realizacją przedmiotu umowy nie będą zamieszczane zapisy, których wynikiem mogłoby być powstanie prawnego, technicznego lub faktycznego ograniczenia Zamawiającego w dokonaniu w przyszłości swobodnego (według własnego uznania) wyboru niezależnej od wykonawcy Firmy trzeciej wspierającej rozwój i utrzymanie systemu e-Podatki lub podjęcia decyzji o samodzielnym utrzymaniu i rozwoju systemu e-Podatki. Odwołujący wskazuje, że tego rodzaju zobowiązanie jest niemożliwe do realizacji, gdyż wykonawca nie jest w stanie, nawet przy dochowaniu najwyższej staranności, oświadczyć i zobowiązać się wobec Zamawiającego w chwili zawierania umowy, że nie powstaną żadne więzy prawne, techniczne lub faktyczne, które ograniczałyby Zamawiającego w przyszłości w doborze partnerów odpowiedzialnych za rozwój i utrzymanie systemu. Wykonawca nie jest bowiem w stanie przewidzieć tego, co może wydarzyć się w przyszłości, zwłaszcza mając na uwadze szybkość, z jaką dokonuje się postęp techniczny w branży IT, a w efekcie zagwarantować Zamawiającemu, iż żaden z zapisów dokumentacji składanej w związku z realizacją umowy nie doprowadzi do ograniczenia Zamawiającego w możliwości wyboru niezależnej firmy lub samodzielnego utrzymania i rozwoju systemu e-Podatki. Odwołujący jest oczywiście gotowy przygotować rozwiązania zmierzające do otwarcia systemu e-Podatki na inne podmioty, ale wymaga to przede wszystkim precyzyjnych zapisów umowy i wyboru takich rozwiązań

technicznych, które ze swej natury umożliwiają współpracę z szeroką grupą innych, niezależnych podmiotów. Podkreślił, iż przedmiotem zamówienia jest budowa, wdrożenie i utrzymanie systemu e-Podatki wraz z usługami dodatkowymi, czyli stworzenie kompleksowych, a przy tym bardzo skomplikowanych technicznie rozwiązań informatycznych i zapisów dokumentacji, dedykowanej dla Zamawiającego. Dlatego złożoność takiej dokumentacji skutkuje tym, iż nie jest możliwe zapewnienie przez wykonawcę bez udziału Zamawiającego, iż Zamawiający nie będzie prawnie, technicznie lub faktycznie ograniczony w dokonaniu w przyszłości swobodnego wyboru niezależnej od Odwołującego firmy trzeciej lub podjęcia decyzji o samodzielnym utrzymaniu i rozwoju systemu e-Podatki. Odwołujący wskazuje, że ograniczenie faktyczne, o którym wiadomo, że na pewno będzie wynikało z przedstawionej przez wykonawcę Zamawiającemu dokumentacji będzie polegało choćby na tym, że jakakolwiek osoba - czy to Zamawiający, czy to wybrana przez niego niezależna firma trzecia – będzie musiała dysponować wiedzą z zakresu utrzymania i rozwoju adekwatną do poziomu skomplikowania systemu, tak żeby móc świadczyć na rzecz Zamawiającego dalsze usługi utrzymania i rozwoju systemu. Bez tego rodzaju wiedzy żaden podmiot trzeci nie będzie w stanie dokonać analizy dokumentacji dotyczącej systemu, która jest warunkiem koniecznym dla prowadzenia jakichkolwiek prac w zakresie utrzymania i rozwoju systemu. Zgodnie z art. 387 KC umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Oznacza to, że strony umowy nie mogą skutecznie zobowiązać się do zachowania, którego nikt nie jest w stanie zrealizować już w chwili zawierania umowy. Dlatego Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia § 6 ust. 14 wzoru umowy.

Odnośnie, naruszenia art. 34 ust. 5 Pzp, w zw. z art. 12 ust. 2 Pzp (pkt 3.7). Zamawiający w § 8 wzoru umowy przewidział szereg postanowień, które wskazują, iż ma on możliwość kształtowania ostatecznej wielkości świadczeń wykonawcy. Są to postanowienia dotyczące wynagrodzenia za rozwój (§ 8 ust. 1 pkt 5) lit. d) wzoru umowy), wsparcie

konsultanckie (§ 8 ust. 1 pkt 6) lit. d) wzoru umowy), wynagrodzenia za szkolenia i przekazywanie wiedzy (§ 8 ust. 1 pkt 6) lit. e) wzoru umowy). Zgodnie z tymi zapisami, Zamawiający uzyskuje możliwość skorzystania z pewnej puli świadczeń (wyrażonej np. w godzinach), a ostateczna decyzja o ich wykorzystaniu pozostawiona jest Zamawiającemu. Może to oznaczać, iż liczba wykorzystanych świadczeń z puli będzie dalece odmienna od tej, na którą wykonawca złoży ofertę. Taki sposób ukształtowania świadczeń wykonawcy oznacza, iż mamy do czynienia z tzw. prawem opcji. To Zamawiającemu przyznana jest możliwość ostatecznego ukształtowania zakresu danego świadczenia. Możliwość taka nie została jednak przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu, gdyż punkt dotyczący opcji nie zawiera żadnej wzmianki na ten temat. Prawo to jest istotne dla wykonawcy, w szczególności dla podmiotów z zagranicy, które decyzję o zainteresowaniu się udziałem

w Postępowaniu podejmują przede wszystkim w oparciu o treść ogłoszenia. Dlatego też konieczne jest skorygowanie ogłoszenia w zakresie faktycznie odzwierciedlającym prawo opcji. Zgodnie bowiem z art. 12 ust. 2 Pzp ogłoszenia przekazywane do Urzędu Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej powinny być przekazywane zgodnie z formą i procedurami wskazanymi w przepisach.

Odnośnie, naruszenia art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353^1 KC oraz art. 5 KC oraz art. 29 ust. 1 Pzp, a także art. 7 Pzp (pkt 3.8). Odwołujący podkreślił, że Zamawiający naruszył również art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353^1 KC oraz art. 5 KC poprzez sformułowanie we wzorze umowy zobowiązań, które są sprzeczne z naturą stosunku prawnego oraz stanowią nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego. Dodatkowo, postanowienia te nakładają bardzo szerokie obowiązki na wykonawcę, a tym samym stoją w sprzeczności z art. 29 ust. 1 Pzp, który wymaga opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wzór umowy stanowi jeden z podstawowych elementów SIWZ i wyznacza szczegółowy zakres obowiązków wykonawcy, powinien zatem spełniać wszelkie przesłanki wymienione w art. 29 ust. 1 Pzp. Dodatkowo, istnienie tych postanowień wzoru umowy wpływa także na równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, co narusza art. 7 ust. 1 Pzp. Odwołujący wskazuje poniżej szczegółowo kwestionowane postanowienia wzoru umowy. Na podstawie § 16 wzoru umowy, Zamawiający ma prawo do jednostronnej możliwości podjęcia decyzji o zawieszeniu umowy ze skutkiem natychmiastowym i na dowolny czas trwania. Co więcej, następuje to bez jednoczesnego zobowiązania Zamawiającego do tytułu jakiegokolwiek dodatkowego wynagrodzenia z tego tytułu. Tego rodzaju zobowiązanie może, więc rodzić doniosłe niekorzystne skutki dla wykonawcy, gdyż daje Zamawiającemu szerokie prawo dotyczące możliwości zawieszania umowy na dowolny okres, a jednocześnie stawia wykonawcy wymóg pozostawania w gotowości do wykonywania swoich świadczeń przez (kształtowany dowolnie przez Zamawiającego) okres zawieszenia wykonywania umowy. Z tym z kolei wiąże się konieczność ponoszenia przez wykonawcę kosztów związanych z przestojem, gdyż w przypadku ustania przyczyn zawieszenia wykonawca jest zobowiązany do niezwłocznego podjęcia dalszych prac, bez możliwości domagania się jakiegokolwiek dodatkowego wynagrodzenia, co wynika jednoznacznie z § 16 ust. 5 wzoru umowy. W opinii Odwołującego, sprzeczne z naturą stosunku zobowiązaniowego i wykraczające poza zasadę swobody umów (art. 5 K.C) jest zobowiązanie wykonawcy do pozostawania w pełnej gotowości do dalszego świadczenia umowy w przypadku zawieszenia przez Zamawiającego realizacji umowy. Skoro wykonawca ma być gotowy do podjęcia zawieszonych prac w każdej chwili, wykonawca powinien otrzymywać od Zamawiającego wynagrodzenie za okres przestoju, który jest ustalany arbitralnie przez Zamawiającego. Biorąc to pod uwagę,

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenie § 16 ze wzoru umowy jako sprzecznego z powołanymi powyżej przepisami. Z kolei na podstawie § 14 pkt 1-9 wzoru umowy Zamawiający zarezerwował dla siebie szerokie uprawnienie do nakładania kar umownych na wykonawcę, przy nieograniczonej odpowiedzialności całkowitej wykonawcy. Zdaniem Odwołującego tego rodzaju uprawnienie Zamawiającego jest sprzeczne z naturą stosunku zobowiązaniowego i wykracza poza zasadę swobody umów wyrażoną w art. 5 KC. Jest to rażąco niekorzystne dla wykonawcy i generuje dodatkowe ryzyka, które muszą

zostać przez wykonawcę uwzględnione w cenie, którą przedstawi w swojej ofercie. W związku z tym, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenie tych postanowień ze wzoru umowy jako sprzecznych z powołanymi powyżej przepisami. Dodatkowo, Zamawiający nie wprowadził ograniczenia odpowiedzialności wykonawcy na gruncie umowy do wartości netto umowy. Tego typu zapis jest typową praktyką przyjętą na rynku IT i pozwala na ograniczenie ryzyka wynikającego z zawarcia umowy. Dlatego z perspektywy Zamawiającego umożliwia on uzyskanie bardziej korzystnych cenowo ofert. Odwołujący wnosi zatem o zobowiązanie Zamawiającego do wprowadzenia we wzorze umowy zapisu dotyczącego ograniczenia całkowitej odpowiedzialności wykonawcy do wysokości wartości netto wynagrodzenia wynikającego z umowy, np. jako nowego, kolejnego ustępu w § 14 wzoru umowy. Odwołujący podkreśla również, iż Zamawiający uznał w § 14 ust. 11 wzoru umowy, że utrata dofinansowania ze środków Unii Europejskiej stanowi stratę Zamawiającego w rozumieniu art. 361 § 2 KC. W ten sposób Zamawiający narzuca sposób traktowania środków przyznanych z Unii Europejskiej jako szkody, podczas gdy w opinii Odwołującego istnieją co najmniej duże wątpliwości odnośnie potraktowania niewypłaconych jeszcze środków z funduszy unijnych jako szkody Zamawiającego. W opinii Odwołującego wykracza to po za zakres przyznanej stronom swobody umów. Biorąc to pod uwagę. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenie tego postanowienia ze wzoru umowy jako sprzecznego z powołanymi powyżej przepisami. Dodatkowo, w § 10 ust. 4 wzoru umowy Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek uzupełniania brakujących licencji/sublicencji, bez dodatkowego wynagrodzenia, w przypadku gdy w trakcie trwania umowy okaże się, że dostarczone licencje/sublicencje nie zapewnią pełnej realizacji usług aplikacyjnych zgodnie z wymaganiami wskazanymi nieprecyzyjnie we wzorze umowy. Tego rodzaju uprawnienie nakłada bardzo szerokie obowiązki na wykonawcę, nie przyznając mu jednakże z tego tytułu jakiegokolwiek dodatkowego wynagrodzenia. Zdaniem Odwołującego tak sformułowane zobowiązanie jest dalece niekorzystne dla wykonawcy i podobnie jak postanowienia zakwestionowane powyżej, stanowi przekroczenie zasady swobody umów. W związku z tym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenie tego postanowienia ze wzoru umowy jako sprzecznego z powołanymi powyżej przepisami. Powyższe postanowienia narzucają rażąco niekorzystne obowiązki na

---

wykonawcę. Jest to wynikiem tego, iż Zamawiający jednostronnie ustanawia bardzo uciążliwe wymagania dla wykonawcy, a wykonawca nie ma jakiejkolwiek możliwości ich negocjowania. Pozostawiono wykonawcy wyłącznie możliwość kwestionowania ich w ramach niniejszego postępowania odwoławczego. Wskazane powyżej postanowienia wzoru umowy zostały omówione łącznie, gdyż wszystkie one są wynikiem naruszenia przez Zamawiającego zasady swobody umów - pozostają one w sprzeczności zarówno z art. 353^1 KC, jak i art. 5 KC. Zamawiający korzystając ze swojej pozycji, która pozwala mu na narzucenie wykonawcy wzoru umowy nie może formułować zobowiązań sprzecznych z naturą stosunku zobowiązaniowego, prawem ani zasadami współżycia społecznego, czy też kreujących dalece posuniętą nierównowagę między stronami umowy. Dlatego też zdaniem Odwołującego konieczne jest wykreślenie § 16, § 14 ust. 1-9, § 14 ust. 11 oraz § 10 ust. 4 wzoru umowy, stanowiącego, załącznik nr 10 do SIWZ, jako sprzecznych z tymi przepisami.

Odnośnie, naruszenia art. 139 Pzp w zw. z art. 365^1 KC oraz art. 5 KC oraz art. 29 ust. 1 Pzp (pkt 3.9). Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył także art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 365^1 KC oraz art. 5 KC poprzez nałożenie na wykonawcę zobowiązania bezterminowego, które zgodnie z zapisami wzoru umowy ma obowiązywać bez jakiegokolwiek ograniczenia czasowego. Zamawiający nałożył na wykonawcę w § 5 ust. 7 wzoru umowy wymóg, że wraz z dowodem złożenia do depozytu kodów źródłowych oprogramowania gotowego, wykonawca dostarczy jednocześnie potwierdzenie nieodwołalnego, bezterminowego upoważnienia Zamawiającego do wydobycia i dalszego wykorzystania kodów źródłowych we wskazanych we wzorze umowy przypadkach. Zobowiązanie to oznacza, iż wykonawca musi bezterminowo i nieodwołalnie upoważnić Zamawiającego do dostępu do kodów źródłowych. Co więcej, zobowiązanie takie ma pozostać ważne także po upływie wielu lat od wykonania umowy, mimo iż po zakończeniu realizacji umowy kody te staną się bezwartościowe z perspektywy obu stron. Tego rodzaju bezterminowe postanowienie umowne jest rażąco niekorzystne dla wykonawcy i narusza wskazane powyżej przepisy prawa, nie jest bowiem możliwe umowne wyłączenie ani

ograniczenie uprawnienia do swobodnego wypowiadania bezterminowego stosunku zobowiązaniowego o charakterze ciągłym. Z obowiązkiem tym wiążą się również dodatkowe koszty, których Odwołujący nie jest w stanie oszacować w sposób rzetelny, a przez to sporządzić ofertę w zgodzie z art. 29 ust. 1 Pzp, tzn. uwzględniającą wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na jej sporządzenie, w tym przede wszystkim wskazanie w ofercie ceny zgodnie z Pzp. Mając to na uwadze, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia § 5 ust. 7 wzoru umowy, stanowiącego, załącznik nr 10 do SIWZ. Z kolei w § 18 ust. 11 wzoru umowy Zamawiający nałożył na wykonawcę wymóg, że wykonawca będzie odpowiadał za szkodę wyrządzoną Zamawiającemu poprzez ujawnienie,

przekazanie, wykorzystanie, zbycie lub oferowanie do zbycia informacji otrzymanych od Zamawiającego, wbrew postanowieniem umowy, również po jej rozwiązaniu, wygaśnięciu lub odstąpieniu bez względu na przyczynę. Podobnie, jak powyżej, również zobowiązanie wykonawcy do bezterminowej odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez ujawnienie informacji otrzymanych od Zamawiającego jest rażąco niekorzystne dla wykonawcy, a także nieuzasadnione gospodarczo. Zamawiający nałożył na wykonawcę zobowiązanie bezterminowe i jednocześnie nie dopuścił możliwości jego wypowiedzenia, co w świetle art. 365 1 KC jest niedopuszczalne. Zamawiający zawarł wprawdzie w § 18 ust. 11 wzoru umowy informację, że zobowiązanie to podlega wygaśnięciu według zasad określonych w przepisach dotyczących ochrony informacji niejawnych, jednakże wobec niejasności takiego sformułowania budzi ono istotne wątpliwości. Dodatkowo, tego rodzaju zobowiązanie, od którego wykonawca nie może się *de facto* uwolnić stanowi również przekroczenie zasady swobodnego kontraktowania przewidzianej w art. 353 1 KC. Mając to na uwadze. Odwołujący jest zdania, że postanowienie to narusza tym samym art. 365 1 oraz art. 5 KC, w zw. z czym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia § 18 ust. 11 wzoru umowy, stanowiącego, załącznik nr 10 do SIWZ.

Zamawiający w dniu 06.10.2011 r. zamieścił na stronie internetowej kopie odwołania oraz wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 09.02.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ASSECO POLAND SA, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów zwane dalej: *„ASSECO POLAND SA”* albo *„Przystępującym”* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO), Oracle Polska Sp. z o.o., ul. Przyokopowa 31, 01-208 Warszawa zwany dalej: *„Oracle Polska Sp. z o.o.”* albo *„Przystępującym”* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa, zwany dalej: *„Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o.”* albo *„Przystępującym”* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Bull Polska Sp. z o.o., ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa zwany dalej: *„Bull Polska Sp. z o.o.”* albo *„Przystępującym”*

zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31 - 864 Kraków zwany dalej: *„Comarch S.A” albo „Przystępującym”* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Niniejsze przystąpienie, jak i pozostałe przystąpienia do odwołań rozpatrywanych łącznie w ramach przedmiotowego postepowania odwoławczego, zostało

cofnięte na posiedzeniu przez Comarch S.A. przed sprawdzeniem skuteczności dokonanego zgłoszenia.

W dniu 09.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) SAP Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 5, 02-675 Warszawa, zwany dalej: *„SAP Polska Sp. z o.o."* albo *„Przystępującym"* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 14.02.2012 r. (faxem, oryginał na posiedzeniu 15.02.2012 r.) Zamawiający wobec wniesienia odwołań (sprawy o sygn. akt: KIO 229/12; sygn. akt: KIO 238/12; sygn. akt: KIO 239/12; sygn. akt: KIO 242/12; sygn. akt: KIO 244/12; sygn. akt: KIO 245/12; sygn. akt: KIO 247/12) do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołania, w której wnosił o oddalenie w części zarzutów odwołań, w pozostałej części uwzględnił część zarzutów (82 strony). Kopia została przekazana Odwołującemu na posiedzeniu. Stanowisko merytoryczne Zamawiajacego odnośnie zarzutów dotyczących przedmiotowego odwołania zostanie przedstawione w dalszej części uzasadnienia w ramach ustaleń dotyczacych poszczególnych zarzutów.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 239/12 - Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o.:

W dniu 03.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa zwane dalej: *„Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o."* albo *„Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 239/12"* wniósł na podstawie art. 180 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp odwołanie na postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 03.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Wskazał, że:
a) ogłoszenie oraz SIWZ, w tym Wzór Umowy, zawiera postanowienia uniemożliwiające udział w postępowaniu Odwołującego,

b) ogłoszenie oraz SIWZ, w tym Wzór Umowy, zawiera postanowienia umożliwiające udział w postępowaniu wyłącznie konkretnemu wykonawcy,
c) ogłoszenie oraz SIWZ, w tym Wzór Umowy, określa niemożliwy do realizacji termin wykonania zamówienia,
d) ogłoszenie oraz SIWZ, w tym Wzór Umowy, zawierają sprzeczne ze sobą lub niejednoznaczne/niekompletne zapisy, co uniemożliwia Odwołującemu dokładne określenie zakresu usług i warunków na jakich usługi miałyby być na rzecz Zamawiającego świadczone, co w konsekwencji uniemożliwia sporządzenie oferty w zakresie ceny, w sposób wskazany przez Zamawiającego, poprzez określenie cen w sposób ryczałtowy,
e) ogłoszenie oraz SIWZ, w tym Wzór Umowy zawierają postanowienia, które naruszają zasadę równości stron i uczciwej konkurencji,
f) SIWZ, w tym Wzór Umowy zawiera postanowienia naruszające zasady określania współpracy z podwykonawcami, co w konsekwencji w nieuprawiony sposób ogranicza możliwość przygotowania oferty i wykonania przedmiotu Umowy przez Odwołującego,
g) SIWZ, w tym Wzór Umowy zobowiązują wykonawców do zaoferowania elementów przedmiotu zamówienia nieodpłatnie, mimo ponoszenia przez nich kosztów realizacji, co stoi w sprzeczności z istotą zamówienia publicznego, polegającą na odpłatności umowy zawartej między Wykonawcą, a Zamawiającym. W ocenie Odwołującego Zamawiający poprzez w/w czynności naruszył: art. 2 pkt 13 Pzp, art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 29 ust. 1 - 3 Pzp, art. 36 ust. 5 Pzp oraz art.5, art. 353^1, art. 471, art. 483 ust. 1, art. 484 ust 1 art. 58 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 Pzp. Wnosił o uwzględnienie odwołania poprzez (pkt I):
a) nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu zrealizowania Przedmiotu Umowy w zakresie *„Pełne Wdrożenie Architektury Pośredniej TA2",* który został określony na 12 miesięcy od zawarcia Umowy w Rozdz. II ust. 1 pkt 1 SIWZ oraz we Wzorze Umowy w § 4 ust. 1 pkt 1 i ustalenie tego terminu na 18 miesięcy i w konsekwencji dokonanie odpowiednich zmian w treści SIWZ i we Wzorze Umowy, poprzez zmiany treści punku 1 w Rozdz. II ust. 1 SIWZ i punktu 1 w § 4 ust. 1 Wzoru Umowy, w brzmieniu:
„1) Pełne Wdrożenia Architektury Pośredniej TA2 - 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy"
na zapis o treści:
„1) Pełne Wdrożenia Architektury Pośredniej TA2 - 18 miesięcy od dnia zawarcia Umowy".
b) jako konsekwencja zmiany wskazanej w pkt a powyżej - nakazanie Zamawiającemu

zmiany terminu zrealizowania Przedmiotu Umowy w zakresie „Usługa Utrzymania", który został określony na 78 miesięcy od dnia zakończenia Asysty Powdrożeniowej Architektury Pośredniej TA2, w Rozdz. II ust. 1 pkt 5 SIWZ oraz we Wzorze Umowy w § 4 ust. 1 pkt 5 i ustalenie tego terminu na 72 miesięcy i w konsekwencji dokonanie odpowiednich zmian w treści SIWZ i we Wzorze Umowy, poprzez:
i) zmiany treści punktu 5 w Rozdziale II ust. 1 SIWZ w brzmieniu:

„5) Usługa Utrzymania - 78 miesięcy od dnia zakończenia Asysty Powdrożeniowej Architektury Pośredniej TA2, z zastrzeżeniem, że realizacja Usługi Utrzymania Architektury Pośredniej TA4 jest uzależniona od spełnienia warunku określonego w pkt 3";
na zapis o treści:
„5) Usługa Utrzymania - 72 miesiące od dnia zakończenia Asysty Powdrożeniowej Architektury Pośredniej TA2, z zastrzeżeniem, że realizacja Usługi Utrzymania Architektury Pośredniej TA4 jest uzależniona od spełnienia warunku określonego w pkt 3".
zmiany treści punktu 5 w § 4 ust. 1 Wzoru Umowy, w brzmieniu:
„5) Usługa Utrzymania - 78 miesięcy od dnia zakończenia Asysty Powdrożeniowej Architektury Pośredniej TA2, z zastrzeżeniem, że realizacja Usługi Utrzymania Architektury Pośredniej TA4 jest uzależniona od spełnienia warunku określonego w § 3 ust. 6 Umowy;"
na zapis o treści:
„5) Usługa Utrzymania - 72 miesiące od dnia zakończenia Asysty Powdrożeniowej Architektury Pośredniej TA2, z zastrzeżeniem, że realizacja Usługi Utrzymania Architektury Pośredniej TA4 jest uzależniona od spełnienia warunku określonego w § 3 ust. 6 Umowy;"
c) nakazanie Zamawiającemu zmiany terminu zrealizowania Przedmiotu Umowy w zakresie *„Pełne Wdrożenie Architektury Pośredniej TA3",* który został określony na *„nie później niż 31 marca 2015 r."* w Rozdz. II ust. 1 pkt 2 SIWZ oraz Wzorze Umowy w § 4 ust. 1 pkt 2, poprzez wydłużenie tego terminu, uwzględniając wymagania związane z terminowym rozliczeniem dofinansowania uzyskanych przez Zamawiającego ze środków Unii Europejskiej.
d) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 5 ust. 11 Wzoru Umowy o następującej treści: *„W przypadku ponownej akceptacji (Odbioru jakościowego) Produktu z uwagami dotyczącymi niezgodności Produktu z Wymaganiami albo ponownego odrzucenia Produktu przez Zamawiającego, Zamawiający może, niezależnie od innych uprawnień wynikających z Umowy lub przepisów prawa:*
1) powierzyć wykonanie Produktu osobie trzeciej na koszt i niebezpieczeństwo Wykonawcy, bez konieczności uzyskiwania upoważnienia sądu, lub
2) dokonać odbioru Produktu za odpowiednim obniżeniem wynagrodzenia." poprzez jego wykreślenie w całości;
e) nakazanie Zamawiającemu zmiany § 10 ust. 2 Wzoru Umowy o następującej treści: *„Zamawiający ma prawo do udzielenia sublicencji na korzystanie z Oprogramowania gotowego i jego modyfikacji na rzecz jednostek Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego oraz innych użytkowników końcowych nie będących jednostkami Skarbu Państwa i samorządu terytorialnego, w zakresie niezbędnym do realizacji zadań resortu finansów."* na zapis o treści:

„Zamawiający ma prawo do udzielenia sublicencji na korzystanie z Oprogramowania gotowego na rzecz jednostek Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego oraz innych użytkowników końcowych nie będących jednostkami Skarbu Państwa i samorządu terytorialnego, w zakresie niezbędnym do realizacji zadań resortu finansów."
f) nakazanie Zamawiającemu zmiany § 10 ust. 1 pkt 5 Wzoru Umowy odnoszącego się, do deponowanych kodów źródłowych poprzez sprecyzowanie wszystkich elementów niezbędnych dla prawidłowego przeprowadzenia procesu deponowania i udostępniania kodów źródłowych.
g) nakazanie Zamawiającemu zmiany § 10 ust. 8 Wzoru Umowy o następującej treści: *„Licencje/sublicencje nie mogą mieć ograniczenia terytorialnego, w szczególności mogą z nich korzystać użytkownicy z innych państw, w tym m.in. organy państwowe.",* poprzez wykreślenie powyższego przepisu;

h) nakazanie Zamawiającemu zmiany § 12 ust. 3 pkt 4 i 5 Wzoru Umowy o następującej treści: *„4) zakład ubezpieczeń powinien być zobowiązany do zapłaty odszkodowania z tytułu, o którym mowa w ust 1 pkt 1, także w przypadku, gdy szkoda wyniknie z winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa Wykonawcy lub osób, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność; 5) zakład ubezpieczeń powinien być zobowiązany do zapłaty odszkodowania z tytułu, o którym mowa w postanowieniu ust. 1 pkt 2, także w przypadku, gdy szkoda wyniknie z winy umyślnej tub rażącego niedbalstwa Wykonawcy lub osób, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność",* poprzez wykreślenie treści powyższych przepisów;
i) nakazanie Zamawiającemu zmiany § 15 ust. 2 pkt 4 i 5 Wzoru Umowy o następującej treści: *„4) Wykonawca nie jest w stanie usunąć lub nie zdoła usunąć w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie wad przedstawionego do odbioru Przedmiotu Umowy; 5) Wykonawca nie uwzględnił uwag lub zastrzeżeń w wyznaczonym terminie albo będą one uwzględnione niezgodnie z tym, co zgłosił Zamawiający;* na zapisy o treści: *„4) Wykonawca nie jest w stanie usunąć lub nie zdoła usunąć w terminie uzgodnionym przez Strony wad przedstawionego do odbioru Przedmiotu Umowy; 5) Wykonawca nie uwzględnił uwag lub zastrzeżeń w uzgodnionym terminie albo będą one uwzględnione niezgodnie z tym, co zgłosił Zamawiający, mimo co najmniej dwukrotnego zgłaszania tych samych uwag lub zastrzeżeń;*
j) nakazanie Zamawiającemu zmiany § 15 ust. 2 pkt 6 Wzoru Umowy o następującej treści: *6) Wykonawca nie zrealizował danego Etapu Umowy w Terminie, bądź prawidłowe wykonanie Umowy po zrealizowaniu danego Etapu budzi uzasadnione wątpliwości Zamawiającego",* poprzez jego wykreślenie;
k) nakazanie Zamawiającemu zmiany § 16 Wzoru Umowy, poprzez usunięcia postanowień tego § 16 w całości.
l) nakazanie Zamawiającemu zmiany § 20 ust 1 Wzoru Umowy o następującej treści:

„1. Wykonawca nie zaangażuje się w trakcie obowiązywania Umowy, pośrednio lub bezpośrednio w żadną działalność, która stałaby w sprzeczności z obowiązkami ciążącymi na nim na podstawie Umowy." poprzez jego wykreślenie.
m) nakazanie Zamawiającemu zmiany definicji pojęcia *„Oprogramowanie gotowe"* zawartej w treści Załącznika nr 8 do Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ), w brzmieniu: *„Oprogramowanie gotowe (COTS - ang. Commercial Off The Shelf): Oprogramowanie, dla którego na moment wszczęcia postępowania na niniejsze Zamówienie, istnieje wersja instalacyjna gotowa do wdrożenia produkcyjnego wraz z odpowiadającą jej dokumentacji",* na zapis w brzmieniu: *„Oprogramowanie gotowe (COTS - ang, Commercial Off The Shelf): powszechnie dostępne oprogramowanie standardowe, wytwarzane seryjnie, dostarczane w formie gotowego zamkniętego produktu, dostępne w systemie sprzedaży hurtowej lub detalicznej";*
n) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ Rozdz. VIII 2.3.b o następującej treści: *„Warunek, o którym mowa w rozdziale VII pkt 1) lit. a) SIWZ zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca wykaże się wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, 1 lub więcej projektów, które łącznie obejmowały swym zakresem wdrożenie systemu informatycznego o następujących cechach:*
a) scentralizowanego, tj. gromadzącego dane w centralnej lokalizacji i udostępniającego je co najmniej 40 tysiącom użytkowników (w tym również zewnętrznym} w co najmniej 40 lokalizacjach (z wyłączeniem lokalizacji użytkowników zewnętrznych), połączonych za pomocą sieci teleinformatycznej,
b) który obejmował wdrożenie wymienionych poniżej typów rozwiązań:
i) Planowanie Zasobów Przedsiębiorstwa (ang. Enterprise Resource Planning), w szczególności w obszarach finansów i księgowości, obsługujących min. 200.000 kont księgowych/rozliczeniowych;
ii) Integracja aplikacji z wykorzystaniem korporacyjnej magistrali usług, na której dokonano wdrożenia przynajmniej 3 usług typu Web Service oraz wykorzystano mechanizmy transferu dużych (minimum 1 GB/dzień) ilości danych." na zapis o treści: *„Warunek, o którym mowa w rozdziale VII pkt 1 lit. a SIWZ zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca wykaże się wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia*

działalności jest krótszy — w tym okresie, 1 lub więcej projektów, które łącznie obejmowały swym zakresem wdrożenie systemu informatycznego lub systemów informatycznych o następujących cechach (w przypadku wielu systemów informatycznych systemy *te łącznie muszą posiadać wskazane poniżej cechy a i b):*

27

---

a) scentralizowanego, tj. gromadzącego dane w centralnej lokalizacji i udostępniającego je co najmniej 40 tysiącom użytkowników (w tym również zewnętrznym) w co najmniej 40 lokalizacjach (z wyłączeniem lokalizacji użytkowników zewnętrznych), połączonych za pomocą sieci teleinformatycznej
b) który obejmował wdrożenie wymienionych poniżej typów rozwiązań:
i) Planowanie Zasobów Przedsiębiorstwa (ang. Enterprise Resource Planning), w szczególności w obszarach finansów i księgowości, obsługujących min. 200.000 kont księgowych/rozliczeniowych
ii) integracja aplikacji z wykorzystaniem korporacyjnej magistrali usług, na której dokonano wdrożenia przynajmniej 3 usług typu Web Sen/ice oraz wykorzystano mechanizmy transferu dużych (minimum 1 GB/dzień) ilości danych."
o) nakazanie Zamawiającemu usunięcie wymagania S.WYM.NFN.723 dla usługi aplikacyjnej S2.AS.014.
p) Odwołujący się wnosi o usunięcie wymagania S.WYM.NFN.723 dla usługi aplikacyjnej S2.AS.024.
q) nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji OPZ poprzez umieszczenie informacji umożliwiających Wykonawcy ocenę pracochłonności i wycenę zmian w Systemie związanych ze zmianami modelu organizacji administracji podatkowej, w szczególności poprzez określenie, że Wykonawca powinien kierować się opublikowanym przez Zamawiającego 17.06.2011 r. dokumentem pt. *„Koncepcja Transformacji Polskiej Administracji Podatkowej - Raport podsumowujący",* w celu określenia planowanych terminów i zakresu wprowadzenia zmian modelu organizacyjnego administracji podatkowej.
r) nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji OPZ poprzez umieszczenie informacji umożliwiających Wykonawcy ocenę pracochłonności i wycenę wymagania uszczegółowienia opisu procesów i wymagań dla systemu informatycznego;
s) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści Załącznika nr 6 do OPZ, w punkcie 1.1.6.7. WYM.UZU.44 Rozwiązywanie problemów i incydentów podczas asysty powdrożeniowej, poprzez jednoznaczne określenie zakresu odpowiedzialności Wykonawcy ramach III linii wsparcia i podziału odpowiedzialności pomiędzy I i II linię wsparcia zapewnianą przez Zamawiającego, a III linią wsparcia, której zapewnienie jest obowiązkiem Wykonawcy;
t) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści wskazanych poniżej postanowień, poprzez ich uzupełnienie o precyzyjne i jednoznaczne zdefiniowane wymagania Zamawiającego:
- Załącznik 2 "Opis Przedmiotu Zamówienia na budowę, wdrożenie i utrzymanie Systemu e-Podatki wraz z usługami uzupełniającymi załącznik 2 wymagania główne w zakresie realizowanych produktów sekcja: "2.131 usługa aplikacyjna: S3.AS.030 - workflow postępowania egzekucyjnego" następującej treści:
„S3.WYM.FUN.721 - Zarządzanie przedmiotami zajęcia(TA3, TA4)"

28

- Załącznik 2 "Opis Przedmiotu Zamówienia na budowę, wdrożenie i utrzymanie Systemu e-Podatki wraz z usługami dodatkowymi załącznik 6 wymagania uzupełniające na usługi i produkty realizowane w ramach Kontraktu", sekcja: "1.1,5.7 WYM.UZU.37 Migracja danych"
u) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści załącznika nr 5 do SIWZ, pkt 2, tabela 1, lp. 6 o następującej treści będącym podkryterium oceny oferty:
„Wykorzystanie rozważania klasy ERP obsługującego co najmniej 5 min kont rozliczeniowych oraz umożliwiającą równoczesną pracę co najmniej 500 pracowników".
na zapis o treści: „Wykorzystanie *rozwiązania klasy ERP lub ITS obsługującego co najmniej 5 min kont rozliczeniowych podatników oraz umożliwiającą równoczesną pracę co najmniej 500 pracowników"*
lub alternatywnie na zapis wskazujący na uznanie przez Zamawiającego, że system klasy ITS jest jednocześnie systemem ERP.
v) nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści SIWZ poprzez umieszczenie

w załączniku nr 8 do Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ) definicji pojęcia *„ERP",* zgodnej z powszechnie przyjętym rozumieniem tego zwrotu w branży informatycznej. Alternatywnie, Odwołujący wnosi o uznanie przez Zamawiającego, że system klasy ITS jest systemem ERP.
w) nakazanie Zamawiającemu zmiany w treści załącznika nr 5 do SIWZ punktów c oraz d zawartych w Tabeli 2 polegającą na potwierdzeniu, że zastosowanie przy realizacji koncepcji architektury rozwiązania komponentów już istniejących u Zamawiającego i wykorzystujących standardowe oprogramowanie, spełnia podkryteria wskazane w tych punktach.
x) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści pkt 5 b i c zawartych w Tabeli 1 w Załącznika 5 do 5IWZ zatytułowanego „Kryteria oceny ofert" o następującej treści:
„b. Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów poprzez przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę petniqcą rolę CIO (Chief Information Officer) w organizacji, w której dokonano wdrożenia. c. Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów w administracji podatkowej kraju OECD poprzez przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę pełniącą rolę CIO w organizacji, w której dokonano wdrożenia." na zapisy o treści:
„b. Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów poprzez przedstawienie potwierdzenia wydanego przez podmiot, w którym dokonano wdrożenia.
c. Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów w administracji podatkowej kraju OECD poprzez przedstawienie potwierdzenia wydanego przez podmiot, w którym dokonano wdrożenia."
y) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści pkt 6 b. i c. zawartych w Tabeli 1 w Załącznika 5 do SIWZ zatytułowanego „Kryteria oceny ofert" o następującej treści:

„b. Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów poprzez przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę pefniqcą rolę CIO w organizacji, w której dokonano wdrożenia.
c. Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów w administracji podatkowej kraju OECD poprzez przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę pełniącą rolę CIO w organizacji, w której dokonano wdrożenia." na zapisy o treści: *„b. Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów poprzez przedstawienie potwierdzenia wydanego przez podmiot, w którym dokonano wdrożenia.*
c. Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów w administracji podatkowej kraju OECD poprzez przedstawienie potwierdzenia wydanego przez podmiot, w którym dokonano wdrożenia."
z) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści § 19 ust. 2 - 9 we Wzorze Umowy poprzez zastąpienie tych postanowień następującymi przepisami: *„2. Powierzenie przez Wykonawcę wykonania części Przedmiotu Umowy Podwykonawcy, wymaga każdorazowo zawiadomienia Zamawiającego. 3. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za działania i zaniechanie Podwykonawcy jak za działania własne. 4. Niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez Podwykonawcę części Przedmiotu Umowy upoważnia Zamawiającego do żądania od Wykonawcy odsunięcia Podwykonawcy od realizacji przedmiotu zamówienia w sposób stały lub czasowy. Wykonawca zobowiązany jest stosownie do zaistniałych okoliczności bezzwłocznie rozwiązać lub zmienić umowę zawartą z Podwykonawcą.*
W sytuacji powyższej Wykonawca realizuje Przedmiot Umowy samodzielnie lub powierza go z zachowaniem trybu określonego w ust. 1 - 3 innemu Podwykonawcy."
aa) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści załącznika nr 6 do SIWZ co do wymagania oznaczonego numerem 1.1.8.1.1, zatytułowanego *„WYM.UZU.56 Wymagania na usługę wsparcia konsultanckiego przez Wykonawcę"* w brzmieniu: *„Wykonawca ma obowiązek przystąpienia do realizacji zgłoszenia w terminie do 5 dni roboczych od otrzymania od Zamawiającego zamówienia."* na zapis o treści: *„Wykonawca ma obowiązek przystąpienia do realizacji zgłoszenia w terminie uzgodnionym przez Strony."*
bb) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści załącznika nr 6 do SIWZ co do wymagania oznaczonego numerem 1.1.7.12; zatytułowanego: „WYM.UZU.55 Wprowadzanie zmian w Systemie" w brzmieniu: *„Wykonawca nie może również odmówić realizacji zmiany według wyceny podanej przez Zamawiającego, za wyjątkiem przypadku, gdy zdaniem Wykonawcy będzie ona istotnie zaniżona."* na zapis o treści: *„Wykonawca nie może również odmówić realizacji zmiany według wyceny podanej przez Zamawiającego, za wyjątkiem przypadku,*

gdy zdaniem Wykonawcy będzie ona istotnie zaniżona, a za taką uznaje się wycenę niższą

o co najmniej 10% od wyceny podanej przez Wykonawcę zgodnie z postanowieniami pkt 2 powyżej."
cc) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści załącznika nr 2 do OPZ sekcja: "1.3.5 Wykorzystanie zasobów", *„S.WYM.042 - Możliwość wykorzystania centrów zapasowych (TA2, TA3, TA4)"* w brzmieniu: *„Konstrukcja dostarczanych systemów centralnych powinna umożliwiać wykorzystanie ich w środowisku wielu centrów komputerowych zapewniających minimalny (praktycznie zerowy) punkt odtworzenia oraz czas odtworzenia (Recovery Point Objective, Recovery Time Objective) w razie zniszczenia zasobów centrum komputerowego.",* poprzez usunięcie powyższego zapisu.
dd) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści pkt 3.2. w załączniku nr 7 do SIWZ o następującej treści: *„Zamawiający po otwarciu ofert przekaże każdemu z Wykonawców, którzy złożyli ofertę, zestaw danych testowych. Na podstawie tych danych Wykonawca przeprowadzi Prezentację. Struktura oraz opis poszczególnych elementów danych testowych zostat przedstawiony w Tabeli 2".* na zapis o treści: *„Zamawiający, wydając Wykonawcy sprzęt zgodnie z postanowieniami pkt 3.3. przekaże jednocześnie temu Wykonawcy, zestaw danych testowych. Na podstawie tych danych Wykonawca przeprowadzi Prezentację. Struktura oraz opis poszczególnych elementów danych testowych został przedstawiony w Tabeli 2".*
ee) nakazanie Zamawiającemu zmiany treści załącznik nr 1 do Opisu Przedmiotu Zamówienia na stronie 78, pkt 2.3.3.5 Usługa Infrastrukturalna: SUS.031 - Szyna usług (DI), w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami ustawy oraz dopuszczenie rozwiązań równoważnych i zdefiniowanie cech równoważności poszczególnych narzędzi.

W razie uwzględnienia całości tub części wniosków sformułowanych w punktach powyżej, wnoszę również o dokonanie odpowiednich zmian w treść ogłoszenia o zamówieniu dotyczącym przedmiotowego postępowania, w takim zakresie, w jakim treść tego ogłoszenia będzie stała w sprzeczności z treścią SIWZ zmienioną

od na rzecz w wyniku uwzględnienia tego odwołania.

Zasądzenie Zamawiającego
Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

Odnośnie, postanowień SIWZ, w tym Wzoru Umowy, uniemożliwiających udział Odwołującego w postępowaniu (pkt I). Odwołujący wskazywał, że Zamawiający nie umieścił w SIWZ docelowego modelu organizacyjnego administracji podatkowej, a jedynie poinformował, że model ten zostanie udostępniony Wykonawcy po podpisaniu Kontraktu. Brak modelu organizacyjnego na etapie przygotowania oferty uniemożliwia racjonalną ocenę kosztów Wykonawcy związanych z dostosowaniem Systemu do potencjalnych zmian modelu organizacyjnego administracji podatkowej. W szczególności nie wiadomo, czy

wdrożenie poszczególnych architektur przejściowych będzie prowadzone w dotychczasowym czy nowym modelu organizacyjnym. Należy podkreślić, że dostosowanie Systemu do innego modelu organizacyjnego niż przyjęty w czasie wdrożenia wiąże się z dodatkowym nakładem pracy i kosztów Wykonawcy. Warto dodać, że Zamawiający 17.06.2011 r. opublikował dokument pt. *„Koncepcja Transformacji Polskiej Administracji Podatkowej - Raport podsumowujący",* jednak nie powołuje się na niego w treści SIWZ. Jednocześnie treść OPZ zawiera liczne odwołania do „delegatur IS", które nie istnieją w obecnym systemie prawnym, ale w koncepcji transformacji zawartej we wspomnianym dokumencie mają przejąć dotychczasowe funkcje urzędów skarbowych. Brak takiego opisu stanowi naruszenie art. 29 ust 1 Pzp, który nakłada na Zamawiającego obowiązek opisania w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą określeń przedmiot zamówienia w taki sposób, aby umożliwić wykonawcom sporządzenie oferty. Odwołujący wykazuje, że podczas przygotowania oferty niezwykle istotne jest przeprowadzenie kalkulacji cenowych przez wykonawców w tym Odwołującego. W wyniku niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia Odwołujący nie ma wszystkich informacji pozwalających na podjęcie kalkulacji

oraz oszacowania oferty. Zamawiający opisując sposób dokonania oceny spełniania warunków w postępowaniu poprzez wykazanie posiadania wiedzy i doświadczenia opisał ten mechanizm w sposób niejednoznaczny. Wykonawcy mają wykazać się wykonaniem 1 lub więcej projektów, „które łącznie będą obejmowały swym zakresem wdrożenie systemu informatycznego" o podanych cechach. Nie jest wiadome, czy wykazany przez Wykonawców projekt ma być zarówno scentralizowany jak i obejmuje wdrożenie zarówno planowania zasobów przedsiębiorstwa jak i integracji aplikacji. Jeżeli w ten sposób należy rozumieć postawiony przez Zamawiającego warunek jako spełnienie łącznie wszystkich w/w czynników w jednym systemie Odwołujący wskazuje, że według jego najlepszej wiedzy żaden z wykonawców zarówno na rynku polskim jak i na rynku unii europejskiej nie jest w stanie wykazać się wykonaniem takiego projektu. Odwołujący jako podmiot, który działa na rynku polskim od blisko 20 lat, posiada wiedzę na temat wykonywanych systemów informatycznych również przez firmy konkurencyjne. Odwołujący wskakuje, że żaden z Zamawiających zwłaszcza na rynku polskim nie miał zapotrzebowania na stworzenie tak specjalistycznego systemu, wobec czego żaden z wykonawców nie będzie mógł przedłożyć Zamawiającemu np. dokumentu referencji na potwierdzenie wykonania takiego systemu, W konsekwencji, aby złożenie oferty stało się w ogóle możliwe. Odwołujący wnosi o stosowną zmiany zapisu Rozdz. VIII 2.3. (punkt *„m"* w żądaniach odwołania). § 10 ust. 2 Wzoru Umowy zawiera postanowienia o następującej treści: *„Zamawiający ma prawo do udzielenia sublicencji na korzystanie z Oprogramowania gotowego i jego modyfikacji na rzecz jednostek Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego oraz innych użytkowników końcowych nie będących jednostkami Skarbu Państwa i samorządu*

terytorialnego, w zakresie niezbędnym do realizacji zadań resortu finansów." W świetle powyższych postanowień licencje/sublicencje udzielone Zamawiającemu, powinny obejmować m.in. uprawnienie do modyfikacji Oprogramowania gotowego. Zgodnie z definicją tego oprogramowania, ma ono obejmować typowe, standardowe narzędzia, oferowane przez producentów w ramach licencji, które nigdy nie obejmują praw licencjobiorcy do dokonywania modyfikacji oprogramowania. Taka ingerencja np. w kod źródłowy Oprogramowania gotowego będzie zawsze nieuprawniona, co również będzie wiązało się z utratą prawa do serwisu takiego oprogramowania przez jego producenta. Zapewnienie takiego serwisu jest z kolei dodatkowym obowiązkiem wykonawcy (§ 10 ust. 10 Wzoru Umowy). W identyczny sposób należy ocenić oczekiwanie Zamawiającego, zawarte w § 10 ust. 8 Wzoru Umowy, zgodnie z którym *„Licencje/sublicencje nie mogą mieć ograniczenia terytorialnego, w szczególności mogą z nich korzystać użytkownicy z innych państw, w tym m.in. organy państwowe".* W praktyce na rynku nie jest dostępne Oprogramowanie gotowe, którego licencja obejmowałaby wykorzystywanie tego oprogramowania w każdej lokalizacji na świecie. W związku z powyższym tak Odwołujący, jak i jakikolwiek inny wykonawca, nie są w stanie złożyć oferty zgodnej z powyższym zakresem licencyjnym, która to oferta byłby zgodna z prawem, tj. wykonanie umowy na warunkach takiej oferty stanowiłoby naruszenie praw autorskich twórców Oprogramowania gotowego. Zamawiający w związku z postanowieniem § 10 ust. 2 Wzoru Umowy podnosi, iż kody źródłowe są deponowane zgodnie z procedura producenta oprogramowania gotowego, które jest jedynym podmiotem do właściwego dysponowania kodem źródłowym. Dodatkowo koniecznym jest uwzględnienie faktu w postanowieniach SIWZ o celowości zawarcia umowy przez Zamawiającego z instytucją przechowującą kody źródłowe, czego do chwili obecnej Zamawiający nie przewidział, dodatkowo nie sprecyzował wszystkich elementów niezbędnych dla prawidłowego przeprowadzenia procesu deponowania i udostępniania kodów źródłowych. Zamawiający, na mocy § 12 ust. 3 pkt 4 i 5 Wzoru Umowy, nałożył na wykonawcę obowiązek przedłożenie stosownych polis ubezpieczeniowych, obejmowały by m.in. obowiązek zapłaty odszkodowania przez ubezpieczyciela, gdy szkoda wyniknie z winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa Wykonawcy lub osób, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność. Biorąc pod uwagę zakres i poziom skomplikowania wdrażanego systemu oraz małą stabilność prawną środowiska, w jakim system będzie wdrażany, jak też wysokość sumy ubezpieczenia w przypadku polisy, o której mowa w § 12 ust. 3 pkt 5 Wzoru Umowy, objęcie ubezpieczeniem szkód wynikających z winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa jest niemożliwe. Do dnia złożenia odwołania Odwołujący nie byt w stanie uzyskać chociażby wstępnej oferty ze strony jakiegokolwiek ubezpieczyciela, obejmującej zakres ryzyk i odpowiedzialności oczekiwanych przez Zamawiającego. W efekcie w ocenie Odwołującego

nie jest możliwe złożenie oferty zgodnej z warunkami określonymi przez Zamawiającego.

33

Odnośnie, postanowień SIWZ, w tym Wzoru Umowy, zawierających postanowienia umożliwiające udział w postępowaniu wyłącznie konkretnemu wykonawcy (pkt II). Szereg postanowień SIWZ zawiera regulacje w sposób jednoznaczny identyfikujące rozwiązania jednego potencjalnych wykonawców zamówienia (pkt II.1). W załączniku 5 do SIWZ w Tabeli nr 1 Zamawiający sformułował kryteria oceny koncepcji architektury rozwiązania. W punkcie 1 zdefiniowana zostało kryterium dojrzałości oferowanego rozwiązania, będące najwyżej punktowanym kryterium oceny koncepcji architektury. W kryterium tym Zamawiający określił oprogramowanie typu ITS zawarte w raporcie Critical Capabilities for Integrated Tax System COTS Products, 2010 (ID:G0O209433) przygotowanym przez firmę Gartner (Raport Gartner). Wszystkie kolejne kryteria sformułowane przez Zamawiającego odnoszą się również do obszarów wspieranych przez oprogramowanie ITS:
a) Kryterium 2: Możliwość zautomatyzowanej budowy formularzy podatkowych na podstawie metadanych podatkowych. W Raporcie Gartner obszar obsługi formularzy podatkowych sklasyfikowany został jako "Return Processing".
b) Kryterium 3: Stosowanie wielowarstwowej architektury (tj. co najmniej trój warstwowej) w następujących komponentach: Centrum Rozliczeń, SSP, Platformie usług administracji podatkowej. W Raporcie Gartner obszar komponentu Centrum Rozliczeń obejmuje obszary „Taxpayer Accounting" oraz „Revenue Accounting" oprogramowania ITS, natomiast komponent SSP obejmuje obszar „Return Processing" oprogramowania ITS.
c) Kryterium 4: Możliwość zarządzania procesami biznesowymi, w szczególności zarządzania sprawami z wykorzystaniem języków definiowania i wykonywania procesów biznesowych. W Raporcie Gartner funkcjonalność zarządzania sprawami realizowana jest w obszarze „Case Management" oprogramowania ITS.
d) Kryterium 5: Wykorzystanie gotowych komponentów służących do przyjmowania, przetwarzania, weryfikacji, gromadzenia I archiwizacji co najmniej 15 min w skali roku, deklaracji podatkowych w formie papierowej oraz elektronicznej bądź podobnych dokumentów (np. faktur). W Raporcie Gartner funkcjonalność zarządzania sprawami realizowana jest w obszarze „Return Processing" oprogramowania ITS.
e) Kryterium 6: Wykorzystanie rozwiązania klasy ERP obsługującego co najmniej 5 min kont rozliczeniowych oraz umożliwiającą równoczesną pracę co najmniej 500 pracowników. W Raporcie Gartner funkcjonalność obsługi kont rozliczeniowych realizowana jest w obszarze „Taxpayer Accounting" oprogramowania ITS.
f) Kryterium 7: Wykorzystanie rozwiązania klasy ITS (..) odwołuje się bezpośrednio do pakietu IT5
g) Kryterium 8: Zapewnienie wykorzystania mechanizmów integracji zaoferowanego systemu SSP z otoczeniem oraz integracji jego komponentów w celu umożliwienia potencjalnego zastąpienia lub użycia komponentów innych producentów

34

---

oprogramowania. W Raporcie Gartner funkcjonalność systemu SSP realizowana jest w obszarze *„Return Processing"* oprogramowania ITS. W konsekwencji wszystkie kryteria oceny architektury rozwiązania odnoszą się do obszarów funkcjonalnych oprogramowania klasy ITS, Spośród pakietów klasy ITS tylko jeden - SAP Tax & Revenue Management spełnia wszystkie wymagania. W przypadku, gdy oferowany pakiet dostarczający pełen zakres funkcjonalności wymaganej przez Zamawiającego realizuje ją technicznie w inny sposób niż opisany przez Zamawiającego w załączniku 2 do OPZ, oferujący taki pakiet zmuszony jest dostarczyć wymaganą funkcjonalność budując ją od podstaw. Jednocześnie będzie postawiony w gorszej sytuacji ze względu na kryteria oceny architektury, niż oferent, którego pakiet spełnia wymagania zarówno funkcjonalne jak i techniczne. Kryterium 6 określa wymaganie dotyczące realizacji obszaru „Taxpayer Accounting" oprogramowania ITS w rozwiązaniu klasy ERP. W Raporcie Gartner wskazano, iż rozwiązanie SAP Tax & Revenue Management jest rozszerzeniem (ang. Enchancement Package) pakietu ERP SAP. Żaden z innych pakietów ITS wymienionych w Raporcie Gartner nie jest oferowany jako rozszerzenie, moduł, etc. rozwiązania klasy ERP. Warto dodać iż jedynie dwa spośród pakietów ITS wymienionych w raporcie - Oracle ETPM oraz Crown Agents TRIPS mogą zostać zintegrowane z pakietem ERP, jednak w obu przypadkach nie w obszarze „Taxpayer

Accounting" a jedynie „Revenue Accounting". Jedyne wymaganie szczegółowe dotyczące aplikacji System Metadanych Podatkowych -realizującej funkcjonalność budowy formularzy podatkowych zawartą w kryterium 2, stanowi wymaganie S2.WYM.FUN.531 - Wykorzystanie silnika reguł. Wszystkie rozwiązania ITS oferują możliwość parametryzowania reguł poprawności dokumentu, jednakże budowa w oparciu o silnik reguł biznesowych występuje w produkcie SAP. W rozwiązaniu SAP Tax & Revenue Management do budowy formularzy służy oprogramowanie Adobe LiveCycle będące zintegrowane z pakietem SAP poprzez dedykowane rozszerzenie. Standardowe rozwiązanie Adobe jest aktualnie wykorzystywane przez Zamawiającego, oferuje możliwość projektowania oraz parametryzowania reguł, jednak nie są one wykonywane przez silnik reguł biznesowych, a generowane do jednego z języków skryptowych. Wymaganie S2.WYM.FUN.531 uniemożliwia innym oferentom zaoferowanie narzędzia Adobe LiveCycle. Jedynie rozwiązanie SAP rozszerza Adobe LiveCycle umożliwiając wykorzystanie silnika reguł biznesowych pakietu SAP do tworzenia reguł poprawności dokumentu. Wspomniane wymaganie jest wyjątkowo istotne, ponieważ pozbawia innych wykonawców możliwości wykorzystania istniejących artefaktów przygotowanych przez Zamawiającego w narzędziu Adobe UveCycle. Według Odwołującego jedynie zaoferowanie narzędzia Adobe LiveCycle umożliwia ponowne wykorzystanie zbioru istniejących metadanych podstawowych oraz definicji formularzy bez dodatkowego nakładu pracy związanego z migracją do alternatywnego narzędzia służącego do projektowania formularzy podatkowych. Ma to ogromne znaczenie ze względu na ogromny zbiór

istniejących definicji formularzy, metadanych podstawowych oraz wyjątkowo krótki okres pozostawiony wykonawcy na wykonanie nowego Systemu Metadanych Podatkowych. Zdaniem odwołującego Zamawiający faworyzuje firmy, które zaoferują rozwiązania bazujące na narzędziach firmy SAP, która jako jedyna będzie mogła zaoferować narzędzie Adobe LiveCycle ponieważ tylko rozszerzenie firmy SAP spełnia wymagania Zamawiającego i jednocześnie umożliwia realizację architektury pośredniej TA2 w założonym przez Zamawiającego czasie. Kryterium 4 odwołuje się do zarządzania procesami, zwracając szczególną uwagę na obszar zarządzania sprawami. Obszar ten wspierany jest przez wszystkie pakiety ITS wymienione w Raporcie Gartner. Każdy z systemów ITS realizuje obsługę spraw wspierając się mechanizmem workflow, jednakże silnik bądź jego klasa jest różna w każdym z pakietów ITS. Na przykład pakiet TRIPS firmy Crown Agents wykorzystuje silnik Business Process Execution Language, GenTax firmy Fast wykorzystuje silnik Worfklow firmy Microsoft, Oracle ETPM poprzez własny silnik workflow. Zamawiający wymaga, aby usługi workflow, w tym obieg spraw, realizowany był zgodnie z wymaganiem „S3-WYM.NFN.046 - Realizacja usług typu workflow z wykorzystaniem oprogramowania do zarządzania procesami" zawężającym dozwolone rozwiązania do klasy rozwiązań BPM. Firma Gartner w rankingu rozwiązań BPM (Magie Ouadrant for Business Process Management Suites Published: 18 October 2010 ID:G00205212) nie zalicza żadnych z wyżej wymienionych rozwiązań workflow obecnych w pakietach ITS do klasy rozwiązań BPM. Jedynie SAP Netweaver, będący integralną częścią pakietu ITS SAP Tax & Revenue Management został sklasyfikowany jako rozwiązanie klasy BPM. Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania jest jedną z podstawowych zasad zgodnie, z którymi Zamawiający powinien przeprowadzać postępowanie. Zasada równego traktowania oznacza przede wszystkim równe traktowanie Wykonawców w znaczeniu stosowania takich samych uregulowań oraz sankcji, jakie przewidują przepisy ustawy prawo zamówień publicznych w odniesieniu do wszystkich wykonawców. Zamawiający prowadząc procedurę udzielenia zamówienia publicznego jest nie tylko uprawniony, ale przede wszystkim zobowiązany do stosowania tej zasady. Odwołujący wskazuje, że naruszeniem zasady równego traktowania są takie postanowienia SIWZ, które różnicują sytuację poszczególnych wykonawców. Naruszeniem zasady równego traktowania będzie zastosowanie takich warunków udziału w postępowaniu lub innych postanowień SIWZ, które uniemożliwiają lub utrudniają złożenie oferty przez jednych wykonawców w stosunku do innych.

W podobny sposób należy ocenić wymóg wskazany w załączniku nr 5 do SIWZ, pkt 2, tabela 1, lp. 6 (pkt II.2.) o następującej treści: *„Wykorzystanie rozwiązania klasy ERP obsługującego co najmniej 5 min kont rozliczeniowych oraz umożliwiającą równoczesną pracę co najmniej 500 pracowników".* Wymienione podkryterium jest nieuzasadnione i stawia w gorszej sytuacji Wykonawców oferujących inne rozwiązanie technologiczne o tej samej

funkcjonalności. Można domyślać się, że wymieniona w podkryterium liczba 5 min kont rozliczeniowych została określona na podstawie liczby kont podatników, które będą prowadzone w Systemie. Jednakże występuje tutaj sprzeczność z treścią OPZ (Zał. 1 „Architektura systemu", p. 4.3.1 rys. S3.TA3.WT.001 - Model tech. Środowiska SSP). Na wspomnianym rysunku w Zał. 1 znajduje się wyraźne stwierdzenie, że konta podatników w architekturze TA3 będą prowadzone w Scentralizowanym Systemie Poboru (S3.AP.020 - SSP), który z kolei wykorzystuje usługę S3.IS.006 - usługę ITS dla e-Podatków. Środowisko Centrum Rozliczeniowego z kolei korzysta z usługi S3.IS.004 - usługi ERP dla e-Podatków, ale zgodnie z notatką na rysunku tylko w zakresie prowadzenia kont analitycznych i syntetycznych. Wspomniane podkryterium oceny jest także niezgodne z cechami oprogramowania ITS, na którą powołuje się Zamawiający w treści podkryterium 1 w tablicy 1. Według raportu Gartnera, na który powołuje się Zamawiający w podkryterium 1, jedną z zasadniczych funkcjonalności oprogramowania ITS jest prowadzenie księgowości podatkowej w zakresie kont podatników oraz pobór i egzekucja należności podatkowych. Z kryterium 6 wynika jednak, że Zamawiający preferuje wykorzystanie do tego celu oprogramowania ERP, które jak można się domyślać nie jest tożsame z oprogramowaniem ITS. W efekcie Zamawiający preferuje oferty, które nie będą wykorzystywały jednej z zasadniczych, definiujących tą klasę rozwiązań funkcjonalności oprogramowania ITS, a będą wykorzystywać oprogramowanie ERP, które z zasady nie jest przeznaczone do obsługi tak dużej liczby kont szczegółowych podatników. Omawiane kryterium ogranicza w istotny sposób konkurencję, gdyż stawia w gorszej sytuacji Wykonawców, którzy zaoferują System o tej samej funkcjonalności wykorzystujący specjalizowany, dostosowany do obsługi podatników system ITS i system ERP służący do obsługi kont analitycznych i szczegółowych. Jeśli Zamawiający nie zamierza wykorzystywać funkcjonalności systemu ERP do obsługi kont szczegółowych podatników, to wymaganie sformułowane w kryterium stawia zbyt wysokie wymagania przed systemem ERP - liczbę kont analitycznych, syntetycznych i kont beneficjentów wpływów podatkowych można ocenić na kilka-kilkanaście tysięcy, a na pewno nie przekroczy ona stu tysięcy kont. Ponadto treść wspomnianego podkryterium zawiera zwrot *„rozwiązanie klasy ERP",* który nie jest jednoznacznie określone. Zamawiający nie definiuje w SIWZ znaczenia zwrotu *„rozwiązanie klasy ERP".* Definicja zwrotu *„ERP"* znajduje się w Załączniku 8 („Słownik *pojęć programu e-Podatki")* i brzmi następująco: „Enterprise Resource Planning klasa systemów informatycznych służących wspomaganiu zarządzania przedsiębiorstwem lub współdziałania grupy współpracujących ze sobą przedsiębiorstw". Tak sformułowana definicja jest niezwykle ogólna i może odnosić się do większości oprogramowania stosowanego w przedsiębiorstwie, np. oprogramowania biurowego typu MS Office Excel. W powszechnie stosowanym rozumieniu zwrot ERP oznacza jednak określoną, specyficzną grupę systemów. Zgodnie z definicją szeroko znanej

firmy analitycznej Gartner oprogramowanie ERP jest zintegrowanym zestawem modułów oprogramowania, które wykorzystują wspólny model danych i procesów zachodzących w zarządzaniu operacyjnym, w tym procesów w zakresie zarządzania finansowego, zasobów ludzkich, produkcji, dystrybucji, serwisu i łańcucha dostaw. Wykonawca składający ofertę nie ma zatem pewności, czy zaproponowane przez niego oprogramowanie będzie zaklasyfikowane jako *„rozwiązanie klasy ERP"* i w jaki sposób zostanie podjęta decyzja (na podstawie definicji z SIWZ czy na podstawie powszechnie przyjętego rozumienia zwrotu ERP) o spełnieniu lub niespełnieniu podkryterium.

W dokumencie „załącznik nr 1 do Opisu Przedmiotu Zamówienia na stronie 78, pkt 2.3.3.5 Usługa Infrastrukturalna: S1IS.031 - Szyna usług (DI), Zamawiający wskazał: *„Usługa udostępniająca funkcje szyny usług, w tym m.in. możliwość udostępniania usług świadczonych przez różne komponenty, dokonywania translacji zapytań/odpowiedzi itp. Usługa bazować będzie na platformie integracyjnej stosowanej w resorcie finansów i ustandaryzowanej uchwałą nr 11/2011 Rady Informatyzacji Resortu z dnia 31.05.2011 r. w sprawie stosowania Standardu Oprogramowania Platformy integracyjnej w resorcie finansów. W szczególności stosowany będzie paradygmat SOA oraz rozwiązania techniczne z rodziny produktów IBM (m.in. IBM WebSphere Application Sen/er, IBM WebSphere Process Sen/er, IBM WebSphere Message Broker, IBM WebSphere Business Monitor, IBM WebSphere MQ)".(II.3.).* Poprzez przytoczone sformułowanie Zamawiający narusza równy

dostęp Wykonawców do zamówienia, wskazując na rozwiązania konkretnego producenta (IBM). Zamawiający opisując przedmiot zamówienia jest z jednej strony uprawniony do formułowania go w sposób, który zapewni otrzymanie zakładanego rozwiązania, jednakże przepis art. 29 ust. 2 Pzp w sposób wyraźny i jednoznaczny wskazuje, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby chociażby utrudnić uczciwą konkurencję na rynku. Tymczasem formułując opis przytoczony wyżej, Zamawiający nie tylko utrudnia uczciwą konkurencję, ale wręcz ją uniemożliwia niedopuszczając faktycznie do udziału w postępowaniu innych wykonawców poza oferującymi rozwiązania firmy IBM. Zamawiający nie wskazuje wprost, iż dopuszcza rozwiązania oferowane tylko przez IBM, jednakże opis wymagań nie pozostawia w tym zakresie wątpliwości. Nie daje to Wykonawcy możliwości uczestniczenia w postępowaniu. Przywołał wyrok z dnia 20.10.2011 r., sygn. akt: KIO/UZP 2107/11. Szereg fragmentów postanowień SIWZ, w tym opisane powyżej wprost wskazują na produkty IBM w konsekwencji już nawet nie rodzą ewentualności ryzyk, ale w bezpośredni sposób ujmują, co więcej mimo choćby przykładowo, ale ujmowane elementy traktują o konkretnych produktach nie dopuszczając jednocześnie rozwiązań równoważnych i w konsekwencji nie definiując cech jakimi równoważne elementy winny się legitymować. W tym zakresie Odwołujący wnosi o zmiany wskazanego postanowienia SIWZ, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami

ustawy oraz dopuszczenie rozwiązań równoważnych i zdefiniowanie cech równoważności poszczególnych narządzi. Odwołujący wskazał również na następujące orzeczenia odnoszące się do podnoszonych wyżej zarzutów. Wyrok KIO z dnia 14.03.2011 r., sygn. akt: KIO/UZP 387/11, wyrok SO w Warszawie z dnia 09.09.2003 r., sygn. akt: V Ca 1477/03, wyrok KIO z dnia 16.05.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 423/08, wyrok KIO z dnia 20.01.2011 r., sygn. akt KIO/UZP 28/11, wyrok KIO z dnia 17.12.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1406/08.

Odnosnie postanowień SIWZ, w tym Wzoru Umowy, uniemożliwiających realizację zamówienia w zakreślonych przez Zamawiającego terminach (pkt III). Odwołujący podnosi, że wyznaczony przez Zamawiającego termin na wykonanie pierwszej części będącej pełnym wdrożeniem architektury pośredniej TA2 w terminie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy jest terminem niemożliwym do dotrzymania przez żadnego wykonawcę. Odwołujący wskazuje na fakt, że zgodnie z postanowieniem SIWZ wykonawca realizujący zamówienie nie może jednocześnie realizować kilku etapów prac, które w całości składają się na realizację całego zamówienia. Każdy etap realizacji prac musi być poprzedzony zakończonym wcześniejszym etapem realizacji prac. Odwołujący wskazuje, że po zsumowaniu przewidzianych przez Zamawiającego terminów na poszczególne etapy oraz czasu niezbędnego na dokonanie odbiorów poszczególnych etapów wykonanych prac, łączna suma wszystkich terminów jest większa niż 12 miesięcy, jakie Zamawiający wskazał na realizację tego zadania. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w § 21 ust. 3 pkt 5 wzoru umowy przewidział możliwość zmiany terminu realizacji umowy, która to zmiana uzależniona została od zaistnienia *„okoliczności lub zdarzeń uniemożliwiających realizację umowy w wyznaczonym terminie, na które strony nie miały wpływu"*. Wskazać należy, że dokonana zmiana w umowie wymagać będzie zgody obu stron umowy oraz jak wskazano zaistnienia okoliczności uniemożliwiających wykonanie umowy. Okoliczności takie występują już na etapie projektu umowy oraz SIWZ poprzez wyznaczenie takiego terminu, którego realizacja jest niemożliwa. Niezrozumiałe jest takie działanie Zamawiającego, który już na etapie dokumentacji oraz tworzenia wzoru umowy wyznacza taki termin realizacji zadania, który stanowi spełnienie przesłanek do zmiany umowy poprzez wydłużenie terminu realizacji zadania. Odwołujący wskazuje, że w przypadku uzyskania zamówienia przez jakiegokolwiek wykonawcę, podpisaniu umowy z tożsamymi postanowieniami jakie są we wzorze umowy oraz ewentualnej negatywnej decyzji o zmianie terminu podjętej przez Zamawiającego, wykonawca może ponieść szkodę w postaci zapłaty obowiązkowych kar umownych zgodnie z § 14 ust. 2 wzoru umowy, które wynoszą „0.05 % wynagrodzenia brutto za dany etap za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia terminu". Odwołujący wskazał, że Zamawiający określając definicję pełnego wdrożenia uznał stan, w którym oprócz możliwości eksploatacji wszystkich produktów niezbędne jest zakończenie procesu szkolenia personelu biznesowego i technicznego. Zamawiający nie określił, co oznacza zakończony proces

przeszkolenia personelu biznesowego i technicznego. Wykonawca którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza zobowiązany będzie do świadczenia usługi szkolenia metodą bezpośrednią zgodnie z opisem przedmiotu szkolenia będącym załącznikiem nr 6 opisu przedmiotu zamówienia oraz przekazania wiedzy podmiotom zewnętrznym. Szkolenie bezpośrednie obejmować będzie użytkowników oprogramowania oraz administratorów. Ponadto Wykonawca przeprowadzi szkolenia metodą e-lerningową. Przy czym liczba pracowników, którzy podlegają szkoleniu za pomocą platformy e-lerningowej będzie wynosiła 40.000 w tym administratorów systemu oraz użytkowników systemu. Każde ze szkoleń zakończone zostanie ankietą badania satysfakcji ze szkolenia. Zamawiający nie określa jaki moment uznaje za zakończenie szkolenia, zwłaszcza szkolenia e-lerningowego. Ponadto termin szkolenia oraz jego postęp w żaden sposób nie będzie uzależniony od Wykonawcy, lecz od osób szkolących w jakim terminie przystąpią do szkolenia e-lerningowego. Ponadto ewentualne uzależnianie zakończenia szkolenia od wyników ankiety satysfakcjonującej byłoby warunkiem niedookreślonym, gdyż zawsze taka ocena będzie oceną subiektywną i niemożliwe jest ewentualne uzależnianie zakończenia procesu szkolenia od satysfakcji „zadowolenia" osób szkolących się. Wskazane powyżej niedookreślenie nie pozwala na jednoznaczne określenie w jakiej sytuacji Zamawiający uzna, że nastąpiło pełne wdrożenie. Odwołujący wskazuje, że określenie to jest kluczowe biorąc pod uwagę kwestię terminów realizacji umowy oraz ewentualnego obowiązku zapłaty kar umownych w przypadku opóźnienia w terminach wykonania. Podobnie wyznaczony termin na realizację zadania polegającego na pełnym wdrożeniu architektury pośredniej TA3 w terminie nie późniejszym niż do 31 marca 2015 r. jest niemożliwe do realizacji. Odwołująca wskazuje, że po zsumowaniu terminów realizacji oraz odbioru poszczególnych części składających się na to zadanie niemożliwe jest wykonanie tego zadania przez jakiegokolwiek wykonawcę we wskazanym przez Zamawiającego terminie. W opisie usługi aplikacyjnej S2.AS.014 - Workflow G2C/G2B Zamawiający wymaga, aby usługa doręczenia/zawiadomienia zapewniała przeprowadzenie procedury doręczenia/zawiadomienia dokumentu w relacji G2B lub G2C (do przedsiębiorstwa lub obywatela) - zarówno doręczenia metodą elektroniczną, jak i papierową. Zamawiający zauważa również, że zawiadomienie, w odróżnieniu od bez potwierdzenia odbioru. doręczenia, polega na wysłaniu dokumentu/informacji

Wynika stąd, iż usługa realizując procedurę doręczenia kończy swoje działanie wraz z otrzymaniem potwierdzenia odbioru poprzez elektroniczny, bądź papierowy kanał komunikacyjny. Z tego powodu, czas potrzebny na realizację procedury obsługiwanej przez usługę zależny jest od terminu dostarczenia i odbioru dokumentu/informacji przez odbiorcę. W przypadku kanału papierowego, a więc dostarczenia dokumentu poprzez pocztę czas realizacji usługi będzie wynosił nie mniej niż 2 dni. Tak więc wymaganie S.WYM.NFN.723 - Czas odpowiedzi - klasa 1(TA2, TA3, TA4) określające czas na realizację usługi obejmujący

---

maksymalnie 5 sekund jest niemożliwe do spełnienia. Zamawiający w załączniku nr 6 do SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia na budowę, wdrożenie i utrzymanie Systemu e-Podatki wraz z usługami uzupełniającymi Załącznik 2 Wymagania główne w zakresie realizowanych produktów " do Załącznika 1." ,sekcja: "1.3.5 Wykorzystanie zasobów",„S.WYM.042-*Możliwość wykorzystania centrówzapasowych(TA2, TA3, TA4)".* Konstrukcja dostarczanych systemów centralnych powinna umożliwiać wykorzystanie ich w środowisku wielu centrów komputerowych zapewniających minimalny (praktycznie zerowy) punkt odtworzenia oraz czas odtworzenia (Recovery Point Objectiye, Recovery Time Objective) w razie zniszczenia zasobów centrum komputerowego. Wymaganie nie jest realizowalne. Budowa systemu o skali zbliżonej do systemu e-Podatki o praktycznie zerowym czasie przełączenia pomiędzy komputerowym centrum podstawowym a komputerowym centrum zapasowym jest praktycznie niemożliwa. W kontekście rozwiązań tej klasy wykorzystujących koncepcję ośrodka zapasowego, mówiąc o RTO zbliżającym się do wartości 0 musimy jednocześnie mówić o zbliżającym się do nieskończoności koszcie wymaganych mechanizmów dla zapewnienia takiego RTO. Wobec powyższego Odwołujący wnosi o wykreślenie zapisu.

Odnośnie, postanowień SIWZ, w tym Wzoru Umowy, zawierających sprzeczne ze sobą lub nieprecyzyjne/niekompletne zapisy, co uniemożliwia Odwołującemu dokładne określenie zakresu usług i warunków na jakich usługi miałyby być na rzecz Zamawiającego świadczone, co w konsekwencji umożliwia sporządzenie oferty w zakresie ceny, w sposób wskazany przez Zamawiającego, poprzez określenie cen w sposób ryczałtowy (IV).

Zamawiający używa w SIWZ (m.in. kryteria oceny oferty) i załącznikach do SIWZ w wielu miejscach zwrotu COTS („Commercial Off The Shelf Software"). Zamawiający nie definiuje w SIWZ znaczenia tego zwrotu, natomiast w Załączniku 8 *(„Słownik pojęć programu e-Podatki")* w przypadku zwrotu „COTS" znajduje się odniesienie do pojęcia *„Oprogramowanie gotowe". „Oprogramowanie gotowe"* jest z kolei zdefiniowane w tym Załączniku, jako: *„Oprogramowanie, dla którego na moment wszczęcia postępowania na niniejsze Zamówienie, istnieje wersja instalacyjna gotowa do wdrożenia produkcyjnego wraz z odpowiadającą jej dokumentacją".* Przytoczona definicja stoi w sprzeczności z powszechnie stosowanym rozumieniem pojęcia COTS, gdyż pomija istotną cechę komercyjności, czy też dostępności handlowej oprogramowania COTS. Na poparcie zarzutu można przytoczyć np. wyjaśnienie zwrotu COTS, które znalazło się w IPU SIWZ na udzielenia zamówienia na system ZEFIR 2 ogłoszonego przez Izbę Celną w Krakowie. We wspomnianym wyjaśnieniu *„Oprogramowanie COTS"* jest rozumiane, jako „powszechnie dostępne oprogramowanie standardowe, wytwarzane seryjnie, dostarczane w formie gotowego zamkniętego produktu, dostępne w systemie sprzedaży hurtowej lub detalicznej". Definicja użyta przez Zamawiającego pomija istotne cechy oprogramowania COTS, tj. powszechną dostępność, wytwarzanie seryjne i dostępność w systemie sprzedaży

hurtowej lub detalicznej. Według definicji Zamawiającego oprogramowaniem COTS jest praktycznie każde oprogramowanie, które było gotowe do wdrożenia na dzień wszczęcia postępowania. Pomijając nawet kwestie trudności udowodnienia gotowości do wdrożenia w określonym momencie. Zamawiający w sposób nieuzasadniony rozszerza drastycznie standardową definicję oprogramowania COTS. Wykonawca, który zaoferuje prawdziwe oprogramowanie COTS, co jak można przypuszczać jest intencją Zamawiającego, może znaleźć się w gorszej sytuacji niż inny oferent, który zaproponuje po prostu oprogramowanie gotowe, niedostępne handlowo, a co za tym idzie niemające innych wdrożeń. Wykonawca składający ofertą nie ma zatem pewności, czy zaproponowane przez niego oprogramowanie będzie zaklasyfikowane, jako „COTS" i w jaki sposób zostanie podjęta decyzja (na podstawie definicji z SIWZ czy na podstawie powszechnie przyjętego rozumienia zwrotu COTS) o spełnieniu lub niespełnieniu kryteriów i zgodności z wymaganiami OPZ. Zamawiający umieścił w Zał. 3 do OPZ jedynie listę procesów biznesowych z bardzo krótkim opisem każdego z procesów, które mają być realizowane przez System. Jednocześnie Zamawiający wymaga od Wykonawcy w Zał. 6 p. 1.1.3.1 ppkt l.b uszczegółowienia opisu procesów i wymagań dla systemu informatycznego. Brak bardziej precyzyjnych informacji o zakresie uszczegółowienia, w tym dokładniejszego opisu procesów biznesowych, uniemożliwia Wykonawcy ocenę pracochłonności realizacji wspomnianego wymagania i jego wycenę. Zamawiający w załączniku nr 2 "Opis przedmiotu zamówienia na budowę, wdrożenie i utrzymanie systemu e-podatki wraz z usługami uzupełniającymi, załącznik 2 wymagania główne w zakresie realizowanych produktów, sekcja: *„2.131 Usługa aplikacyjna: S3.AS.030 - Workflow postępowania egzekucyjnego",* wymaganie: S3.WYM.FUN.721 - Zarządzanie przedmiotami zajęcia (TA3, TA4) o następującej treści: *„System powinien umożliwić zarządzanie przedmiotami zajęcia oraz rejestrowanie wszystkich czynności z tym związanych, w tym zajęcia, sprzedaż, zaewidencjonowanie przechowywanych rzeczy, odnotowanie zdjęcia przedmiotu z magazynu itp. System powinien zapewniać elektroniczną obsługę sprzedaży egzekucyjnej, w tym licytacji."* W SIWZ brakuje wymagań dotyczących systemu elektronicznej obsługi sprzedaży egzekucyjnej, w tym licytacji. Brak wymagań opisujących elementów uniemożliwiają rzetelną wycenę zakresu prac i złożenie rzetelnej oferty na dostarczenie Systemu zgodnego ze wymaganą Strukturą Systemu. Zamawiający w załączniku nr 2 "opis przedmiotu zamówienia na budowę, wdrożenie i utrzymanie systemu e-podatki wraz z usługami dodatkowymi, załącznik 6 wymagania uzupełniające na usługi i produkty realizowane w ramach Kontraktu" ,sekcja: "1.1.5.7 WYM.UZU.37 Migracja danych", wymaganie: WYM.UZU.37 migracja danych. W tabeli umieszczonej w punkcie 6 wymagania, wymienione są systemy źródłowe dla procesów migracji. Dla następujących systemów wymienionych w tabeli, w SIWZ brakuje informacji i opisu danych każdego z systemów oraz brakuje formalnych wymagań dotyczących procesu migracji:

• Czynności majątkowe

• Infotax
• Kancelaria
• Aplikacje kancelaryjne
• Sekretariat MF
• SOWIP
• Intranet
• Archsys

Brak wymagań opisujących elementów uniemożliwiają rzetelną wycenę zakresu prac migracyjnych i złożenie rzetelnej oferty na dostarczenie Systemu zgodnego ze wymaganą Strukturą Systemu.

Zgodnie Załącznikiem 6 do załącznika 1 *„Opis Przedmiotu Zamówienia na budowę, wdrożenie i utrzymanie Systemu e-Podatki wraz z usługami dodatkowymi Załącznik 6 Wymagania uzupełniające na usługi i produkty realizowane w ramach Kontraktu"* sposób realizacji struktury systemu" Zamawiający wymaga aby: "Struktura Systemu (tj. jego podział na poszczególne komponenty i realizowane przez nie usługi) zostanie zrealizowana zgodnie z opisem przedstawionym w Załączniku 1 'Architektura systemu' oraz w Załączniku 12 dla opcjonalnej architektury pośredniej TA4" – (patrz: strona 6, punkt 1.1.1.6, podpunkt 1)).

Z analizy Załącznika 1, Załącznika 12 oraz towarzyszących im Załącznika 2 i Załącznika 13 definiujących formalne wymagania szczegółowe wynika, że:

1. Zamawiający nie zdefiniował formalnych wymagań dla następujących elementów Struktury Systemu:

• Obiekt danych: 52.ADO.002 - Dokumenty robocze; (Sekcja 3.11 Załącznika 2)
• Aplikacja: S2.AP.004 - SIP; (Sekcja 4.8 Załącznika 2)
• Aplikacja: S2.AP.008 - VIES Komunikacja; (Sekcja 4.11 Załącznika 2; Sekcja 3.3 Załącznika 13)
• Aplikacja: S2.AP.009 - VAT - REFUND - komunikacja; (Sekcja 4.12 Załącznika 2; Sekcja 3.4 Załącznika 13)
• Aplikacja: S2.AP.385. Aplikacja desktopowa; (Sekcja 4.15 Załącznika 2)
• Aplikacja: S2.TA2.AP.012 - Adapter do Poltax; (Sekcja 4.16 Załącznika 2)
• Aplikacja: S2.TA2.AP.201 - Narzędzie do migracji z OPFOR; (Sekcja 4.17 Załącznika 2)
• Aplikacja: S3.AP.001 - System zarządzania dokumentami; (Sekcja 4.19 Załącznika 2)
• Aplikacja: S3.AP.002 - System obsługi spraw i procesów pracy; (Sekcja 4.20 Załącznika 2)
• Artefakt: S1.AR.001 - CRP_Desktop - dedykowana aplikacja desktop; (Sekcja 6.1

Załącznika 2)
• Artefakt: S1.AR.002 - Plik rozmieszczalny aplikacji korporacyjnej CRP_Web; (Sekcja 6.2 Załącznika 2)
• Artefakt: S1.AR.003 - CRP - baza danych; (Sekcja 6.1 Załącznika 2)
• Artefakt: S1.AR.004 - CRP - konfiguracja narzędzia ETL; (Sekcja 6.4 Załącznika 2)
• Artefakt: Sl.AR.Q05 - CRP - konfiguracja narzędzia monitorowania danych; (Sekcja 6.5 Załącznika 2)
• Artefakt: S1.AR.006 - Plik rozmieszczalny aplikacji korporacyjnej aktualizacja POLTAX; (Sekcja 6.6 Załącznika 2)
• Artefakt: S1.AR.010 - Komponent integracyjny segmentu e-Rejestracja (szyna usług); (Sekcja 6.7 Załącznika 2)
• Artefakt: S2.AR.121 - SIP relacyjna baza danych; (Sekcja 6.8 Załącznika 2)
• Artefakt: S2.AR.128 - Baza danych e-Deklaracje2; (Sekcja 6.9 Załącznika 2)
• Artefakt: S2.AR.130 - Plik rozmieszczalny aplikacji portalowej Platformy Usług Administracji Podatkowej; (Sekcja 6.10 Załącznika 2)
• Artefakt: S2.AR.136 - Plik rozmieszczalny aplikacji portalowej Portalu Podatkowego; (Sekcja 6.11 Załącznika 2)
• Artefakt: S3.AR.121 - Modele procesów SSP; (Sekcja 6.13 Załącznika 2)
• Artefakt: S3.AR.009 - Dokumenty / wersje dokumentów; (Sekcja 6.14 Załącznika 2)
• Oprogramowanie Systemowe: S1.IN.001 - Serwer aplikacyjny (KiC G012); (Sekcja 7.1 Załącznika 2)

• Oprogramowanie Systemowe: S1.IN.010. Szyna usług; (Sekcja 7.2 Załącznika 2)
• Oprogramowanie Systemowe: S1.IN.011. System zarządzania relacyjną bazą danych (KiC G011); (Sekcja 7.3 Załącznika 2)
• Oprogramowanie Systemowe: S1.IN.012 - Narzędzie ETL; (Sekcja 7.4 Załącznika 2)
• Oprogramowanie Systemowe: S1.IN.013 - Narzędzie do monitorowania danych; (Sekcja 7.5 Załącznika 2)
• Oprogramowanie Systemowe: S2.IN.008 - Platforma portalowa e-Deklaracje2; (Sekcja 7.6 Załącznika 2}
• Oprogramowanie Systemowe: S2.IN.009 - Serwer aplikacyjny (KiC G012); (Sekcja 7.7 Załącznika 2)
• Oprogramowanie Systemowe: S2.IN.010 - Szyna usług; (Sekcja 7.8 Załącznika 2)
• Oprogramowanie Systemowe: S2.IN.011 - System zarządzania relacyjną bazą danych (KiC G011); (Sekcja 7.9 Załącznika 2)
• S3.IN.003 - Środowisko uruchomieniowe dedykowanych aplikacji klienckich urzędnika - SSP; (Sekcja 7.10 Załącznika 2)

44

• Oprogramowanie Systemowe: S3.IN.OO2 - System zarządzania relacyjną bazą danych (KiC GO11); (Sekcja 7.11 Załącznika 2)
• Oprogramowanie Systemowe: S3.IN.006 - Szyna usług; (Sekcja 7.14 Załącznika 2).
2. Zamawiający nie zdefiniował formalnych wymagań funkcjonalnych dla następujących elementów Struktury Systemu:
• Obiekt danych: S2.TA3.DO.102 - Repozytorium danych z Centrum Rozliczeń; (Sekcja 3.3S Załącznika 2; Sekcja 2.1 Załącznika 13)
• Obiekt danych: S3.TA3.DO.017 - Plany dochodów budżetowych; (Sekcja 3.40 Załącznika 2)
• Obiekt danych: S3.ADO.101 - Dane rozliczeniowe; (Sekcja 3.41 Załącznika 2)
• Obiekt danych: S3.ADO.102 - Teczka Podmiotu; (Sekcja 3.47 Załącznika 2)
• Obiekt danych: S3.ADO.103 - Dane operacyjne; (Sekcja 3.48 Załącznika 2)
• Aplikacja: S1.AP.002 - CRP KEP - Monitor Jakości; (Sekcja 4.2 Załącznika 2)
• Aplikacja: S1.AP.004 - CRP KEP - udostępnianie; (Sekcja 4.3 Załącznika 2)
• Aplikacja: S1.AP.008 - Procedury ekstrakcji danych; (Sekcja 4.4 Załącznika 2)
• Aplikacja: S1.AP.009 - Edytor/przeglądarka danych CRP KEP; (Sekcja 4.5 Załącznika 2)
• Aplikacja: S1.AP.701 - SeRCe - aktualizacja POLTAX Rejestracja; (Sekcja 4.6 Załącznika 2)
• Aplikacja: S2.AP.003 - Platforma Usług Administracji Podatkowej; (Sekcja 4.7 Załącznika 2; Sekcja 3.7 Załącznika 13)
• Aplikacja: S2.AP.OO5 - Środowiska aplikacyjne Contact Center; (Sekcja 4.9 Załącznika 2; Sekcja 3.2 Załącznika 13)
• Aplikacja: S2.AP.011 - Portal Podatkowy; (Sekcja 4.13 Załącznika 2; Sekcja 3.5 Załącznika 13)
• Aplikacja: S2.AP.102 - Aplikacje ePUAP dla rejestrów AP; (Sekcja 4.12 Załącznika 2; Sekcja 3.6 Załącznika 13)
3. Zamawiający zdefiniował zbyt ogólne formalnych wymagania funkcjonalnych dla następujących elementów Struktury Systemu:
• Obiekt danych: S3.DO.028 - Profile ryzyka; (Sekcja 3.52 Załącznika 2)
• Aplikacja: S2.AP.007 - System metadanych podatkowych; (Sekcja 4.10 Załącznika 2)
• Aplikacja: S3.AP.011 - Portal urzędnika; (Sekcja 4.22 Załącznika 2)
Podkreślił, że dla pozostałych elementów Struktury Systemu należących do w/w kategorii (Obiekt danych, Aplikacja, Artefkt, itp.), zostały zdefiniowane formalne wymagania. Brak wymagań opisujących w szczególności wymagane cechy i zachowanie (ang. behaviour) elementów uniemożliwia złożenie rzetelnej oferty na dostarczenie Systemu zgodnego ze wymaganą Strukturą Systemu.

45

W opisie usługi aplikacyjnej S2.AS.135 - Workflow doręczenia G2G Zamawiający wymaga, aby usługa zapewniała przeprowadzenie doręczenia dokumentu do innej instytucji publicznej, niezależnie od formy tego doręczenia. Przeprowadzenie doręczenia dokumentu

jest procedurą trwającą nie rzadko kilka dni, a więc wymaganie S.WYM.NFN.723 - Czas odpowiedzi - klasa 1(TA2, TA3, TA4) określające czas na realizację usługi obejmujący maksymalnie 5 sekund jest niemożliwe do spełnienia. W opisie usługi aplikacyjnej S2.AS.024 - API konta podatkowego Zamawiający wymaga, aby usługa dostarczała API realizujące faktyczne operacje dostarczane końcowym klientom poprzez Portal Podatkowy i ROS. Istotą usługi jest agregacja innych usług oraz ograniczenie ich zakresu do zakresu odpowiedniego dla dostępu klientów. Zgodnie z wymaganiem *„S2.WYM.FUN.480 Pobranie doręczanego dokumentu"* jedna z agregowanych usług ma za zadanie pobrać doręczany dokument korzystając z api przeglądowego dokumentów. Ponieważ czas niezbędny na pobranie dokumentu zależy od rozmiaru dokumentu oraz parametrów infrastruktury telekomunikacyjnej Zamawiającego wymaganie S.WYM.NFN.723 - Czas odpowiedzi - klasa 1 określające czas na realizację usługi obejmujący maksymalnie 5 sekund nie może zostać zagwarantowane przez wykonawcę. Na przykład przepustowość infrastruktury telekomunikacyjnej Zamawiającego łącząca delegaturę izby skarbowej z CPD określona została jako lOMb/s, a więc nie możliwe byłoby pobranie załącznika 1 do OPZ w czasie 5 sekund nawet przy założeniu dostępności pełnej, maksymalnej przepustowości łącza. Odwołujący się wnosi o usunięcie wymagania S.WYM.NFN.723 dla usługi aplikacyjnej S2.AS.024. Treść podkryteriów zawartych w załączniku nr 5 do SIWZ pkt 3, tabela nr 2 została sformułowana w sposób niedookreślony, przez co nie pozwala na ocenę, czy zastosowanie rozwiązań już istniejących u Zamawiającego i wykorzystujących standardowe oprogramowanie (lista istniejących komponentów stanowi Zał. 7 do OPZ) spełnia wymienione podkryteria. Takie niedookreślone ma istotny wpływ na możliwość sporządzenia oferty przez Odwołującego. W załączniku nr 6 do OPZ Zamawiający oczekuje, że system będzie w stałej cenie, będzie na bieżąco aktualizowany zgodnie z przepisami zmieniającego się prawa. Jednocześnie wskazuje na pełną odpowiedzialność wykonawcy za migrację danych z systemów źródłowych. W jednym i drugim wymaganiu Zamawiający nie precyzuje jaki będzie rzeczywisty zakres pracy Wykonawcy. W przypadku odpowiedzialności za migrację danych Specyfikacja powinna precyzować między innymi na jakich zasadach migracja może się odbywać, kto jest autorem systemów, w jakich technologiach są one wykonane doprecyzować na jakich zasadach może się to odbywać, nie wiadomo kto jest autorem tych systemów, czy są znane struktury danych itd. Podane przez Zamawiającego wymagania, nie są poparte danymi umożliwiającymi przewidzenie przez Wykonawców, jaki będzie ich rzeczywisty zakres pracy, a konsekwencji uniemożliwia dokonanie wyceny pracy

jaką Wykonawca będzie musiał zrealizować dla utrzymania oferowanego systemu zgodnie z wymogami Zamawiającego. W powyższym zakresie opis przedmiotu zamówienia nie został sformułowany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, co narusza art. 29 Pzp i nie obejmuje wszystkich elementów umożliwiających rzetelne przygotowanie i wycenę ofert.

Odnośnie postanowień SIWZ, w tym Wzoru Umowy, zawierających postanowienia, które naruszają zasadę równości stron i uczciwej konkurencji (pkt V). Ustalanie treści projektu umowy jest uprawnieniem Zamawiającego wynikającym z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp. Zamawiający nie może jednak czynić z tego uprawnienia 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. W ocenie Odwołującego wskazane dalej postanowienia naruszają m.in. podstawowe zasady prawa cywilnego, czyli zasadę swobody umów i zasadę równości stron stosunku cywilnoprawnego. W konsekwencji Zamawiający ustalając taką a nie inną treść projektu umowy dołączonego do SIWZ naruszył postanowienia art.5, art. 353^1, art. 471, art. 483 ust. 1 oraz art. 484 ust 1 KC w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp. W tego też względu w żądaniu odwołania wskazano na konieczność nakazania dokonania stosownych zmian w odniesieniu do opisanych poniżej postanowień:

§ 5 ust. 11 Wzoru Umowy zwiera następujące postanowienia: *„W przypadku ponownej akceptacji (Odbioru jakościowego) Produktu z uwagami dotyczącymi niezgodności Produktu z Wymaganiami albo ponownego odrzucenia Produktu przez Zamawiającego, Zamawiający może, niezależnie od innych uprawnień wynikających z Umowy lub przepisów prawa:*

1) powierzyć wykonanie Produktu osobie trzeciej na koszt i niebezpieczeństwo Wykonawcy, bez konieczności uzyskiwania upoważnienia sądu, lub

2) dokonać odbioru Produktu za odpowiednim obniżeniem wynagrodzenia."
W ocenie Odwołującego przyznanie Zamawiającemu prawa do wykonania zastępczego Przedmiotu Umowy lub też „odpowiedniego" obniżenie wynagrodzenia (tutaj bez jednoznacznego określenia mechanizmów takiego obniżania), stanowi ewidentne nadużycie pozycji Zamawiającego, jako podmiotu narzucającego taką, a nie inną treść umowy.
Zgodnie z treścią § 15 ust. 2 pkt 4, 5 i 6 Wzoru Umowy Zamawiający może odstąpić od Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w szczególności m.in., gdy:
„4) Wykonawca nie jest w stanie usunąć lub nie zdoła usunąć w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie wad przedstawionego do odbioru Przedmiotu Umowy;
5) Wykonawca nie uwzględni uwag lub zastrzeżeń w wyznaczonym terminie albo będą one uwzględnione niezgodnie z tym, co zgłosił Zamawiający;
6) Wykonawca nie zrealizował danego Etapu Umowy w Terminie, bądź prawidłowe wykonanie Umowy po zrealizowaniu danego Etapu budzi uzasadnione wątpliwości

47

Zamawiającego;". W ocenie Odwołującego powyższe postanowienia stanowią przykład ewidentnego nadużycia pozycji Zamawiającego jako dysponenta przedmiotowego postępowania z uwagi na to, że Zamawiający traktuje instytucję odstąpienia od Umowy nie jako nadzwyczajny środek pozwalający mu na rezygnacją ze współpracy z Wykonawcą, ale jako narzędzie umożliwiające Zamawiającemu na arbitralne wycofanie się z Umowy. Z uwagi na szczególny charakter odstąpienia przesłanki pozwalające Zamawiającemu na odstąpienie od Umowy powinny mieć charakter zamknięty, tak aby uniknąć jakichkolwiek nadużyć ww. zakresie. Nieprecyzyjna treść § 15 ust. 2 pkt 4-6 Wzoru Umowy pozwala natomiast Zamawiającemu na wycofanie się z Umowy w zasadzie w każdej chwili i obarczenia Wykonawcy odpowiedzialnością za zerwanie współpracy. Prawo nadużywania instytucji odstąpienia zostało przyznane Zamawiającemu w § 15 ust. 2 pkt 6, na podstawie którego uprawniony jest on do dokonania oceny dotychczasowych działań Wykonawcy jako budzących „uzasadnione wątpliwości" co do realizacji całej inwestycji, bez wskazania jakimi kryteriami Zamawiający przy ww. ocenie powinien się kierować. Co więcej, brak uzgodnień w zakresie terminów usunięcia wad lub uwzględnienia zastrzeżeń, o których mowa w § 15 ust. 2 pkt 4 i 5 Wzoru Umowy pozwala Zamawiającemu już na etapie wyznaczania przedmiotowych terminów na tworzenie „sytuacji" pozwalającej Zamawiającemu na odstąpienie od Umowy. Nieuzgodnione i zbyt krótkie terminy nie dają bowiem Wykonawcy możliwości realizacji zadań wskazanych w § 15 ust. 2 pkt 4 i 5 Wzoru Umowy. W § 16 Wzoru Umowy zawarto przepisy regulujące prawo Zamawiającego do zawieszenia Umowy ze względu na brak środków finansowych wskazanych w budżecie Zamawiającego. Proponowane rozwiązanie, czyli zawieszenie wykonywania umowy w dowolnym momencie, w aktualnym brzmieniu, podobnie jak niektóre wyżej wskazywane postanowienia umowy stoją w sprzeczności z elementarnymi zasadami obrotu cywilnoprawnego i standardami rynkowymi. Zamawiający wymaga bowiem od wykonawców, ponoszenia kosztów, niemożliwych do oszacowania ani na etapie przygotowania oferty ani, na etapie realizacji projektu, związanych z utrzymaniem zasobów koniecznych do realizacji przedmiotu umowy. Zgodnie z przedmiotowym postanowieniem, zamawiający nie jest bowiem zobowiązany ani do zapłaty wykonawcy jakiejkolwiek rekompensaty w przypadku, gdy poinformuje wykonawcę o konieczności zawieszenia realizacji umowy. Znamiennym jest również, że Zamawiający nie jest zobligowany do precyzyjnego określenia okresu trwania zawieszenia wykonywania umowy. Punkt 3 analizowanego postanowienia wskazuje bowiem, że zamawiający jest jedynie zobowiązany do wskazania „przewidywanego czasu trwania zawieszenia", co oznacza, że zamawiający, może określać oraz dokonywać zmian tego okresu dowolnie, nie ponosząc z tego tytułu konsekwencji, natomiast koszty wynikłe z takich okoliczności obciążają jedynie wykonawcę. Zgodnie z postanowieniami Załącznika nr 6 do OPZ, w punkcie 1.1.6.7. WYM.UZU.44 Rozwiązywanie problemów i incydentów.

48

Zamawiający świadczy, z wykorzystaniem własnej infrastruktury komunikacyjnej rolę I i II linii wsparcia (przy pomocy udostępnionej przez Wykonawcę Bazy Wiedzy o Systemie), której zadaniem jest:
a) Przyjmowanie incydentów od użytkowników Systemu;
b) Rozwiązywanie incydentów na podstawie informacji zawartych w Bazie Wiedzy

o Systemie przygotowanej i aktualizowanej przez Wykonawcę;
c) Kierowanie do dalszych linii wsparcia incydentów, których nie udało się obsłużyć w I i II linii wsparcia. Z kolei Wykonawca świadczy, z wykorzystaniem własnej infrastruktury komunikacyjnej, rolę III linii wsparcia dla Systemu (zarówno dla pracowników Zamawiającego jak i podmiotów zewnętrznych - w tym, ale nie wyłącznie podatników i płatników). Jednocześnie Wykonawca nie ma prawa odmówić obsługi incydentów z powodu tego, że jego zdaniem problem mógł być obsłużony w I lub II linii wsparcia. Jakiekolwiek postanowienia OPZ nie określa w sposób precyzyjny podziału kompetencji pomiędzy I i II oraz III linii wsparcia, jednocześnie dając uprawnienie Zamawiającemu do przekazania każdego zgłoszenia bezpośrednio do III linii wsparcia obsługiwanego przez Wykonawcę. Wykonawca bowiem „nie ma prawa odmówić obsługi incydentów z powodu tego, że jego zdaniem problem mógł być obsłużony w I lub II linii wsparcia.". Tak określone wymagania potwierdzają, że założenie, że jedynie III linia wsparcia leży po stronie wykonawcy może okazać się fikcyjne. OPZ nie rozgranicza bowiem w sposób precyzyjny kompetencji I, II i III linii wsparcia. Tym samym, okazać się może że to na wykonawcy ciążyć będzie całość obowiązków związanych z zapewnieniem usług helpdesku, co pozostaje w sprzeczności z pozostałymi wymaganiami OPZ w zakresie usług wsparcia i uniemożliwia choćby szacunkowe określenie wartości takich usług. Na mocy § 20 ust 1 Wzoru Umowy Wykonawca zobowiązany jest nie angażować się w trakcie obowiązywania Umowy, pośrednio lub bezpośrednio w żadną działalność, która stałaby w sprzeczności z obowiązkami ciążącymi na nim na podstawie Umowy. Tak sformułowane postanowienie umowne, jest zbyt ogólne i nieprecyzyjne. Przede wszystkim należy je interpretować jako postanowienie rażąco naruszające zasadę równości stron umowy cywilnoprawnej oraz zasadę ekwiwalentności świadczeń. Wykonawca podejmując się zrealizowania tak sformułowanego zobowiązania, musiałby bowiem zagwarantować, że nie zaangażuje posiadanych przez siebie zasobów w jakikolwiek inny, realizowany w ramach wykonywanej przez siebie działalności gospodarczej projekt. Uwzględniając bowiem profil działalności wykonawcy i specyfikę rynku usług informatycznych, w zasadzie wykonywanie (pośrednio lub bezpośrednio) jakiegokolwiek innego nawet w niewielkim stopniu podobnego projektu informatycznego, mogłoby zostać uznane za *„działalność, która stałaby w sprzeczności z obowiązkami ciążącymi na nim na podstawie Umowy."* . Za całkowitą *„uznaniowością"* interpretacji potencjalnych innych działań wykonawcy, dobitnie przemawia fakt, że żadne

postanowienia umowne nie precyzują, jakie działania lub zaangażowanie w jaki projekt, będzie mogło być uznane przez zamawiającego, za działalność stojącą w sprzeczności z obowiązkami określonymi w przedmiotowej umowie. W konsekwencji powyższego, tak sformułowane postanowienie, należy także uznać za rażące naruszenie przepisów, gwarantujących każdemu przedsiębiorcy „podejmowanie, wykonywanie działalności gospodarczej, które zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej „jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa." Odwołujący wskazał, że żądanie przez Zamawiającego potwierdzenia, które ma wykazać spełnienie przez wykonawcę warunków oraz jednoczesne określenie jaka osoba z zespołu wystawcy tzw. referencji to jest *„pełniąca rolę CIO (Chief Information Officer)"* ma podpisać owe referencje jest pozbawiona podstawy prawnej, a wręcz naruszająca zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący wskazuje, że jako podmiot wykonujący zlecenia nie ma wpływu ani na treść wydanych tzw. referencji ani na fakt uprawnienia do wystawienia referencji ze strony Zamawiającego. Jak już wielokrotnie to zostało podnoszone w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający nie ma uprawnień do stawiania warunków dotyczących treści wystawianych tzw. referencji. Dokument ten jest dokumentem nieformalnym i jest wystawiany jedynie w celu wykazania należytego wykonania zamówienia. Wobec powyższego Odwołujący wnosi o wykreślenie zapisów wskazujących na uprawnione osoby do wystawiania tzw. referencji na potwierdzenie należytego wykonania zamówień, Zamawiający poprzez zapis w brzmieniu *„wykonawca może zawrzeć umowę z Podwykonawcą wyłącznie w formie pisemnej i w brzmieniu zgodnym z projektem akceptowanym przez Zamawiającego. Nie dotrzymanie tego warunku jest równoznaczne z brakiem zgody Zamawiającego na zawarcie umowy" (....)* przypisał sobie uprawnienie do wyrażania zgody na zawieranie bądź niezawieranie umów pomiędzy wykonawcą, a podwykonawcą. Ponadto Zamawiający w sposób nieuprawniony przyznał sobie uprawnienie do ingerowania oraz akceptowania treści umowy, której nie jest

stroną. Działania takie są nieuprawnione oraz naruszają przepisu prawa zamówień publicznych oraz kodeksu cywilnego. Odwołujący wskazuje, że Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do określenia zakazu wykonania zamówienia przy pomocy podwykonawców, jednakże w takim przypadku Zamawiający jest jednocześnie zobowiązany do wskazania uzasadnionych podstaw do wprowadzenia zakazu wykonania zamówienia z pomocą podwykonawców, co wynika z treści art. 36 ust. 5 Pzp. W niniejszym postępowaniu Zamawiający zarówno w ogłoszeniu jak i SIWZ nie zawarł zakazu wykonania zamówienia przy pomocy podwykonawców. Zgodnie z literalnym brzmieniem w/w przepisu Pzp wykonawcy przysługuje uprawnienie do wykonania zamówienia przy pomocy podwykonawców. Nadto w ustawie nie został zawarty zakaz wykonania całego zamówienia przez podwykonawców, co przesądza o możliwości wykonania całego zamówienia tylko

---

i wyłącznie przy udziale podwykonawców. Odwołujący wskazuje, że zapis wskazujący na obowiązek pisemnego zawarcia umowy z podwykonawcą, która to treść umowy musi zostać zaakceptowania przez Zamawiającego nie jest zabezpieczony żadną sankcją. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za podwykonawców tak jak za swoje działania wynika z mocy samych przepisów prawa. Wobec czego brak zgody Zamawiającego na zawarcie umowy z podwykonawca nie wpływa na ważność tej umowy, ani nie wpływa na odbiór prac wykonanych przez podwykonawcę, na którego działanie nie wyraził zgody Zamawiający. Wobec powyższego Odwołujący wnosi o wykreślenie zapisu jako sprzecznego z celem oraz brzmieniem art. 36 ust 5 Pzp. Odwołujący przytoczył wyrok KIO z dnia 02.11.2011 r., sygn. akt: KIO 2274/11, wyrok KIO z dnia 11.05.2011 r., sygn. akt: KIO 878/11, KIO 901/11, jak i wyrok KIO z dnia 18.05.2010 r., sygn. akt: KIO 786/10. Zamawiający w treści załącznika nr 6 do SIWZ oznaczony numerem 1.1.7.12 zatytułowany *„WYM.UZU.55 Wprowadzanie zmian w systemie"* pkt 4 określił obowiązek wprowadzania zmian przez Wykonawcę w systemie po cenie określonej przez Zamawiającego. Zmiana ceny jest możliwa jedynie w przypadku uznania jej za istotnie zaniżoną. Odwołujący wskazuje, że zwrot *„istotnie zaniżona"* jest zwrotem niedookreślonym. Analogiczny zwrot istniejący w ustawie prawo zamówień publicznych jakim jest „rażąco niska cena" jest również zwrotem niedookreślonym. Próbę wyjaśnienia „rażąco niskiej ceny" podjęło wiele składów orzekających w Krajowej Izbie Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych. Wskazać należy że do dnia dzisiejszego nie ma jednoznacznego wyjaśnienia tego zwrotu, a linia orzecznicza jest w tej kwestii rozbieżna. Wobec czego zwrot *„istotnie zaniżona"* zastosowany przez Zamawiającego tym bardziej jest zwrotem niedookreślonym, powodującym że ewentualna zmiana wyceny stanie się niemożliwa z przyczyn formalnych. Odwołujący wskazuje, że Wykonawca powinien mieć uprawnienie do wykonania ponownego oszacowania wartości, co wprowadzi jednoznaczne i dookreślone zasady zmiany cen. Zamawiający w treści załącznika nr 6 do SIWZ oznaczony numerem 1.1.8.1.1 zatytułowany *„WYM.UZU.56 Wymagania na usługę wsparcia konsultanckiego przez Wykonawcę"* określił maksymalna ilość roboczogodzin wsparcia. Zamawiający określił również zakres wykorzystywanych roboczogodzin, wskazując między innymi wykorzystanie wsparcia na wykonanie „innych zadań zleconych przez Zamawiającego. Zwrot ten jest zwrotem niedookreślonym i faktycznie może oznaczać obowiązek realizacji wsparcia przez wykonawcę umowy w każdym przypadku, gdy Zamawiający zleci dokonanie takiego wsparcia. Rozwiązanie takie jest niemożliwe do zaakceptowania przez Odwołującego. Odwołujący wskazuje, że zapis ten przesądza o braku równości stron umowy. Wskazać należy, że Zamawiający jako *„gospodarz"* prowadzonego postępowania nie ma uprawnień do „dyktowania" jednostronnych warunków realizacji umowy. Zwarzywszy na fakt, że wykonawca jest zobowiązany na podstawie powyższego postanowienia do udzielenia wsparcia faktycznie w każdym zleconym zakresie, Wykonawca

---

ma obowiązek przystąpienia do realizacji zgłoszenia w terminie do 5 dni roboczych od otrzymania od Zamawiającego zamówienia. Zamawiający w załączniku nr 7 do SIWZ ust. 3 zatytułowanego *„sposób przeprowadzenia Prezentacji"* pkt 3.2 nie określił w precyzyjny sposób, w jakim terminie zostaną przekazane poszczególnym wykonawcom zestawy danych testowych. Odwołujący wskazuje, że takie niedookreślone postanowienie SIWZ, może prowadzić do podjęcia czynności przez Zamawiającego, które naruszą jedną z podstawowych zasad obowiązujących w prawie zamówień publicznych to jest zasadę

równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Hipotetycznie należy przyjąć, że Zamawiający w oparciu o istniejące postanowienia SIWZ udostępni wszystkim wykonawcom zestawy danych testowych w tym samym momencie. Jednocześnie przyjmując, że każdy z wykonawców będzie przedstawiał swoją prezentację w różnym czasie, a kolejność prezentacji uzależniona będzie od ilości oraz kolejności złożonych ofert wysoce prawdopodobne jest, że prezentacje wszystkich wykonawców nie odbędą się jednego dnia. Stwarza to sytuację nierównego traktowania wykonawców, ponieważ faktycznie każdy z wykonawców będzie miał inny czas na przygotowanie się do prezentacji oraz poprawienie błędów w zależności od wyznaczonego terminu prezentacji. Takie działanie stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, gdyż faktycznie każdy z wykonawców będzie miał inny czas na przygotowanie się do prezentacji. Oczywistym jest, że skoro wykonawcy otrzymają zadania testowe w jednym czasie i nawet jeżeli zdeponują zestawy komputerowe u Zamawiającego podczas przygotowań do prezentacji każdy z wykonawców będzie używał kopii zapasowej przekazanego oprogramowania oraz będzie miał możliwość eliminacji ewentualnie występujących błędów oraz przygotowania prezentacji w taki sposób aby istniejące błędy nie zostały wykazane podczas prezentacji, co zresztą przewidział Zamawiający następującym postanowieniem „W przypadku wystąpienia błędy Wykonawca może, celem usunięcia błędu, dokonać niezbędnych z jego punktu widzenia modyfikacji prezentowanego systemu". Wobec czego czas pomiędzy przekazaniem zadań testowych a terminem prezentacji powinien być dla każdego z wykonawców jednakowy, co pozwoli, na równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego Odwołujący wnosił o dokonanie modyfikacji w/w zapisów załącznika do SIWZ, które umożliwią równe traktowanie wszystkich wykonawców. Przywołał: wyrok SO w Warszawie z dnia 09.09.2003 r., sygn. akt: V Ca 1477/03, wyrok KIO z dnia 17.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1406/08, wyrok KIO z dnia 20.01.2011 r., sygn. akt KIO/UZP 28/11, jak i wyrok KIO, sygn. akt: KIO/UZP 423/08.

Odnośnie, postanowień Wzoru Umowy naruszających zasady określania współpracy z podwykonawcami, co w konsekwencji w nieuprawiony sposób ogranicza możliwość przygotowania oferty i wykonania przedmiotu umowy przez Odwołujacego (pkt VI). Odwołujący wskazał, ze zgodnie z art. 36 ust. 5 Pzp Zamawiający może zastrzec zakaz

wykonania całości lub części zamówienia przez podwykonawców, jednakże jedynie ze względu na „specyfiką przedmiotu zamówienia". W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie zastrzegł ani w SIWZ ani w ogłoszeniu zakazu wykonania części lub nawet całości prac przez podwykonawców. Wobec czego poszczególne zapisy § 19 wzoru umowy, a w szczególności ust. 2 wprowadzają uwarunkowanie wykonania części zamówienia przez podwykonawcę od uzyskania zgody Zamawiającego. *„powierzenie przez wykonawcę części przedmiotu umowy podwykonawcy wymaga każdorazowo zgody Zamawiającego na zawarcie umowy".* Nadto, zgoda Zamawiającego musi być wyrażona w formie pisemnej. Zgodnie z postanowieniem §19 ust. 4 wzoru umowy *„Zamawiający ma prawo nie wyrazić zgody na wykonanie części przedmiotu umowy przez podwykonawcę"* z uzasadnionych przyczyn, pr2y czym zwrot *„uzasadnione przyczyny"* jest zwrotem niedookreślonym przesadzając o możliwości odmowy wydania zgody na udział podwykonawców w wykonaniu zamówienia przez Zamawiającego faktycznie z każdego powodu. Zamawiający powyżej wskazanymi postanowieniami ingeruje w samą treść oraz uzależnia podpisanie danej umowy od dokonania akceptacji całego wzoru umowy. Każdorazowa zmiana już zawartej umowy z podwykonawcą również wymaga akceptacji Zamawiającego. Odwołujący wskazuje, że Zamawiający jako podmiot nie będący strona umowy nie ma uprawnień do ingerowania w treść oraz formę samej umowy. Zgodnie z postanowieniem § 19 ust. 9 Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do żądania od wykonawcy rozwiązania umowy z podwykonawca, który wykonał swoją część prac w sposób nienależyty lub ich nie wykonał. Uprawnienie to jako podmiotu trzeciego nie związanego treścią umowy jest niczym nieuzasadnione. Odwołujący zwraca uwagę, że wykonawca ponosi odpowiedzialność za wszystkie działania podwykonawcy, tak jak za swoje działania. Ponadto Zamawiający w przypadku nienależytego wykonania lub braku wykonania posiada uprawnienia do zabezpieczenia swoich roszczeń od samego wykonawcy. Odwołujący wskazuje, że celem art. 35 ust. 5 Pzp jest umożliwienie korzystania podczas wykonania zamówienia z pomocy podwykonawców. Obecnie na podstawie art. 26 ust 2b Pzp wykonawcy mogą korzystać z prawie nieograniczonego potencjału podmiotów trzecich, które nie muszą być podwykonawcami

uczestniczącymi w wykonaniu danego zamówienia. Określenie przez Zamawiającego powyżej wskazanych postanowień wzoru umowy stanowi ograniczenie oraz ingerencję Zamawiającego w stosunek prawny łączący wykonawcą z podwykonawcą. Ingerencja ta zdaniem strony Odwołującej stanowi próbę „obejścia" przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, gdyż ograniczenia te będą miały zastosowanie dopiero na etapie wykonania umowy, a nie na etapie prowadzenia postępowania w oparciu o Pzp. Odwołujący wskazuje, że stosownie do art. 14 Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, jeżeli przepisy tej ustawy nie stanowią

53

---

inaczej. Odpowiednią regulację w odniesieniu do umowy o wykonanie zamówienia publicznego zawiera art. 139 ust. 1 Pzp. przy uwzględnieniu zasady swobody zawierania umów, określonej w art. 353 1 K.c. zawarcie umowy na oznaczonych warunkach pozostawione jest decyzji stron, z ograniczeniami wynikającymi z treści wymienionych przepisów. Postępowanie o zamówienie publiczne ma doprowadzić do wybrania najkorzystniejszej oferty i podpisania umowy z wykonawcą gwarantującym jej należyte wykonanie przy przestrzeganiu zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, a także w zgodności z przepisami tej ustawy. Stąd nadużywanie praw podmiotowych przez Zamawiającego, do ustalania podmiotu podwykonawcy, treści umowy lub nakazu rozwiązania umowy stanowi nadużycie prawa. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z treścią art. 353(1) k.c. *„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"* przy czym zauważyć należy, że Zamawiający nie jest strona tej umowy. Podjęte przez Zamawiającego działania dotyczące ingerencji w stosunek pomiędzy wykonawca, a podwykonawcą są zgodnie z brzmieniem art. 58 § 1. k.c. nieważne, gdyż prowadzą do obejścia prawa. Odwołujący wskazał, że umowy z podwykonawcami zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W momencie ich udostępnienia Zamawiającemu do wglądu lub akceptacji, umowy te mogłyby podlegać udostępnieniu na podstawie ustawy o dostępnie do informacji publicznej. W każdej z takich umów zawarte są tzw. „klauzule poufności" za których naruszenie każda ze stron zobowiązana jest do zapłaty wysokich kar umownych. Wobec czego, postanowienia wzoru umowy z założenia stanowić będą naruszenie „klauzul poufności" zawartych pomiędzy podwykonawca a wykonawcą. Odwołujący przytoczył wyrok z dnia 02.06.2008 r., sygn. akt. KIO/UZP 476/08 oarz wyrok KIO z dnia 26.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1461/08.

Odnośnie oceny warunki Umowy zobowiązujących wykonawców do zaoferowania elementów przedmiotu zamówienia nieodpłatnie, mimo ponoszenia przez nich kosztów realizacji, co stoi w sprzeczności z istota zamówienia publicznego, polegającą na odpłatności umowy zawartej miedzy Wykonawcą, a Zamawiającym (pkt VII). W załączniku nr 6 do OPZ Zamawiający wymaga: „Jeżeli zmiana jest realizowana przez Zamawiającego lub przez podmiot przez niego wskazany wówczas przechodzi ona nieodpłatną procedurę jej autoryzacji przez Wykonawcę". Zgodnie z art. 2 pkt 13 Pzp umowy w sprawie zamówień publicznych są umowami odpłatnymi. Tymczasem we wskazanym zakresie Zamawiający wymaga nieodpłatnego świadczenia, przy bezsprzecznym ponoszeniu przez Wykonawcę kosztów przy każdej autoryzacji. Co więcej Zamawiający nie określił ewentualnej częstotliwości zmian, brak wskazań w tym zakresie nie pozwala na oszacowanie przyszłych kosztów wykonawcy procedur *„nieodpłatnych"* dla Zamawiającego, tym samym naruszając przepis art. 29 Pzp.(pkt VII.1).

54

W dniu 04.02.2012 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. wniósł uzupełnienie odwołania na podstawie art. 180 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp na postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 04.02.2012 r. (emailem).

Obok zarzutów zawartych w odwołaniu podnoszę również zarzut naruszenia przez Zamawiającego postanowień art. 22 ust. 4 Pzp. W oparciu o powyższe zarzuty oraz te zawarte w odwołaniu, dodatkowo wnosił o uwzględnienie odwołania wraz z jego

uzasadnieniem, poprzez nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ w:
1) Rozdz. VIII pkt 3 ppkt 1) lit. b); c) oraz d), gdzie Zamawiający określił specyficzne wymagania dotyczące grup ekspertów (odpowiednio Architektów, Analityków oraz Projektantów/Specjalistów), poprzez ograniczenie wymaganego zakresu doświadczenia;
2) załączniku nr 2 do Opisu Przedmiotu Zmówienia (OPZ), w punkcie S.WYM. III (str. 5) - Ograniczenia zasobów infrastruktury serwerowej wykorzystywanej przez system (TA2, TA3, TA4), poprzez jednoznaczne i uzasadnione od strony technicznej określenie wymogów Zamawiającego;
3) załączniku nr 2 do OPZ, na str. 14 w punkcie S.WYM.072 - Czas wznowienia po zakłóceniu działania (TA2, TA3, TA4), poprzez dopuszczenie możliwości dłuższego czasu gwarantowanego wznowienia po zakłóceniu działania (RTO) dla każdej z aplikacji niż czas wznowienia dla powiązanej usługi infrastrukturalnej dostarczającej środowisko dla aplikacji.
4) poprzez wyłączeniu czasu niezbędnego na naprawę z punktu widzenia utrzymania pożądanego poziomu usług (SLA) w odniesieniu do Oprogramowania standardowego (Złączniku nr 6 do OPZ, Rozdział 1.1.6. Usługa asysty powdrożeniowej, Rozdz. 1.1.7. Usługa utrzymania Systemu)
5) poprzez zmianę warunków licencyjnych dotyczących Oprogramowania Standardowego, opisanymi w Załączniku 14 do OPZ, zgodnie z wnioskami Odwołującego zawartymi dalej, w uzasadnieniu (Ad.5).
6) poprzez:
a) zmianę wymagania opisanego w Załączniku 14 do OPZ (1.2.5 WYM.LIC.II), o treści:
„1) Wykonawca nie może złożyć wypowiedzenia licencji na jakiekolwiek oprogramowanie gotowe przed upływem 10 lat od daty odbioru licencji.
2) Okres wypowiedzenia licencji nie może być krótszy niż 5 lat", poprzez nadanie mu następującego brzmienia:
„1) Wykonawca nie może złożyć wypowiedzenia licencji na jakiekolwiek oprogramowanie gotowe przed upływem 10 lat od daty odbioru licencji.

---

2) Okres wypowiedzenia licencji nie może być krótszy niż 5 lat.
3) Powyższe postanowienia nie dotyczą możliwości wypowiedzenia licencji przez Wykonawcę, w razie poważnego naruszenia przez Zamawiającego warunków licencyjnych, w szczególności wówczas, gdy naruszenie takie mogłoby uprawniać właściciela praw autorskich do utworów, których dotyczy licencja, do wypowiedzenia licencji."
b) zmianę § 10 ust. 17 Wzoru Umowy, o treści:
„17. Wykonawca nie może złożyć wypowiedzenia licencji/sublicencji na jakiekolwiek Oprogramowanie gotowe przed upływem 10 lat od daty odbioru licencji/sublicencji, przy czym okres wypowiedzenia licencji/sublicencji nie może być krótszy niż 5 lat." poprzez nadanie mu następującego brzmienia:
„17. Wykonawca nie może złożyć wypowiedzenia licencji/sublicencji na jakiekolwiek Oprogramowanie gotowe przed upływem 10 lat od daty odbioru licencji/sublicencji, przy czym okres wypowiedzenia licencji/sublicencji nie może być krótszy niż 5 lat. Powyższe postanowienia nie dotyczą możliwości wypowiedzenia licencji przez Wykonawcę, w razie poważnego naruszenia przez Zamawiającego warunków licencyjnych, w szczególności wówczas, gdy naruszenie takie mogłoby uprawniać właściciela praw autorskich do utworów, których dotyczy licencja, do wypowiedzenia licencji."
7) poprzez zmianę postanowień Załącznika nr 11 do OPZ i uzupełnienie jego postanowień (np. poprzez dodanie kolejnego podpunktu w pkt 1.3 *„Referencje",* w brzmieniu: *„Jeżeli istnieje nowszy standard obowiązujący dla danego narzędzia i jego wybór jest lepszym rozwiązaniem technologicznym, bardziej dostosowanym do potrzeb Zamawiającego, Zamawiający dopuszcza stosowanie rozwiązań bazujących na takim standardzie."*
8) poprzez wprowadzenie stosownych zmian w treści załącznika 5 do OPZ (zestawy licencyjne), które dopuszczałyby rozwiązania oparte na innych komponentach niż komponenty IBM lub też przyjęcie rozwiązania nakazującego Zamawiającemu zapewnienie, przez cały okres świadczenia usług przez wykonawcę, dodatkowych licencji i wsparcia technicznego ze strony tych dostawców, którzy w chwili zawierania Umowy, będącej przedmiotem zamówienia, są już dostawcami rozwiązań informatycznych na rzecz Zamawiającego. W razie uwzględnienia całości lub części wniosków sformułowanych w punktach powyżej, wnoszę również o dokonanie odpowiednich zmian w treść ogłoszenia

o zamówieniu dotyczącym przedmiotowego postępowania, w takim zakresie, w jakim treść tego ogłoszenia będzie stała w sprzeczności z treścią SIWZ zmienioną w wyniku uwzględnienia tego odwołania.
Ad. 1) W SIWZ w Rozdz. VIII pkt 3 ppkt 1) lit. b); c) oraz d) Zamawiający określił specyficzne wymagania dotyczące grup ekspertów (odpowiednio Architektów, Analityków oraz Projektantów/Specjalistów). W pierwszej części wymogów Zamawiający wskazał zestaw kompetencji, który zespół ekspertów powinien posiadać łącznie, natomiast w następnej

części pojawił się zapis *„Każdy z członków grupy musi spełniać następujące warunki:".*
W ramach opisanych warunków przewidziano, że każdy członek grupy musi posiadać doświadczenie zawodowe obejmujące łącznie wymienione poniżej dokonania.

W praktyce zapis taki oznacza, że np. członek zespołu Architektów - Architekt Domenowy, który odpowiada wyłącznie za sieci teleinformatyczne musi posiadać jednocześnie następujące doświadczenie:
Architekci Domenowi:
- w okresie ostatnich 5 lat wykonywał w sumie co najmniej przez 2 lata zadania w zakresie projektowania (tworzenia) architektury złożonych systemów informatycznych w zakresie architektur domenowych;
- w okresie ostatnich 5 lat wykonywał w sumie co najmniej przez 2 lata zadania w zakresie posługiwania się metodyką RUP, CASE lub równoważną (inne powszechnie uznane metodyki w tym obszarze);
- w okresie ostatnich 5 lat wykonywał w sumie co najmniej przez 2 lata zadania w zakresie oferowanego oprogramowania typu COTS (o ile zostanie zaoferowane);
- w okresie ostatnich 5 lat wykonywał w sumie co najmniej przez 2 lata zadania w zakresie projektowania architektury systemów w architekturze wielowarstwowej;
- w okresie ostatnich 5 lat w sumie co najmniej przez 6 miesięcy wykonywał zadania architekta domenowego w co najmniej dwóch projektach obejmujących swoim zakresem budowę jednej z architektur domenowych systemów informatycznych;
- posiada doświadczenie w zakresie projektowania systemów rozproszonych geograficznie.
Analogiczna konstrukcja zapisów dotyczy grup ekspertów Architektów, Analityków oraz Projektantów/Specjalistów.

W opinii Odwołującego współistnienie powyższych zapisów jest nieuzasadnione specyfiką zamówienia, gdyż posiadanie pełnego spektrum żądanego doświadczenia nie jest niezbędne do wykonania zadań w ramach poszczególnych kompetencji opisanych wcześniej. Mając na uwadze, że art. 22 ust 4 Pzp wyraźnie wskazuje, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tym samym Zamawiający, formułując takie, a nie inne warunki co od udziału określonych ekspertów w realizacji zamówienia, dopuścił się naruszenia wskazanego przepisu. Jednocześnie, należy uznać, że postawione nadmierne warunki podmiotowe ograniczają konkurencję a więc stoją w sprzeczności z art. 7 Pzp.
Ad. 2) W Załączniku nr 2 do OPZ, na str. 5 w punkcie S.WYM.III - Ograniczenia zasobów infrastruktury serwerowej wykorzystywanej przez system (TA2, TA3, TA4) Zamawiający wskazał: *„System powinien być tak skonstruowany i wdrożony, aby realizował wszystkie wymagania funkcjonalne i niefunkcjonalne w warunkach normalnej eksploatacji*

w środowisku infrastruktury o rozmiarze i parametrach nie lepszych (nie większych) niż parametry infrastruktury Systemu dostarczanej przez Zamawiającego".

Jeden z parametrów infrastruktury Systemu wynosi 8TB pojemności dysku, co może się okazać zbyt małą pojemnością na wymagania postawione w przywołanym wymaganiu opisu przedmiotu zamówienia. Odnosząc się do powyższego przez pryzmat obowiązujących przepisów prawa stwierdzić należy, że po podpisaniu umowy na podstawie obowiązujących postanowień SIWZ nie będzie możliwości dokonania zmiany umowy i rozszerzenia jej zakresu, ponad postanowienia obowiązującej Specyfikacji i złożonej oferty. Przywołał wyrok KIO/UZP 1244/11 z dnia 21.06.2011 r. Na etapie po podpisaniu umowy nie będzie zatem możliwości dostosowania opisu przedmiotu zamówienia, do realnych możliwości Systemu. Zakres zobowiązania umownego nie może wykraczać poza zakres zakładany w ofercie,

albowiem pozostawałoby to w sprzeczności z art. 140 ustawy. Doprowadzić to może z kolei do sytuacji, w której realizacja wymogów zawartych w SIWZ jako niemożliwa do wykonania, będzie prowadziła do nieważności umowy w tym zakresie, na co zapewne Zamawiający nie może sobie przy budowie systemu pozwolić. Tym samym opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnia obiektywnych cech, w tym przypadku pojemności dysków z punktu widzenia osiągnięcia pełnej funkcjonalności systemu przy oczekiwanych przez Zamawiającego parametrach. Odwołujący dodatkowo wskazuje, iż dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia zawiera szereg sprzeczności merytorycznych i wymagań, które w swej istocie utrudniając uczciwą konkurencję preferując określone rozwiązania.
Ad. 3) W załączniku nr 2 do OPZ, na str. 14 w punkcie S.WYM.072 - Czas wznowienia po zakłóceniu działania (TA2, TA3, TA4) Zamawiający wymaga, by dla każdej z aplikacji czas gwarantowanego wznowienia po zakłóceniu działania (RTO) był nie większy niż dla powiązanej usługi infrastrukturalnej dostarczającej środowisko dla aplikacji.

Oczywistym jest, że wznowienie po zakłóceniu działania aplikacji jest możliwe po uzyskaniu gotowości infrastrukturalnej, w której aplikacja funkcjonuje, z tego względu postawienia wymagania, że działanie aplikacji było wznowione jednocześnie ze wznowieniem usługi infrastrukturalnej jest technicznie niemożliwe i może powodować zakłócenia w funkcjonowaniu systemu z wykorzystaniem poszczególnych aplikacji. Tym samym opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny i w konsekwencji powoduje niemożliwość realizacji świadczenia w ramach zaciągniętego zobowiązania umownego.
Ad. 4) Poziom usług (SLA) oczekiwany przez Zamawiającego, dotyczy także standardowego oprogramowania - nie ma rozgraniczenia, które wyłączałoby SLA dla standardowego oprogramowania. Z drugiej strony zamawiający oczekuje, że duża część systemu będzie zrealizowana na komponentach COTS, dla których określony poziom SLA gwarantuje, lub też nie, producent takiego oprogramowania. Wykonawca nie może zagwarantować SLA w sytuacji gdy nie gwarantuje jej producent COTS. W konsekwencji powyższego wnosimy

o zmianę w powyższym zakresie polegającą na wyłączeniu czasu niezbędnego na naprawę z punktu widzenia utrzymania pożądanego poziomu SLA, gdyż dotychczasowe oczekiwania Zamawiającego czynią przyszłe świadczenie w istocie niemożliwym, tym samym wpływając na niedochowanie uczciwej konkurencji w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.
Ad. 5) Załącznik nr 14 do OPZ, (zgodnie z WYM.LIC.I), stanowi, że dla oprogramowania gotowego klasy ITS: a) Licencja nie może ograniczać Zamawiającego w zakresie użytkowania - m.in. w zakresie liczby użytkowników, sprzętu na którym może być dokonana instalacja, środowisk, na których może być wykorzystywane. W szczególności licencja musi pozwalać na wykorzystywanie oprogramowania we wszystkich jednostkach: organizacyjnych MF, jednostkach podległych i nadzorowanych przez MF, uwzględniając również późniejsze zmiany organizacyjne. Zapis *„m.in."* oznacza, że licencja nie może mieć żadnych ograniczeń. Zapis *„m.in."* rozszerza pojęcie nieograniczoności na wszystkie przypadki co stoi w rażącej sprzeczności z przepisami ustawy Prawo autorskie i prawa pokrewne, w szczególności w zakresie postanowień traktujących o polach eksploatacji zgodnie z którymi można dzielić upoważnienia do korzystania z utworu na wymienionych w umowie polach eksploatacji z określeniem zakresu, miejsca i czasu tego korzystania. Powyższe postanowienia w istocie rozstrzygają o sprzeczności oczekiwań Zamawiającego z przepisami prawa autorskiego gdyż otwarta formuła Zamawiającego wyrażona poprzez skorzystanie z przykładowego wyliczenia określeniem „m.in." powoduje, iż w rzeczywistości „w zakresie użytkowania" Zamawiający nie precyzuje pól eksploatacji, a tylko istniejące w chwili zawierania umowy są możliwe do uregulowania. Wobec powyższego Odwołujący żąda zmiany SIWZ w sposób uwzględniający przepisy art. 29 Pzp tj. z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i nie naruszania przepisów powszechnie obowiązujących innych aktów prawnych, poprzez jednoznaczne określenie pól eksploatacji oprogramowania gotowego uwzględniając zakres niezbędny do prawidłowego korzystania z systemu, ale jednocześnie z poszanowaniem obowiązujących na rynku standardów właściwych dla Oprogramowania gotowego, w szczególności typu COTS.
Ad. 6) Zgodnie z postanowieniami Wzoru Umowy oraz WYM. LIC. 11., Wykonawca nie może złożyć wypowiedzenia licencji na jakiekolwiek oprogramowanie gotowe przed upływem 10 lat od daty odbioru licencji, zaś okres wypowiedzenia licencji nie może być krótszy niż 5 lat." Postanowienia te nie pozwalają na wypowiedzenie nawet w przypadku rażących naruszeń warunków licencyjnych po stronie Zamawiającego. Jest to sprzeczne zarówno z przepisami

prawa autorskiego, jak też z powszechnie stosowanymi w obrocie warunkami, na jakich licencjonowane jest oprogramowania typu COTS.

Postanowienia proponowane przez Zamawiającego w rzeczywistości powodują *„ubezwłasnowolnienie"* wykonawcy gdyż mimo, że zrealizował dostawę licencji w prawidłowy sposób, to nawet w sytuacji gdy Zamawiający nie zapłaci za dostarczoną licencje to już od

dnia odbioru (a oczywistym jest, ze nie będzie to jednocześnie dzień uruchomienia płatności za licencję) wykonawca nie ma prawa wypowiedzenia umowy - tym samym zamawiający w rażący sposób narusza zasadę równości stron w umowie cywilnoprawnej.

Ad.7) W Zał. 11 do OPZ *„Księga standardów technicznych programu e-Podatki"* p. 2.5.4 Zamawiający wymaga zastosowania standardu HTTP 1.1. Standard w wersji 1.1, który już przestarzały i został zastąpiony przez standard HTTP 1.2. W p. 2.8.1 tego samego załącznika Zamawiający wymaga zastosowania standardu HTML 4.01, powołując się na projekt rozporządzenia Rady Ministrów z 22 kwietnia 2011 r. Należy stwierdzić, że powołanie się na projekt rozporządzenia nie powinno stanowić podstawy do narzucenia stosowania określonego standardu technicznego. Ze względu na okres, w którym przygotowywano rozporządzenie (kwiecień 2011 r.) nie mogło ono uwzględnić standardów technicznych, które w tym okresie były w stadium przygotowania. Tak właśnie stało się ze standardem HTML Organizacja W3C (The World Wide Web Consortium), odpowiedzialna między innymi za standard HTML, podjęła prace nad nową wersją standardu HTML, tj. standardem HTML 5. Prace te obecnie jeszcze trwają, ale praktyka rynkowa wykazała już, że standard ten cieszy się dużą popularnością i został wprowadzony do wszystkich nowych wersji przeglądarek. Można stwierdzić, że w okresie trwania Kontraktu standard HTML 5 zastąpi dotychczas stosowany standard HTML 4.01. Z tego względu narzucenie wspomnianego wymagania ogranicza swobodę Wykonawcy w doborze najlepszego rozwiązania technicznego dostosowanego do potrzeb Zamawiającego.

Ad. 8) Niezależnie od nałożenia na Wykonawcę obowiązku wykorzystania do budowy systemu szyny usług wykorzystującej oprogramowanie firmy IBM (zarzuty z tym związane zostały podniesione w Odwołaniu), Zamawiający określił w załączniku 5 do OPZ zestawy licencyjne (głównie oprogramowania IBM), które mają zostać wykorzystane do budowy systemu e-Podatki. W tym samym załączniku Zamawiający zastrzegł, że Wykonawca jest zobowiązany przewidzieć w budżecie dokupienie ewentualnych licencji na potrzeby programu e-Podatki jeśli liczba licencji będzie niewystarczająca ze względów wydajnościowych. Tym samym Zamawiający nakłada na Wykonawców obowiązek zakupienia nowych licencji konkretnego producenta.Takie rozwiązanie tylko pozornie obniża koszt budowy systemu przez Wykonawców, gdyż największym komponentem kosztotwórczym będzie obligatoryjny zakup usług wsparcia oprogramowania, co głównie dotyczy narzędzi produkcji IBM. W ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ Zamawiający określił termin realizacji zamówienia na 96 miesięcy. Z doświadczenia Odwołującego należy przyjąć, że zawarcie umowy w ramach powyższego postępowania przetargowego nastąpi nie wcześniej niż na koniec czerwca 2012. Oznacza to że koniec realizacji kontraktu przypadnie na połowę roku 2020. Termin ważności usługi wsparcia określony w załączniku 5 do OPZ upływa 31 grudnia 2014 r. W konsekwencji Wykonawca będzie musiał obligatoryjnie

wykupić usługi wsparcia na ponad 6 lat trwania umowy od konkretnego dostawcy, wskazanego w SIWZ. Mając na względzie powyższą argumentację, fakt zobowiązania do wykorzystania licencji określonego dostawcy znakomicie ogranicza spektrum wyboru potencjalnych technologii do budowy systemu, a nie oznacza jednak w żadnym razie, że koszt budowy systemu będzie mniejszy, a przeznaczone na jego budowę środki publiczne wykorzystane bardziej efektywnie.Tym samym Zamawiający dopuścił się naruszenia m.in. przepisów art. 29 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w dniu 06.02.2012 r. zamieścił na stronie internetowej kopie odwołania oraz wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 09.02.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ASSECO POLAND SA, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów zwane dalej: *„ASSECO POLAND SA"* albo *„Przystępującym"* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ATM Systemy Informatyczne SA, ul. Grochowska 21 A, 04-186 Warszawa, zwany dalej: *„ATM Systemy Informatyczne SA"* albo *„Przystępującym"* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO), Oracle Polska Sp. z o.o., ul. Przyokopowa 31, 01-208 Warszawa zwany dalej: *„Oracle Polska Sp. z o.o."* albo *„Przystępującym"* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Bull Polska Sp. z o.o., ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa zwany dalej: *„Bull Polska Sp. z o.o."* albo *„Przystępującym"* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31 - 864 Kraków zwany dalej: *„Comarch S.A" albo „Przystępującym"* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Niniejsze przystąpienie, jak i pozostałe przystąpienia do odwołań rozpatrywanych łacznie w ramach przedmiotowego postepowania odwoławczego, zostało

cofnięte na posiedzeniu przez Comarch S.A. przed sprawdzeniem skuteczności dokonanego zgłoszenia.

W dniu 09.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) SAP Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 5, 02-675 Warszawa, zwany dalej: *„SAP Polska Sp. z o.o."* albo *„Przystępującym"* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 14.02.2012 r. (faxem, oryginał na posiedzeniu 15.02.2012 r.) Zamawiający wobec wniesienia odwołań (sprawy o sygn. akt: KIO 229/12; sygn. akt: KIO 238/12; sygn. akt: KIO 239/12; sygn. akt: KIO 242/12; sygn. akt: KIO 244/12; sygn. akt: KIO 245/12; sygn. akt: KIO 247/12) do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołania, w której wnosił o oddalenie w części zarzutów odwołań, w pozostałej części uwzględnił część zarzutów (82 strony). Kopia została przekazana Odwołującemu na posiedzeniu. Stanowisko merytoryczne Zamawiajacego odnośnie zarzutów dotyczących przedmiotowego odwołania zostanie przedstawione w dalszej części uzasadnienia w ramach ustaleń dotyczacych poszczególnych zarzutów.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 242/12 - ASSECO POLAND SA:

W dniu 03.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ASSECO POLAND SA, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów zwany dalej: *„ASSECO POLAND SA"* albo *„Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 242/12"* wniósł na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp odwołanie na postanowienia SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 03.02.2012 r. (faxem). Zdaniem Odwołującego, treść kwestionowanych zapisów SIWZ stanowi naruszenie następujących przepisów Pzp:

• art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców;

• art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp poprzez określenie przedmiotu zamówienia, w sposób niejednoznaczny, nie wyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję;

• art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp poprzez brak określenia wszystkich istotnych dla stron postanowień, które miałyby być wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego;

• art. 353 1 KC w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp poprzez wykroczenie Zamawiającego

62

poza zasadę swobody umów tj. ukształtowanie stosunku prawnego niezgodnie z zasadami współżycia społecznego;
• art. 487 KC w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp poprzez wykroczenie Zamawiającego poza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron wynikających z umowy wzajemnej.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ zgodnie z treścią uzasadnienia.

Odnośnie, zmiana sposobu rozliczeń niektórych elementów ryczałtowych (pkt I). Zdaniem Odwołującego, przedmiot zamówienia został w części opisany w ten sposób, iż w ramach wynagrodzenia wynikającego z Umowy wykonawca zobowiązany jest zrealizować usługi, których kosztów nie sposób wyliczyć w momencie składania oferty. W konsekwencji trudno wyobrazić sobie, aby oferty składane przez wykonawców były porównywalne, co następnie może uniemożliwić wybór oferty najkorzystniejszej. Niektóre elementy ze względu na swój ryczałtowy charakter przesądzają, iż Wykonawcy przysługiwać będzie wyłącznie wskazane w ofercie *„z góry"* wynagrodzenie. Zdaniem Odwołującego, wynikający z treści SIWZ zakres zobowiązania wykonawcy z tytułu realizacji zamówienia, za wykonanie którego przysługiwać mu będzie wynagrodzenie ryczałtowe narusza wyrażoną w art. 487 § 2 KC zasadę ekwiwalentności świadczeń stron wynikających z umowy wzajemnej. Treść tego przepisu w powiązaniu z dyspozycją art. 29 ust. 1 Pzp przesądza, iż trudno mówić o ekwiwalentności świadczeń w sytuacji, w której wykonawca kalkulując cenę swojej oferty nie jest w stanie odnieść jej do dającego się przewidzieć zakresu usług. Sprzeczność przyjętego przez Zamawiającego sposobu określenia/opisu przedmiotu zamówienia z przepisami Pzp znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO wyrok z dnia 02.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 184/10, czy też wyrok z dnia 14.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 812/09, KIO/UZP 833/09. Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności Odwołujący stwierdził, iż dla zapewnienia w toku postępowania zasad równego traktowania oraz uczciwej konkurencji konieczne jest dokonanie następujących zmian w treści SIWZ:

I.a) § 8 ust. 1 pkt 6 lit. c) Umowy - Wsparcie Obsługi Zmian Prawnych: Zamawiający wymaga podania ryczałtowej kwoty z tytułu Wsparcia Obsługi Zmian Prawnych. Zważywszy, że zakres tych zmian jest, oczywiście, nieokreślony (i niemożliwy do określenia}, nie jest możliwe określenie żadnego niezmiennego wynagrodzenia za realizację tych usług. Dlatego Odwołujący wnosi o zastosowanie do rozliczania tych zmian metody przewidzianej w umowie dla usług Rozwoju (punkty funkcyjne) lub dla Wsparcia konsultanckiego (osobogodziny). Jeden z tych sposobów powinien pozwolić na dokonanie rzetelnej kalkulacji ceny oferty i umożliwić Zamawiającemu zarządzanie realizacją umowy.

I. b) Załącznik 6 do OPZ. WYMU.ZU.1 Zgodność z Programem e-Podatki: Zamawiający stwierdza, że: „Wykonawca *zobowiązany jest do utrzymywania zgodności dostarczanych produktów z produktami Programu (w szczególności, ale nie wyłącznie*

63

z: określonym zakresem modelu docelowego administracji podatkowej, Księgą Standardów Technicznych Programu e-Podatki). Niniejszy opis przedmiotu zamówienia jest skorelowany z powyższymi produktami, niemniej w trakcie trwania prac Wykonawcy zaktada się konieczność ich dostosowania przez Wykonawcę do bieżących ustaleń na poziomie Programu. Ustalenia dotyczyć mogą m.in., ale nie wyłącznie: zmian czasów realizacji produktów z Zamówienia, dat dotyczących realizacji architektur pośrednich Programu, uszczegółowienia zakresu realizowanych prac, zasad i terminów integracji z zewnętrznymi w stosunku do Kontraktu systemami informatycznymi". Dalej zamawiający określił, że: „W *celu umożliwienia oszacowania niezbędnego nakładu pracy ponoszonego przez Wykonawcę w tym obszarze, za punkt odniesienia może on przyjąć, typowy dla dużych projektów informatycznych budżet ryzyka".* Sformułowania użyte przez Zamawiającego świadczą o tym, że ma on świadomość, iż zobowiązanie Wykonawcy ma charakter niedookreślony. Zamawiający przerzuca na Wykonawcę ryzyka, na które Wykonawca nie ma żadnego wpływu, które pozostają całkowicie poza jego kontrolą, są niemożliwe do zarządzania, niemożliwe do wyceny i niemożliwe do ubezpieczenia. Jednak zastosowanie *„dobrej rady"* udzielonej w punkcie 2) również nie jest możliwe. Nie istnieje coś takiego jak

„typowy dla dużych projektów informatycznych budżet ryzyka". Każdy projekt informatyczny jest wyjątkowy i nie można określić standardowego poziomu ryzyka projektu. Zdając sobie sprawę z możliwości wystąpienia tego typu ryzyka. Zamawiający powinien określić metodę wyceny tych zmian (np. punkty funkcyjne lub dniówki} oraz oszacować jego wielkość (poprzez określenie puli, liczby punktów funkcyjnych lub dniówek). Dlatego Odwołujący wnosił o zastosowanie do rozliczania tych zmian metody przewidzianej w umowie dla usług Rozwoju (punkty funkcyjne) i/lub dla Wsparcia konsultanckiego (osobogodziny). Jeden z tych sposobów powinien pozwolić na dokonanie rzetelnej kalkulacji ceny oferty i umożliwić Zamawiającemu zarządzanie realizacją umowy.

I.c) Załącznik 6 do OPZ. WYM.UZU.2 Utrzymywanie aktualnych wersji produktów w trakcie realizacji Kontraktu: Zamawiający stwierdził, że: „Wykonawca *zobowiązany jest do aktualizacji dostarczonych produktów po ich odbiorze przez Zamawiającego tak, by zachować ich aktualność oraz spójność z pozostałymi produktami zarówno wytworzonymi w ramach Kontraktu jak i na poziomie Programu. Zamawiający może zażądać od Wykonawcy dostarczenia zaktualizowanych wersji produktów. Czas realizacji przez Wykonawcę niniejszego żądania wynosi nie więcej niż: 10 dni roboczych dla produktów zarządczych, 20 dni roboczych dla produktów specjalistycznych. Opis zamówienia nie daje możliwości skalkulowania ceny oferty".* Wymaganie powyższe oznacza, że w razie zaistnienia zmian, na które Wykonawca nie ma żadnego wpływu już po odbiorze przez Zamawiającego dostarczonych produktów. Wykonawca musi je nieodpłatnie zmienić. Ponieważ sytuacja jest analogiczna do opisanej w pkt b) powyżej, analogiczne są zarzuty

---

i żądania Odwołującego.

I.d) Załącznik 6 do OPZ. WYM.UZU.46 Uwzględnianie podczas asysty powdrożeniowej wymagań zdefiniowanych dla etapu budowy Systemu: Zamawiający stwierdził: *Jeżeli podczas etapu asysty powdrożeniowej, zachodzi konieczność wprowadzenia zmiany w Systemie (np. dodanie nowej funkcji, modyfikacja istniejącej funkcji, poprawa błędu), lub systemach administracji podatkowej, wskazanych w załączniku 7 do niniejszego OPZ wówczas Wykonawcę obowiązują wszystkie wymagania zdefiniowane dla usługi „Budowa Systemu" - w szczególności, ale nie wyłącznie odnośnie do procesów wytwarzania produktów specjalistycznych, szkoleń, testów, nadzoru architektonicznego, wdrożenia pilotażowego i masowego, migracji oraz inicjalizacji pracy Systemu, chyba że Zamawiający zdecyduje inaczej. Zakres stopnia realizacji poszczególnych wymagań jest każdorazowo proponowany przez Wykonawcę i akceptowany przez Zamawiającego.* Opis zamówienie nie daje możliwości oszacowania pracochłonności wynikającej z realizacji zmian w Systemie w trakcie trwania asysty powdrożeniowej. Akceptując wymaganie, aby poprawianie ewentualnych błędów zostało ujęte w ramach ryczałtowego wynagrodzenia, Odwołujący nie może się zgodzić na takie samo potraktowanie dokonywania zmian, np. dodawania nowych funkcji, modyfikacji istniejących funkcji). Jeśli Zamawiający przewiduje konieczność dokonywania tego typu zmian (zupełnie słusznie) - nie może kosztami tych zmian obciążać Wykonawcy w ramach wynagrodzenia ryczałtowego. Wykonawca, w ramach swojego wynagrodzenia zobowiązany będzie do osiągnięcia wymaganej w SIWZ funkcjonalności systemu. Ewentualne dalsze wymagania Zamawiającego powinny być możliwe do realizacji w ramach umowy, lecz za odrębnym dodatkowym wynagrodzeniem. Odwołujący proponuje, aby nakład pracy Wykonawcy w tym obszarze był rozliczany z puli punktów funkcyjnych na zmiany w ramach rozwoju Systemu.

I. e) Załącznik 6 do OPZ WYM.UZU.18 Zmiany w nowych komponentach Systemu: Zmawiający wymaga obsługi przez Wykonawcę zmian w nowych komponentach systemu, stwierdzając m. in. *Przez obsługę zmian rozumie się całościowy proces ich realizacji - od pozyskania wymagań, poprzez ich udokumentowanie, analizę, projekt, implementację, testy, wdrożenie, migrację danych, szkolenia i utrzymanie. Przez niezbędne zmiany rozumie się zmiany w nowych komponentach Systemu wynikające z:*
a) wdrażania architektur pośrednich lub architektury docelowej,
b) zmian prawnych wynikających/lub warunkujących wdrożenie architektur pośrednich oraz architektury docelowej, w szczególności Wykonawca uwzględnia (tj. odpowiednio rozwija/modyfikuje System) zmiany prawne mające wpływ na System, które zostaną ogłoszone lub zapowiedziane przez Zamawiającego (w formie projektów rozporządzeń lub ustaw przekazanych do Wykonawcy) do końca realizacji Zamówienia. Jest to kolejne zobowiązanie Wykonawcy do uwzględniania niemożliwych do oszacowania zmian prawnych,

nie tylko ogłoszonych, lecz i *„zapowiedzianych".* Wykonawca, składając ofertę może (i powinien) skalkulować cenę w oparciu o dostępne na tym etapie dane, w szczególności stan prawny aktualnie obowiązujący. Rozumiejąc konieczność dostosowywania Systemu do następujących w międzyczasie zmian prawnych, nie możemy zaakceptować niezmienności (ryczałtowego charakteru) wynagrodzenia za wykonanie niemożliwego do oszacowania zakresu prac. Zamawiający powinien przewidzieć rozliczenie tego typu prac w oparciu o punkty funkcyjne lub dniówki. Tymczasem w dalszej treści tego punktu (ppkt 5) Zamawiający wyraźnie wyłączył możliwość rozliczenia czasu realizacji tych zmian w ramach wsparcia eksperckiego. Odwołujący proponuje, aby nakład pracy Wykonawcy w tym obszarze był uwzględniony w ramach puli punktów funkcyjnych na zmiany w ramach rozwoju Systemu lub w ramach wsparcia eksperckiego.

I. f) Załącznik 6 do OPZ WYM.UZU.19 Zmiany w istniejących komponentach Systemu: Również w zakresie istniejących komponentów Systemu Zamawiający stwierdził: *Przez obsługę zmian rozumie się całościowy proces ich realizacji - od pozyskania wymagań, poprzez ich udokumentowanie, analizę, projekt, implementację, testy, wdrożenie, migrację danych, szkolenia i utrzymanie. Jeżeli w wyniku ustaleń wynikających z Kontraktu zmiana jest realizowana przez Zamawiającego lub przez podmiot przez niego wskazany wówczas przechodzi ona nieodpłatną procedurę jej autoryzacji przez Wykonawcę. Celem tego działania jest zachowanie spójności Systemu, a tym samym zachowanie gwarancji i rękojmi na System. Procedurę autoryzacji zmian przygotuje Wykonawca i przedstawia ją do akceptacji Zamawiającemu. Przez niezbędne zmiany rozumie się zmiany w systemach istniejących w administracji podatkowej wynikające z:*
a) wdrażania architektur pośrednich lub architektury docelowej,
b) zmian prawnych wynikających/lub warunkujących wdrożenie architektur pośrednich oraz architektury docelowej, w szczególności Wykonawco uwzględnia zmiany prawne mające wpływ na istniejące komponenty Systemu, które zostaną ogłoszone lub zapowiedziane przez Zamawiającego (w formie projektów rozporządzeń lub ustaw przekazanych do Wykonawcy) do końca realizacji Zamówienia. Również w tym punkcie Zamawiający wykluczył możliwość rozliczenia zmian w ramach wsparcia eksperckiego. Stawiając analogiczne jak w punkcie poprzedzającym zarzuty Odwołujący proponuje również, aby nakład pracy Wykonawcy w tym obszarze byt uwzględniony w ramach puli punktów funkcyjnych na zmiany w ramach rozwoju Systemu lub w ramach wsparcia eksperckiego.

II. Odnośnie, § 16 Umowy - Zawieszenie Umowy: § 16 ust. 1 Umowy stanowi o prawie Zamawiającego do jednostronnego zawieszenia Umowy, ze względu na brak środków finansowych wskazanych w jego budżecie. Za okres zawieszenia Wykonawcy nie przysługuje żadne dodatkowe wynagrodzenie (zdanie drugie § 16 ust. 5 Umowy). Ponadto

„Wykonawca ma obowiązek (...) niezwłocznie zawiesić Umowę na taki okres czasu, jaki Zamawiający w pisemnej nocie uznał za konieczni i przez czas zawieszenia odpowiednio zabezpieczyć realizację Przedmiotu Umowy w takim zakresie i w taki sposób, jaki będzie niezbędny do dalszej realizacji Umowy" (art. 16 ust. 2 Umowy). O ile Odwołujący rozumie możliwość wystąpienia trudności budżetowych Zamawiającego powodujących konieczność zawieszenia realizacji przedmiotowej umowy o tyle trudno mu zrozumieć brak określenia w treści umowy maksymalnego czasu trwania tego zawieszenia biorąc pod uwagę fakt, iż za okres ten Wykonawcy nie będzie przysługiwać żadne wynagrodzenie a czas zawieszenia, biorąc pod uwagę, całokształt umowy będzie narzucony jednostronnie przez Zamawiającego. Wnosimy zatem o określenie maksymalnego łącznego czasu, nie dłuższego niż np. 6 miesięcy, zawieszenia, *za* które Wykonawcy nie będzie przysługiwać wynagrodzenie. Powyższe określenie jest niezbędne do oszacowania ryzyka i prawidłowej wyceny oferty. Ponadto Odwołujący wnosi o doprecyzowanie § 16 ust. 6 poprzez wprowadzenie minimalnego okresu, od momentu pisemnego poinformowania przez Zamawiającego, w jakim Wykonawca ma obowiązek podjęcia dalszych prac w ramach Umowy po okresie zawieszenia. Okres ten, zdaniem Odwołującego, powinien wynosić co najmniej 10 tygodni (jest to okres niezbędny do ponownego zabrania zespołu Wykonawcy, który w okresie zawieszenia podejmie realizację innych projektów).

III. Odnośnie, § 6 ust. 16 Umowy - odpowiedzialność za działania osób trzecich: Zgodnie z § 6 ust. 16 Umowy: *„W razie powstania w trakcie wykonywania Umowy lub po wykonaniu Umowy roszczeń osób trzecich, Wykonawca oświadcza, że bierze na siebie wszelka odpowiedzialność za roszczenia osób trzecich z tytułu szkód materialnych lub na osobie, a wynikłych z wykonania Umowy przez Wykonawcę, jego Podwykonawców i ich pracowników.".Uregulowanie* to powoduje nieograniczony w odniesieniu zarówno do zakresu, sposobu jak i czasu rodzaj odpowiedzialności, niepraktykowany w obrocie gospodarczym. Wykonawca ma być odpowiedzialny za wszelkiego rodzaju powstałe roszczenia nawet tych których żadna ze stron nie potrafi przewidzieć. Odwołujący żąda modyfikacji powyższego zapisu na zapis stanowiący: „Wykonawca *oświadcza, że bierze na siebie odpowiedzialność za roszczenia osób trzecich z tytułu powstałych szkód wynikłych z nienależytego wykonania Umowy".*

IV. Odnosnie, § 6 ust. 10 Umowy - zgoda producenta Oprogramowania gotowego na modyfikacje: Zgodnie z § 6 ust. 10 Umowy: *„Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że w przypadku Oprogramowania gotowego, którego nie jest producentem, uzyskał zgodę producenta na korzystanie z Oprogramowania gotowego i jego modyfikacji.".* Odwołujący wskazuje, iż możliwość uzyskania przez Wykonawcę zgody producenta Oprogramowania gotowego na dowolną modyfikację jego produktu jest praktycznie niemożliwe. Oprogramowanie gotowe ma swojego autora i jest strzeżone jego prawami autorskimi. Nikt

z potencjalnych Wykonawców zamówienia nie może uzyskać praw do modyfikacji tego oprogramowania i w konsekwencji nie może przenieść tych praw na Zamawiającego, nie jest to zresztą konieczne. Do prawidłowego wykonania zamówienia oraz dla dalszego utrzymywania i rozwijania Systemu niezbędne jest prawo do kustomizacji, parametryzacji Oprogramowania pod potrzeby Zamawiającego. Odwołujący żąda modyfikacji przedmiotowego zapisu na zapis stanowiący: *„Wykonawca oświadcza i gwarantuje, że w przypadku Oprogramowania gotowego, którego nie jest producentem, uzyskał zgodę producenta na korzystanie z Oprogramowania gotowego i jego parametryzacji.".*

V. Odnośnie, § 10 ust. 2 Umowy - prawo do udzielenia sublicencji: Zgodnie z § 10 ust. 2 Umowy: *„Zamawiający ma prawo do udzielenia sublicencji na korzystanie z Oprogramowania gotowego i jego modyfikacji na rzecz jednostek Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego oraz innych użytkowników końcowych nie będących jednostkami Skarbu Państwa i samorządu terytorialnego, w zakresie niezbędnym do realizacji zadań resortu finansów".* Odwołujący zwraca uwagę, iż nie ma żadnego wpływu na określanie zadań resortu finansów (zmiany, rozszerzania obszaru zadań), nie może zatem zobowiązać się z góry do udzielenia sublicencji w sposób, który w chwili składania oferty/udzie lania sublicencji jest mu nieznany. Ponadto, planowany zakres sublicencji wykracza poza rzeczową potrzebę. Dlatego też Odwołujący wnosi o zmianę tego ustępu na zapis: *„Zamawiający ma prawo do udzielenia sublicencji na korzystanie z Oprogramowania gotowego i jego modyfikacji na rzecz jednostek Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego oraz innych użytkowników końcowych nie będących jednostkami Skarbu Państwa i samorządu terytorialnego, w zakresie niezbędnym do korzystania z Oprogramowania".*

VI. Odnośnie, § 15 Umowy - Odstąpienie od umowy: Zamawiający w treści ust. 2 bardzo szeroko określił możliwości odstąpienia umownego przez Zamawiającego od Umowy. I tak, prawo odstąpienia przysługuje m.in. w przypadku: *„4) Wykonawca nie uwzględnił uwag lub zastrzeżeń w wyznaczonym terminie albo będą one uwzględnione niezgodnie z tym, co zgłosił Zamawiający 5) Wykonawca nie zrealizował danego Etapu Umowy w Terminie, bądź prawidłowe wykonanie Umowy po zrealizowaniu danego Etapu budzi uzasadnione wątpliwości Zamawiającego;".* Ze względu na fakt, iż Zamawiający, w świetle zapisów Umowy może jednostronnie (bez uwzględnienia zdania Wykonawcy) narzucić termin uwzględnienia uwag lub zastrzeżeń oraz dokonać samodzielnie oceny przesłanki uwzględnienia takich zmian lub uwag - Odwołujący wnosi, w zakresie pkt 4, o wprowadzenie dodatkowego zapisu dotyczącego uprzedniego wezwania i wyznaczenia Wykonawcy dodatkowego terminu do należytego wykonania Umowy (na wzór wezwania określonego § 491 ust. 1 zdanie 1 KC dotyczącego odstąpienia ustawowego). W odniesieniu do pkt 5 Odwołujący żąda doprecyzowania niejednoznacznej przesłanki *„uzasadnionych wątpliwości*

Zamawiającego". Odwołujący zwraca tutaj uwagę na wartość przedmiotowego zamówienia wynoszącą ponad 350 mln zł netto i konsekwencje zastosowania instytucji odstąpienia, tj. *„zwrotu drugiej stronie wszystkiego, co otrzymała od niej na mocy umowy"* (art. 494 KC) przy wprowadzeniu możliwości skrajnie subiektywnej oceny przesłanki przez jedną ze stron stosunku.

VII. Odnośnie, wykonania zastępczego - § 6 ust. 11 Umowy: Zamawiający przewidział w § 6 ust. 11 Umowy instytucję wykonania zastępczego polegającego na możliwości *„powierzenia wykonanie Produktu osobie trzeciej na koszt i niebezpieczeństwo Wykonawcy, bez konieczności upoważnienia sądu, lub dokonania odbioru Produktu za odpowiednim obniżeniem wynagrodzenia".* Tak skonstruowany zapis posługujący się alternatywą łączną oznacza, iż Zamawiający może żądać, niezależnie od siebie, wykonania pierwszeg i drugiego uprawnienia, co oznacza, iż Zamawiający może, w zależności od chęci, podwójnie karać Wykonawcę za to samo, najpierw odbierając produkt i obniżając jego wynagrodzenie, a później obciążając go dodatkowo kosztami wykonania zastępczego. W związku z tym Odwołujący wnosi o zmianę słowa „lub" na *„albo"* co spowoduje przyznanie Zamawiającemu jednego z tych uprawnień.

VIII. Odnośnie, § 21 ust. 5 Umowy-zmiana Umowy: Zgodnie z § 21 ust. 5 Umowy: *„Zmiany do Umowy nie mogą spowodować wzrostu łącznego wynagrodzenia za wykonanie Przedmiotu Umowy, o którym mowa w§ 8 ust 3 Umowy oraz nie mogą stanowić podstawy do zmian Umowy sprzecznych z przepisami prawa.".* Odwołujący zwraca uwagę iż § 8 ust. 3 Umowy nie dotyczy łącznego wynagrodzenia a akceptacji przez Zamawiającego harmonogramów częściowych płatności przedstawianych przez Wykonawcę. Odwołujący traktując ten błąd jako omyłkę wnosi o zmianę § 8 ust. 3 na § 8 ust. 1.

IX. Odnośnie, Rozdz. VIII pkt 4 ppkt 2) SIWZ - polisa ubezpieczeniowa: Zamawiający wymaga przedstawienia prze; Wykonawcę polisy ubezpieczeniowej *„nieograniczoną liczbą zdarzeń, ani też kwotą określającą wysokość odszkodowania za jedno zdarzenie".* Wymaganie to zdaje się być w sprzeczności z ograniczeniem sumy ubezpieczeniowej do 35 mln zł. Tymczasem nie jest możliwe uzyskanie polisy bez określenia limitu ubezpieczenia. Dlatego Odwołujący wnosi o jednoznaczne stwierdzenie, że wymagana polisa powinna być ograniczona do sumy ubezpieczeniowej w wysokości 35 mln zł.

Zamawiający w dniu 06.02.2012 r. zamieścił na stronie internetowej kopie odwołania oraz wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 09.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO), Oracle Polska Sp. z o.o., ul. Przyokopowa 31, 01-208 Warszawa zwany dalej: *„Oracle Polska Sp. z o.o."* albo *„Przystępującym"* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa, zwany dalej: *„Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o."* albo *„Przystępującym"* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Bull Polska Sp. z o.o., ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa zwany dalej: *„Bull Polska Sp. z o.o."* albo *„Przystępującym"* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31 - 864 Kraków zwany dalej: *„Comarch S.A"* albo *„Przystępującym"* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Niniejsze przystąpienie, jak i pozostałe przystąpienia do odwołań rozpatrywanych łacznie w ramach przedmiotowego postepowania odwoławczego, zostało cofnięte na posiedzeniu przez Comarch S.A. przed sprawdzeniem skuteczności dokonanego zgłoszenia.

W dniu 09.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) SAP Polska Sp. z o.o.,

ul. Wołoska 5, 02-675 Warszawa, zwany dalej: *„SAP Polska Sp. z o.o.”* albo *„Przystępującym”* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 14.02.2012 r. (faxem, oryginał na posiedzeniu 15.02.2012 r.) Zamawiający wobec wniesienia odwołań (sprawy o sygn. akt: KIO 229/12; sygn. akt: KIO 238/12; sygn. akt: KIO 239/12; sygn. akt: KIO 242/12; sygn. akt: KIO 244/12; sygn. akt: KIO 245/12; sygn. akt: KIO 247/12) do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołania, w której wnosił o oddalenie w części zarzutów odwołań, w pozostałej części uwzględnił część zarzutów (82 strony). Kopia została przekazana Odwołującemu na posiedzeniu. Stanowisko merytoryczne Zamawiajacego odnośnie zarzutów dotyczących przedmiotowego odwołania zostanie przedstawione w dalszej części uzasadnienia w ramach ustaleń dotyczacych poszczególnych zarzutów.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 245/12 - Sygnity SA:

W dniu 03.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Sygnity S.A, ul. Aleje Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa zwany dalej: *„Sygnity S.A”* albo *„Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 245/12”* wniósł na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp odwołanie na postanowienia SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 03.02.2012 r. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz innych pozostających w zw. z art. 7 przepisów, tj.:
1) naruszenie art. 36 ust. 5 Pzp w wyniku bezzasadnego albowiem nieuzasadnionego specyfiką przedmiotu zamówienia uprawnienia Zamawiającego do odmowy Wykonawcy możliwości powierzenia części lub całości zamówienia podwykonawcom, co uregulowano w § 19 Wzoru umowy, co jednocześnie pozostaje w sprzeczności i jest ograniczeniem uprawnienia Wykonawcy, który na etapie składania oferty skorzystał na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp z potencjału podmiotu trzeciego, a któremu na podstawie niejednoznacznych, niedookreślonych oraz niezgodnych z Pzp powodów uniemożliwi się lub zakłóci realizację Umowy.
2) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w wyniku opisania przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, bez uwzględnienia wymagań mających wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez brak opisu cech niezbędnych do spełnienia dla dopuszczonych rozwiązań równoważnych, co jednocześnie stanowi przejaw utrudniania uczciwej konkurencji i uniemożliwia udział w postępowaniu Odwołującemu.
3) naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w wyniku sporządzenia treści Rozdz. VIII ust. 2 pkt 3 i 4 SIWZ w sposób niezgodny z przepisami Pzptj. w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, uniemożliwiający udział w postępowaniu Odwołującemu,
4) naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp w wyniku sporządzenia treści Rozdz. VIII ust. 3 pkt 1 lit a) i kolejnych punktach, w których to wyrażenie występuje w SIWZ w sposób niezgodny z przepisami Pzp tj. w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, uniemożliwiający udział w postępowaniu Odwołującemu,
5) naruszenie przepisu art. 25 ust. 1 i 2 Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 6) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w zw. z naruszeniem, uniemożliwiając udział w postępowaniu

---

Odwołującemu.
6) naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp w wyniku sporządzenia treści Rozdz. VIII ust. 4 pkt 2 SIWZ, w sposób niezgodny z przepisami Pzp, tj. w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, uniemożliwiający udział w postępowaniu Odwołującemu,

7) naruszenie art. 22 ust. 1 Pzp w wyniku sporządzenia treści Rozdz. VIII ust. 7 SIWZ, w sposób niezgodny z przepisami Pzp, tj. w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, uniemożliwiający udział w postępowaniu Odwołującemu,
8) naruszenie art. 353 1 oraz 5 Kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp w wyniku określenia rażąco rygorystycznych, narzuconych (wykorzystujących pozycję Zamawiającego w postępowaniu), niejednoznacznych i jednostronnie sformułowanych warunków, w szczególności dla:
a) możliwości wykorzystania kodów źródłowych dla Oprogramowania gotowego wg. treści § 5 ust. 7 ppkt 2 i 3 Wzoru Umowy przez co dyskryminuje wykonawców, którzy mieliby wykonywać przedmiot zamówienia również przy pomocy Oprogramowania gotowego, co do którego nie jest w praktyce obrotu spotykanym, aby producenci przekazali dostęp do kodów źródłowych, mimo że Zamawiający dopuszcza możliwość stosowania Oprogramowania gotowego, co powoduje wewnętrzną sprzeczność w treści Wzoru umowy;
b) możliwości powierzenia przez Zamawiającego wykonania Produktu osobie trzeciej na koszt i niebezpieczeństwo Wykonawcy, wg. § 5 ust. 11 pkt 1) bez zobowiązania tej osoby trzeciej do zachowania poufności i respektowania tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy lub jego podwykonawców oraz bez ograniczenia wysokości kosztów do poniesienia których zobowiązany będzie Wykonawca w takiej sytuacji;
c) możliwości wykorzystywania oprogramowania inspirowanego wg. treści § 6 ust. 7 Wzoru Umowy, co poprzez wykorzystanie uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego w sposób nieuzasadniony przedmiotem zamówienia ogranicza swobodę działalności gospodarczej określoną w art. 22 Konstytucji;
d) konieczności uzyskania zgody producenta Oprogramowania gotowego na dokonywanie modyfikacji tego Oprogramowania jeżeli do tych zmian miałyby być wykorzystanie kody źródłowe Oprogramowania gotowego wg. treści § 6 ust. 7, co dyskryminuje wykonawców, którzy mieliby wykonywać przedmiot zamówienia również przy pomocy Oprogramowania gotowego, co do którego nie jest w praktyce obrotu spotykanym, aby producenci przekazali dostęp do kodów źródłowych, mimo że Zamawiający dopuszcza możliwość stosowania Oprogramowania gotowego, co powoduje sprzeczność w treści Wzoru umowy;
e) niezmienności składu zespołu bez zgody Zamawiającego - § 6 ust. 3 - wymaganie zbyt rygorystyczne bez dodania sformułowania, że Zamawiający nie odmówi zgody, jeżeli zmiana w składzie zespołu nastąpi z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, a nowe

osoby będą posiadały podobne kwalifikacje, ponieważ ten skład może ulec zmianie z przyczyn niezależnych od wykonawcy;
f) konieczności złożenia zapewnień - gwarancji w formie oświadczeń dla wszystkich produktów, w tym Oprogramowania gotowego wg. treści § 6 ust. 14, które jest niemożliwe do spełnienia w zakresie zapewnienia dostępu do kodów źródłowych przez producentów Oprogramowania gotowego;
g) konieczności złożenia zapewnień - gwarancji w formie oświadczeń, że proponowane rozwiązania, w tym oprogramowanie gotowe nie będzie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa wg. treści § 6 ust. 15, co stanowi naruszenie art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
h) zbyt szerokiego i sprzecznego z pozostałymi postanowieniami Wzoru umowy sformułowania przedmiotów, do których przenoszone są autorskie prawa majątkowe poprzez użycie w § 9 ust. 1 i ust. 5 *„przenosi w całości autorskie prawa majątkowe do każdego z Produktów,* podczas gdy zgodnie z definicją Produktów zamieszczoną w § 1 pkt 27 w zw. z pkt 8, 21, 22 i 33 definicji z w § 1 pod pojęciem *„Produktów"* mieści się również Oprogramowanie gotowe, objęte licencjonowanie, do którego w § 10 udzielana jest licencja, jak również podobna sytuacja występuje w odniesieniu do § 9 ust. 2 pkt 1 i 3, gdzie użyte zostało pojęcie *„Dokumentacji",* która na gruncie definicji z § 1 pkt 2 oznacza wszelką dokumentację dostarczoną przez wykonawcę w ramach realizacji Umowy, która po pierwsze może nie stanowić utworu w rozumieniu art. 1 Prawa autorskiego, a po drugie może być związana z Oprogramowaniem gotowym, które podlega licencjonowaniu na podstawie § 10 - powoduje to wewnętrzną sprzeczność w treści umowy i naraża wykonawcę na szkodę, ponieważ nie wiadomo jaki jest prawidłowy przedmiot przemienia autorskich praw majątkowych w obliczu pełnej odpowiedzialności wykonawcy za roszczenia osób trzecich związane z prawami do Oprogramowania;
i) zbyt szerokiego i sprzecznego z pozostałymi postanowieniami Wzoru umowy

sformułowania przedmiotów, do których przenoszone są autorskie prawa majątkowe wg. § 9 ust. 11 w zw. z Załącznikiem 14 do OPZ stanowiącym Załącznik nr 1 do Umowy - zarzuty, jak w pkt h powyżej;
j) w § 9 ust. 10 - nieograniczonego do przypadków wytoczenia powództwa przez osoby trzecie w związku z realizacją Umowy obowiązku przystąpienia przez Wykonawcę do przystąpienia do postępowania;
k) braku określenia zakresu licencji w § 10 ust. 1, tj. do wykorzystywania Oprogramowania gotowego wyłącznie do celów korzystania z Systemu e-Podatki - co narusza art. 67 ust. 1 Prawa autorskiego, który wymaga w umowie licencji określenia jej zakresu;

l) przenoszalności licencji w § 10 ust. 1, co w sposób nieuzasadniony dyskryminuje wykonawców, którym producenci Oprogramowania gotowego nie udzielą takich warunków licencji, zgodnie z praktyką rynkową licencja jest udzielana konkretnemu podmiotowi;
m) możliwości wprowadzania zmian dla kodów źródłowych Oprogramowania gotowego wg. § 10 ust. 1 pkt 5) w zw. z § 5 ust. 7 ppkt 2) i 3) Wzoru Umowy przez co dyskryminuje wykonawców, którzy mieliby wykonywać przedmiot zamówienia również przy pomocy Oprogramowania gotowego, co do którego nie jest w praktyce obrotu spotykanym, aby producenci przekazali dostęp do kodów źródłowych, mimo że Zamawiający dopuszcza możliwość stosowania Oprogramowania gotowego, co powoduje wewnętrzną sprzeczność w treści Wzoru umowy;
n) możliwości udzielania sublicencji i uprawnienia do kopiowania i rozpowszechniania Oprogramowania gotowego przez inne jednostki Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego w zakresie niezbędnym dla realizacji zadań resortu finansów, co dyskryminuje wykonawców, którzy mieliby wykonywać przedmiot zamówienia również przy pomocy Oprogramowania gotowego, co do którego nie jest w praktyce obrotu spotykanym, aby udzielali tak szerokich licencji;
o) zakresu licencji, który gwarantuje rozwój i utrzymanie Systemu, w skład którego wchodzi również Oprogramowanie gotowe wg. treści § 10 ust. 7 w odniesieniu do konieczności przekazania przez producentów Oprogramowania gotowego kodów źródłowych przez co dyskryminuje wykonawców, którzy mieliby wykonywać przedmiot zamówienia również przy pomocy Oprogramowania gotowego, co do którego nie jest w praktyce obrotu spotykanym, aby producenci przekazali dostęp do kodów źródłowych, mimo że Zamawiający dopuszcza możliwość stosowania Oprogramowania gotowego, co powoduje wewnętrzną sprzeczność w treści Wzoru umowy oraz w zakresie w jakim nie nakłada na Zamawiającego obowiązku zapewnienia zachowania przez te osoby trzecie poufności oraz respektowania tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy lub jego podwykonawców;
p) w § 13 ust. 2 - określenie zbyt krótkiego-jednodniowego, niemożliwego do dotrzymania terminu napraw usterki;
q) w § 13 ust. 8 - określenie, że termin gwarancji biegnie na nowo od chwili dostarczenia rzeczy wolnej od wad lub rzeczy naprawionej, co narusza zasady konkurencji i równego traktowania wykonawców, w przypadku korzystania z producentów, którzy nie udzielają tak długich gwarancji;
r) jednostronności zobowiązania do zachowania poufności, w tym brak zobowiązania do zachowania poufności przez podmioty trzecie, które pozyskają od Zamawiającego dostęp do Produktów umowy wg. treści § 18, w szczególności § 18 ust. 1, 7, 10 i 11.

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i:

1. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SIWZ oraz Wzoru umowy, poprzez wykreślenie § 19 w całości lub takie jego dostosowanie, aby wykreślone /zmodyfikowane zostały najbardziej rażące zapisy tego paragrafu tj. wykreślenie w całości ust. 3, 4, 5, 6, 8, 9, wykreślenie drugiego zdania w ust. 7, zastąpienie dotychczasowego ust. 2 następującą treścią: *„Powierzenie przez Wykonawcę wykonania części Przedmiotu Umowy Podwykonawcy, wymaga każdorazowo poinformowania Zamawiającego o zawarciu umowy oraz o jej zakresie.",* alternatywnie wykreślenie § 19 i określenie w to miejsce części zamówienia, która wyłącznie z pobudek o obiektywnym charakterze nie może być

powierzona podwykonawcom.
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SIWZ oraz wykreślenie zapisu konieczności posiadania kwalifikacji w zakresie zarządzania i budowy architektury IT jednocześnie dla każdego z członków grupy architektów (jak również dla grupy analityków) zawartego w postanowieniu rozdziału 8 p.3 pp. li. i zmianę warunku *„każdy z członków zespołu"* na warunek *„członkowie zespołu łącznie",* Załącznika nr 9 do SIWZ oraz wymagań w zakresie potencjału kadrowego, poprzez takie ich doprecyzowanie i uszczegółowienie, aby wskazywały wszystkie wymagania i okoliczności mające wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności określenie wszystkich wymaganych do spełnienia cech dla dopuszczonych rozwiązań równoważnych.
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SIWZ w zakresie warunków udział w postępowaniu, określonych w Rozdz. VIII ust. 2 pkt 3 i 4 SIWZ, poprzez takie ich doprecyzowanie i uszczegółowienie aby wyeliminować niejednoznaczność i możliwość różnorodnej interpretacji.
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SIWZ w zakresie warunków udział w Postępowaniu, określonych w Rozdz. VIII ust. 3 pkt 1 lit a) i kolejnych punktach, w których to wyrażenie występuje w SIWZ, poprzez takie ich doprecyzowanie i uszczegółowienie aby wyeliminować niejednoznaczność i możliwość różnorodnej interpretacji.
5. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień Rozdz. VIII ust. 3 pkt 1 lit b) ii) i kolejne SIWZ w zakresie precyzowania okresu z jakiego powinno pochodzić doświadczenie osób, poprzez usunięcie takiego wymogu i żądanie wyłącznie dokumentów i informacji zgodnych z ww. przepisami.
6. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SIWZ w zakresie warunków udział w Postępowaniu, określonych w Rozdz. VIII ust. 4 pkt 2 SIWZ, poprzez usunięcie naruszającego uczciwą konkurencję wymogu co do treści polisy.
7. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SIWZ w zakresie dotyczącym Rozdz. VIII ust. 7 SIWZ, poprzez usunięcie naruszającego uczciwą konkurencję wymogu co do podstawy przeliczania wartości wyrażonych w walutach, na zapis zobiektywizowany.

---

8. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SIWZ oraz Wzoru Umowy poprzez:
8.1. wykreślenie, w szczególności, spornych zapisów:
a. § 5 ust. 7 ppkt 2 i 3,
b. w § 6 ust. 7,
c. § 6 ust. 14, ewentualnie jego zmianę poprzez dodanie określenia, że: *„Zobowiązanie określone w tym ustępie nie dotyczy obowiązku przekazania kodów źródłowych do Oprogramowania gotowego, z zastrzeżeniem § 5 ust. 7 ppkt 1). Zamawiający zobowiązuje się, że osoby trzecie, którym powierzony zostanie rozwój lub utrzymanie Systemu e-Podatki zostaną przez niego zobowiązane do zachowania poufności i przestrzegania tajemnic przedsiębiorstwa Wykonawcy lub jego Podwykonawców".*
d. § 6 ust. 15,
e. § 10 ust. 7, ewentualnie jego zmianę poprzez dookreślenie: *„Zobowiązanie określone w tym ustępie nie dotyczy obowiązku przekazania kodów źródłowych do Oprogramowania gotowego, z zastrzeżeniem § 5 ust. 7 ppkt 1). Zamawiający zobowiązuje się, że osoby trzecie, którym powierzony zostanie rozwój lub utrzymanie Systemu e-Podatki zostaną przez niego zobowiązane do zachowania poufności i przestrzegania tajemnic przedsiębiorstwa Wykonawcy lub jego Podwykonawców"*
8.2. zmianę lub doprecyzowanie poniższych postanowień m.in. w następujący sposób:
a. § 9 - poprzez prawidłowe dookreślenie i ograniczenie Produktów i Dokumentacji, co do których przenoszone są autorskie prawa majątkowe;
b. § 10 ust. 1 dodanie zakresu udzielanej licencji;
c. w §1 8 - zmianę postanowień w ten sposób, aby obie Strony były podmiotami praw i obowiązków określonych w ust. 1, 7, 10 i 11.
8.3. co najmniej doprecyzowanie i zobiektywizowanie zaskarżonych w niniejszym odwołaniu postanowień Wzoru umowy lub załączników do niej w sposób zbieżny z intencjami wyrażonymi w niniejszym odwołaniu, a w szczególności w stosunku do argumentacji przedstawionej w treści zarzutów i uzasadnienia. Zarówno treść SIWZ jak i odpowiadające im postanowienia ogłoszenia naruszają szereg wymienionych w *petitum* odwołania

przepisów Pzp, a szczegółowo w zakresie okoliczności opisanych poniżej:
1) W treści SIWZ, Wzór umowy, w § 19 zawarto postanowienia niezgodne z postanowieniem art. 36 ust. 5 Pzp. Treść ww. przepisu stanowi wyjątek od zasady umożliwiającej realizację każdego zamówienia publicznego z pomocą podmiotów trzecich. Jedynie w przypadku uzasadnionym specyfiką przedmiotu zamówienia, tj. elementem, który po określeniu przedmiotu zamówienia kreowany jest samoistnie i uzasadnia się wyłącznie charakterem realizowanego zadania lub jego części - istnieje możliwość ograniczenia możliwości powierzenia realizacji zamówienia lub jego części podwykonawcom. Analizowany

przypadek - treść postanowień zawartych w § 19 nie jest w żadnym stopniu powiązana ze specyfiką przedmiotu zamówienia. Określone w tym paragrafie reguły zależą wyłącznie od uznania Zamawiającego, pomimo że to Wykonawca odpowiada i ponosi ryzyko za realizowane zadane, również za fragment zakresu, który będzie realizowany przez podwykonawców (art. 474 KC). Możliwość tak daleko idącej ingerencji, wpływu Zamawiającego na dobór podwykonawcy oraz warunki zawieranej umowy podwykonawczej pozostają poza wszelką dyspozycją przepisów Ustawy, naruszając przy tym kodeksową zasadę swobody układania *przez* Wykonawcę stosunku prawnego (łączącego go z podwykonawcą). Narzucona treść zapisów tego paragrafu, może prowadzić pośrednio do ograniczenia lub wyłączenia stosowania uprawnienia każdego z Wykonawców, jakie przysługuje na mocy art. 26 ust. 2b Pzp. Zgodnie z poglądem aktualnie prezentowanym przez UZP możliwość skorzystania z potencjału podmiotów trzecich, generuje realną konieczność skorzystania z tych podmiotów jako podwykonawców na etapie realizacji zamówienia. Przedmiotowy projekt, wydaje się być na tyle specyficzny, że liczba podwykonawców, którzy mogliby być zastępowalni - w sytuacji gdyby Zamawiający skorzystał w uprawnień przewidzianych w § 19 i np. *„z innych uzasadnionych powodów"* (§ 19 ust. 4) nie wyraził zgody na wykonanie części przedmiotu zamówienia przez podwykonawcę, z którego potencjału Wykonawca skorzystał na etapie składania oferty - byłaby znikoma lub żadna. Takie działanie powoduje pozaustawowe kreowanie warunków dopuszczających dla podwykonawców realizujących część przedmiotu zamówienia. Wykonawca, świadomy jest faktu, że z inną sytuacją prawną i oceną przedmiotowego problemu mielibyśmy styczność w odniesieniu do robót budowlanych. Bazując na treści art. 647_1 KC jako dopuszczalne należałoby uznać uprawnienie Zamawiającego do wyrażenia zgody na zawarcie z podwykonawcą umowy, a tym samym wpływ na treść łączącej podwykonawcę z wykonawcą umowy. Te obostrzenia miałyby uzasadnienia, albowiem inwestor (tutaj byłby to Zamawiający) ponosiłby odpowiedzialność solidarną z Wykonawcą, a zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Odmienność przedmiotowej usługi i brak jakiegokolwiek związku z robotami budowlanymi z cała mocą podważa zasadność regulacji określonych w § 19 Wzoru umowy.

2) W treści SIWZ, Rozdz. I ust. 4 zd. drugie, w załączniku nr 9 do SIWZ oraz określając warunki udziału w zakresie potencjału kadrowego - zawarto postanowienia niezgodne z postanowieniem art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. W szczególności, jeśli chodzi o warunki równoważności określone w załączniku nr 9 do SIWZ. Zamawiający przenosi na Wykonawcę ciężar swojego nieprawidłowego działania. Wymaga, aby Wykonawca na swoją odpowiedzialność i swój koszt udowodnił, że Produkty spełniają wszystkie wymagania określone w SIWZ. Nie byłoby w tym nic nieprawidłowego gdyby te warunki i cechy równoważności zostały opisane jednoznacznie i wyczerpująco tj. tak jak wymaga tego treść

art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Jedynie przykładowo należy wskazać na rażące ogólnikowe, nieprecyzyjne i ujawniające ogromne trudności interpretacyjne dla Wykonawcy wymagania: np. ust. 1 pkt 1) Załącznika nr 9 do SIWZ - warunki licencji w każdym aspekcie nie mogą być gorsze niż dla produktu wymienionego w SIWZ, pkt 2) *„funkcjonalności produktu, która nie może być gorsza od funkcjonalności produktu wymienionego w SIWZ".* Nieopisanie jednoznacznie cech i wymagań dla rozwiązań równoważnych (zarówno co do jakości, funkcjonalności, czy wymaganych parametrów technicznych) tworzy iluzoryczną szansę na ich zaoferowanie. Niemożliwość prawidłowego zaoferowania rozwiązań równoważnych skutkuje realnym utrudnieniem uczciwej konkurencji i wpływa na konkurencję na rynku potencjalnie możliwych do zaoferowania produktów równoważnych. Równie niejasno rysuje

się problem warunków wymaganych do spełnienia przez osoby dedykowane do realizacji zamówienia. Zgodnie z postanowieniami Rozdz. VIII ust. 3 (wymagania dla poszczególnych osób) wymaga się wiedzy w zakresie znajomości Narzędzi typu CASE, RUP lub równoważne (inne powszechnie uznane metodyki w tym obszarze). Odwołujący podnosił, iż ogłoszenie o zamówieniu opisuje sposób oceny spełnianie warunków w zakresie potencjału osobowego w sposób nadmiernie rygorystyczny. Jako podmiot będący profesjonalistą na rynku usług branży informatycznej, stwierdzamy iż wymagania stawiane członkom zespołu wykonawcy są zbyt wygórowane i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. W istocie są one wręcz niemożliwe do spełnienia. Być może na rynku istnieje ograniczona liczba osób spełniających jednocześnie wszystkie wymagania, w szczególności znajomości administracji podatkowej i jednocześnie posiadających kwalifikacje w zakresie zarządzania i budowy architektury IT, z jednoczesnym spełnianiem warunki wymaganego doświadczenia zawodowego i posługiwania się specyficznymi narzędziami informatycznymi, jednak odwołujący mimo, że dysponuje licznym zespołem wysokokwalifikowanych specjalistów, nie jest w stanie skompletować zespołu spełniających określone w SIWZ wymagania. Rozumiejąc potrzebę Zamawiającego w tym zakresie, w związku z powyższym Odwołujący wnosi o modyfikację zapisu SIWZ poprzez zamianę warunku zawartego w Rozdz. VIII pkt 3 ii (oraz to samo dla podpunktu c, ii (dotyczy grupy analityków): *„Każdy z członków Grupy Architektów/Analityków musi spełniać następujące warunki" na warunek: „Członkowie grupy Architektów/Analityków muszą łącznie spełniać następujące warunki".* Zamawiający nie podaje jakichkolwiek informacji umożliwiających posłużenie się rozwiązaniami równoważnymi. Problem nieprawidłowego opisu wymaganej równoważności, wielokrotnie był przedmiotem rozstrzygnięć KIO. Wskazał na wyrok KIO z dnia 28.03.2011 r., sygn. akt: KIO 545/11, czy też wyrok KIO z dnia 28.02.2011 r., sygn. akt: KIO 321/11. Zamawiający, dopuszczając zaoferowanie produktu równoważnego w zakresie norm, powinien tak przygotować SIWZ i w taki sposób sprecyzować w niej postawione wymogi, aby mógł następnie w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności oferty. Przytacza

wyrok KIO z dnia 24.11.2010 r., sygn. akt: KIO 2480/10. Tym samym, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem oraz stanowiskiem doktryny, wymogi co do równoważności produktów winny być podane w sposób dokładny, przejrzysty i jasny tak, aby z jednej strony zamawiający, dokonując oceny ofert, mógł w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności zaproponowanych produktów, z drugiej zaś strony aby wykonawcy, przystępujący do udziału mieli pewność co do oczekiwań zamawiającego w zakresie właściwości i istotnych cech charakteryzujących przedmiot zamówienia. Rozpatrywany przypadek SIWZ, zupełnie odmiennie i z pominięciem powyższych reguł traktuje powyższe zagadnienie, tym samym istnieje konieczność ich poprawienia.
3) W treści SIWZ, Rozdz. VIII ust. 2 pkt 3 i 4 SIWZ - zawarto postanowienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu, na potwierdzenie spełniania art. 22 ust. 1 pkt 2) Ustawy. Szczegółowe wytyczne, co do spełnienia warunku zawarto w podpunktach a) i b), określając jednocześnie, że warunek może być spełniony jednym lub większą liczbą projektów - takie określenie stwarza istotne ryzyko przy interpretacji czy np. ppkt a) może/musi być spełniony jednym czy większą liczbą projektów, analogicznie czy w ppkt b) podpunkty i) oraz ii) muszą być wykazane w jednym projekcie czy mogą być wykazane wieloma projektami ?
W konsekwencji nie jest precyzyjnie określone jak należy określić minimum wymogu dla jednego projektu - czy ma to być spełnienie całego ppkt i lub ii w ramach pkt b) czy też ma to być spełnienie całego punktu b) przez jeden projekt. Dodatkowo w pkt 4) Zamawiający wymaga świadczenia usług utrzymania systemu spełniającego wymagania z pkt 3) - w konsekwencji, jeśli w pkt 3) wykaże się realizację kilku projektów to czy możliwe jest wykazanie doświadczenia w utrzymaniu jednego systemu czy np. wielu systemów informatycznych (wykazując np. dwie referencje na usługi utrzymania dwóch systemów informatycznych) ? Z powyższego dobitnie wynika, że brak precyzji sformułowana warunków stwarza duże ryzyko odmiennej ich interpretacji, która zagraża interesowi Wykonawcy. Wymagania w zakresie postawionych warunków nie mogą być wieloznaczne i możliwe do interpretowania na tyle różnych sposobów, tym samym istnieje konieczność ich znaczącej modyfikacji czy doprecyzowania.
4) W treści SIWZ, Rozdz. VIII ust. 3 pkt 1 lit a) i kolejnych punktach, w których to wyrażenie występuje w SIWZ - zawarto postanowienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu, na potwierdzenie spełniania art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp. Nieprecyzyjność zapisów sprowadza się

do rozumienia znaczenia wyrażenia *system informatyczny* - wyrażenie to nie zostało zdefiniowane, natomiast ma istotne znaczenie dla jednoznacznego zrozumienia wymagań w tym punkcie - czy jako *system informatyczny* należy rozumieć system spełniający wszystkie wymagania określone w ust. 2 pkt 3) Rozdz. VIII SIWZ, czy jakikolwiek system informatyczny w znaczeniu ogólnym ? Wymagania określone dla kierownika projektu (i kolejnych osób) mają dotyczyć pełnienia tej funkcji przy wdrożeniu systemu

informatycznego - w ogólnym tego słowa znaczeniu czy w znaczeniu podanym w ust. 2 pkt 3) Rozdz. VIII SIWZ ? Poza tym niezrozumiały i nieprecyzyjny jest wymóg *dysponowania dokumentem wydanym przez uprawniony podmiot niezależny od Wykonawcy, potwierdzający posiadanie wiedzy i umiejętności w zakresie stosowania powszechnie uznanych metodyk prowadzenia projektów, np. PRINCE2 lub dysponowania wiedzą i umiejętnościami pozwalającymi na uzyskanie takiego potwierdzenia* - samo w sobie wymaganie jest nieprecyzyjne, poza tym sformułowanie *„pozwalającymi na uzyskanie takiego potwierdzenia"* jest bardzo ocenne i nieprecyzyjne, oraz jak rozumieć stwierdzenie *„powszechnie uznanych metodyk prowadzenia projektów"?* - patrz Rozdz. VIII ust. 3 pkt 1 lit b) ii) i kolejne. Powyższe potwierdza, że brak precyzji sformułowana warunków stwarza duże ryzyko odmiennej ich interpretacji, która zagraża interesowi Wykonawcy. Wymagania w zakresie postawionych warunków nie mogą być wieloznaczne i możliwe do interpretowania na tyle różnych sposobów, tym samym istnieje konieczność ich znaczącej modyfikacji lub doprecyzowania.
5) W treści Rozdz. VIII ust. 3 pkt 1 lit b) ii) i kolejne punkty SIWZ, w których to wyrażenie występuje w SIWZ - zawarto postanowienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do osób, które są niezgodne z art. 25 ust. 1 i 2 Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 6) Rozporządzenia. Zgodnie z treścią § 1 ust. 1 pkt 6) Rozporządzenia, Zamawiający może żądać następujących dokumentów: *wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją* o *podstawie do dysponowania tymi osobami.* Treść ww. przepisu nie upoważnia Zamawiającego do zawężania okresu, z jakiego doświadczenie osoby ma pochodzić. Obecne wymagania SIWZ w tym zakresie są sprzeczne i niezbędna jest ich korekta.
6) W treści SIWZ, Rozdz. VIII ust. 4 pkt 2 - zawarto postanowienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu, na potwierdzenie spełniania art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp. Literalna interpretacja postawionego wymogu uniemożliwia przedstawienie polisy, która przewiduje sumę ubezpieczeniową w wysokości 35 mln zł na jedno i wszystkie zdarzenia, ponieważ przy takim sformułowaniu określona jest kwota za jedno zdarzenie, co jest niezgodne z wymaganiem w SIWZ. Zapis ogranicza konkurencję i możliwość złożenia oferty przez Odwołującego albowiem, szereg polis tego rodzaju wystawianych na rynku posługuje się taką klauzulą.
7) W treści SIWZ, Rozdz. VIII ust. 7 - zawarto postanowienia, na potwierdzenie spełniania art. 22 ust. 1 Pzp. Aktualnie istniejący zapis jest ograniczający i naruszający uczciwą konkurencję - podstawą do przeliczenia wartości powinny być zdarzenia obiektywnie

nieprzesuwalne i równe dla wszystkich potencjalnych wykonawców np. dzień publikacji ogłoszenia. Ustalając, jako podstawę przeliczenia kursu dzień wystawienia dokumentu Zamawiający stworzył możliwość nadużyć na tym tle, albowiem istnieje możliwość wystawiania dokumentów w różnych datach, co może być wykorzystywane i wpływać na uczciwą konkurencję w postępowaniu.
8) W treści Wzoru umowy m.in.:
a. w §5 ust. 7 ppkt 2) i 3) - zawarto postanowienia, w zakresie możliwości wykorzystania kodów źródłowych dla oprogramowania gotowego, co uniemożliwia złożenie oferty na podstawie znanych Odwołującemu i dostępnych na rynku rozwiązaniom.
b. w § 6 ust. 7 - zawarto postanowienia ograniczające możliwość wykorzystywania oprogramowania inspirowanego Oprogramowaniem dedykowanym, co należy uznać za postanowienia sprzeczne z ustawą z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach

pokrewnych oraz swobodą działalności gospodarczej gwarantowaną konstytucyjnie.
c. w § 6 ust. 14 - zawarto postanowienia dot. konieczności złożenia zapewnień - gwarancji w formie oświadczeń dla wszystkich produktów, w tym oprogramowania gotowego wg. treści § 6 ust. 14, co jest nadużyciem i wymaganiem niewykonalnym jeśli chodzi o rozwiązania gotowe.
d. w § 6 ust. 15 - zawarto postanowienia dot. konieczności złożenia zapewnień - gwarancji w formie oświadczeń, że proponowane rozwiązania, w tym oprogramowanie gotowe nie będzie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa wg. treści § 6 ust. 15, co jest nadużyciem i wymaganiem niewykonalnym jeśli chodzi o rozwiązania gotowe, stoi również w sprzeczności z treścią art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - nie można z góry wymagać od Wykonawcy, aby informacje i dokumenty przekazane Zamawiającemu nie zawierały tajemnicy przedsiębiorstwa, rażąco narusza to konkurencję.
e. w § 9 - użyto zbyt szerokich definicji wobec przedmiotów co do których przenoszone są autorskie prawa majątkowe, obejmując również Produkty podlegające licencjonowaniu na podstawie § 10 Umowy - co narusza art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp;
f. w § 10 ust. 7 - zawarto postanowienia odnoszące się do zakresu licencji, który zagwarantuje rozwój i utrzymanie Systemu, również jeśli chodzi o oprogramowanie gotowe, co jest nadużyciem i wymaganiem niewykonalnym jeśli chodzi o rozwiązania gotowe.
g. w § 18 - zawarto postanowienia jednostronnie zobowiązujące do zachowania poufności, w tym brak zobowiązania do zachowania poufności przez podmioty trzecie, które pozyskają od Zamawiającego dostęp do Produktów umowy wg. treści § 18, co jest nadużyciem i wymaganiem niewykonalnym, jeśli chodzi o standardy ochrony know- how producentów rozwiązań.

Zgodnie z art. 139 Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Z kolei jedną

z podstawowych zasad obowiązujących w prawie cywilnym jest zasada swobody umów określona w art. 353 1 Kc. Swoboda stron w określaniu stosunku zobowiązaniowego nie jest jednak absolutna, doznaje ona ograniczenia w taki sposób, że treść lub cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością stosunku, ustawy ani zasadami współżycia społecznego, o czym wyraźnie stanowi art. 5 Kc. Zdaniem Odwołującego, tak arbitralnie określone zasady, a jednocześnie niedoprecyzowane, powodują rażące naruszenie równości stron kontraktu i stwarza bardzo wysokie ryzyko po stronie Wykonawcy lub w przypadku niektórych rozwiązań produktowych wręcz uniemożliwia złożenie oferty, z uwagi na brak akceptacji narzuconych warunków przez producentów oprogramowania. W opinii Odwołującego zastrzeżenie wskazanych postanowień narusza dobre obyczaje oraz powoduje nierówne traktowanie stron, co stanowi o sprzeczności takich postanowień z zasadami współżycia społecznego, o których mowa w art. 353 1 Kc. W sytuacji, gdy Zamawiający, korzystając w sposób nieuprawniony ze swojej silniejszej pozycji w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, narzuca treść umowy w sposób sprzeczny z przeznaczeniem swojego prawa, takie działanie nie może korzystać z ochrony prawa. Należy wskazać przypomnieć, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 21.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 97/09 oraz wyrokiem KIO z dnia 31.08.2011 r. Zaskarżone w niniejszym odwołaniu postanowienia umowy w wielu przypadkach nie są jednoznaczne, rodzą wewnętrzne sprzeczności miedzy pozostałymi postanowieniami Umowy i powinny zostać zmienione.

Zamawiający w dniu 06.02.2012 r. zamieścił na stronie internetowej kopie odwołania oraz wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 09.02.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ASSECO POLAND SA, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów zwane dalej: *„ASSECO POLAND SA”* albo *„Przystępującym”* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO), Oracle Polska Sp. z o.o., ul. Przyokopowa 31, 01-208 Warszawa zwany dalej: *„Oracle Polska Sp. z o.o.”* albo *„Przystępującym”* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Bull Polska Sp. z o.o.,

ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa zwany dalej: *„Bull Polska Sp. z o.o.”* albo *„Przystępującym”* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc

o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., ul. Szturmowa 2A, 02-678 Warszawa, zwany dalej: *„Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o.”* albo *„Przystępującym”* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31 - 864 Kraków zwany dalej: *„Comarch S.A” albo „Przystępującym”* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Niniejsze przystąpienie, jak i pozostałe przystąpienia do odwołań rozpatrywanych łacznie w ramach przedmiotowego postepowania odwoławczego, zostało cofnięte na posiedzeniu przez Comarch S.A. przed sprawdzeniem skuteczności dokonanego zgłoszenia.

W dniu 09.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) SAP Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 5, 02-675 Warszawa, zwany dalej: *„SAP Polska Sp. z o.o.”* albo *„Przystępującym”* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 14.02.2012 r. (faxem, oryginał na posiedzeniu 15.02.2012 r.) Zamawiający wobec wniesienia odwołań (sprawy o sygn. akt: KIO 229/12; sygn. akt: KIO 238/12; sygn. akt: KIO 239/12; sygn. akt: KIO 242/12; sygn. akt: KIO 244/12; sygn. akt: KIO 245/12; sygn. akt: KIO 247/12) do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołania, w której wnosił o oddalenie w części zarzutów odwołań, w pozostałej części uwzględnił część zarzutów (82 strony). Kopia została przekazana Odwołującemu na posiedzeniu. Stanowisko merytoryczne Zamawiajacego odnośnie zarzutów dotyczących przedmiotowego odwołania zostanie przedstawione w dalszej części uzasadnienia w ramach ustaleń dotyczacych poszczególnych zarzutów.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 247/12 - Comarch SA:

W dniu 03.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Comarch S.A., Al. Jana Pawła II 39A, 31 - 864 Kraków zwany dalej: *„Comarch S.A”* albo *„Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 247/12”* wniósł na podstawie art. 179 ust.1 oraz art. 180 ust 1 Pzp odwołanie na postanowienia SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu

03.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Wskazał, że wnosi niniejszym odwołanie od:

1. niezgodnej z przepisami Pzp czynności Zamawiającego polegającej na zawarciu w SIWZ - załącznik nr 5, tabela 1 *„Podkryteria oceny kryterium: Koncepcja architektury rozwiązania"* w pkt 5, 6, 7 i 8 wymagania przedłożenia dokumentów podpisanych przez osobę pełniącą rolę CIO (Chief Information Officer) tj.:

a) w pkt 5 lit b: *„Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów poprzez przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę pełniącą rolę CIO (Chief Information Officer) w organizacji, w której dokonano wdrożenia"*

b) w pkt 5 lit c: *„Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów w administracji podatkowej kraju OECD poprzez przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę pełniącą rolę CIO w organizacji, w której dokonano wdrożenia."*

c) w pkt 6 lit b: *„Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów poprzez przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę pełniącą rolę CIO w organizacji, w której dokonano wdrożenia"*

d) w pkt 6 lit c: *„Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów w administracji podatkowej kraju OECD poprzez przedstawienie potwierdzenia podpisanego*

przez osobę pełniącą rolę CIO w organizacji, w której dokonano wdrożenia."
e) w pkt 7 lit. b: *„Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanego rozwiązania klasy ITS w administracji podatkowej kraju OECD poprzez przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę pełniącą rolę CIO w organizacji, w której dokonano wdrożenia."*
f) w pkt 8 lit. a: *„Wykazanie jednego przypadku wdrożenia zaoferowanych mechanizmów integracji systemu SSP w administracji podatkowej kraju OECD poprzez przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę pełniącą rolę CIO w organizacji, w której dokonano wdrożenia."*
g) w pkt 8 lit. b: *„Wykazanie dwóch przypadków wdrożenia zaoferowanych mechanizmów integracji systemu SSP w administracji podatkowej kraju OECD poprzez przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę pełniącą rolę CIO w organizacji, w której dokonano wdrożenia"*
h) w pkt 8 lit. c: *„Wykazanie więcej niż dwóch przypadków wdrożenia zaoferowanych mechanizmów integracji systemu SSP w administracji podatkowej kraju OECD poprzez przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę pełniącą rolę CIO w organizacji, w której dokonano wdrożenia".* Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie Wykonawców - dokonanie oceny rozwiązania uzależnione jest od kwestii formalnej (osoby, która podpisała dokument) - wobec czego Wykonawca dysponujący dokumentem stwierdzającym wymaganą okoliczność faktyczną podpisanym przez inną osobę niż wskazana, zostanie potraktowany, jak

Wykonawca nie dysponujący potwierdzeniem zaistniałego stanu faktycznego i pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.
2. 9 ust. 2 Pzp poprzez brak określenia stanowiska (osoby) która ma podpisać dokument w języku polskim
3. art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z § 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez określenie w SIWZ w Załączniku nr 5 do SIWZ, Tabela 1, pkt 5 i nast., że potwierdzenia wykazania przypadku wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów mają być podpisane przez osobę pełniącą rolę CIO (Chief Information Officer) w organizacji, w której dokonano wdrożenia. W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany SIWZ poprzez usunięcie zapisów dotyczących wymagania potwierdzeń podpisanych przez osobę pełniącą rolę CIO (Chief Information Officer) - wprowadzenie zapisów w brzmieniu:
a) w pkt 5 lit b: *„Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów."*
b) w pkt 5 lit c: *„Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów w administracji podatkowej kraju OECD."*
c) w pkt 6 lit b:„Wykazanie *przypadku wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów."*
d) w pkt 6 lit c: *„Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów w administracji podatkowej kraju OECD."*
e) w pkt 7 lit. b: *„Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanego rozwiązania klasy ITS w administracji podatkowej kraju OECD."*
f) w pkt 8 lit. a: *„Wykazanie jednego przypadku wdrożenia zaoferowanych mechanizmów integracji systemu SSP w administracji podatkowej kraju OECD."*
g) w pkt 8 lit. b: *„Wykazanie dwóch przypadków wdrożenia zaoferowanych mechanizmów integracji systemu SSP w administracji podatkowej kraju OECD."*
h) w pkt 8 lit. c: *„Wykazanie więcej niż dwóch przypadków wdrożenia zaoferowanych mechanizmów integracji systemu SSP w administracji podatkowej kraju OECD."*
W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 Pzp). Odwołujący żądał od Zamawiającego: dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania. W SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Budowę, wdrożenie i utrzymanie Systemu e-Podatki wraz z usługami dodatkowymi"* Zamawiający zawarł w Załączniku nr 5 - Kryteria oceny ofert, Tabela 1, pkt 5 i następne zapisy stwierdzające, że do oceny w kategorii Podkryteria oceny kryterium: Koncepcja architektury rozwiązania:

- pkt 5: *„Wykorzystanie gotowych komponentów służących do przyjmowania, przetwarzania, weryfikacji, gromadzenia i archiwizacji co najmniej 15 min w skali roku, deklaracji podatkowych w formie papierowej oraz elektronicznej bądź podobnych dokumentów [np. faktur)";*
- pkt 6: *„Wykorzystanie rozwiązania klasy ERP obsługującego co najmniej 5 min kont rozliczeniowych oraz umożliwiającą równoczesną pracę co najmniej 500 pracowników";*
- pkt 7: „Wykorzystanie *rozwiązania klasy ITS obsługującego łącznie:*
- *co najmniej 2 typy podatków spośród dochodowych i pośrednich,*
- *co najmniej 5 min kont podatników - umożliwiającego równoczesną pracę co najmniej 5000 urzędników";*
- pkt 8 *„Zapewnienie wykorzystania mechanizmów integracji zaoferowanego systemu SSP z otoczeniem oraz integracji jego komponentów w celu umożliwienia potencjalnego zastąpienia lub użycia komponentów innych producentów oprogramowania."*

Uwzględniane są wyłącznie potwierdzenia podpisane przez osobę pełniącą rolę CIO (Chief Information Officer) w organizacji, w której dokonano wdrożenia. Takie określenie wymaganych dokumentów stoi w sprzeczności z uregulowaniami Pzp. Ustawodawca bardzo dokładnie określił w Pzp oraz wydanym na postawie jej art. 25 ust. 2 Rozporządzeniu, jakich dokumentów Zamawiający może domagać się od wykonawców. Zgodnie z przepisem art. 25 ust. 1 Pzp Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, które to oświadczenia lub dokumenty przedstawiane są na okoliczność spełniania:
a. warunków udziału w postępowaniu, lub
b. określanych wymagań określonych przez zamawiającego.

Przy czym - zgodnie z art. 25 ust 2 Pzp Zamawiający może żądać wyłącznie dokumentów, które zostały wskazane w Rozporządzeniu. Rozporządzenie nie przewiduje możliwości określania przez Zamawiającego kręgu osób, które mają dany dokument wystawić, a tym bardziej wyłącznego wskazania konkretnej osoby, od której dane oświadczenie ma pochodzić. Zamawiający co prawda może prezentować pogląd, że taki dokument nie jest wymagany, a jedynie jego przedłożenie ma wpływ na ocenę oferty Wykonawcy, jednak uznać należy, że taki pogląd nie może zasługiwać na uwzględnienie. Zwrócić należy bowiem uwagę, że brak takiego dokumentu automatycznie pozbawia Wykonawcę możliwości uzyskania:
- w pkt 5-4 pkt na 5 możliwych do uzyskania - tj. 80%,
- w pkt 6 - 4 pkt na 5 możliwych do uzyskania - tj. 80%,
- w pkt 7 - 3 pkt na 5 możliwych do uzyskania - tj. 60%,
- w pkt 8 - 4 pkt na 5 możliwych do uzyskania - tj. 80%,

wobec czego dostarczenie bądź niedostarczenie dokumentu niezgodnego z zapisami wynikającymi z obowiązujących przepisów prawa ma kluczowe znaczenie dla oceny oferty Wykonawcy i jego brak powoduje znacząco niższą ocenę takiej oferty a w konsekwencji uniemożliwia Wykonawcy uzyskanie zamówienia. Takie działanie Zamawiającego jest sprzeczne z wynikającą z art. 7 Pzp zasadą przeprowadzania postępowanie oraz równe traktowanie wykonawców, a także z wynikającą z art. 25 ust. 2 Pzp zasadą enumeratywnie wymienionych dokumentów, których Zamawiający może żądać od Wykonawców, gdyż ocenie nie podlega jedynie treść dokumentu, czy stan faktyczny, który został dokumentem stwierdzony, a głównie kwestia formalna (osoba podpisująca dokument) - która to kwestia nie powinna mieć znaczenia dla oceny faktycznej - wobec czego uznać należy, że działanie Zamawiającego narusza wyżej wskazane przepisy. Dodatkowo Wykonawca wskazuje, że art. 9 ust. 2 Pzp stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim, zaś określenie *„Chief Information Officer"* jest określeniem w języku angielskim i nie zostało przetłumaczone na język polski, zatem uznać należy, że brak jest wskazania, o jaką rolę chodzi. Ponadto rola CIO nie jest stanowiskiem czy funkcją jakkolwiek umocowaną w przepisach prawnych - w szczególności nie jest przewidziana w organach określonych przez Kodeks Spółek Handlowych czy też w strukturach organów centralnych czy naczelnych. Zatem CIO nie jest stanowiskiem obligatoryjnym u zamawiających, wobec czego niezrozumiałym byłoby odmówienie wartości dowodowej dokumentowi potwierdzającemu okoliczności o których mowa w załączniku nr 5 do SIWZ tylko z tego

powodu, że np. podpisała go osoba pełniąca najwyższą funkcję kierowniczą w organizacji. Wobec takiego naruszenia, żądanie Wykonawcy - usunięcia wymagania przedłożenia dokumentów podpisanych przez osobę pełniącą rolę CIO (Chief Information Officer) - jest uzasadnione i konieczne.

Zamawiający w dniu 06.02.2012 r. zamieścił na stronie internetowej kopie odwołania oraz wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 09.02.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ASSECO POLAND SA, ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów zwane dalej: *„ASSECO POLAND SA"* albo *„Przystępującym"* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO), Oracle Polska Sp. z o.o., ul. Przyokopowa 31, 01-208 Warszawa zwany dalej: *„Oracle Polska Sp. z o.o."* albo *„Przystępującym"* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

---

Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 09.02.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Bull Polska Sp. z o.o., ul. Suwak 3, 02-676 Warszawa zwany dalej: *„Bull Polska Sp. z o.o."* albo *„Przystępującym"* zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 14.02.2012 r. (faxem, oryginał na posiedzeniu 15.02.2012 r.) Zamawiający wobec wniesienia odwołań (sprawy o sygn. akt: KIO 229/12; sygn. akt: KIO 238/12; sygn. akt: KIO 239/12; sygn. akt: KIO 242/12; sygn. akt: KIO 244/12; sygn. akt: KIO 245/12; sygn. akt: KIO 247/12) do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołania, w której wnosił o oddalenie w części zarzutów odwołań, w pozostałej części uwzględnił część zarzutów (82 strony). Kopia została przekazana Odwołującemu na posiedzeniu. Stanowisko merytoryczne Zamawiajacego odnośnie zarzutów dotyczących przedmiotowego odwołania zostanie przedstawione w dalszej części uzasadnienia w ramach ustaleń dotyczacych poszczególnych zarzutów.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 08.02.2012 r. sprawy o sygn. akt: KIO 229/12; sygn. akt: KIO 238/12; sygn. akt: KIO 239/12; sygn. akt: KIO 242/12; sygn. akt: KIO 244/12; sygn. akt: KIO 245/12; sygn. akt: KIO 247/12 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia. W sprawie sygn. akt: KIO 244/12 zostały wydane postanowienia o umorzeniu postępowania na skutek cofnięcia odwołania (postanowienie z dnia 17.02.2012 r., sygn. akt: KIO 244/12).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ (załącznikami od 1 do 12, w szczególnosci załącznikiem 1, 2, 9 oraz 10, a nadto załącznikami do załącznika 1, czyli do opisu przedmiotu zamówienia dalej: *„OPZ",* od 1 do 15, a zwłaszcza załącznikiem 1, 2, 3, 6, 8, 9,11,14 i 15 do OPZ), jak i modyfikacją postanowień SIWZ z dnia 16.02.2012 r. (dostepną na stronie internetowej Zamawiajacego), odwołaniami i przystąpieniami w sprawach o sygn. akt: KIO 229/12, sygn. akt: KIO 238/12, sygn. akt: KIO 239/12, sygn. akt: KIO 242/12, sygn. akt: KIO 245/12, sygn. akt: KIO 247/12, pismem Odwołujacego - SAP Polska Sp. z o.o. z dnia 16.02.2012 r. (w sprawie o sygn. akt: KIO 229/12), pismem procesowym Comarch SA z dnia 16.02.2012 r. (w sprawie o sygn. akt: KIO 247/12), pismem przygotowawczym Przystępujacego - Bull Polska Sp. z o.o. z dnia 17.02.2012 r. (w sprawie o sygn. akt: KIO 247/12) złożonymi na posiedzeniu w dniu 17.02.2012 r., trzema wzorami umów licencyjnych (Międzynarodową Umową Licencyjną na Program IBM Z125-3301-14, Postanowieniami Licencyjnymi dotyczącymi oprogramowania Microsoft, Microsoft Windows Server 2008 R2 Enterprise i Umową Licencji i Usług

Oracle PL-OLSA_V110711) złożonymi przez Przystępującego w sprawie o sygn. akt: KIO 229/12 sygn. akt: KIO 238/12, sygn. akt: KIO 242/12, sygn. akt: KIO 245/12, sygn. akt: KIO 247/12 oraz Odwołujacego w sprawie o sygn. akt: KIO 239/12, tj. Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. złożonymi na rozprawie w dniu 17.02.2012 r., pismem procesowym Odwołujacego - Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z dnia 14.02.2012 r. wraz załącznikami (tłumaczeniem z wyciągu raportu Critical Capabilities for Integrated Tax System COTS Products, 2010 (ID:G00209433) przygotowanym przez firmę Gartnera – Raport Gartnera oraz opinią Prof. dr hab. Kazimierza Waćkowskiego) oraz z dnia 17.02.2012 r. złożonymi na rozparwie w dniu 21.02.2012 r., nadto Umową Licencji i Usług Oracle PL-OLSA_V110711 podpisaną przez Prezesa Zarządu Oracle Polska Sp. z o.o., po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących złożonych ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izby ustaliła, że Wykonawcy wnoszący wszystkie odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający ich do złożenia odwołań. Należy bowiem wskazać, że: *„Zgodnie z powołanym przepisem środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg*

dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (…). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz." (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10).

Ponadto: *„Treść art. 179 ust. 1 Pzp nie zawiera sformułowań pozwalających na interpretację nakazującą badanie przesłanek „interesu w uzyskaniu danego zamówienia" oraz „szkody" odrębnie w stosunku do każdego z zarzutów podniesionych przez uprawnionego wykonawcę".* (za wyrokiem KIO z dnia 06.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2044/11). Z kolei: *„Pozostawienie bez rozpoznania wyłącznie zarzutów, w odniesieniu do których ziściły się przesłanki odrzucenia odwołania, urzeczywistnia zasadę zawartą w art. 7 ust. 3 Pzp, nakazującą udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, jest również zgodne z wyrażanym w orzecznictwie i piśmiennictwie postulatem szerokiej interpretacji art. 179 ust. 1 Pzp. Pogląd ten wskazuje na możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej nie tylko w celu zachowania praw wykonawcy w postępowaniu, ale również w celu zapewnienia zgodności z prawem całego postępowania o udzielenie zamówienia, tak aby umowa zawarta w jego wyniku nie była obarczona wadą uzasadniającą jej unieważnienie.".(za* wyrokiem KIO z dnia 06.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2044/11). Odnośnie szerokiego szerokiej interpretacji art. 179 ust. 1 Pzp i *„możliwości"* w tym zakresie, należy jednakowoż, mieć na uwadzę, że każdy ze stanów faktycznych jest odmienny, w tym zakresie, a postępowanie odwoławcze nie powinno zmieniać się w quasi postępowanie kontrolne, nie bez znaczenia jest także kontekst art. 192 ust. 7 Pzp.

Odnosząc się do kwesti relacji pomiędzy art. 179 ust.1 oraz art. 192 ust. 2 Pzp, Izba wskazuje za orzecznictwem; *„Może też zaistnieć sytuacja, że – niezależnie od posiadania*

przez Odwołującego interesu z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, i uznania zarzutów za zasadne – odwołanie zostanie oddalone, a to na podstawie art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych: Izba bowiem uwzględnia odwołanie tylko w wypadku, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. (…) Ustawodawca wprowadzając przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych musiał założyć możliwość zaistnienia sytuacji, że odwołanie może okazać się słuszne i zasadne, jednak jeżeli jego uwzględnienie pozostaje bez korelacji z wynikiem postępowania, należy je oddalić – priorytetem jest szybkość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych pozostaje bez związku z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, a więc istnieniem bądź nie interesu w uzyskaniu zamówienia (czy złożenia odwołania). Reasumując, ani spełnienie przesłanki z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, ani zasadność zarzutów nie przesądzają jeszcze o uwzględnieniu odwołania; taka sytuacja zaistniała w niniejszym postępowaniu odwoławczym."(za wyrokiem KIO z dnia 27.04.2011 r., sygn. akt: KIO 776/11).

Izba wskazuje również za orzecznictwem, co jest istotne z uwagi na przedmiot sporu zawarty w rozpatrywanych odwołaniach, tj. poszczególne zarzuty, że: „„Uwzględnienie *w części zarzutów odwołania przez zamawiającego należy uznać za przyznanie faktów leżących u podstaw uwzględnionych zarzutów w rozumieniu art. 190 ust. 5 zd. 2 p.z.p., jeżeli przyznanie nie budzi wątpliwości, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. W takim przypadku Izba upoważniona jest do odstąpienia od przeprowadzania postępowania dowodowego ze skutkiem uznania podniesionych zarzutów za potwierdzone".* Jednocześnie stwierdziła, iż: *„oddalając odwołanie, Izba miała na uwadze stan faktyczny istniejący w dniu rozprawy, wynikający z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po jej modyfikacji dokonanej przez zamawiającego w dniu (…) tj. po wniesieniu przedmiotowego odwołania. Mając na uwadze treść art. 192 ust. 2 ustawy, Izba była zobowiązana ocenić wpływ stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania. Jedynie w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, Izba może uwzględnić odwołanie. W okolicznościach badanej sprawy, pomimo potwierdzenia w części zasadności zarzutów (…) Izba nie stwierdziła, aby miały one istotny wpływ na wynik postępowania. Dokonując takiego rozstrzygnięcia, Izba była zobowiązana uwzględnić okoliczność, iż zamawiający dokonał modyfikacji treści spornych postanowień SIWZ, a zatem na moment orzekania stwierdzone naruszenie pozostawało bez wpływu na wynik postępowania".* (za wyrokiem z dnia 18.03.2011 r., sygn. akt: KIO 459/11). Podobnie: *„W przypadku uwzględnienia w części zarzutów odwołania i powtórzenia czy wykonania czynności postulowanych przez odwołującego, czy ogólniej rzecz biorąc,*

zgodnych z prawem, należałoby za niezasadne uznać przyjęcie do orzekania stanu faktycznego już nieistniejącego w jego trakcie, bowiem na tę chwilę nie istniałyby kwestionowane czynności czy zaniechania zamawiającego i brak byłoby faktycznej podstawy sporu w tym zakresie - zarzuty tego typu należałoby pozostawić bez rozpoznania" (za wyrokiem KIO z dnia 6 lipca 2011 r., sygn. akt: KIO 1313/11). Nadto: *„Pogląd, że uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów odwołania powoduje, że upada możliwość uwzględnienia ich w sentencji orzeczenia odnosić się może jedynie do sytuacji dokonania zmiany SIWZ zgodnie z żądaniami odwołania przed zamknięciem rozprawy. Tylko w takiej sytuacji naruszenia przepisów, których dopuścił się zamawiający nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania i nakazywanie zmian, których zamawiający już dokonał jest niecelowe".* (za wyroku z dnia 1 lutego 2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, sygn. akt: KIO 89/11, sygn. akt: KIO 90/11). W tym kontekście należy także wskazać, że: *„Jeżeli bowiem nawet uznać, że wobec uwzględnienia czterech z pięciu naruszeń w ramach zarzutu sformułowanego przez Odwołującego oraz cofnięcia ostatniego nieuwzględnionego zarzutu przez Odwołującego na rozprawie, brak jest przedmiotu sporu, czego Izba nie czyni, to winno się zauważyć, że brak czynności modyfikacji postanowień SIWZ, tudzież w wypadku uznaniowych kryteriów oceny także ogłoszenia o zamówieniu, skutkuje koniecznością uznania odwołania zasadnym, z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp. Tylko w razie poparcia odpowiedzi na odwołanie stosowną*

modyfikacją, sformułowane naruszenia w ramach zarzutu postawionego przez Odwołującego nie miałyby wpływu na wynik postępowania i istniałaby podstawa do oddalenia odwołania." (za wyrokiem KIO z dnia 15.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1166/11).

Kolejną istotną kwestią, którą należy wskazać w sposób ogólny przed rozpatrzeniem poszczególnych zarzutów jest sposób ich uwzględnienia w kontekście żądań zawartych w odwołaniu, czy też w kilku odwołaniach. Należy wskazać, iż co do zasady Zamawiający, w odróżnieniu od KIO jest związany żądaniami Odwołujacego odnoszącymi się do poszczególnych zarzutów (art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp). Powyższe wynika przykładowo z wyroku KIO z dnia 04.11.2011 r., sygn. akt: KIO 2270/11, sygn. akt: KIO 2275/11, sygn. akt: KIO 2298/11. Jednakże sytuacja jest o wiele bardziej złożona, jeśli mamy do czynienia z kilkoma odwołaniami zawierającymi takiego samego charakteru zarzuty z różnymi żądaniami („mniej *i dalej idące").* W takiej sytuacji Zamawiajacy zmuszony jest dokonać wyboru (jest to szczególnie widoczne w odniesieniu do zarzutów dotyczacych postanowień SIWZ). Jeśli uzna żądanie dalej idące, to sytuacja jest czytelna np. zamiast modyfikacji zapisów SIWZ dokona wykreślenia spornego postanowienia, w skutek powyższego *de facto* spełnił żądanie także *„mniej idące".* W sytuacji odwrotnej, gdy Odwołujący podtrzymuje zarzut wraz żądaniem pierwotnym, Izba zmuszona jest ocenić wpływ dokonanej modyfikacji na zasadność zarzutu i żądania, a w konsekwencji na wynik postępowania (tzn. jego

istnienie lub brak w kontekście art. 192 ust.2 Pzp). Z kolei, gdy Zamawiający dokona modyfikacji postanowień SIWZ niezgodnienie z żądaniami jakiegokolwiek Odwołującego winien z uwagi na art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp dokonać formalnego oddalenia zarzutu. W takiej sytuacji, Izba także oceni, czy modyfikacja Zamawiającego wpływa na wynik postepowania (tzn. jego istnienie lub brak w kontekście art. 192 ust.2 Pzp). Inaczej mówiąc, czy czyni zadość, koreluje, choć nie wprost, z żądaniami Odwołujących, którzy sformułowali *„wspólne"* zarzuty. Z uwagi na fakt, że Izba nie jest związana żądaniami Odwołującego i rozstrzyga jedynie o zasadności lub niezasadności podniesionego zarzutu, możliwa jest sytuacja, w której poczyniona modyfikacja SIWZ na dzień orzekania w ocenie Izby wyczerpuje, czyni zadość żądaniom Odwołującego i odwołanie zostanie oddalone z uwagi na brak wpływu *„skonsumowanego"* żadania na wynik postępowania.

W kontekście argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego na rozparwie, iż część zarzutów i żądań jest przedwczesna, a wykonawcy w pierwszej kolejności powinni zwrócić się do pytaniami o wyjaśnienie treści SIWZ do Zamawiającego, Izba stwierdza, że jest powszechnie wiadomym, że inne są terminy na składanie środków ochrony prawnej, zaś inne na składanie Zamawiającemu wniosków o wyjaśnienie postanowień SIWZ w trybie art. 38 ust. 1 Pzp. Dopóki nie zmienią się przepisy Pzp *„nie poparcie"* wniosków o wyjaśnienie postanowień SIWZ odwołaniem może w wypadku niezadawalającej odpowiedzi Zamawiającego skutkować utratą terminu na wniesienie środka ochrony prawnej. Nie można czynić zarzutu Wykonawcom, że korzystają z istniejących instytucji prawnych i działając chociażby z ostrożności prawnej składają odwołanie. Każde odmienne działanie Wykonawcy jest działaniem na jego ryzyko i odpowiedzialność.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w sprawie o sygn. akt: KIO 229/12, sygn. akt: KIO 238/12, sygn. akt: KIO 239/12, sygn. akt: KIO 242/12, sygn. akt: KIO 245/12, sygn. akt: KIO 247/12 oraz inne dokumenty wskazane poniżej albo wymienione szczegółowo w ramach ustaleń dotyczących poszczególnych odwołań, ustalił i zważył, co następuje.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących o sygn. akt: KIO 229/12, sygn. akt: KIO 238/12, sygn. akt: KIO 239/12, sygn. akt: KIO 242/12, sygn. akt: KIO 245/12, sygn. akt: KIO 247/12 złożone ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy.

Izba oddaliła wniosek o zobowiązanie Zamawiającego w trybie § 24 ust.1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu

postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280) do udostępnienia informacji/dokumentów pozwalających uzyskać dane co do sposobu, w jaki Zamawiający szacował wartość przedmiotowego zamówienia, złożony przez Przystępującego w sprawie o sygn. akt: KIO 229/12 sygn. akt: KIO 238/12, sygn. akt: KIO 242/12, sygn. akt: KIO 245/12, sygn. akt: KIO 247/12 oraz Odwołujacego w sprawie o sygn. akt: KIO 239/12, tj. Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. na rozparwie w dniu 20.02.2012 r., uznając, iż zobowiązanie w tym zakresie Zamawiającego, w ocenie Izby, nie jest istotne dla przedmiotu sporu. Stwierdzony brak w aktach postępowania szczegółowego wyliczenia kosztu poszczególnych ryzyk, za wyjątkiem zbiorczej wartości szacunkowej zamówienia, nie uzasadnia takiej konieczności, gdyż w rozpatrywanych odwołaniach przez KIO nie było zarzutów *sensu stricte* dotyczących szacowania zamówienia. Nadto, Izba wskazuje, że każdemu z Wykonawców przysługuje prawo wglądu do akt postępowania w trybie art. 96 ust. 3 Pzp, czy też możliwość zawnioskowania o wgląd do akt postępowania, zgodnie z § 8 ust. 2 w/w regulaminu. Możliwość zawnioskowania o powyższe informacje przewidziana jest także w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej z dnia 6 września 2001 r. (Dz. U. Nr 112, poz.1198 z późn. zm.).

Izba nie uznała jako dowodu, lecz jako stanowisko strony (opinię prywatną) w sprawie, opinii załączonej do pisma z dnia 14.02.2012 r. p. Prof. dr hab. Kazimierza Waćkowskiego złożonej przez Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. - Odwołujacego w sprawie o sygn. akt: KIO 239/12 oraz Przystępującego w sprawie o sygn. akt: KIO 229/12, sygn. akt: KIO 238/12, sygn. akt: KIO 242/12, sygn. akt: KIO 245/12, sygn. akt: KIO 247/12, uznając, nie negując jednocześnie dorobku naukowego autora, iż po pierwsze jej treść w znacznej części uległa zdeaktualizowaniu, z uwagi na modyfikację postanowień SIWZ dokonane przez Zamawiającego i wycofanie części zarzutów (15-stu) przez Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o., po drugie, zaś należy wskazać, iż na podstawie art. 278 k.p.c opinią biegłego jest wyłącznie opinia sporzadzona przez osobę wyznaczoną przez sąd (uzasadnienie wyroku SN z dnia 10 grudnia 1998 r., I CKN 922/97). Według judykatury, nie może być traktowana jako dowód w postępowaniu opinia biegłego (w tym również biegłego sądowego) sporzadzona na polecenie strony i złożona do akt sądowych (za wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 22.01.2009 r., sygn. akt: X Ga 22/08).

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, że odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 229/12, sygn. akt: KIO 242/12, sygn. akt: KIO 247/12 nie zasługują na uwzględnienie, zaś odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 238/12, sygn. akt: KIO 239/12, sygn. akt: KIO 245/12 zasługują na uwzględnienie.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 229/12 - SAP Polska Sp. z o.o.:

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołania, w tym odwołania o sygn. akt: KIO 229/12 (pismo z dnia 14.02.2012 r.) zapowiedział modyfikacje części postanowień SIWZ, w szczególnosci Załącznika nr 10 (Wzór Umowy). Przedmiotowe pismo zostało przekazane Odwołującemu na posiedzeniu w dniu 15.02.2012 r. (odroczone posiedzenie i rozprawa). W dniu 16.02.2012 r., zgodnie z zapowiedzią, Zamawiający dokonał modyfikacji postanowień SIWZ, w szczególności Załącznika nr 10 (Wzór Umowy).

Wskutek powyższego, pismem z dnia 16.02.2012 r. (w sprawie o sygn. akt: KIO 229/12) oraz w toku posiedzenia 17.02.2012 r. Odwołujący cofnął następujące zarzuty odwołania:

1) z pkt II.1 b [dotyczący definicji *„Wymagań”* z § 1 pkt 44 w Załaczniku nr 10 (Wzór Umowy) do SIWZ];
2) z pkt II.1 c [dotyczący definicji *„usługi aplikacyjne”;* § 1 pkt 41 w zw. z § 2 ust. 1 w Załaczniku nr 10 (Wzór Umowy) do SIWZ];
3) z pkt II.1 f. [dotyczący § 10 pkt 4 w Załączniku nr 10 (Wzór Umowy) do SIWZ].

Dodatkowo na rozprawie w dniu 17.02.2012 r. cofnął zarzut z pkt II.1 g [dotyczący § 16 w Załączniku nr 10 (Wzór Umowy) do SIWZ].

W pozostałym zakresie Odwołujący podtrzymał zarzuty, tj. z pkt II.1 d [dotyczący § 9 pkt 3 oraz § 10 pkt 8 w Załączniku nr 10 (Wzór Umowy) do SIWZ]. oraz z pkt II.1 e [dotyczący § 10 pkt 4 w Załączniku nr 10 (Wzór Umowy) do SIWZ].

W ramach pierwotnego postanowienia SIWZ [zarzut z pkt II.1 d odwołania]:

1) § 9 ust. 3 (prawidłowa numeracja) Załącznika nr 10: *„Zamawiający może wykonywać*

majątkowe prawa autorskie bez jakichkolwiek ograniczeń nie zastrzeżonych wyraźnie w Umowie (w szczególności ograniczeń terytorialnych), samodzielnie lub może upoważnić do tego osoby trzecie".
2) § 10 ust. 8 (prawidłowa numeracja) Załącznika nr 10: *„Licencje/sublicencje nie mogą mieć ograniczenia terytorialnego, w szczególności mogą z nich korzystać użytkownicy z innych państw, w tym m.in. organy państwowe."*

W ramach pierwszego z podtrzymanych zarzutów, oddalając zarzut w ramach odpowiedzi na odwołanie (str. 74, 30-31) Zamawiający stwierdził, że: *„Postanowienie to ma na celu wykluczenie ograniczeń prawnych, które w przyszłości wykluczyłyby możliwość świadczenia usług przez System e-Podatki dla organów Unii Europejskiej lub innych krajów członkowskich Unii Europejskiej, a także przedsiębiorców i obywateli tych krajów oraz obywateli polskich przebywających za granicą. W celu ewentualnego wykluczenia wątpliwości, Zamawiający, doda nasypujące sformułowanie „(...),z zastrzeżeniem przepisów*

prawa obowiązujących w Polsce." Jednocześnie należy zauważyć, że Zamawiający nie narzuca Wykonawcom wymagania zbudowania Systemu w oparciu o Oprogramowanie gotowe. Możliwość udzielenia tego typu licencji przewiduje ustawa Prawo autorskie w art. 66. Podobne postanowienia występują w dokumentach opracowanych na potrzeby postępowania na zaprojektowanie, ralizację i nadzór systemów w ramach projektu "Elektroniczna platforma gromadzenia, analizy i udostępniania zasobów cyfrowych o zdarzeniach medycznych" nr CSIOZ-WZP-6151-PO-3/11 prowadzonego przez Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, w którym wybrana została m.in.oferta odwołującego.". Zgodnie z zapowiedzią modyfikacja została wprowadzona pismem z dnia 16.02.2012 r.

W ramach pierwotnego postanowienia SIWZ [zarzut z pkt II.1 d odwołania]:

- § 10 ust. 4 (prawidłowa numeracja) Załącznika nr 10: *„Wykonawca oświadcza, że licencje/sublicencje dostarczone w ramach Umowy zapewniają pełną realizację usług aplikacyjnych zgodnie z Wymaganiami. W przypadku gdy w trakcie trwania Kontraktu okaże się, że dostarczone licencje/sublicencje nie zapewnią pełnej realizacji usług aplikacyjnych zgodnie z Wymaganiami, Wykonawca jest zobowiązany uzupełnić brakujące licencje/sublicencje, bez dodatkowego wynagrodzenia.".*

W ramach drugiego z podtrzymanych zarzutów Zamawiający wskazał, że nie miało miejsce naruszenie art. 179 ust.1 Pzp (str. 73-74), w pozostałym zakresie udzielając wyjaśnień na rozparwie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie obu podtrzymanych zarzutów Zamawiający wskazał naruszenie: art. 7, art. 29 ust. 1 i ust. 2, art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16, art. 144 ust. 1 Pzp (dotyczy cofniętego zarzut) oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania, w szczególności poprzez:
1. Opis przedmiotu zamówienia treści SIWZ w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący, który powoduje możliwość utrudnienia uczciwej konkurencji w - przedmiotowym przetargu, w szczególności w postanowieniach Załącznika nr 10 do SIWZ tj.
2. Wprowadzenie w Załączniku nr 10 do SIWZ (Wzór Umowy), postanowień uniemożliwiających określenie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie uwzględnienie przez Wykonawcę wszystkich wymagań i okoliczności niezbędnych i mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty,
3. Wprowadzenie w Załączniku nr 10 do SIWZ (Wzór Umowy), postanowień sprzecznych z Pzp i prawem. Odwołujący wnosił o zmianę (względnie nakazanie Zamawiającemu zmiany) następujących zaskarżnych postanowień Załącznika nr 10 do SIWZ (Wzór Umowy) poprzez

wprowadzenie zapisów wzoru umowy zgodnych z prawem autorskim lub unieważnienie w całości SIWZ. Izba oddaliła oba zarzuty, a w konsekwencji całe odwołanie.

W pierwszej kolejności, zasadnym jest poczynienie stwierdzeń natury ogólnej, które mają zastosowanie nie tylko do odwołania SAP Polska Sp. z o.o., ale do wszystkich rozpatrywanych odwołań.

Izba stwierdza, że podzieliła stanowisko wynikające z wroku KIO z dnia 29.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1547/09, iż zamówienia publicznego udziela się w ściśle określonym celu, dla zaspokojenia określonych potrzeb publicznych. Należy zatem stwierdzić, że kształtowanie poszczególnych postanowień umownych nie jest działaniem dowolnym, a ich treść musi mieć zawsze oparcie w potrzebach Zamawiającego, które mają zostać zaspokojone w wyniku postępowania. Szczególny charakter umów w sprawie zamówienia publicznego wynika jednak, z faktu, iż Zamawiający działa w interesie publicznym. W tym kontekście należy oceniać zgodność postanowień wzoru umowy z normami kodeksu cywilnego, które znajdą do nich zastosowanie na mocy art. 139 ust.1 Pzp, w zakresie nie uregulowanym przepisami Pzp. Przepisy Pzp modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów (art. 353^1 k.c.), co znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika *expressis verbis* z przepisów Pzp zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść Zamawiającego np. zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez wykonawcę (art. 147 i nast. Pzp), prawo odstąpienia przez zamawiającego od umowy (art. 145 Pzp). Zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko Zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Wskazać też należy, że (co nie tylko odpowiada zaspokojeniu potrzeb publicznych, ale mieści się już w kategoriach racjonalnych działań przedsiębiorców) Zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawców za należyte wykonanie zamówienia, obciążyć ich dodatkowym ryzykiem. Powyższe, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353^1 k. c. (niezgodność umowy z właściwościami stosunku prawnego, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego) nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w SIWZ, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez Zamawiającego warunkach.

97

Odnosząc się, zaś do przedmiotowego odwołania, Izba stwierdza co następuje:

Po pierwsze, względem postanowień § 9 ust 3 Załącznika nr 10 (Wzór Umowy) do SIWZ, Zamawiający dokonał modyfikacji zgodnej z żądaniem Zamawiającego doprowadzając przedmiotowy paragraf umowy do zgodności z prawem autorskim. W konsekwencji zaistniała w tym przypadku sytuacja wynikająca z art. 192 ust. 2 Pzp, zgodnie z obszernym stanowiskiem wyrażonym w tej materii powyżej. Odwołujący także *de facto* uznał zasadny kierunek dokonanej modyfikacji na rozprawie. Nadto, nie stanowią przedmiotowe postanowienia wzoru umowy opisu przedmiotu zamówienia, do którego zastosowanie znajduje przepis art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, ale są przedmiotem zobowiązania umownego. W konsekwencji Izba nie znalazła podstaw do przypisania Zamawiajacemu naruszenia przepis art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, czy też w konsekwencji art. 7 Pzp, którego uszczegółowieniem jest art. 29 Pzp. Wskazanie tylko i wyłącznie art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 Pzp, jest także niewystarczające, w szczególności bez powiązania naruszenia z przepisami *ius cogens* KC.

Po drugie, względem postanowień § 10 ust 8 w Załączniku nr 10 (Wzór Umowy) do SIWZ należy zauważyć, że one także nie stanowią opisu przedmiotu zamówienia, do którego zastosowanie znajduje przepis art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, ale są przedmiotem zobowiązania umownego. (wyrok KIO z dnia 04.02.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1876/09, sygn. akt: KIO/UZP 1881/09, KIO/UZP 1883/09). Odwołujacy w kontekście sformułowanego zarzutu przywołał tylko i wyłacznie przepisy Pzp, w żaden sposób nie odniósł się do przepisów *ius cogens* KC, w odróżnieniu od pozostałych Wykonawców, którzy złożyli odwołania podlegające łącznemu rozpoznaniu, odnoszące się w zakresie zarzutów dotyczacych postanowień umowy do KC poprzez art. 139 ust.1 Pzp. W tym kontekście należy wskazać, że: *„Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności czy to z przepisami regulującymi stosunku umowne danego typu o charakterze iuris cogentis, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami i zasadami ogólnymi Kc, w szczególności wynikającymi z art. 5, art. 58 i art. 353^1 Kc.”.* (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10). W konsekwencji Izba nie

znalazła podstaw do przypisania Zamawiajacemu naruszenia przepis art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, czy też w konsekwencji art. 7 Pzp, którego uszczegółowieniem jest art. 29 Pzp. Należy bowiem zauważyć: *„że brak jest podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 29 ust.1 ustawy Pzp, a w konsekwencji także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, którego uszczegółowieniem jest art. 29 ust. 1, ponieważ do sposobu formułowania postanowień preambuły nie mają w ogóle zastosowania rygory właściwe dla opisu przedmiotu zamówienia, określone w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Wynika to z faktu, że ustawa Prawo*

98

---

zamówień publicznych wyraźnie odróżnia „opis przedmiotu zamówienia" od „wzoru umowy", którego częścią jest preambuła. Jak bowiem wskazuje literalne brzmienie art. 36 ust. 1 pkt 3 i 16 ustawy Pzp, na specyfikację istotnych warunków zamówienia składa się w szczególności zarówno „opis przedmiotu zamówienia", jak i „wzór umowy". Jeżeli zatem ustawodawca rozróżnia „opis przedmiotu zamówienia" od „wzoru umowy", to nie można traktować ich jednakowo i przyjąć, że ustawodawca, posługując się w przepisie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zwrotem „opis przedmiotu zamówienia" miał na myśli także „wzór umowy". Innym pojęciem, zwrotom, czy sformułowaniom użytym w akcie prawnym należy bowiem przypisywać odmienne znaczenie." (wyrok KIO z dnia 04.02.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1876/09, sygn. akt: KIO/UZP 1881/09, KIO/UZP 1883/09). Wskazanie, zaś tylko i wyłącznie art. 36 ust. 1 pkt 3 i pkt 16 Pzp, jest także niewystarczające, w szczególności bez powiązania naruszenia z przepisami *ius cogens* KC.

Po trzecie, względem postanowień § 10 ust. 4 w Załączniku nr 10 (Wzór Umowy) do SIWZ, Izba wskazuje, że także w tym wypadku nie stanowią one opisu przedmiotu zamówienia, do którego zastosowanie znajduje przepis art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, ale są przedmiotem zobowiązania umownego *sensu stricte,* oddalając zarzut. W kosekwencji bowiem mają zapewnić Zamawiajacemu prawo do dodatkowych licencji/sublicencje, w trakcie realizacji kontraktu, gdy zaistnieje okoliczność wskazana w postanowień § 10 ust. 4. Wskazać, również należy na okoliczność istotną z punktu widzenia przedmiotu sporu (niniejszy zarzut powtarza się w odwołaniu o sygn. akt: KIO 239/12, gdzie prawidłowo zastosowano odwołanie naruszenia do przepisów KC), tzn. zasadnym jest stwierdzenie racjonalności takiego postanowienia umowy biorac pod uwagę przedmiot świadczenia. Uzasadnionym wydaje się nawet, stwierdzenie, że mamy do czynienia z notoryjnością w tym zakresie, albowiem kwestia negatywnych konsekwencji finansowych określenia nieodpowiedniej ilości licencji będących w dyspozycji Zamawiajacego jest okolicznością powszechnie znaną (art. 190 ust. 5 zdanie pierwsze Pzp). Na tę m.in. okoliczność, co do wystarczającej ilości licencji powołano biegłego (wyrok KIO z dnia 05.10.2011 r., sygn. akt: KIO 1349/11). W tym zakresie należy uznać, że Zamawiający zamierza w ramach wynagrodzenia ryczałtowego zapłacić za ryzyko Wykonawcy z tym związane i przeciwdziałać negatywnym konsekwencjom finansowym i prawnym, w tym nawet formułowaniu wobec Zamawiajacego zarzutu naruszeniu art. 44 ust. 3 Ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1241 z późn. zm.).

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp.

99

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 229/12 podlega oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 238/12 - IBM Polska Sp. z o.o.:

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołania, w tym odwołania o sygn. akt: KIO 238/12 (pismo z dnia 14.02.2012 r.) zapowiedział modyfikacje części postanowień SIWZ, w szczególnosci Załącznika nr 10 (Wzór Umowy). Przedmiotowe pismo zostało przekazane Odwołującemu na posiedzeniu w dniu 15.02.2012 r. (odroczone posiedzenie i rozprawa). W dniu 16.02.2012 r. zgodnie z zapowiedzią Zamawiający dokonał modyfikacji postanowień SIWZ, w szczególności Załącznika nr 10 (Wzór Umowy).

W toku posiedzenia 17.02.2012 r. Odwołujący cofnął następujące zarzuty odwołania:
1) z pkt II.1 *„częściowo”* odnośnie naruszenia art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 827 KC, a także art. 58 § 1 KC, a ponadto art. 387 KC oraz 5 KC w kontekście § 12 ust. 3 pkt 5 Załącznika nr 10 (Wzór Umowy);
2) z pkt II.7 odnośnie naruszenia art. 34 ust. 5 Pzp w zw. z art. 12 ust. 2 Pzp w kontekście prawa opcji w § 8 Załącznika nr 10 (Wzór Umowy);
3) z pkt II. 4 odnośnie naruszenia art. 36 ust. 5 Pzp w kontekście § 19 ust. 4 Załącznika nr 10 (Wzór Umowy).

W pozostałym zakresie Odwołujący podtrzymał zarzuty, tj. z pkt II.1 *„częściowo”* odnośnie naruszenia art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 827 KC, a także art. 58 § 1 KC, a ponadto art. 387 KC oraz 5 KC w kontekście § 12 ust. 3 pkt 7 Załącznika nr 10 (Wzór Umowy); z pkt II.2 odnośnie naruszenia art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 1 KC, a także art. 11 ust. 4 Uznk poprzez sformułowanie w § 6 ust. 15 wzoru umowy zobowiązania, które jest sprzeczne z art. 11 ust. 4 Uznk, stanowi nadużycie prawa podmiotowego (art. 5 KC); z pkt II.3 odnośnie naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 25 Pzp, a także § 1 ust. 1 pkt 6) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), poprzez sformułowanie w § 6 ust. 3 wzoru umowy wymogu, że skład zespołu wykonawcy określony w załączniku nr 7 do wzoru umowy ma być tożsamy ze składem przedstawionym w ofercie, a także zawartego w Załączniku nr 7 do wzoru umowy wymogu aby skład zespołu wykonawcy został uzupełniony przed zawarciem umowy, w oparciu o wykaz osób stanowiący załącznik do oferty; z pkt II.5 odnośnie naruszenia art. 144 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 1 KC, art. 5 KC, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 140 ust. 1 Pzp poprzez sformułowanie w § 21 wzoru umowy możliwości wprowadzania zmian do zawartej umowy przez Zamawiającego bez określenia warunków

---

zmiany, a także w sposób subiektywny i nieprecyzyjny; z pkt II.6 odnośnie naruszenia art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 387 KC w kontekście § 6 ust. 14 Załącznika nr 10 (Wzór Umowy); z pkt II.8 odnośnie naruszenia art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 1 KC oraz art. 5 KC, a także art. 29 ust. 1 Pzp, a także art. 7 ust. 1 Pzp poprzez sformułowanie przez Zamawiającego zobowiązań, które są sprzeczne z naturą stosunku prawnego oraz stanowią nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego, w kontekście § 16 Załącznika nr 10 (Wzór Umowy), § 14 ust. 1-9, § 14 ust. 11; § 10 ust. 4 Załącznika nr 10 (Wzór Umowy), jak z pkt II.9 odnośnie naruszenia art. 139 Pzp, w zw. z art. 365 1 KC oraz art. 5 KC poprzez nałożenie na wykonawcę zobowiązania bezterminowego, które zgodnie z zapisami wzoru umowy ma obowiązywać bez jakiegokolwiek ograniczenia czasowego - § 5 ust. 7 i § 18 ust. 11 Załącznika nr 10 (Wzór Umowy).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Izba oddaliła zarzut z pkt II.1 *„częściowo”* odnośnie naruszenia przez Zamawiającego art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 827 KC, a także art. 58 § 1 KC, a ponadto art. 387 KC oraz 5 KC w kontekście § 12 ust. 3 pkt 7 Załącznika nr 10 (Wzór Umowy).

Wskazać należy, iż powyższe było spowodowane faktem, iż Odwołujący sformułował alternatywne żądanie: *„W związku z powyższym, Odwołujący wnosił o nakazanie wykreślenia ze wzoru umowy § 12 ust. 3 pkt 5 i 7 wzoru umowy, jako niezgodnych z powołanymi przepisami lub w razie nieuznania w całości żądania w tym zakresie, co najmniej nakazanie Zamawiającemu wykreślenia § 12 ust. 3 pkt 5) wzoru umowy jako niezgodnego z art. 827 § 1 KC i art. 58 § 1 KC, w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp.”.*

W ramach modyfikacji Zamawiający dokonał zapowiedzianej w odpowiedzi na odwołanie zmiany postanowień SIWZ i wykreślił § 12 ust. 3 pkt 4 i 5 Załącznika nr 10 (Wzór Umowy), nie bez wpływu na działanie Zamawiającego była okoliczność nastepująca, że podobny zarzut był sformułowany w odwołaniu Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. (zarzut został wycofany – konsekwencja modyfikacji). W konsekwencji Zamawiający uznał, w ocenie Izby, że spełni żądania obu Odwołujących. Z uwagi na zaistaniałą sytuację Izba, wobec wypełnienia jednego z żądań zawartych w odniesieniu do przedmiotowego zarzutu i dokonanej modyfikacji oddaliła zarzut z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp. Podobnie Izba uznała w wyroku KIO z dnia 19.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1439/08, który mimo, że dotyczy nieco odmiennego stanu prawnego wskazuje na konsekwencje sformułowanych w określony sposób zarzutów i żądań Wykonawców składających środki ochrony prawnej: *„Zamawiający*

przychylił się do tej drugiej, alternatywnej opcji rozpatrzenia protestu, zaprezentowanej i wnioskowanej przez Odwołującego w proteście. Tym samym należało uznać, że protest został rozstrzygnięty zgodnie z żądaniami i z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w proteście przez Odwołującego. (…) Skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący

101

---

poprzez sformułowanie alternatywnego zarzutu oraz żądania dopuszczał możliwość przyjęcia przez Zamawiającego jednej z dwóch opcji postępowania, przewidzianych przez samego Odwołującego.".

Na marginesie Izba wskazuje, że Zamawiający, jako inicjator postępowania może każdorazowo (w tym wypadku do upływu terminu składania ofert) dokonywać samodzielnie określonych uzasadnionych zmian, jeśli będą one z korzyścią dla efektywności prowadzonego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego.

Izba uwzględniła zarzut z pkt II.2 odnośnie naruszenia przez Zamawiającego art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 1 KC, a także art. 11 ust. 4 Uznk poprzez sformułowanie w § 6 ust. 15 wzoru umowy zobowiązania, które jest sprzeczne z art. 11 ust. 4 Uznk, stanowi nadużycie prawa podmiotowego (art. 5 KC). W konsekwencji powyższego nakazuje wykreślenie przedmiotowego postanowienia wzoru umowy. W ocenie Izby, tak pierwotne postanowienie niniejszego paragrafu wzoru umowy, jak i treść nadana przez Zamawiającego w ramach modyfikacji z 16.02.2012 r. nie czynią zadość konieczności ochrony skutecznej *erga omnes* w zakresie know-how Odwołujacego i pozostałych Wykonawców, w tym Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. (sygn. akt: KIO 239/12), który sformułował zarzut podobnego rodzaju (podtrzymany).W oceni Izby, modyfikacja z 16.02.2012 r. nie daje podstawy do oddalenia niniejszego zarzutu z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp.

Dodatkowo Izba wskazuje, że Zamawiający uwzględnił niniejszy zarzut w ramach odpowiedzi na odwołanie, biorac pod uwagę żądanie wykreślenia, takie samo jak w odwołaniu Sygnity SA /sygn. akt: KIO 245/12/ (także sformułowano podobny zarzut), jeżeli zamierzał dokonać modyfikacji, a nie wykreślenia winien oddalić formalnie zarzut, w przeciwnym razie jest związany żądaniem z mocy art. 186 ust. 2 zdanie drugie Pzp. Powyższe nie pozostało bez wpływu na stanowisko Izby względem przedmiotowego zarzutu. W tym kontekście, wobec powiązania § 6 ust. 15 z § 6 ust. 14 oraz § 18 ust.1 wzoru umowy, w szczególności na skutek dokonanej w dniu 16.02.2012 r. modyfikacji, istnieje konieczność dostosowania ich postanowień, tak aby zachować spójność konstrukcji przyszłej umowy.

Izba oddaliła zarzut z pkt II.3 odnośnie naruszenia przez Zamawiajacego art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 25 Pzp, a także § 1 ust. 1 pkt 6) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), poprzez sformułowanie w § 6 ust. 3 wzoru umowy wymogu, że skład zespołu wykonawcy określony w załączniku nr 7 do wzoru umowy ma być tożsamy ze składem przedstawionym w ofercie, a także zawartego w Załączniku nr 7 do wzoru umowy wymogu aby skład zespołu wykonawcy został uzupełniony przed zawarciem umowy, w oparciu o wykaz osób stanowiący załącznik do oferty.

102

Należy wskazać, że modyfikacja (dodano drugie zdanie) dokonana przez Zamawiającego 16.02.2012 r. jest korzystna (w powiązaniu z pierwotnymi postanowieniami) dla obu stron postępowania odwoławczego, z jednej strony bowiem niweluje ryzyko związane z wymianą składu zespołu na etapie podpisania umowy, który nierzadko nie odpowiada osobowo składowi zespołu wykazywanego w załączniku do oferty, z drugiej pozwala na zmiany w zespole wynikające z sytuacji losowych, a także związanych z uzasadnioną potrzebą natury obiektywnej np.: zmianą pracodawcy przez któregokolwiek członków zespołu. W takiej sytuacji Zamawiajacy nie może odmówić takiej zmiany w zespole. Konieczne jest jedynie, aby: *„osoba mająca wejść w skład zespołu będzie posiadać wymagane doświadczenie i kwalifikacje przynajmniej takie same jak określone w SIWZ".* Nie jest to w ocenie składu wymaganie nadmierne, wykraczające poza uzasadnione potrzeby Zamawiającego, któremu nie można jednocześnie odmówić prawa do kontroli i wymagania wykonywania przedmiotu zamówienia przez osoby o określonych kwalifikacjach, gwarantujące, choćby w sposób pośredni, prawidłową realizację przedmiotu

zamówienia. W konsekwencji Izba oddaliła zarzut z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp.

Izba uwzględniła zarzut z pkt II.5 odnośnie naruszenia przez Zamawiającego art. 144 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353 1 KC, art. 5 KC, art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 140 ust. 1 Pzp poprzez sformułowanie w § 21 wzoru umowy możliwości wprowadzania zmian do zawartej umowy przez Zamawiającego bez określenia warunków zmiany, a także w sposób subiektywny i nieprecyzyjny.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że uzasadnienie projektu noweli z dnia 4 września 2008 r. (druk sejmowy nr 2154, Sejm RP VI Kadencji) wskazuje się, że: *„zmiany nieistotne należy rozumieć jako takie, co do których wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie ani na wynik postępowania. Taki sposób rozumienia istotnych i nieistotnych zmian do umowy w sprawie zamówienia publicznego nawiązuje do orzecznictwa ETS. Europejski Trybunał Sprawiedliwości kwestie zmiany umowy rozważał w wyrokach z dnia 19 czerwca 2008 r., C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republika Austrii (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA AUSTRIA PRESSE AGENTUR registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, LEX nr 410027; z dnia 29 kwietnia 2004 r., C-496/99 P, Komisja Wspólnot Europejskich v. CAS Succhi di Frutta SpA, ECR 2004, nr 4A, poz. I-03801, oraz z dnia 5 października 2000 r., C-337/98, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska, ECR 2000, nr 10A, poz. I-08377. W sprawach C-454/06 oraz C-496/99 ETS wskazywał, że ze względu na cel zapewnienia przejrzystości procedur równego traktowania oferentów zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia*

w rozumieniu dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia. Z kolei w sprawie C-337/98 ETS stwierdził, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. Stanowisko ETS w przedmiocie kwalifikacji zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego jako zmiany istotnej odwołuje się zatem do znaczenia danej zmiany umowy z punktu widzenia społeczno-gospodarczego celu zobowiązania. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazuje na konieczność uwzględnienia wprowadzanej zmiany w hipotetycznie dokonywanej ocenie ofert oraz na potrzebę porównania oferty wykonawcy, z którym została zawarta umowa w kształcie uwzględniającym wprowadzane zmiany z innymi ofertami, które zostały złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego". W tym kontekście Izba wskazuje za wyrokiem ETS (C-496/99, Succhi di Frutta), iż zmiana niektórych warunków, na których zamówienie zostało udzielone, jest dopuszczalna „ze szczególnych powodów" jedynie wówczas, gdy zamawiający wprost przewidział taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu oraz określił warunki takiej modyfikacji. Jako warunek konieczny modyfikacji ETS uznał przy tym nie tylko określenie okoliczności, z których zmiana wynika, ale też opis przewidywanej zmiany i jej dopuszczalny zakres.

W następnej kolejności Izba podnosi, że postanowienia art. 144 ust.1 Pzp uzależniają możliwość dokonania istotnej umowy w sprawie zamówienia od przewidzenia możliwości dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ oraz określenia warunków takiej zmiany. *A contrario* możliwość dokonywania zmiany nieistotnej nie jest poddana analogicznym rygorom.

W ocenie Izby, należy uznać, że nie ma przeszkód uznania dopuszczalności zmiany umowy w trybie art. 144 ust. 1 Pzp w wypadku zastosowania korzystniejszych dla Zamawiającego rozwiązań, jednakże pod warunkiem, że Zamawiajacy wprost przewidział taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ oraz określił warunki na jakich dokona zmian, a więc z określeniem konkretnych okoliczności, w których będzie do takiej zmiany uprawniony.

Izba uwzględniając przedmiotowy zarzut, nakazuje doprecyzowanie w zakresie kierunku interpretacji pojęcia *„istotny"* w § 21 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy. Z obecnego

brzmienia wzoru umowy nie wynika, kto będzie decydował o istotności zmiany. Nadto,

nakazuje doprecyzowanie, co Zamawiajacy rozumie pod pojęciem *„korzystniejszych”* w § 21 ust. 3 pkt 6 wzoru umowy. Nie zawsze techniczne nowsze rozwiązanie musi być korzystne dla Zamawiajacego, kwestia kompatybilności. Brak jest uszczegółowienia, kiedy zmiana polegajaca na wprowadzeniu nowej techniki lub technologi będzie korzystniejsza, może zaistnieć sytuacja, gdy *„wyższa wersja”* nie będzie korzystna dla Zamawiającego. Dodatkowo, Izba nakazuje doprecyzowanie w § 21 ust. 3 pkt 4 wzoru umowy w zakresie kierunku interpretacji pojecia *„uzasadnionej potrzeby”* i *„usługi niezbędnej”.*

Izba uwzględniła zarzut z pkt II.6 odnośnie naruszenia art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 387 KC w kontekście § 6 ust. 14 Załącznika nr 10 (Wzór Umowy). Jednakże, uczyniła to tylko i wyłacznie z uwagi na uwzględnienie zarzutu dotyczącego § 6 ust. 15 Załącznika nr 10 (Wzór Umowy) i nakazanie wykreślenia przedmiotowego postanowienia wzoru umowy. Izba bowiem nie neguje konieczności zapewnienia przez Zamawiajacego możliwości otwarcia systemu e-Podatki na inne podmioty, w celu uniknięcia zlecania zamówień z wolnej ręki, a w trybach konkurencyjnych. W tym zakresie Izba uznaje za własne stanowisko wyrażone w Rekomendacji Prezesa UZP dotyczących udzielania zamówień publicznych na systemy informatyczne (W-wa 2011, Wyd. I).

Jednakże, wobec powiązania § 6 ust. 14 z § 6 ust. 15 oraz § 18 ust.1 wzoru umowy, w szczególności na skutek dokonanej w dniu 16.02.2012 r. modyfikacji, istnieje konieczność dostosowania tych postanowień, tak aby zachować spójność konstrukcji przyszłej umowy. W konsekwencji, Izba nakazuje Zamawiającemu dostosowanie § 6 ust. 14, § 6 ust. 15 oraz § 18 ust. 1 wzoru umowy, tak aby zachować spójność konstrukcji przyszłej umowy.

Izba oddaliła zarzut z pkt II.8 odnośnie naruszenia przez Zamawiającego art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353^1 KC oraz art. 5 KC, a także art. 29 ust. 1 Pzp, a także art. 7 ust. 1 Pzp poprzez sformułowanie przez Zamawiającego zobowiązań, które są sprzeczne z naturą stosunku prawnego oraz stanowią nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego, w kontekście § 16 Załącznika nr 10 (Wzór Umowy), § 14 ust. 1-9, § 14 ust. 11; § 10 ust. 4 Załącznika nr 10 (Wzór Umowy).

Względem sformułowania w § 16 wzoru umowy zobowiązania polegającego na zagwarantowaniu Zamawiającemu szerokiego prawa do zawieszenia wykonywania umowy ze skutkiem natychmiastowym i na dowolny czas, w szczególności bez zawarcia jakichkolwiek postanowień umożliwiających dokonanie rozliczeń z tego tytułu, Izba wskazuje, iż uwzględniając modyfikację Zamawiajacego z dnia 16.02.2012 r. w tym zakresie (modyfikacja ust. 6 i dodanie ust. 7), jak i wiążącą wykładnię autentyczną dokonaną przez Zamawiającego na rozparwie w dniu 17.02.2012 r.: *„(…) dokonaną modyfikację należy interpretować w ten sposób, iż jest to możliwość jednokrotnego zawieszania umowy do 12 miesięcy”,* oddala zarzut. Odwołujący *de facto* wskutek wskazanych powyżej okoliczności

ograniczył zarzut do kwestii związanej z natychmiastowym charakterem zawieszenia oraz brakiem wynagrodzenia za przedmiotowy okres, wobec konieczności utrzymania przez wprowadzony modyfikacją okres zawieszenia dotychczasowego zespołu osób. Izba uznała, że wobec ostatecznego wskazania maksymalnego czasookresu, możliwa jest wycena po stronie Odwołującego ryzyk odnoszących się do kwestii natychmiastowego charakteru zawieszenia oraz braku wynagrodzenia za przedmiotowy okres.

Względem sformułowania w § 14 ust. 1-9 wzoru umowy, tj. szerokich uprawnień do nakładania przez Zamawiającego kar umownych na wykonawcę, przy jednoczesnym braku ograniczenia odpowiedzialności wykonawcy na podstawie umowy do określonej sumy pieniężnej, Izba również oddaliła zarzut w tym zakresie wskazując, że zasadnie Zamawiajacy powoływał się na limit wynikajacy z § 14 ust. 10 wzoru umowy, który *de faco* czyni zadość żądaniu Odwołującego. W ocenie Izby, przedmiotowe stanowisko Zamawiającego jest konsekwencją przyjętych rozwiązań w umowie.

Względem sformułowania w § 14 ust. 11 wzoru umowy, że utrata dofinansowania ze środków Unii Europejskiej stanowi stratę Zamawiającego w rozumieniu art. 361 § 2 KC, Izba również oddaliła zarzut w tym zakresie wskazując, że przedmiotem badania, czy miało miejsce naruszenie może być każdorazowo wyłącznie – naruszenie w odniesieniu do

przepisów bezwzględnie obowiązujących ius cogens, w szczególnosci KC, przedmiotowy artykuł KC nie ma takiego charakteru i pozwala róznorodne określenie przedmiotowej kwestii, jak uczynił to Zamawiający w umowie.

Względem nałożenia w § 10 ust. 4 wzoru umowy na wykonawcę obowiązku uzupełniania brakujących licencji/sublicencji bez dodatkowego wynagrodzenia, w przypadku gdy w trakcie trwania umowy okaże się, że dostarczone licencje/sublicencje nie zapewnią pełnej realizacji usług aplikacyjnych zgodnie z wymaganiami wskazanymi we wzorze umowy, Izba oddaliła zarzut w tym zakresie, przywołując argumentacje przytoczoną przy rozpatrywaniu tego zarzutu w odwołaniu SAP Polska Sp. z o.o., sygn. akt: KIO 229/12.

Izba oddaliła zarzut z pkt II.9 odnośnie naruszenia art. 139 Pzp, w zw. z art. 365^1 KC oraz art. 5 KC poprzez nałożenie na wykonawcę zobowiązania bezterminowego, które zgodnie z zapisami wzoru umowy ma obowiązywać bez jakiegokolwiek ograniczenia czasowego - § 5 ust. 7 i § 18 ust. 11 Załącznika nr 10 (Wzór Umowy). Należy bowiem zauważyć, że w wyniku modyfikacji z dnia 16.02.2012 r. niniejsze postanowienia umowy utraciły charakter bezterminowych, z tej przyczyny Izba uznała, że z mocy art. 192 ust. 2 Pzp niniejszy zarzut w obu przypadkach podlega oddaleniu.

Biorąc jednakże pod uwagę uwzględnienie zarzutu z pkt II.2, II.5 oraz II.6 odwołania, Izba uznała, że odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 238/12 podlega uwzględnieniu na

podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 239/12 - Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o.:

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołania, w tym odwołania o sygn. akt: KIO 239/12 (pismo z dnia 14.02.2012 r.) zapowiedział modyfikację części postanowień SIWZ, w szczególnosci Załącznika nr 10 (Wzór Umowy) i innych będących przedmiotem sporu. Przedmiotowe pismo zostało przekazane Odwołującemu na posiedzeniu w dniu 15.02.2012 r. (odroczone posiedzenie i rozprawa). W dniu 16.02.2012 r. zgodnie z zapowiedzią Zamawiający dokonał modyfikacji postanowień SIWZ, w szczególności Załącznika nr 10 (Wzór Umowy) i innych będących przedmiotem sporu.

W toku posiedzenia w dniu 17.02.2012 r. Odwołujący cofnął następujące zarzuty odwołania, które zostaną poniżej wskazane.

W tym kontekście jednakże, jak i w odniesieniu do odwołania SAP Polska Sp. z o.o., a w szczególności odwołania Sygnity SA, Izba stwierdza, że: *„niezbędne jest wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających sformułowanie zarzutu, a nie posługiwanie się hasłami, które nie wyznaczają sfery możności działania danego podmiotu. (…) Poprawne sformułowanie zarzutu nie sprowadza się bowiem do podania nazwy aktu prawnego, który zdaniem Odwołującego się, został naruszony, a wymaga konkretyzacji w zakresie normy prawnej i wskazania stanu faktycznego, który pod tę normę podpada. Ciężar udowodnienia faktu nie spoczywa bowiem na Izbie, czy też stronie przeciwnej. Odwołujący się w sposób nieuprawniony, wbrew regulacji przepisu art. 6 k.c., stara się odwrócić ciężar dowodu, oczekując, iż to Izba wskaże, które ewentualnie przepisy zostały naruszone. Tymczasem Izba rozpoznaje odwołanie w granicach zgłoszonych zarzutów poprzedzonych protestem, nie dokonuje natomiast jednoczesnej konkretyzacji zarzutów i ich oceny.”* (za wyrokiem z dnia 26.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1461/09). Reasumując, zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp uzasadnienie zarzutu oprócz przywołania podstawy prawnej powinno zawierać także szczegółowe uzasadnienie faktyczne.

W konsekwencji Izba uznała, że nie można zarzutów ze str. 2 odwołania odzielić od żądań wskazanych od str. 3 do 11 odwołania, albowiem stanowią one ich konkretyzację, każdorazowo przynajmniej w jego pierwszej części przed wskazaniem propozycji zmiany, w przeciwnym wypadku ogólnie sformułowany zarzut byłyby gołosłowny.

Z tej przyczyny Izba zastosuje numerację podaną w odwołaniu od str. 3 do 11, w dwóch wypadkach dalszą wynikającą z dalszej części uzasadnienia odwołania.

Odwołujacy cofnął na posiedzeniu zarzuty dotyczące:

1) ogłoszenia oraz SIWZ, w tym Wzoru Umowy, jako zawierających postanowienia

uniemożliwiające udział w postępowaniu Odwołującego,
2) ogłoszenia oraz SIWZ, w tym Wzoru Umowy, jako zawierających sprzeczne ze sobą lub niejednoznaczne/niekompletne zapisy, co uniemożliwia Odwołującemu dokładne określenie zakresu usług i warunków na jakich usługi miałyby być na rzecz Zamawiającego świadczone, co w konsekwencji uniemożliwia sporządzenie oferty w zakresie ceny, w sposób wskazany przez Zamawiającego, poprzez określenie cen w sposób ryczałtowy,
3) ogłoszenia oraz SIWZ, w tym Wzoru Umowy, jako zawierających, postanowienia, które naruszają zasadę równości stron i uczciwej konkurencji:
• w zakresie pkt I h - § 12 ust. 3 pkt 4 i 5 wzoru umowy; •
w zakresie pkt I j - § 15 ust. 2 pkt 6 wzoru umowy;
• w zakresie pkt I k - § 16 wzoru umowy; •
w zakresie pkt I l - § 20 ust 1 wzoru umowy;
• w zakresie pkt I m - zmiany definicji pojęcia *„Oprogramowanie gotowe"* zawartej w treści Załącznika nr 8 do Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ), w brzmieniu: *„Oprogramowanie gotowe (COTS);*
• w zakresie pkt I o - S.WYM.NFN.723 dla usługi aplikacyjnej S2.AS.014; •
w zakresie pkt I p - S.WYM.NFN.723 dla usługi aplikacyjnej S2.AS.024;
• w zakresie pkt I u - zmiany treści załącznika nr 5 do SIWZ, pkt 2, tabela 1, lp. 6; •
w zakresie pkt I v - definicji pojęcia *„ERP";*
• w zakresie pkt I w - załącznika nr 5 do SIWZ punktów c oraz d zawartych w Tabeli 2; •
w zakresie pkt I x - zmiany treści pkt 5 b i c zawartych w Tabeli 1 Załącznika 5 do SIWZ;
• w zakresie pkt I y - zmiany treści pkt 6 b i c zawartych w Tabeli 1 Załącznika 5 do SIWZ.

Nadto, Odwołujący cofnął zarzut dotyczący SIWZ, w tym Wzoru Umowy, jako zawierających postanowienia naruszające zasady określania współpracy z podwykonawcami, co w konsekwencji w nieuprawiony sposób ogranicza możliwość przygotowania oferty i wykonania przedmiotu Umowy przez Odwołującego, w zakresie pkt I z - zmiany treści § 19 ust. 2 - 9 we wzorze umowy.

Wycofano również zarzut z pkt IV.2 uzasadnienia odwołania (str. od 23 do 26 odwołania).

W toku rozprawy Odwołujacy wycofał dodatkowo zarzut 7 z uzupełnienia odwołania – donosnie załącznika nr 11 do OPZ (pkt 1.3).

Powyższe wycofane, jak i podtrzymane naruszenia miały miejsce w kontekście: art. 2 pkt 13 Pzp, art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 29 ust. 1 - 3 Pzp, art. 36 ust. 5 Pzp oraz art. 5, art. 353^1, art. 471, art. 483 ust. 1, art. 484 ust. 1 art. 58 KC w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 Pzp.

Odwołujący podtrzymał następujące zarzuty:

• w zakresie pkt I a zmiany terminu zrealizowania Przedmiotu Umowy w zakresie *„Pełne Wdrożenie Architektury Pośredniej TA2",* z 12 miesięcy od zawarcia Umowy w Rozdz. II ust. 1 pkt 1 SIWZ oraz we Wzorze Umowy w § 4 ust. 1 pkt 1 i ustalenie tego terminu na 18 miesięcy;
• w zakresie pkt I b zmiany terminu zrealizowania Przedmiotu Umowy w zakresie *„Usługa Utrzymania",* z 78 miesięcy od dnia zakończenia Asysty Powdrożeniowej Architektury Pośredniej TA2, w Rozdz. II ust. 1 pkt 5 SIWZ oraz we Wzorze Umowy w § 4 ust. 1 pkt 5 i ustalenie tego terminu na 72 miesięcy;
• w zakresie pkt I c zmiany terminu zrealizowania Przedmiotu Umowy w zakresie *„Pełne Wdrożenie Architektury Pośredniej TA3",* który został określony na *„nie później niż 31 marca 2015 r."* w Rozdz. II ust. 1 pkt 2 SIWZ oraz Wzorze Umowy w § 4 ust. 1 pkt 2, poprzez wydłużenie tego terminu, uwzględniając termin rozliczenia dofinansowania uzyskanych przez Zamawiającego ze środków Unii Europejskiej;
• w zakresie pkt I d - § 5 ust. 11 wzoru umowy; •
w zakresie pkt I e - § 10 ust. 2 wzoru umowy;
• w zakresie pkt I f - § 10 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy; •
w zakresie pkt I g - § 10 ust. 8 wzoru umowy;
• w zakresie pkt I i - § 15 ust. 2 pkt 4 i 5 wzoru umowy; •
w zakresie pkt I n – Rozdz. VIII ust.2 pkt 3 lit.a i b SIWZ;
• w zakresie pkt I q – odnośnie braku modelu organizacji administracji podatkowej; •
w zakresie pkt I r – odnośnie uszczegółowienia procesów i wymagań dla systemu informatycznego;

• w zakresie pkt I s – III linii wsparcia; •
w zakresie pkt It – t-1: sprzedaży i licytacji; t-2: migracji danych;
• w zakresie pkt I aa – załącznika nr 6 do SIWZ, pkt 1.1.8.1.1, WYM.UZU.56; •
w zakresie pkt I bb - załącznika nr 6 do SIWZ, pkt 1.1.7.12; WYM.UZU.55;
• w zakresie pkt I cc – załącznika nr 2 do OPZ sekcja: "1.3.5 Wykorzystanie zasobów", *„S.WYM.042 - Możliwość wykorzystania centrów zapasowych (TA2, TA3, TA4)";*
• w zakresie pkt I dd - zmiany treści pkt 3.2. w załączniku nr 7 do SIWZ; •
w zakresie pkt I ee - zmiany treści załącznik nr 1 do OPz na str. 78, pkt 2.3.3.5 Usługa Infrastrukturalna: SUS.031 - Szyna usług (DI);
• w zakresie pkt 1 uzupełnienia – odnośnie Rozdz. VIII pkt 3 ppkt 1) lit. b); c) oraz d), gdzie Zamawiający określił specyficzne wymagania dotyczące grup ekspertów (odpowiednio Architektów, Analityków oraz Projektantów/Specjalistów), poprzez ograniczenie wymaganego zakresu doświadczenia;

• w zakresie pkt 2 uzupełnienia – odnośnie załącznika nr 2 do OPZ, w punkcie S.WYM. 111 (str. 5) - Ograniczenia zasobów infrastruktury serwerowej wykorzystywanej przez system (TA2, TA3, TA4);
• w zakresie pkt 3 uzupełnienia – odnośnie załącznika nr 2 do OPZ, na str. 14 w pkt S.WYM.072 - Czas wznowienia po zakłóceniu działania (TA2, TA3, TA4), poprzez dopuszczenie możliwości dłuższego czasu gwarantowanego wznowienia po zakłóceniu działania (RTO) dla każdej z aplikacji niż czas wznowienia dla powiązanej usługi infrastrukturalnej dostarczającej środowisko dla aplikacji;
• w zakresie pkt 4 uzupełnienia - poprzez wyłączenie czasu niezbędnego na naprawę z punktu widzenia utrzymania pożądanego poziomu usług (SLA) w odniesieniu do Oprogramowania standardowego (Załącznik nr 6 do OPZ, Rozdz. 1.1.6. Usługa asysty powdrożeniowej, Rozdz. 1.1.7. Usługa utrzymania Systemu);
• w zakresie pkt 5 uzupełnienia - poprzez zmianę warunków licencyjnych dotyczących Oprogramowania Standardowego, opisanymi w Załączniku 14 do OPZ;
• w zakresie pkt 6 uzupełnienia – poprzez: •
zmianę wymagania opisanego w Załączniku 14 do OPZ (1.2.5 WYM.LIC.11)
• zmianę § 10 ust. 17 wzoru umowy; •
w zakresie pkt 8 uzupełnienia poprzez wprowadzenie stosownych zmian w treści załącznika 5 do OPZ (zestawy licencyjne), które dopuszczałyby rozwiązania oparte na innych komponentach niż komponenty IBM.

Ponadto, Odwołujacy podtrzymał zarzut dotyczący SIWZ, w tym Wzoru Umowy, jako zawierających postanowienia zobowiązujące wykonawców do zaoferowania elementów przedmiotu zamówienia nieodpłatnie, mimo ponoszenia przez nich kosztów realizacji, co stoi w sprzeczności z istotą zamówienia publicznego, polegającą na odpłatności umowy zawartej między Wykonawcą, a Zamawiającym, odnośnie pkt VII.1 uzasadnienia odwołania (str. 37 odwołania). Załącznik nr 6 do OPZ: *„Jeżeli zmiana jest realizowana przez Zamawiającego lub przez podmiot przez niego wskazany wówczas przechodzi ona nieodpłatną procedurę jej autoryzacji przez Wykonawcę".*

Podobnie, Odwołujacy podtrzymał zarzut dotyczący ogłoszenia oraz SIWZ, w tym Wzoru Umowy, jako zawierający postanowienia umożliwiające udział w postępowaniu wyłącznie konkretnemu wykonawcy, odnośnie pkt II.1 uzasadnienia odwołania (od str. 14 do 16 odwołania) – postanowień SIWZ zawierajacy regulacje w sposób jednoznaczny identyfikujące rozwiązania jednego z potencjalnych wykonawców zamówienia.

Izba wskazuje również, iż wzięła pod uwagę, jako podstawę stanu rzeczy ustalonego w toku postepowania (art. 191 ust. 2 Pzp), także pismo procesowe Odwołujacego - Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z dnia 14.02.2012 r. wraz załącznikiem (tłumaczeniem z wyciągu

raportu Critical Capabilities for Integrated Tax System COTS Products, 2010 (ID:G00209433) przygotowanym przez firmę Gartnera – Raport Gartnera) oraz z dnia 17.02.2012 r. złożonymi na rozparwie w dniu 21.02.2012 r., nadto Umową Licencji i Usług Oracle PL-OLSA_V110711 podpisaną przez Prezesa Zarządu Oracle Polska Sp. z o.o.

Niniejsze odnosi się również do trzech wzorów umów licencyjnych (Międzynarodową Umową Licencyjną na Program IBM Z125-3301-14, Postanowieniami Licencyjnymi dotyczącymi oprogramowania Microsoft, Microsoft Windows Server 2008 R2 Enterprise i Umową Licencji i Usług Oracle PL-OLSA_V110711) złożonych przez Przystępującego w sprawie o sygn. akt: KIO 229/12 sygn. akt: KIO 238/12, sygn. akt: KIO 242/12, sygn. akt: KIO 245/12, sygn. akt: KIO 247/12 oraz Odwołujacego w sprawie o sygn. akt: KIO 239/12, tj. Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. złożonymi na rozprawie w dniu 17.02.2012 r. Izba nie dopuściła jako dowodu w sprawie opinii prywatnej Prof. dr hab. Kazimierza Waćkowskiego uznając je za stanowisko strony.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu w zakresie pkt Ia, Ib i Ic, Izba uznała, że istniały podstawy do oddalenia odwołania w tym zakresie. Odwołujacy w kontekści sformułowanego zarzutu przywołał co prawda nie tylko przepisy Pzp, ale również przepisy *ius cogens* KC, lecz nie wskazał niewątpliwie zasadnego w takim stanie faktycznym odwołania do art. 387 KC. W tym zakresie Izba przywołuje również odnośnie granic zgłoszonych zarzutów przytoczony powyżej wyrok z dnia 26.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1461/09.

W konsekwencji Izba oddaliła zarzut. Względem nie dopuszczenia dowodu z opinii prywatnej Izba odniosła się w części uzasadnienia powyżej. Odwołujący, czy też Przystępujący, nie wnioskowali o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność będącą przedmiotem sporu. Zaś dopuszczenie takiego dowodu z urzędu nie okazało się celowe, chociażby w uwagi na uwzględnienie części zarzutów z uwagi na okoliczności do których Izba odniesie się w toku ich rozpoznawania.

Na marginesie Izba wskazuje, że Zamawiający, jako inicjator postępowania może każdorazowo (w tym wypadku do upływu terminu składania ofert) dokonywać samodzielnie określonych uzasadnionych zmian, jeśli będą one z korzyścią dla efektywności prowadzonego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego.

Odnośnie zarzutu w zakresie pkt Id - § 5 ust. 11 wzoru umowy, w ocenie, Izby istniały podstawy do oddalenia odwołania w tym zakresie. Ponownie, Izba wskazuje, że nie przywołano właściwej podstawy prawnej (ani art. 627, 636, czy też 637 KC), zaś odniesienie do art. 29 ust.1 – 3 Pzp, jest niewystarczające z uwagi na typowe postanowienie dotyczące sposobu realizacji świadczenia.

Odnośnie zarzutu w zakresie pkt I e - § 10 ust. 2 wzoru umowy, w ocenie, Izby istniały podstawy do uwzględnienia odwołania w tym zakresie, ale tylko w kontekście § 5 ust. 7 pkt 2 i 3 wzoru umowy, zgodnie z nakazem Izby w tym zakresie wynikającym z rozpatrywanego podobnego zarzutu w odwołaniu Sygnity SA (sygn. akt: KIO 245/12). W innym wypadku zarzut podlegałby oddaleniu z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp, biorąc pod uwagę modyfikację Zamawiajacego z dnia 16.02.2012 r., w ramach której doprecyzowano pierwotne postanowienie dotyczące rozumienia modyfikacji oprogramowania (§ 10 ust. 1 pkt 5 w zw. z § 5 ust.7 wzoru umowy).

Odnośnie zarzutu w zakresie pkt I f - § 10 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy, w ocenie Izby, Odwołujący w toku rozparwy zmodyfikował zarzut i z tej przyczyny, jak i wobec niespójności brzmienia zarzutu, gdyż literalnie dotyczy kwestii, która nie jest objęta wskazanym postanowieniem wzoru umowy, Izba uznała, że nie mamy do czynienia z omyłka pisarską, lecz nowym zarzutem, który nie podlega rozpoznaniu (art.192 ust.7 Pzp). Izba wskazuje także, iż w przedmiotowym przypadku nie mogła mieć zastosowania instytucja modyfikacji powództwa, przewidziana w art. 193 kpc. Powyższe uwarunkowane jest po pierwsze, brzmieniem przepisów Pzp w zakresie związania przez Izbę zarzutami, po drugie brzmieniem przepisu szczególnego w stosunku do przepisów kpc, tj. przepisów rozporządzenia wykonawczego do Pzp, mianowicie regulaminu przy rozpznawaniu odwołań.

Odnośnie zarzutu w zakresie pkt I g - § 10 ust. 8 wzoru umowy, Izba oddalajac odwołanie w tym zakresie, wskazuje iż, konieczne jest odniesienie się do postanowienia § 6 ust. 8 zdanie drugie wzoru umowy. W ocenie Izby przedmiotowe postanowienie wzoru umowy stanowi ograniczenie wykorzystania przy budowie systemu oprogramowania gotowego, tak daleko idące, że nie zakwestionowanie tego postanowienia, a kwestionowanie postanowień z § 9 i 10 powoduje brak wpływu na wynik postępowania. Obowiązek wynikający z § 10 ust. 8 wzoru umowy, pozostaje nadal na Wykonawcach. Wykonawca nie może zaoferować – *„niczego”* gotowego, do czego *„sam”* nie ma prawa w zakresie praw

autorskich (§ 9), a nawet jeśli takowe prawa posiada, to i tak nie może wykorzystać gotowych komponentów do budowy systemu, jeśli w ramach swojego prawa nie może udzielić licencji/sublicencji w zakresie określonym § 10. W rezultacie, Izba oddaliła zarzut z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp.

Odnośnie, Umowy Licencji i Usług Oracle PL-OLSA_V110711 podpisanej przez Prezesa Zarządu Oracle Polska Sp. z o.o., czy też trzech wzorów umów licencyjnych (Międzynarodową Umową Licencyjną na Program IBM Z125-3301-14, Postanowieniami Licencyjnymi dotyczącymi oprogramowania Microsoft, Microsoft Windows Server 2008 R2 Enterprise i Umową Licencji i Usług Oracle PL-OLSA_V110711) złożonych przez Przystępującego w sprawie o sygn. akt: KIO 229/12 sygn. akt: KIO 238/12, sygn. akt: KIO

242/12, sygn. akt: KIO 245/12, sygn. akt: KIO 247/12 oraz Odwołujacego w sprawie o sygn. akt: KIO 239/12, tj. Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. złożonymi na rozprawie w dniu 17.02.2012 r., Izba z uwagi na okoliczność będącą u podstawy oddalenia zarzut, uznała że w kontekście art. 192 ust.2 Pzp nie mają one istotnego charakteru.

Na marginesie Izba wskazuje, że Zamawiający, jako inicjator postępowania może każdorazowo (w tym wypadku do upływu terminu składania ofert) dokonywać samodzielnie określonych uzasadnionych zmian, jeśli będą one z korzyścią dla efektywności prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnośnie zarzutu w zakresie pkt I i - § 15 ust. 2 pkt 4 i 5 wzoru umowy, Izba oddalajac odwołanie w tym zakresie, przywołuje analogiczną argumentację, jak w zakresie zarzutu z pkt I d. Jedynie dodatkowo wskazując, że modyfikacja Zamawiajacego z dnia 16.02.2012 r., tj. modyfikacja § 15 ust. 2 pkt 3 i wykreślenie pkt 4 do 6 wzoru umowy, jest dalej idąca niż pierwotne żądanie zmiany (wykreślono oba pkt § 15 ust. 2 wzoru umowy).

Odnośnie zarzutu w zakresie pkt I n – Rozdz. VIII ust. 2 pkt 3 lit.a i b SIWZ, Izba uznała, że istnieją podstawy do oddalenia odwołania w tym zakresie. W przedmiotowym odwołaniu, zarzut obejmował także naruszenia art. 22 ust. 4 Pzp (w odróżnieniu od takiego samego zarzutu zawartego w odwołaniu Sygnity SA, sygn. akt: KIO 245/12). W ocenie Izby, ani Odwołujacy, ani też Przystępujacy nie wykazali braku adekwatności warunku wymaganego doświadczenia do przedmiotu zamówienia. Nadto, proponowana przez Odwołującego zmiana, uczyni przedmiotowy warunek wymaganego doświadczenia nieczytelnym i na etapie oceny ofert rodzić mogłaby spory o jego właściwą interpretację.

Na marginesie Izba wskazuje, że Zamawiający, jako inicjator postępowania może każdorazowo (w tym wypadku do upływu terminu składania ofert) dokonywać samodzielnie określonych uzasadnionych zmian, jeśli będą one z korzyścią dla efektywności prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnośnie zarzutu w zakresie pkt I q – odnośnie braku modelu organizacji administracji podatkowej, Izba uznała, że konieczne jest uwzględnienie odwołania w tym zakresie. W oceni Izby celowe jest doprecyzowanie OPZ z uwzględnieniem wyjaśnień udzielonych na rozparwie przez Zamawiajacego, w szczególności odnośnie możliwości oparcia się na obecnie istniejącej organizacji administracji podatkowej, jednoznacznej identyfikacji delegatur IS, nie wiążącego charakteru opracowania wskazywanego przez Odwołującego, jak i stwierdzenia, że ilość miejsc, z których będzie możliwy dostęp dla systemu nie ma znaczenia dla wyceny jego parcochłonnosci.

Odnośnie zarzutu w zakresie pkt I r – odnośnie uszczegółowienia procesów i wymagań dla systemu informatycznego, Izba uznała niezasadność zarzutu. W ocenie Izby

biorąc pod uwagę załącznik nr 3 do OPZ (Lista procesów biznesowych), uszczegółowienie na bazie aktów prawnych z załącznika nr 9 do OPZ, jak i szablon z załącznika nr 15 do OPZ Wykonawca dysponuje wystarczającymi danymi do wykonania zadania polegającego na uszczegółowieniu procesów i wymagań dla systemu informatycznego oraz wyceny tego zadania. W tym zakresie, zawnioskowany, jako dowód w sprawie przez Odwołującego, dokument ze stronie internetowej Zamawiającego: „Regulamin *konkursu na opracowanie koncepcji transformacji administracji podatkowej w ramach programu e-podatki obejmującego projekty e-deklaracje2, e-podatki i e-rejestracje, zamieszczone na liście indykatywnej programu operacyjnego Innowacyjna Gospodarka”,* w ocenie Izby, w żaden

sposób nie wpływa na jej stanowisko w przedmiocie oceny niniejszego zarzutu.

Odnośnie zarzutu w zakresie pkt I s – III linii wsparcia, Izba wskazuje, że Zamawiajacy mimo zapowiedzi modyfikacji w odpowiedzi na odwołanie, nie dokonał w przedmiotowym zakresie zmiany postanowień OPZ. Z tej przyczyny, jak i wobec uznania zasadności argumentacji Odwołującego, Izba uwzględniła zarzut i nakazuje w tym zakresie stosowną modyfikację wraz z zagwarantowaniem jednoznacznego prawa Wykonawcy do odmowy reakcji na incydent, w ramach III linii wsparcia, z zastrzeżeniem podania uzasadnienia odmowy reakcji.

Odnośnie zarzutu w zakresie pkt I t: t-1: sprzedaży i licytacji; t-2: migracji danych, Izba uznała niezasadność zarzutu. Względem pierwszej kwestii, Izba przyjmuje za własne stanowisko Zamawiajacego z rozparwy, iż wymóg 721 (str. 226 zał. nr 2 do OPZ) oraz nr 950 (str. 226 zał. nr 2 do OPZ), jak i cały OPZ należy interpretować w sposób całościowy. Zaś, w ramach załącznika nr 9 do OPZ, wskazano akty prawne, które należy wykorzystać podczas realizacji przedmiotu umowy, w tym wypadku ustawę o postępowaniu egzekucyjnym w administracji oraz ustawę o informatyzacji. Powyższe akty prawne określają zasady, w ramach których powinna funkcjonować licytacja elektroniczna. W ocenie Izby, Zamawiajacy w tym zakresie żąda tylko tyle, ile wynika z przepisów. Względem drugiej kwestii, w ocenie Izby, stanowisko Zamawiajacego przedstawione na rozparwie jest zasadne, dane zawarte we wskazanych załącznikach do OPZ (zał. nr 6 wymóg UZU 37 oraz informacje zawarte w zał. nr 2 w zbiorach danych) pozwalają na oszacowanie informacji koniecznych względem migracji danych, w tym zakresie są one wystarczające dla realizacji zadania. Odwołujący, co do istoty nie negował, że w zbiorach danych określono informacje odnośnie ilości i przyrostu tych danych, wnosił jedynie o dodatkowe dane, które ułatwiłyby realizacje zadania.

Odnośnie zarzutu w zakresie pkt I aa (załącznik nr 6 do SIWZ, pkt 1.1.8.1.1, WYM.UZU.56), w ocenie Izby zasadnym jest oddalenie odwołania w niniejszym zakresie. Odwołujacy nie wykazał, że mamy do czynienia, że świadczeniem niemożliwym, wskazywał

---

jedynie, że może być to trudne, przy zaistnieniu specyficznych skrajnych okoliczności, ale nie niewykonalne.

Odnośnie zarzutu w zakresie pkt I bb (załącznik nr 6 do SIWZ, pkt 1.1.7.12; WYM.UZU.55), w ocenie Izby niniejsze naruszenie nie dotyczy art. 29 ust.1 Pzp, tj. przedmiotu zamówienia sensu stricte, zaś wartość, czy też różnica rzędu 10 %, nie ma w ocenie Izby charakteru istotnego. W konsekwencji oddalono zarzut. Nie podano także przekonywującej argumentacji dlaczego właściwe byłoby uwzględnienie różnicy wyceny na poziomie 10 %, a nie na poziomie niższym lub wyższym. Reguły określone przez Zamawiającego wydają się właściwsze i przede wszystkim nie rodzą wątpliwości interpretacyjnych, czy też pewnego rodzaju uznaniowości.

Odnośnie zarzutu w zakresie pkt I cc [załącznik nr 2 do OPZ sekcja: "1.3.5 Wykorzystanie zasobów", *„S.WYM.042 - Możliwość wykorzystania centrów zapasowych (TA2, TA3, TA4)"],* Izba wskazuje, że Zamawiający mimo zapowiedzi modyfikacji w odpowiedzi na odwołanie nie dokonał w przedmiotowym zakresie zmiany postanowień OPZ (zapowiedział wydłużenie parametru RTO do 4 godzin /S.WYM.042/- załącznika nr 2 do OPZ.). Z powyższego względu, jak i wobec uznania zasadności argumentacji Odwołującego, Izba nakazuje Zamawiającemu zmianę zgodnie z oświadczeniem zawartym w odpowiedzi na odwołanie, jak i korelację definicji RPO zgodnie z definicją z *„KIC”.*

Odnośnie zarzutu w zakresie pkt I dd - zmiany treści pkt 3.2. w załączniku nr 7 do SIWZ, Izba oddala odwołanie w tym zakresie. W ocenie Izby, Zamawiajacy poprzez modyfikację w tym zakresie z dnia 16.02.2012 r. zgodną z żądaniem Odwołującego spowodował, że ewentualne nakazanie w tym zakresie nie miałoby wpływu na wynik postępowania, z tej przyczyny oddalono zarzut w trybie art. 192 ust. 2 Pzp.

Odnośnie zarzutu w zakresie pkt I ee - zmiany treści załącznik nr 1 do OPZ na str. 78, pkt 2.3.3.5 Usługa Infrastrukturalna: SUS.031 - Szyna usług (DI) oraz powiązanego z nim zarzutu 8 uzupełnienia odwołania, Izba uznała, że konieczne jest w tym zakresie oddalenie odwołania (w obu wypadkach). Izba w tej materii wskazuje, za orzecznictwem, że: *„Nie stanowi naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie technologi dostosowanej do potrzeb zamawiającego”* (wyrok z dnia 02.09.2010 r., sygn. akt: 1756/10, przywołujący wyrok SO w Gliwicach z dnia 22.04.2008 r., sygn. akt: X Ga 25/08 oraz wyrok KIO z dnia 13.07.2010 r., sygn. akt: KIO

1246/10).

Odnośnie zarzutu w zakresie pkt 1 uzupełnienia – odnośnie Rozdz. VIII pkt 3 ppkt 1) lit. b); c) oraz d), gdzie Zamawiający określił specyficzne wymagania dotyczące grup ekspertów (odpowiednio Architektów, Analityków oraz Projektantów/Specjalistów), poprzez

ograniczenie wymaganego zakresu doświadczenia, Izba uznała, że zasadnym jest uwzględnienie odwołania w tym zakresie. Jednocześnie, nakazując zmianę postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, zgodnie z którą nie każdy członek zespołu osób, ale łącznie zespół osób ma spełniać wymogi wynikające z przywołanego powyżej rozdziału SIWZ.

Odnośnie zarzutu w zakresie pkt 2 uzupełnienia – odnośnie załącznika nr 2 do OPZ, w punkcie S.WYM. 111 (str. 5) - Ograniczenia zasobów infrastruktury serwerowej wykorzystywanej przez system (TA2, TA3, TA4), Izba wskazuje, że podlega niniejszy zarzut oddaleniu, z uwagi na brak sprecyzowania żądania i istoty zarzutu, ma zbyt ogólny charakter. Tym bardziej biorąc pod uwagę zdefiniowanie szczegółowo infrastruktury serwerowej w załączniku nr 5 do OPZ.

Odnośnie zarzutu w zakresie pkt 3 uzupełnienia – odnośnie załącznika nr 2 do OPZ, na str. 14 w pkt S.WYM.072 - Czas wznowienia po zakłóceniu działania (TA2, TA3, TA4), poprzez dopuszczenie możliwości dłuższego czasu gwarantowanego wznowienia po zakłóceniu działania (RTO) dla każdej z aplikacji niż czas wznowienia dla powiązanej usługi infrastrukturalnej dostarczającej środowisko dla aplikacji, Izba uznała że niniejsze naruszenie podlega oddaleniu. Sformułowany zarzut ma zbyt ogólny charakter, zaś inny jest czas dla infrastruktury logicznej i technicznej, a w ramach odpowiedzi na odwołanie zamawiajacy wskazywał, iż oba czasy funkcjonują niezależnie.

Odnośnie zarzutu w zakresie pkt 4 uzupełnienia - poprzez wyłączenia czasu niezbędnego na naprawę z punktu widzenia utrzymania pożądanego poziomu usług (SLA) w odniesieniu do Oprogramowania standardowego (Załącznik nr 6 do OPZ, Rozdz. 1.1.6. Usługa asysty powdrożeniowej, Rozdz. 1.1.7. Usługa utrzymania Systemu). Izba oddala niniejszy zarzut. W przedmiotowym zakresie powołuje się na orzecznictwo wskazne przy rozpatrywaniu zarzutu w zakresie pkt I ee oraz zarzutu 8 uzupełnienia odwołania. Nadto, Izba podnosi, że nie można ignorować nakładów jakie poniósł Zamawiający w zakresie szyny IBM. Odwołujący, czy też Przystępujący nie negowali możliwości stworzenia takiej architektury, która nie spowoduje konieczności zakupu dodatkowej licencji IBM, żywili jedynie obawy odnośnie kosztów jakie mogą ponieść w tej materii. Nie może to natomiast stanowić o uwzględnieniu zarzutu.

Odnośnie zarzutu w zakresie pkt 5 uzupełnienia - poprzez zmianę warunków licencyjnych dotyczących Oprogramowania Standardowego, opisanymi w Załączniku 14 do OPZ. Izba oddala niniejszy zarzut wskazując, że pola eksploatacji zostały określone w § 10 ust.1 wzoru umowy, zaś zgodnie z § 22 wzoru umowy w wypadku rozbieżności załączników i postanowień umowy, prymat nad postanowieniami załączników mają postanowienia umowy.

Odnośnie zarzutu w zakresie pkt 6 uzupełnienia – poprzez:
a) zmianę wymagania opisanego w Załączniku 14 do OPZ (1.2.5 WYM.LIC.11)
b) zmianę § 10 ust. 17 wzoru umowy, tj. możliwość wypowiedzenia umowy licencyjnej w wypadku rażącego naruszenia ich warunków, Izba wskazuje, że takowa możliwość wynika z art. 56, 58 oraz 68 Prawa Autorskiego, w konsekwencji oddalając zarzut w tym zakresie.

Względem zarzutu dotyczącego SIWZ, w tym Wzoru Umowy, jako zawierającego postanowienia zobowiązujące wykonawców do zaoferowania elementów przedmiotu zamówienia nieodpłatnie, mimo ponoszenia przez nich kosztów realizacji, co stoi w sprzeczności z istotą zamówienia publicznego, polegającą na odpłatności umowy zawartej między Wykonawcą, a Zamawiającym, odnośnie pkt VII.1 uzasadnienia odwołania (str. 37 odwołania). Załącznik nr 6 do OPZ: *„Jeżeli zmiana jest realizowana przez Zamawiającego lub przez podmiot przez niego wskazany wówczas przechodzi ona nieodpłatną procedurę jej autoryzacji przez Wykonawcę".* W ocenie Izby zasadne jest oddalenie odwołania w przedmiocie niniejszego zarzut. Odnosząc się do przedmiotowego wymogu, Zamawiający

w ramach wynagrodzenia ryczałtowego, okresllił konieczność wliczenia przez Wykonawców procedury autoryzacji. Fakt użycia słowa *„nieodpłatnie”* w żadnym wypadku nie może stanowić o nieodpłatnym charakterze niniejszego elementu przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby oznacza to jedynie, iż wymóg zapewnienia dodatkowych licencji uwzględniony ma być w pierwotnym wynagrodzeniu wykonawcy, czyli w cenie ofertowej. Natomiast realizacja tego obowiązku w toku realizacji umowy odbywała będzie się *„nieodpłatnie”,* czyli bez dodatkowego wynagrodzenia.

Odnoszac się z kolei do zarzutu dotyczącego ogłoszenia oraz SIWZ, w tym Wzoru Umowy, jako zawierającego postanowienia umożliwiające udział w postępowaniu wyłącznie konkretnemu wykonawcy, odnośnie pkt II.1 uzasadnienia odwołania (od str. 14 do 16 odwołania) – postanowień SIWZ zawierajacy regulacje w sposób jednoznaczny identyfikujące rozwiązania jednego z potencjalnych wykonawców zamówienia, Izba wskazuje, że w jej ocenie niniejsze naruszenie nie miało miejsca.

W tym miejscu zasadnym jest wskazanie, za orzecznictwem przykładowo wyrok KIO z dnia 17.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2121/11, iż: *„Izba zauważa, że ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne, a Odwołujący w opinii Izby takich dowodów w niniejszej sprawie nie przedstawił. Przypomnienia wymaga, analogicznie jak to jest w procesie cywilnym, iż ów ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą*

konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07).”.

Jednakże, w kontekście art. 29 ust. 2 Pzp Izba stwierdza za orzecznictwem, że niniejszy przepis stanowi, iż: *„przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W konsekwencji fakt naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp wymaga tylko uprawdopodobnienia, co, jak wskazał Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 25.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 693/05 (niepubl.) uznaje się za wystarczające dla uznania zasadności zarzutu”.* (za wyrokiem z dnia 26.08.2011 r.. sygn. akt: KIO 1734/11). W konsekwencji zgodzić, należy się ze stanowiskiem, że w takiej sytuacji ciężar dowodu w zakresie braku zaistnienia ograniczenia konkurencji spoczywa w całości na Zamawiającym. Dowód taki jest skutecznie przeprowadzony, jeśli Zamawiający, albo wykaże, że Odwołujący spełnia ustalone wymagania lub, że mimo braku spełniania tych wymagań opis przedmiotu zamówienia jest uzasadniony szczególnymi potrzebami Zamawiającego (za wyrokiem KIO z dnia 01.02.2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, sygn. akt: 89/11, sygn. akt: 90/11). Jednakowoż, w ocenie Izby, kwestia sposobu wykazania potrzeb Zamawiającego może być oparta na uzasadnieniu potrzeb, pochodzącym wprost od użytkownika końcowego lub innej osoby merytorycznie odpowiedzialnej u Zamawiającego za zagadnienie techniczne będące przedmiotem sporu (w tym zakresie istnieje powszechna praktyka ustanawiania takich osób pełnomocnikami Zamawiającego, z uwagi na ekonomikę postepowania odwoławczego, tak również w przedmiotowym wypadku). Istotą jest bowiem wykazanie w sposób wiarygodny, logiczny i spójny, co było podstawą takich, a nie innych wymagań. Naturalnie nie jest takim uzasadnieniem gołosłowne oświadczenie Zamawiajacego nie poparte żadną miarodajną argumentacją. Jest to o tyle istotne, że: *„W orzecznictwie Izby ukształtował się pogląd, że nawet opis przedmiotu zamówienia dokonany w taki sposób, że wyłącznie jeden wykonawca może złożyć zgodną nim ofertę, może nie być poczytany za naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp. Zamawiający może bowiem oczekiwać rozwiązań najnowocześniejszych i wyjątkowych.”* (wyrok KIO z dnia 01.02.2011 r., sygn. akt: KIO 79/11, sygn. akt: 89/11, sygn. akt: 90/11), o ile Zamawiajacy swoje potrzeby uzasadni.

W przedmiotowym stanie faktycznym, brak jest jednakże jednoznacznych przesłanek, iż tylko jeden Wykonawca, będący *nota bene* jednym z Odwołujących, jako jedyny będzie w stanie złożyć ofertę. Izba wskazuje, że w samym odwołaniu Odwołujący wspomina jeszcze jednego Wykonawcę, zaś raport Gartnera wymienia dodatkowo innych Wykonawców. W tej materii, Izba uznała za zasadne wskazanie na wyjaśnienia Zamawiającego względem wymogu 531, jako nie odnoszącego się do systemu klasy ITS (system metadanych podatkowych - przedmiotowy system jest wymieniony w jednym z zał. do OPZ – zał. nr 1),

czy też wymogu 046, jako odnoszacego się do istotnej dla Zamawiającego cechy funkcjonalnej (wskazał oprogramowanie firmy Oracle /produkt Crips/).

Względem kryteriów oceny ofert preferujących oprogramowanie gotowe, Izba wskazuje, że podnieść trzeba ustalony w orzecznictwie Izby pogląd (np.: wyrok z dnia 03.09.2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 1081/09), zgodnie z którym, wykonawca nie jest uprawniony, aby ustalać za Zamawiającego jakie parametry mają mieć charakter istotny, podlegający ocenie, celem otrzymania produktu zaspakajającego oczekiwania w jak najszerszym zakresie. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia, którego przeprowadzenie ma doprowadzić do zaspokojenia jego potrzeb, pod warunkiem, że nie uchybia to zasadom równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Zasady te doznają uszczerbku jeśli wskutek postanowień Zamawiającego możliwość racjonalnie skalkulowanej oferty praktycznie upada. Nakaz równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji nie oznacza natomiast takiego porządku preferencji, który eliminowałby w procesie oceny ofert różnice między produktami oferowanymi poszczególnych wykonawców oraz odbierał Zamawiającemu prawo do takiego sformułowania treści SIWZ, aby umożliwić dokonanie wyboru produktu najbardziej odpowiadającego jego indywidualnym potrzebom. Izba uznała, że zarzuty naruszenia zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji kierowane wobec wymagań o charakterze ocennym zmierzające do ich innego ukształtowania nie znalazły potwierdzenia. Podobnie w wyroku KIO z dnia 12.10.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 2093/10, sygn. akt: KIO/UZP 2094/10, sygn. akt: KIO/UZP 2095/10: *„(…) zamawiający był uprawniony do ustalenia kryteriów, które pozwolą na wybranie oferty spełniającej w najwyższym stopniu uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zamawiający nie ma obowiązku stosowania wyłącznie kryterium ceny dla wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie można uznać za naruszające zasadę uczciwej konkurencji przyjęcie przez zamawiającego, iż w ramach oceny ofert, większa waga przypisana zostanie ocenie technicznej parametrów oferowanych urządzeń. To zamawiającemu, jako dysponentowi środków przysługuje prawo do ustalenia w jaki sposób środki te zostaną zagospodarowane, tak aby w najwyższym stopniu pozwalały na osiągnięcie celów i zadań realizowanych przez zamawiającego.”.* Izba przyjmuje niniejsze stanowisko w przedmiotowym stanie faktycznym za własne.

Dodatkowo Izba zauważa, iż mamy do czynienia z trzema kyteriami oceny ofert (cena – 40 %, Koncepcja architektury rozwiązania - 30 %, Wykonalność koncepcji architektury rozwiązania - 30 %). Z kolei zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ - w ramach Koncepcji architektury rozwiązania - 30 %, jest osiem podkryteriów, zaś w ramach Wykonalności koncepcji architektury rozwiązania - 30 % mamy dwa podkryteria. W ocenie, Izby jeśli w jakimś kryterium dany Wykonawca może mieć trudności z uzyskaniem optymalnej ilości

punktów winien dążyć do zniwelowania różnicy w ramach innego kryterium, czy też podkryterium, czyli konkurować w pozostałych kryteriach. Podobnie w wyroku KIO z dnia 12.02.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1/10. Odwołujący w żaden wymierny sposób nie unaocznił braku takiej możliwości, ograniczając się do ogólnych oświadczeń. Stanowisko przedstawione w tym zakresie na rozparwie było, w ocenie Izby, nieprzekonywujące.

Biorąc jednakże pod uwagę uwzględnienie części zarzutów odwołania, Izba uznała, że odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 239/12 podlega uwzględnieniu na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 242/12 - ASSECO POLAND SA:

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołania, w tym odwołania o sygn. akt: KIO 242/12 (pismo z dnia 14.02.2012 r.) zapowiedział modyfikację części postanowień SIWZ, w szczególnosci Załącznika nr 10 (Wzór Umowy). Przedmiotowe pismo zostało przekazane Odwołującemu na posiedzeniu w dniu 15.02.2012 r. (odroczone posiedzenie i rozprawa). W dniu 16.02.2012 r. zgodnie z zapowiedzią Zamawiający dokonał modyfikacji postanowień SIWZ, w szczególności Załącznika nr 10 (Wzór Umowy).

W toku posiedzenia w dniu 17.02.2012 r. Odwołujący cofnął następujące zarzuty

odwołania:
1) z pkt VI dotyczący § 15 Załącznika nr 10 (Wzór Umowy);
2) z pkt VII dotyczący § 6 ust.11 Załącznika nr 10 (Wzór Umowy);
3) z pkt VIII dotyczący § 21 ust. 5 Załącznika nr 10 (Wzór Umowy);
4) z pkt IX dotyczący Rozdziału VIII pkt 4 ppkt 2 SIWZ (polisa ubezpieczeniowa).

Dodatkowo cofnął na rozprawie w dniu 17.02.2012 r. zarzut z pkt IV dotyczący § 6 ust. 10 Załącznika nr 10 (Wzór Umowy).

W pozostałym zakresie Odwołujący podtrzymał zarzuty, tj. z pkt Ia WYM.UZU.058 – pkt 1.1.10.1.1 (§ 8 ust. 1 pkt 6 lit. c wzoru umowy), z pkt Ib WYM.UZU.1 (pkt 1.1.1.1), z pkt Ic WYM.UZU.2 (pkt 1.1.1.2), z pkt I d WYM.UZU.46 w zw. z WYM.UZU 54 (pkt 1.1.6.10), z pkt I e WYM.UZU.18 (pkt 1.1.3.5), z pkt I f WYM.UZU.19 (pkt 1.1.3.6) [całość dotyczy załącznika nr 6 do OPZ]. Nadto, podtrzymał zarzuty z pkt II dotyczący § 16 wzoru umowy tylko odnośnie ust. 6, z pkt III dotyczący § 6 ust. 16 wzoru umowy, jak z pkt V dotyczący § 10 ust.2 wzoru umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu zmiany sposobu rozliczeń niektórych elementów ryczałtowych w kontekście naruszenia: a) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie

postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców; b) art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp poprzez określenie przedmiotu zamówienia, w sposób niejednoznaczny, nie wyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a tym samym w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję; c) art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp poprzez brak określenia wszystkich istotnych dla stron postanowień, które miałyby być wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego; d) art. 353 1 KC w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp poprzez wykroczenie Zamawiającego poza zasadę swobody umów, tj. ukształtowanie stosunku prawnego niezgodnie z zasadami współżycia społecznego; e) art. 487 KC w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp poprzez wykroczenie Zamawiającego poza zasadę ekwiwalentności świadczeń stron wynikających z umowy wzajemnej, Izba uznała że odniesie się do wszystkich zarzutów w ramach pkt I (Ia, b, c, d, e i f) łącznie z uwagi na ich wspólny charakter. W konsekwencji stwierdzając, że podlegają one oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że uznaje za zasadne stanowisko, iż: „zamawiający *może samodzielnie określić model wynagrodzenia. Nie ma żadnej granicy czy uregulowania nakazującego w określonych sytuacjach stosowania wynagrodzenia ryczałtowego, a w innych okolicznościach wynagrodzenia kosztorysowego. Mimo poglądów doktryny, że wynagrodzenie ryczałtowe powinno być stosowane „w prostszych* sytuacjach, *w których ułatwiona jest ocena wartości dzieła przez obie strony, a margines nieprzewidzianych elementów jest niewielki" („Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania" Tom 2, pod redakcją Gerarda Bieńka, wydanie 7, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2007, s. 180) skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie wykazali, że w rozpoznawanym postępowaniu zamawiający nie może zastosować modelu wynagrodzenia ryczałtowego lub musi zastosować model wynagrodzenia kosztorysowego. Stosowanie konkretnego modelu wynagrodzenia – wobec braku unormowań w tym zakresie - zależy przede wszystkim od stanu wiedzy, doświadczenia i polityki zamawiającego. W związku z tym zamawiający nie jest zobligowany do uwzględnienia sugestii odwołujących i zastosowania modelu wynagrodzenia kosztorysowego."* (za wyrokiem z dnia 14.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 812/09, sygn. akt: KIO/UZP 833/09). Dodatkowo, Izba uznaje także za własną tezę, zgodnie z którą: *„niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje ich dodatkowy koszt w cenie oferty. Składając ofertę zabezpiecza zatem swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę".* (wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14.04.2008 r., sygn. akt: X Ga 67/08).

W tym kontekscie stwierdzić również należy, odnośnie ekonomicznej strony świadczenia, w tym jego finansowej rentowności oraz możliwości wystąpienia potencjalnych ryzyk, że pierwsze stanowi pochodną prowadzenia całokształtu działalności wykonawcy jako przedsiębiorcy, zaś drugie może zostać wycenione i ujęte w cenie ofertowej stanowiącej ekwiwalent świadczenia na rzecz Zamawiającego. W przedmiotowym stanie faktycznym w ocenie Izby, mamy bezsprzecznie do czynienia z umową o dzieło, a nie umową starannego działania. W tym kontekście, istotny jest efekt końcowy – tzn. program, system komputerowy (System e-Podatki). Dodatkowe usługi wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia stanowią tylko i wyłącznie jego pochodną. Można także w tym kontekście wskazać na art. 6 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym, gdy podstawowym świadczeniem jest dostawa, natomiast inne zamówienia, które mogą towarzyszyć tej dostawie mają charakter dodatkowy, gdyż służą jedynie umozliweniu korzystania z nabywanego urządzenia, czy innego dobra niematerialnego poprzez jego instalację, czy rozmieszczenie. Stanowi zatem element niezbędny do uruchomienia tego urządzenia czy innego dobra, ale same w sobie nie tworzą odrębnego celu zamówienia.(za *„Udzielanie zamówień wielorodzajowych"* – Informator NR 2/2011, w ramach *„Opinie prawne w zakresie zamówień publicznych",* W-wa 2011, Wyd. I, str. 35).

Izba podkreśla, że Zamawiajacy jednoznacznie i w sposób zamierzony, a nie przypadkowy (wszystkie elementy podlegające rozliczeniu według innych zasad szczegółowo wydzielił) przerzucił na Wykonawców ryzyka zmian w prawie podatkowym, zachowania określonych zgodności produktu z produktami programu, aktualizacji wersji produktów, asysty powdrożeniowej *(„swoistą usługę pogwarancyjną"),* zmian prawnych w nowych i istniejących komponentach, w ramach wynagrodzenia ryczałtowego. W konsekwencji uznać należy, w ocenie Izby, że liczył się i liczy, z faktem wliczenia przedmiotowych ryzyk w cenie oferty złożonej w toku postępowania, a więc ze wszystkimi konsekwencjami z tego wynikającymi. Wobec powyższego Izba stwierdziła, jak powyżej.

Izba oddaliła zarzut pkt II dotyczący § 16 ust. 6 wzoru umowy w kontekście naruszeń przywołanych powyżej przepisów. W tym miejscu, wskazuje, iż uczyniła to uwzględniając modyfikację Zamawiajacego z dnia 16.02.2012 r. w tym zakresie (modyfikacja ust. 6 i dodanie ust. 7), jak i wiążącą wykładnię autentyczną dokonaną przez Zamawiającego na rozprawie w dniu 17.02.2012 r.: *„(…) dokonaną modyfikację należy interpretować w ten sposób, iż jest to możliwość jednokrotnego zawieszania umowy do 12 miesięcy",* oddala zarzut. Odwołujący *de facto* wskutek wskazanych powyżej okoliczności ograniczył zarzut do kwestii związanej wydłużeniem terminu na podjęcie prac (wprowadzony w wyniku zmiany ust. 6 § 16) z 4 tygodni do 10 (tak jak żądał w ramach odwołania). Pierwsza bowiem część zarzutu wobec dodania ust. 7 § 16 i dokonania wiążącej wykładni autentycznej podlega

oddaleniu z mocy art. 192 ust.2 Pzp. Drugi element, jednakowoż Izba także uznała za niezasadny, uznając, że argumentacja Odwołujacego w tym zakresie przedstawiona na rozparwie wynika z indywidualnej sytuacji Wykonawcy. Ponadto, Izba uznała, że przedmiot zamówienia, jego specyfika oraz szczególne znaczenie dla systemu podatkowego, wymuszają określone rygory. Odwołujący natomiast nie wykazał, że termin 10 tygodni jest okresem koniecznym, minimalnym do podjęcia prac. Przy czym, biorąc pod uwagę pierwotną postać § 16 wzoru umowy oraz zarzuty w tym zakresie podniesione także przez SAP Polska Sp. z o.o. (sygn. akt: KIO 229/12), IBM Polska Sp. z o.o. (sygn. akt: KIO 238/12), oraz Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. (sygn. akt: KIO 239/12), żądania wykreślenia (a więc dalej idące niż w odwołaniu ASSECO POLAND SA), modyfikacja dokonana w dniu 16.02.2012 r. stanowiła kompromis między interesem publicznym, który reprezentuje Zamawiający, a interesem wykonawców. Wobec powyższego Izba stwierdziła, jak powyżej.

Izba oddaliła zarzut pkt III dotyczący § 6 ust.16 wzoru umowy w kontekście naruszeń przywołanych powyżej przepisów. W ocenie Izby, sformułowanie w takiej postaci § 6 ust.16 wzoru umowy jest dopuszczalne i nie narusza żadnego z przywołanych powyżej przepisów. W tym kontekście Izba przyjmuje za własne stanowisko wynikające z wyroku KIO z dnia 20.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1442/11 odnosnie poszerzenia odpowiedzialności za roszczenia osób trzecich: *„Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. art. 473 § 1 stanowi, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy)*

odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Oczywiście realizacja tego typu uprawnień podlegała będzie ocenie w świetle klauzul i zasad ogólnych Kc.".(podobnie wyrok z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10). W ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, że wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność za wszelkie roszczenia wskazanych osób, niewątpliwie chodzi o roszczenia wynikające z wykonania, a raczej z niewykonania lub nienależytego umowy. Izba wskazuje w tym miejscu, że Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Odwołującego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa się, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy. Wobec powyższego Izba stwierdziła, jak powyżej.

Izba oddaliła zarzut z pkt V dotyczący § 10 ust. 2 wzoru umowy w kontekście naruszeń przywołanych powyżej przepisów. W tym miejscu wskazuje, iż uczyniła to uwzględniając modyfikację Zamawiajacego z dnia 16.02.2012 r., przy czym istotniejszą

kwestią jest okoliczność tego rodzaju, że zakres zadań resortu finansów określa art. 8 ustawy z dnia 4 wrzesnia 1997 r. o działach administracji rządowej (t.j. Dz. U. z 2007 r., Nr 65, poz. 437 z późn. zm.). Nadto, Izba oddaliła zarzut z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp z powodu na nie objęcie zakresem zaskarżenia postanowienia § 6 ust. 8 wzoru umowy, który jest dalej idący niż wszystkie zarzuty dotyczące § 9 i 10 wzoru umowy w tym i pozostałych odwołanich. Do przedmiotowej kwestii, Izba odniosła się szerzej w odwołaniach Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. (sygn. akt: KIO 239/12) oraz Sygnity SA (sygn. akt: KIO 245/12). Wobec powyższego Izba stwierdziła, jak powyżej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 242/12 podlega oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 245/12 - Sygnity SA:

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołania, w tym odwołania o sygn. akt: KIO 245/12 (pismo z dnia 14.02.2012 r.) zapowiedział modyfikacje części postanowień SIWZ, w szczególnosci Załącznika nr 10 (Wzór Umowy) i innych będących przedmiotem sporu. Przedmiotowe pismo zostało przekazane Odwołującemu na posiedzeniu w dniu 15.02.2012 r. (odroczone posiedzenie i rozprawa). W dniu 16.02.2012 r. zgodnie z zapowiedzią Zamawiający dokonał modyfikacji postanowień SIWZ, w szczególności Załącznika nr 10 (Wzór Umowy) i innych będących przedmiotem sporu.

W toku posiedzenia w dniu 17.02.2012 r. Odwołujący cofnął następujące zarzuty odwołania:

1) z pkt 1 dotyczący naruszenia art. 36 ust. 5 Pzp w kontekście § 19 wzoru umowy;
2) z pkt 5 dotyczący naruszenia art. 25 ust. 1 i 2 Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 6) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Rozdz. VIII ust. 3 pkt 1 lit b) ii), poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w zw. z naruszeniem, uniemożliwiając udział w postępowaniu Odwołującemu;
3) z pkt 6 dotyczący naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp w wyniku sporządzenia treści Rozdz. VIII ust. 4 pkt 2 SIWZ (polisa ubezpieczeniowa), w sposób niezgodny z Pzp, tj. w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, uniemożliwiający udział w postępowaniu Odwołującemu;
4) z pkt 7 dotyczący naruszenia art. 22 ust. 1 Pzp w wyniku sporządzenia treści Rozdz. VIII ust. 7 SIWZ (podstawy przeliczenia kursu), w sposób niezgodny z przepisami Pzp, tj.

w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, uniemożliwiający udział w postępowaniu Odwołującemu;
5) z pkt 8 b (str. 18 uzasadnienia odwołania), a z pkt 8 c i d (str. 4 odwołania) odnośnie § 6 ust. 7 wzoru umowy.

Ponadto, Izba uznała brak uzasadnienia faktycznego następujących zarzutów w odwołaniu (ich gołosłowny charakter), czy też w dwóch przypadkach brak zarzutu *sensu stricte* w odniesieniu do stwierdzeń zawartych w uzasadnieniu wniesionego odwołania.
1) odnośnie § 5 ust. 11 pkt 1 wzoru umowy (pkt 8 b – str. 3 odwołania);
2) odnośnie § 6 ust. 3 wzoru umowy (pkt 8 e – str. 3 odwołania);
3) odnośnie § 9 ust. 10 wzoru umowy (pkt 8 j – str. 5 odwołania);
4) odnośnie § 10 ust. 1 wzoru umowy (pkt 8 l – str. 5 odwołania);
5) odnośnie § 10 ust. 1 pkt 5 w zw. z § 5 ust. 7 ppkt 2 i 3 wzoru umowy (pkt 8 m – str. 5 odwołania);
6) odnośnie pkt 8 n – str. 5 odwołania;
7) odnośnie § 13 ust. 2 – str. 6 odwołania (pkt 8 p);
8) odnośnie § 13 ust. 8 – str. 6 odwołania (pkt 8 q).

Powyższe zarzuty podlegają oddaleniu z uwagi na ich gołosłowny charakter.
1) odnośnie Rozdz. VIII ust. 3 pkt 1 lit. b) ii) SIWZ– Architekci
2) odnosnie Rozdz. VIII ust. 3 pkt 1 lit. c) ii) SIWZ – Analitycy.

Z kolei przedmiotowe zarzuty nie zostały sformułowane – naruszenie wskazane w *petitum* odwołania dotyczy w pkt 4 - naruszenia art. 22 ust.1 pkt 3 Pzp w odniesieniu do treści Rozdz. VIII ust. 3 pkt 1 lit. a SIWZ, zaś treść stwierdzeń ze str. 13 jest w oderwaniu od *petitum* odwołania. W konsekwencji Izba nie orzekała, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp). Merytorycznie Izba odniosła się do przedmiotowego zarzutu przy rozpatrywaniu odwołania Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. (sygn. akt: KIO 239/12), który sformułował podobny zarzut.

W pozostałym podtrzymanym zakresie Izba rozpoznała zarzuty:
1) dotyczący Rozdz. I ust. 4 zd. drugie w zw. z Załącznikiem 9 do SIWZ *„warunki równoważności”* w kontekście naruszenia art. 29 ust.1 i 2 Pzp;
2) dotyczący Rozdz. VIII ust. 2 pkt 3 i 4 SIWZ w kontekście naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp;
3) dotyczący braku definicji systemu informatycznego w ramach Rozdz. VIII ust. 3 pkt 1 lit. a SIWZ w kontekście naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp;
4) dotyczący § 5 ust. 2 ppkt 2 i 3 wzoru umowy w kontekście naruszenia art. 353^1 oraz 5 Kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp (pkt 8 a – str. 3 odwołania);
5) dotyczący § 6 ust. 15 wzoru umowy w kontekście naruszenia art. 353^1 oraz 5 Kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp (pkt 8 d – str. 4 odwołania);

---

6) dotyczący § 6 ust. 14 wzoru umowy w kontekście naruszenia art. 353^1 oraz 5 Kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp (pkt 8 c – str. 4 odwołania);
7) dotyczący § 10 ust. 7 wzoru umowy w kontekście naruszenia art. 353^1 oraz 5 Kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp (pkt 8 f – str. 4 odwołania);
8) dotyczący § 10 ust. 1 wzoru umowy w kontekście naruszenia art. 353^1 oraz 5 Kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp (pkt 8 e – str. 18 uzasadnienia odwołania);
9) dotyczący § 9 ust.1 i 5 w zw. z definicją produktów z § 1 pkt 27 oraz § 9 ust.2 pkt 1 i 3 w zw. z § 1 pkt 2 wzoru umowy (pkt l h i e – str. 4 i 5 odwołania, a także str. 18 uzasadnienia odwołania);
10) dotyczący § 18 wzoru umowy w kontekście naruszenia art. 353^1 oraz 5 Kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp (pkt 8 g – str. 18 uzasadnienia odwołania).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Izba oddaliła zarzut dotyczący Rozdz. I ust. 4 zd. drugie w zw. z Załącznikiem 9 do SIWZ *„warunki równoważności”;* w kontekście naruszenia art. 29 ust.1 i 2 Pzp. Należy bowiem wskazać, że Załącznik nr 9 do SIWZ (str. 53-54) zawiera pkt 1 ppkt 1 i 2 odnoszace się w swej treści do warunków równoważności o charakterze funkcjonalnym. Kwestia wykazywania równoważności przez Wykonawcę jest także zgodna z art. 30 ust. 5 Pzp, w tym kontekście należy traktować również testowanie, o którym mowa w pkt 2 Załącznika nr 9 do SIWZ, jako konieczność zachowania określonej funkcjonalności, tzn. kombatybilności środowiska sprzętowo-programowego Zamawiajacego. Ponadto, jako uszczegółowienie przedmiotowych postanowień SIWZ Zamawiający wskazywał również na Załacznik nr 6 do SIWZ (str. 10) oraz Załacznik nr 14 do SIWZ (str. 10), co bezsprzecznie jest zgodne ze stanem faktycznym.

Ponadto, Izba podtrzymuje stanowisko wynikające z orzecznictwie KIO wyrok z dnia

16.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1400/08, wyrok z dnia 12.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 984/09 oraz wyrok KIO z dnia 6.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 967/09 zgodnie z którym, „oferta *równoważna to taka, która przedstawia produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla Zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry. Pojęcie równoważności bowiem nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby możliwość oferowania produktów równoważnych pozorną i w praktyce niemożliwą do spełnienia. Zaś rozwiązanie równoważne nie może oznaczać, że inne zaproponowane w ramach tej równoważności urządzenie ma spełniać wszystkie parametry konkretnego urządzenia, określonego producenta, przyjętego przez projektanta, gdyż naruszałoby to zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.*

126

Dodatkowo, należy wskazać, że za orzecznictwem, iż w wobec jednoznacznego odrzucenia, jak zostało to wskazane, możliwości żądania, aby oferowany produkt równoważny posiadał wszystkie parametry urządzenia proponowanego, w sytuacji braku jednoznacznych wskazania w SIWZ jakie z parametrów są najistotniejsze dla Zamawiającego, koniecznym jest odwołanie się do przewidywanego przeznaczenia niniejszych urządzeń w ramach przedmiotowego zamówienia i roli jaką będą pełnić u Zamawiającego". (podobnie wyrok KIO z 19.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 189/09).

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w kontekście postanowień Rozdz. VIII ust. 2 pkt 3 i 4 SIWZ, Izba oddalił zarzut w tym zakresie. W ramach żądania Odwołujacy wnosił o doprecyzowanie wymagania wskazanego w Rozdz. VIII ust. 2 pkt 3 i 4 SIWZ, jednakże w toku rozprawy Odwołujący po stanowisku Zamawiającego, przedstawieniu wykładni autentycznej, oświadczył, że *„wyjaśnienia uznaje za wystarczające".* W ocenie Izby mamy do czynienia z sytuacją z art. 190 ust. 5 Pzp: *„fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną nie wymagają dowodu".*
W konsekwencji, uznać należy, że postanowienie Rozdz. VIII ust. 2 pkt 3 i 4 SIWZ jest jasne i nie budzące wątpliwości, zaś zarzut jest bezprzedmiotowy i podlega oddaleniu. Odwołujacy w ramach zarzutu nie podnosił naruszenia art. 22 ust. 4 Pzp. W tym wypadku podobny zarzut został sformułowany w ramach odwołania Hewlett-Pacard Polska Sp. z o.o., gdzie został merytorycznie rozpatrzony.

Jedynie na marginesie, Izba odniesie się do kwestii zmiany oświadczenia woli Zamawiającego na rozprawie, w kontekście niniejszego zarzutu, sformułowanego przez Sygnity SA, względem treści odpowiedzi na odwołania. W ocenie Izby, nie możemy mieć do czynienie z omyłką pisarską w ramach odpowiedzi na odwołania, jak wskazywał Zamawiający, a jedynie ze zmianą oświadczenia woli, w zakresie przedmiotowego zarzutu. Uznać, należy, że tak jak Zamawiający ma prawo w toku rozprawy uwzględnić zarzut, to brak jest przeszkód do zmiany oświadczenia w tym zakresie do zamknięcia rozparwy. W ocenie, Izby także Odwołujący może zmienić oświadczenie woli odnośnie cofnięcia określonego zarzutu. Odmienną kwestią jest brak możliwości rozszerzenia zakresu odwołania, co z uwagi na zawity charakter terminów na wniesienie środków ochrony prawnej jest niedopuszczalne. Powyższe było przedmiotem wskazania przy rozpatrywaniu zarzutu I f – w odwołaniu Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. (sygn. akt: akt: KIO 239/12). Należy jedynie zauważyć, że zmiana oświadczeń woli w toku rozprawy przez strony postępowania odwoławczego może w konsekwencji podważyć wzajemne zaufanie i wpłynąć negatywnie na ewentualną współprace w trakcie realizacji zamówienia.

Względem braku definicji systemu informatycznego w ramach wymogu z Rozdz. VIII ust. 3 pkt 1 lit. a SIWZ w kontekście naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, Izba uznała, że

127

---

zasadnym jest uwzglednienie odwołania w tym zakresie. Izba wskazuje, że w tym wypadku, również Zamawiający przedstawił wykładnię autentyczną na rozparwie. Jednakże, oświadczenie Odwołujacego nie było tak jednoznaczne, jak poprzednio: *„przymuję do wiadomości".* Nadto, w ocenie Izby konieczność doprecyzowania zakresie tego pojęcia, sformułowania jest zasadna i konieczna, także w kontekście takiego samego sformułowania w ramach Rozdz.VIII ust. 2 pkt 2 lit. b i c SIWZ i nasuwających się w związku z tym faktem

analogii. Wykładnia autentyczna przedstawiona na rozparwie jest cenna, przy czym zróżnicowanie definicyjne tego samego pojęcia wymaga dla dobra postępowania wyrażenia w sposób wiążący i znany szerszemu gronu Wykonawców.

W konsekwencji Izba nakazuje Zamawiającemu doprecyzowanie definicji systemu informatycznego w ramach wymogu z Rozdz. VIII ust. 3 pkt 1 lit. a SIWZ zgodnie z wykładnią autentyczną przedstawioną na rozprawie.

Izba uwzględniła również zarzut naruszenia przez Zamawiającego § 5 ust. 7 ppkt 2 i 3 wzoru umowy w kontekście art. 353 1 oraz 5 Kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp. W tym zakresie Izba wskazuje na powiązanie § 10 ust. 2 i § 10 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy. Zdaniem Izby, przyjeta konstrukcja jest co prawda prawidłowa (wyjątkowy charakter) – wzorowany na umowach depozytowych oprogramowania – Software Escrow (Izba z urzędu w odniesieniu do niniejszego zarzutu wzięła pod uwagę opracowanie wskazane poniżej), przy czym chodzi o zagwarantowanie nabywcy oprogramowania dostępu do kodów tylko w przypadku wystąpienia sytuacji zdefiniowanej w umowie i przeniesienie prawa do modyfikacji oprogramowania w takiej sytuacji. Jednakowoż, zasadnym jest doprecyzowanie ppkt 2 i 3, zgodnie z wyjaśnieniami udzielonymi na rozparwie w tym zakresie. Szczególnie istotne jest doprecyzowanie ppkt 2. W ogólnie dostępnym opracowaniu (dr Małgorzata Engeleit – Umowy w obrocie oprogramowaniem cz. II - http://cbke.prawo.uni.wroc.pl/static/Eclet/2009lato/UmowyOprogramowanie_Engeleit%202009-05.pdf) wiąże się niniejszy przypadek z brakiem/zaprzestaniem pielęgnacji wsparcia) oprogramowania (zaprzestaniem na skutek porzucenia oprogramowania, w żadnym wypadku nie odnosi się niniejszej sytuacji z pojawnieniem się nowszej wersji oprogramowania. W ocenie Izby, taka wykładania rozszerzająca jest błędna.
W konsekwencji Izba nakazuje Zamawiającemu doprecyzowanie sformułowań ppkt 2 i 3 zgodnie z wykładnią autentyczną przedstawioną na rozprawie z uwzględnieniem, że sytuacja z ppkt 2 będzie dotyczyła zaprzestania wsparcia, a nie pojawnienia się nowszej wersji oprogramowania.

Względem postanowienia § 6 ust. 15 wzoru umowy w kontekście naruszenia przez Zamawiajacego art. 353 1 oraz 5 Kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp, Izba uwzględniła zarzut

odwołania w tym zakresie powołując się na argumentację wskazaną przy rozpatrywaniu zarzutu dotyczącego niniejszego postanowienia wzoru umowy w odwołaniu IBM Sp. z o.o.

Względem postanowienia § 6 ust. 14 wzoru umowy w kontekście naruszenia przez Zamawiajacego art. 353 1 oraz 5 Kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp, Izba uwzględniła zarzut odwołania w tym zakresie powołując się na argumentację wskazaną przy rozpatrywaniu zarzutu dotyczącego niniejszego postanowienia wzoru umowy w odwołaniu IBM Sp. z o.o. Podkreślajac, że nie neguje zasady, lecz dostrzega konieczność przekonstruowania przedmiotowego postanowienia umowy wobec nakazania wykreślenia § 6 ust. 15 wzoru umowy.

Izba oddaliła zarzut dotyczący § 10 ust. 7 wzoru umowy w kontekście naruszenia art. 353 1 oraz 5 Kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp. W tym wypadku, konieczne jest odniesienie się do § 6 ust. 8 zdanie drugie wzoru umowy. W ocenie Izby przedmiotowe postanowienie wzoru umowy stanowi ograniczenie wykorzystania przy budowie systemu oprogramowania gotowego, tak daleko idące, że nie zakwestionowanie tego postanowienia, a kwestionowanie postanowień z § 9 i 10 powoduje brak wpływu na wynik postępowania. Obowiązek wynikajacy z postanowień § 10 ust. 7 wzoru umowy pozostaje nadal na Wykonawcach. Wykonawca nie może zaoferować – *„niczego”* gotowego. do czego *„sam”* nie ma prawa w zakresie praw autorskich (§ 9), a nawet jeśli takowe prawa posiada, to i tak nie może wykorzystać gotowych komponentów do budowy systemu, jeśli w ramach swojego prawa nie może udzielić licencji/sublicencji w zakresie określonym § 10. W rezultacie, Izba oddaliła zarzut z uwagi na art. 192 ust.2 Pzp.

Odnośnie zarzutu dotyczącego braku określenia zakresu licencji - dotyczy § 10 ust. 1 wzoru umowy w kontekście naruszenia art. 353 1 oraz 5 Kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp (pkt 8 e – str. 18 uzasadnienia odwołania), Izba oddala przedmiotowy zarzut, przywołując, po pierwsze analogicznie argumentację wskazaną powyżej przy rozpoznawaniu poprzedniego zarzutu, po drugie w ocenie Izby zakres licencji, tzn. pola eksploatacji są w ramach przedmiotowego postanowienia umowy wskazane.

Odnośnie zarzutu dotyczącego postanowienia z § 9 ust. 1 i 5 w zw. z definicją

produktów z § 1 pkt 27 oraz § 9 ust. 2 pkt 1 i 3 w zw. z § 1 pkt 2 wzoru umowy, Izba uznała że podlega on oddaleniu, przywołując, po pierwsze analogicznie argumentację wskazaną powyżej przy rozpoznawaniu zarzutu dotyczącego § 10 ust. 7 wzoru umowy, po drugie z uwagi na brak w ocenie Izby pomieszania pojęć oprogramowanie dedykowane - § 9 wzoru umowy, oprogramowanie gotowe - § 10 wzoru umowy.

Odnośnie zarzutu dotyczącego postanowienia z § 18 wzoru umowy w kontekście naruszenia art. 353 1 oraz 5 Kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp, Izba uznała że podlega on

uwzględnieniu. W tym kontekście, wobec powiązania § 6 ust. 15 z § 6 ust. 14 oraz § 18 ust.1 wzoru umowy, w szczególności na skutek dokonanej w dniu 16.02.2012 r. modyfikacji, istnieje konieczność dostosowania ich postanowień, tak aby zachować spójność konstrukcji przyszłej umowy. W konsekwencji, Izba nakazuje stosowne dostosowania ich postanowień, tak aby zachować spójność konstrukcji przyszłej umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 245/12 podlega uwzględnieniu na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 247/12 - Comarch SA:

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołania, w tym odwołania o sygn. akt: KIO 247/12 (pismo z dnia 14.02.2012 r.) zapowiedział modyfikacje części postanowień SIWZ, w tym także w zakresie będącym przedmiotem sporu. Przedmiotowe pismo zostało przekazane Odwołującemu na posiedzeniu w dniu 15.02.2012 r. (odroczone posiedzenie i rozprawa). W dniu 16.02.2012 r. zgodnie z zapowiedzią Zamawiający dokonał modyfikacji postanowień SIWZ. W ramach posiedzenia i rozprawy w dniu 17.02.2012 r. Odwołujący podtrzymał w całości wniesione odwołanie i wskazał, że modyfikacja dokonana przez Zamawiającego nie jest zgodna z jego żądaniem. Podobne zarzuty były sformułowane w odwołaniach Bull Polska Sp. z o.o. (odwołanie cofnięte – konsekwencja modyfikacji) oraz Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. (zarzut w tym zakresie został wycofany – konsekwencja modyfikacji), jednakże nie było one tak daleko idące jak w przypadku Comarch SA.

Zamawiajacy w ramach modyfikacji zmodyfikował pierwotne postanowienie w załączniku nr 5 do SIWZ *„Kryteria oceny ofert", „Koncepcja architektury rozwiązania",* podkryterium 5 lit. b i c; 6 lit. b i c; 7 lit. b oraz 8 lit. a, b i c na postanowienie o brzmieniu: *„(..) przedstawienie potwierdzenia podpisanego przez osobę uprawnioną do wystepowania w imieniu organizacji, w której dokonano wdrożenia".* Izba wskazuje również, iż wzięła pod uwagę, jako podstawę stanu rzeczy ustalonego w toku postepowania (art. 191 ust. 2 Pzp), pismo procesowe Comarch SA z dnia 16.02.2012 r. (w sprawie o sygn. akt: KIO 247/12), jak i pismo przygotowawcze Przystępujacego - Bull Polska Sp. z o.o. z dnia 17.02.2012 r. (w sprawie o sygn. akt: KIO 247/12) złożone na posiedzeniu w dniu 17.02.2012 r.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nierówne traktowanie Wykonawców, tzn. dokonanie oceny rozwiązania uzależnione jest od kwestii formalnej (osoby, która podpisała dokument), wobec czego Wykonawca dysponujący dokumentem stwierdzającym wymaganą okoliczność

faktyczną podpisanym przez inną osobę niż wskazana, zostanie potraktowany, jak Wykonawca nie dysponujący potwierdzeniem zaistniałego stanu faktycznego i pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.
2. art. 9 ust. 2 Pzp poprzez brak określenia stanowiska (osoby), która ma podpisać dokument w języku polskim
3. art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z § 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 41, poz. 238) zwane dalej: *„Rozporządzeniem w sprawie dokumentów"* poprzez określenie w SIWZ w Załączniku nr 5 do SIWZ, Tabela 1, pkt 5 i nast., że potwierdzenia wykazania przypadku wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów mają być podpisane przez osobę pełniącą rolę CIO (Chief Information Officer) w organizacji, w której dokonano wdrożenia.

Wnosił o usunięcie zapisów dotyczących wymagania potwierdzeń podpisanych przez osobę pełniącą rolę CIO (Chief Information Officer) i wprowadzenie zapisów w brzmieniu:
a) pkt 5 lit b: *„Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów".*
b) pkt 5 lit c: *„Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów w administracji podatkowej kraju OECD."*
c) pkt 6 lit b:„Wykazanie *przypadku wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów."*
d) pkt 6 lit c: *„Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanych gotowych komponentów w administracji podatkowej kraju OECD."*
e) pkt 7 lit. b: *„Wykazanie przypadku wdrożenia zadeklarowanego rozwiązania klasy ITS w administracji podatkowej kraju OECD."*
f) pkt 8 lit. a: *„Wykazanie jednego przypadku wdrożenia zaoferowanych mechanizmów integracji systemu SSP w administracji podatkowej kraju OECD."*
g) pkt 8 lit. b: *„Wykazanie dwóch przypadków wdrożenia zaoferowanych mechanizmów integracji systemu SSP w administracji podatkowej kraju OECD."*
h) pkt 8 lit. c: *„Wykazanie więcej niż dwóch przypadków wdrożenia zaoferowanych mechanizmów integracji systemu SSP w administracji podatkowej kraju OECD.".*
Izba oddaliła wszystkie zarzuty, a w konsekwencji całe odwołanie.

Odnosząc się zbiorczo do zarzutów należy w pierwszej kolejności wskazać, że poprzez modyfikację z 16.02.2012 r. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp oraz 9 ust. 2 Pzp uznać należy za podlegające oddaleniu z mocy art. 192 ust. 2 Pzp. Rozpoznając, zaś w nastepnej kolejności, ostatni z zarzutów i oddalając niniejszy, Izba stwierdza co nastepuje:

Po pierwsze, wskazać należy, że dopiero na rozprawie pełnomocnik Odwołującego oświadczył, iż nie kwestionuje kryteriów oceny ofert: *„jako takiego",* lecz tylko i wyłącznie żądanie takiego dokumentu, jaki był zawarty w postanowieniach SIWZ, jest to o tyle istotne,

że stanowisko wyrażone w odwołaniu było niekonsekwentne (ostatni akapit) i dawało nawet podstawy do uznania, że modyfikacja Zamawiającego z dnia 16.02.2012 r., czyni zadość żądaniom Odwołujacego, dopiero wykładnia w tym zakresie na rozparwie była rozstrzygająca.

Po drugie, Izba wskazuje, że dokumentów, takich jak wskazano w SIWZ w zakresie oceny ofert w ramach zakwestionowanego kryterium (podkryteria) oceny ofert, można żądać, mają one bowiem charakter przedmiotowy. Mamy do czynienia z pewnego rodzaju *„wywiadem"* – podobny sposób oceny przyjeli autorzy raportu Gartnera załączonego do pisma do pisma z dnia 14.02.2012 r. złożonego przez Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. - Odwołujacego w sprawie o sygn. akt: KIO 239/12 oraz Przystępującego w sprawie o sygn. akt: KIO 229/12, sygn. akt: KIO 238/12, sygn. akt: KIO 242/12, sygn. akt: KIO 245/12, sygn. akt: KIO 247/12.

Po trzecie, Rozporządzenie w sprawie dokumentów nie odnosi się do dokumentów, które można w zakresie kryterium oceny ofert żądać od Wykonawców. W ocenie Izby, mamy do czynienia z dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postepowania w rozumieniu art. 25 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp.

Po czwarte, Zamawiajacy nie może w zakresie kryterium *„Koncepcja architektury rozwiązania",* podkryterium 5 lit. b i c; 6 lit. b i c; 7 lit. b oraz 8 lit. a, b i c oprzeć się jedynie na oświadczeniach Wykonawców, którzy złożą oferty, stąd uzasadniona konieczność „przedstawienia *potwierdzenia podpisanego przez osobę uprawnioną do wystepowania w imieniu organizacji, w której dokonano wdrożenia".* Zamawiający dokonując przyznania punktów za wskazane przez wykonawców projekty powinien posiadać możliwosc weryfikacji prawdziwości twierdzeń zawartych w złożonych dokumentach. W tej mierze nie może opierać się jedynie na oświadczeniu wykonawcy. Formułując taki wymóg, zdaniem Izby, Zamawiający nie przekroczył dyspozycji art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie niezbędności dokumentu do sprawnego przeprowadzenia czynności oceny ofert.

Po piąte, Izba podkreśla, że dokumenty w swej treści winny pozwalać na wymierną ocenę i przyznanie punktów zgodnie z przyjętymi podkryteriami. Pozwoli to uniknąć sytuacji spornych. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 247/12 podlega oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), wydała w sprawach

o sygn. akt: KIO 229/12, sygn. akt: KIO 238/12, sygn. akt: KIO 239/12, sygn. akt: KIO 242/12, sygn. akt: KIO 245/12, sygn. akt: KIO 247/12 orzeczenie łączne.

132

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożoną fakturą (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia), adekwatnie do spraw o sygn. akt: KIO 229/12, sygn. akt: KIO 242/12, sygn. akt: KIO 247/12. Izba uznała także wniosek Odwołujacych w sprawie o sygn. akt: KIO 238/12 oraz sygn. akt: KIO 239/12 o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocników uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonymi fakturami (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia), adekwatnie do spraw o sygn. akt: KIO 238/12 i sygn. akt: KIO 239/12. W sprawie o sygn. akt: KIO 245/12 Odwołujący nie sformułował stosownego wniosku, ani nie złożył rachunku.

Przewodniczący:

……

Członek:

……

……

133