Sygn. akt: KIO 380/14

WYROK

z dnia 14 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 marca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26 lutego 2014 r.** przez wykonawcę **Simple S.A.,** ul. B. Czecha 49/51, 04-555 Warszawa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup i wdro enie zintegrowanego systemu zarządzania przedsiębiorstwem w Polskiej Agencji eglugi Powietrznej*

prowadzonym przez zamawiającego Polską Agencję eglugi Powietrznej

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:

A. Signity S.A. ul. Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa
B. Atos IT Services Sp. z o.o., ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obcią a odwołującego tj. Simple S.A. z siedzibą w Warszawie, i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Simple S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosowanie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 380/14

UZASADNIENIE

Zamawiający, Polska Agencja eglugi Powietrznej w Warszawie, (dalej „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) – (dalej „ustawą" lub „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i wdro enie zintegrowanego systemu zarządzania przedsiębiorstwem w Polskiej Agencji eglugi Powietrznej w Warszawie.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wy sza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 15 lutego 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 033-053717. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ" lub "specyfikacja") na swojej stronie internetowej w dniu 17 lutego 2014 r.

W dniu 26 lutego 2014 r. wykonawca Simple S.A. (dalej „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawnych:

1. Art. 29 Pzp, w tym w szczególności ust. 1 i 2 poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób niezgodnie z jego dyspozycją, w tym w szczególności naruszający uczciwą konkurencję.
2. Art. 353(1) Kodeksu cywilnego (dalej „KC") w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp poprzez wykroczenie Zamawiającego poza zasadę swobody umów, równości stron, w szczególności ukształtowanie stosunku prawnego w sposób jednostronny na korzyść Zamawiającego, choć nie jest to niczym uzasadnione.
3. Art. 7 ust. 1 Pzp poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie przepisów skutkujących prowadzeniem postępowania w sposób naruszający zasady; oraz
4. Innych przepisów wymienionych i wynikających z uzasadnienia odwołania.

W związku z powy szym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

- Nakazanie Zamawiającemu uniewa nienie czynności opracowania treści SIWZ w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia i wzorca umowy w zakresie opisanym w odwołaniu;
- Nakazanie Zmawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ (w tym wzorca umowy) w części opisującej przedmiot zamówienia oraz poszczególnych zapisów wzorca umownego w zakresie i w sposób określony w odwołaniu.

Właściwe zarzuty i ądania **podniesione w odwołaniu:**

1. Zarzut naruszenia art. 29 Pzp, w tym w szczególności ust. 1 i 2 Pzp.

Odwołujący wskazał, e na gruncie Pzp ukształtował się pogląd, e zamawiający jest uprawniony do zdefiniowania przedmiotu zamówienia wedle swoich preferencji i oczekiwań. Oczywiste jest jednak zdaniem Odwołującego, e nie oznacza to pełnej dowolności po stronie Zamawiającego. Zasada swobodnego decydowania przez zamawiającego o treści SIWZ, w tym wymagań wobec przedmiotu zamówienia doznaje istotnego ograniczenia, jakim jest obowiązek prowadzenia postępowania zgodnie z przepisami Pzp. Opis przedmiotu zamówienia powinien być zgodnie z dyspozycją art. 29 Pzp sporządzony w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. Nie mo e on równie utrudniać uczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie zastosował się do norm w następujących zakresie:

1. W załączeniu nr 1 SIWZ „Opis *przedmiotu zamówienia"* (dalej „OPZ") Zamawiający zawarł łącznie następujące wymagania:
   - 2. Wymagania funkcjonalne, 2.1. Wymagania ogólne, Nr wymagania OG_001 *„System musi być zbudowany w architekturze minimum trójwarstwowej z warstwą prezentacji obsługiwaną w technologii cienkiego klienta poprzez przeglądarkę (konieczna współpraca z wszystkimi popularnymi przeglądarkami - co najmniej Internet Explorer oraz FireFox)"*
   - 3. Wymagania niefunkcjonalne, 3.1. Wymagania ogólne, Nr NF_OGL_3 *„W zakresie Oprogramowania Aplikacyjnego, System musi być zbudowany w oparciu o Oprogramowanie Standardowe składające się z modłów/komponentów pochodzących maksymalnie od trzech producentów*"

- 3. Wymagania niefunkcjonalne, 3.2. Wymagania dotyczące architektury systemu, Nr NF_TCH_2
  „System musi zapewnić mechanizmy migracji z jednego systemu operacyjnego na inny (ka dy z warstw systemu)".

- 3. Wymagania niefunkcjonalne, 3.2 Wymagania dotyczące architektury systemu, Nr NF_TCH_4
  „System musi wykorzystywać system bazodanowych jednego producenta".

W ocenie Odwołującego, łączne zestawienie powy szych wymagań prowadzi do sytuacji, w której w praktyce mo liwe jest zaoferowanie tylko ściśle określonego rozwiązania: SAP. Oznacza to w ocenie Odwołującego, e zapisy dotyczące przedmiotu zamówienia zostały przygotowane w ten sposób, e są ukierunkowane na konkretne rozwiązanie, co jest sprzeczne z przepisami Pzp.

Odwołujące wskazał, e koniecznie jest takie ich ukształtowanie (poprzez zmianę wszystkich lub poszczególnych tylko punktów lub nawet wykreślenie poszczególnych lub wszystkich tylko punktów wskazanego opisu) by mo liwe było dostarczenie tak e innych rozwiązań, które swoją specyfiką i tak będą spełniały oczekiwania Zamawiającego. Odwołujący z daleko posuniętej ostro ności wskazał, i wszystkie inne zapisy SIWZ odnoszące się do opisanych powy ej kwestii i z nimi powiązane, powinny ulec odpowiednim modyfikacjom, o ile to konieczne.

2. Odwołujące zakwestionował równie zapisy dotyczące OPZ określone, jako *„3 Wymagania niefunkcjonalne".*

W części 3.3. „Wymagania *prawne",* w ppt. 3.3.1 „Wymagania *prawne ogólne"* zawarto następujące zestawienie wymagań:

„System – postrzegany, jako kompletne rozwiązanie teleinformatyczne, musi zachowywać pełną zgodność z obowiązującymi przepisami prawa, ze szczególnym uwzględnieniem ni ej wymienionych:

NF_PRW_1: ustawa Prawo lotnicze
NF_PRW_2: ustawa o Polskiej Agencji eglugi Powietrznej
NF_PRW_3: Statut Polskiej Agencji eglugi Powietrznej
NF_PRW_4: Regulamin Organizacyjny PA P – Zarządzenie Prezesa PA P

NR_PRW_16: Obwieszczenie nr 4 Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego w sprawie opłat transferowych
NR_PRW_17: Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) NR 390/2013 z dnia 3 maja 2013 r. ustanawiające system skuteczności działania dla słu b eglugi powietrznej i funkcji sieciowych (Dz. Urz. UE L 128/1)
NR_PRW_18: Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) NR 391/2013 z dnia 3 maja 2013 r. ustanawiające wspólny system opłat za korzystanie ze słu b eglugi powietrznej (Dz. Urz. UE L 128/31)
NR_PRW_19: Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) NR 409/2013 z dnia 3 maja 2013 r. w sprawie definicji wspólnych projektów, ustanowienia systemu zarządzania i określenia zachęt wspierających wdro enie europejskiego centralnego planu zarządzania ruchem lotniczym (Dz. Urz. UE L 128/31).
System musi być ponadto gwarantować pełną zgodność z obowiązującymi przepisami prawa międzynarodowego dotyczącego PA P, ze szczególnym uwzględnieniem poni szych aktów:
NR_PRW_20: umowa wielostronna w sprawie opłat trasowych, sporządzonej w Brukseli dnia 12 lutego 1981 r. (Dz. U. 2006 r. Nr 238 poz. 1725)
NR_PRW_21: z rozporządzenie Komisji (WE) nr 1034/2011 z dnia 17 października 2011 r. w sprawie nadzoru nad bezpieczeństwem w zarządzaniu ruchem lotniczym i słu bach eglugi powietrznej oraz zmieniającym rozporządzenie (UE) nr 691/2010 (Dz. Urz. UE L 271 z 18.10.2011)
NR_PRW_22: rozporządzenie Komisji (WE) w sprawie ustanowienia wspólnych zasad w odniesieniu do przepisów lotniczych i operacyjnych dotyczących słu b i procedur eglugi powietrznej oraz zmieniające rozporządzenie wykonawcze (WE) nr 1035/2011 oraz rozporządzenia (WE) nr 1265/2007, (WE) nr 1794/2006, (WE) nr 730/2006, (WE) nr 1033/2006 i (UE) nr 255/2010 (923/2012/UE), (UE) nr 391/2013.
NR_PRW_23: rozporządzenie Komisji (WE) Nr 2320/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej z dnia 16 grudnia 2002 r. ustanawiającym wspólne zasady bezpieczeństwa w

lotnictwie cywilnym

W części 3.3.2.3 Wymagania dla komponentów finansowo-Księgowych ERP zawarto następujące zestawienie:
NF_PRW_51: Rozporządzenie Ministra Transportu z dnia 15 maja 2007 r. w sprawie opłat nawigacyjnych

NF_PRW_53: Rozporządzenie Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 13 sierpnia 2013 r. w sprawie sposobu i trybu rozliczania i dokumentowania kosztów związanych z zapewnieniem słu b eglugi powietrznej za loty zwolnione z opłat nawigacyjnych (Dz. U. 2013 r. poz. 1009).

Odwołujący podniósł, e nie wskazano konkretnych części ww. aktów, paragrafów lub konkretnych zapisów/wymagań, które nale y mieć na względzie i z którymi system ma zachować pełną zgodność.

Odwołujący podkreślił, e Zamawiający prowadzi unikalną działalność w skali kraju, której uwarunkowania prawne nie są przedmiotem implementacji standardowej funkcjonalności u producentów oprogramowania do zarządzania (zarówno krajowych jak i zagranicznych). Odwołujący wskazał, e odmiennie rzecz kształtuje się w przypadku ustawy o rachunkowości. Unikalność ta w połączeniu z bardzo ogólnym określeniem wymagań uniemo liwia producentom/dostawcom oszacowanie koniecznych zmian w systemach/rozwiązaniach i obliczenie kosztów.

Odwołujący wniósł o takie ukształtowanie ww. opisu części przedmiotu zamówienia, które będą wskazywały na konieczność zachowania pełnej zgodności względem konkretnie określonych zapisów ww. aktów, a nie całej treści aktów prawnych. Odwołujący z daleko posuniętej ostro ności wskazał, i wszystkie inne zapisy SIWZ odnoszące się do opisanych powy ej kwestii i z nimi powiązane, powinny ulec odpowiednim modyfikacjom, o ile to koniczne.

3. Odwołujący podniósł równie zastrze enia do części OPZ określone jako „4 *Wymagania techniczne".* W części 4.4. „Integracja *Systemu w innym systemami",* w ppkt 4.4.2 „Wymagania *niefunkcjonalne w zakresie integracji",* w której Zamawiający wymaga:

   • NR NF_INT_4
   „System *musi posiadać interfejsy do aplikacji funkcjonalnych, które nie będą zastąpione lub są systemami zewnętrznymi u ytkowanymi przez PA P, w szczególności: (…)*

   e) ***@RMS lub odpowiednik.*** *System musi integrować się z systemami gromadzącymi dane sprzeda owe stosowanymi w PA P. Planuje się zastąpienie obecnie u ywanego systemu gromadzenia szczegółowych danych o*

świadczonych *usługach nawigacyjnych przez inne oprogramowanie. Wycena powinna uwzględnić tylko jeden z tych programów wskazany przez Agencję na etapie analizy wdro eniowej (etap 5.1).*

W ocenie Odwołującego u yty przez Zamawiającego zwrot „odpowiednik" powoduje, e nale y dokonać integracji z nieokreślonym systemem. W takiej sytuacji nie jest mo liwe rzetelne oszacowanie ceny takiej integracji, co nie pozostaje bez wpływu na kształt i cenę oferty w postępowaniu. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, oznacza to, e opis przedmiotu zamówienia jest niejasny i nieprecyzyjny. Brak odpowiedzialności Zamawiającego za integrowane systemy powoduje tak e brak mo liwości wskazania strony odpowiedzialnej za utrudnienia lub błędy wynikające w uwarunkowań integrowanych systemów nie będących przedmiotem zamówienia. Ze względów oczywistych odpowiedzialności takiej nie mo e przejąć Wykonawca.

W związku z powy szym Odwołujący wniósł o modyfikację przedmiotowego zapisu poprzez

jego dookreślenie oraz przez zapewnienie o odpowiedzialności Zamawiającego za wszystkie integrowane systemy oraz o poniesienie wszelkich kosztów integracji po stronie integrowanych systemów niebędących przedmiotem zamówienia. Wskazał równie , e modyfikacji wymagają te zapisy dotyczące integracji ze wszystkimi innymi systemami podlegającymi integracji a niebędącymi przedmiotem zamówienia. Odwołujący z daleko posuniętej ostro ności wskazał, i wszystkie inne zapisy SIWZ odnoszące się do opisanych powy ej kwestii i z nimi powiązane, powinny ulec odpowiednim modyfikacjom, o ile to konieczne.

4. Odwołujący podniósł zastrze enia do części OPZ określonej jako „6 *Migracja danych".*

4.1

W części 6.2 „Podział *odpowiedzialności w procesie migracji* zawarty został następujący zapis: *„Odpowiedzialność w procesie migracji danych będzie podzielona miedzy Zamawiającym a Dostawcą w następujący sposób:*

1. Poprawa danych w systemach źródłowych - *za tę fazę odpowiada Zamawiający.*

2. Przekazanie danych w strukturach pośrednich - za tę fazę odpowiada Dostawca. Zamawiający udostępni Dostawcy:

- dane *z systemu* źródłowego,

- dokumentację *opisującą struktury danych systemu* źródłowego, *a je eli takiej nie posiada zapewni wsparcie dostawcy starego rozwiązania.*

W przypadku systemów, które zostały wytworzone przez PA P i co za tym idzie nie sq dostępne w ofercie rynkowej, brak mo liwości dostarczenia jednego z powy szych elementów powoduje. e Zamawiający staje się odpowiedzialnym za czynność eksportu danych z takich systemów.

3. Poprawianie danych w strukturach pośrednich - za tę fazę odpowiada Dostawca.

4. Weryfikacja poprawności danych w strukturach pośrednich - za tę fazę odpowiada Dostawca.

5. Ustalenie przyczyny błędu - za tę fazę odpowiada Dostawca.

6. Przeniesienie danych do struktur docelowych - za tę fazę odpowiada Dostawca.

7. Wstępna weryfikacja poprawności zmigrowanych danych - za tę fazę odpowiada Dostawca.

8. Weryfikacja poprawności zmigrowanych danych - za tę fazę odpowiada Zamawiający. Wymaga się, aby Dostawca Systemu dostarczył narzędzia i asystę do tej weryfikacji."

W ocenie Odwołującego taki zapis skutkuje brakiem symetrii pomiędzy stronami i ma charakter pozornego na co wskazuje zapis części 6.5 zawarty tej samej części OPZ.

Odpowiedzialność w procesie migracji zasadniczo spada na Wykonawcę/Dostawcę, który nie ma wpływu na jakość danych przekazywanych przez Zamawiającego.

Powy sze świadczy o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania w opisie przedmiotu, ale jest równie przejawem naruszenia art. 7 ust. 1 pzp oraz podstawowych zasad prawa cywilnego wskazanych w dalszej części odwołania. Pomimo braku podstaw np. w postaci specyfiki przedmiotowego zamówienia, Zamawiający wpływa na krąg podmiotów, naruszając tym samym zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Odwołujący wskazał, e nie została opisana procedura poprawy danych przez Zamawiającego i wymogu ponownego dostarczenia prawidłowych danych. Nie ma ograniczenia co do ilości takich iteracji, a to generuje koszty po stronie Dostawcy niemo liwe do oszacowania na etapie zło enia oferty. Powy sze powoduje dodatkowo, e ww. zapis jest tak e nie dość precyzyjny i

jednoznaczny.

Ponadto obecna formuła predysponuje, w ocenie Odwołującego, producentów/dostawców obecnie u ytkowanych w PA P systemów, którzy nie muszą zgłębiać wiedzy nt. struktur baz danych, zale ności pomiędzy nimi i wymagań co do poprawności. Oznacza to. e naruszono tak e zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania.

W ocenie Odwołującego, za przekazanie danych w strukturach pośrednich powinien bowiem odpowiadać Zamawiający (warto w tym miejscu zwrócić uwagę na orzeczenie KIO z dnia 22.06.2012 r., sygn. KIO 1207/12). Zapewnienie wsparcia dostawcy obecnego rozwiązania równie nale y uznać za niewystarczające, gdy Wykonawca nie ma adnej gwarancji, i zlecone takiemu dostawcy prace (jak równie wskazana wcześniej dokumentacja) zostaną w terminie i z nale ytą/wymaganą starannością, wystarczającą do zrealizowane zaimportowania danych do nowego systemu.

Odwołujący podkreślił, e w przypadku pkt 3 mówiącego o poprawianiu danych niezbędne jest równie , by Zamawiający zobowiązany był ponownie dostarczyć poprawione dane a czas ich poprawy po stronie Zamawiającego wydłu ał odpowiednio termin danego etapu postępowania i nie powodował nara enia wykonawcy na kary umowne.

3. Mając na względzie powy sze Odwołujący wnosił o modyfikację pkt 6.2. w następujący sposób:

1. Poprawa danych w systemach źródłowych - *za tę fazę odpowiada Zamawiający.*

2. Przekazanie danych w strukturach pośrednich - za tę fazę odpowiada Zamawiający.

3. Poprawianie danych w strukturach pośrednich - za tę fazę odpowiada Zamawiający. Dostawca świadczy *usługi wsparcia dla Zamawiającego.*

4. Weryfikacja poprawności danych w strukturach pośrednich - za tę fazę odpowiada Zamawiający. Dostawca świadczy *usługi wsparcia dla Zamawiającego.*

5. Ustalenie przyczyny błędu - za tę fazę odpowiada Dostawca.

6. Przeniesienie danych do struktur docelowych - za tę fazę odpowiada Dostawca.

7. Wstępna weryfikacja poprawności zmigrowanych danych - za tę fazę odpowiada

Dostawca.

8. Weryfikacja poprawności zmigrowanych danych - za tę fazę odpowiada Zamawiający.

oraz poprzez zobowiązanie Zamawiającego w ramach pkt 3, do ponownego dostarczenia danych i zmiany harmonogramu etapu.

4.2.

W części 6.5 „Gwarancja *dotycząca procesu migracji danych"* zawarty został następujący zapis: *„Dostawca Systemu ponosi odpowiedzialność za poprawność danych migrowanych do nowego Systemu i jest zobowiązany bez zbędnej zwłoki usunąć wszelkie skutki wynikające z błędów migracji i dokonać naprawy danych i działania Systemu. "*

W ocenie Odwołującego taki zapis wskazuje, e nie rozdzielono odpowiedzialności za poprawność migrowanych danych, co stanowi kolejny przejaw naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania w opisie przedmiotu, ale jest równie przejawem naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp oraz podstawowych zasad prawa cywilnego wskazanych w odwołaniu.

W ocenie Odwołującego konieczne jest zatem zmodyfikowanie ww. zapisu w następujący sposób:

„Dostawca usuwa wszelkie skutki wynikające z błędów migracji zawinionych przez Dostawcę.

Zamawiający usuwa wszelkie skutki wynikające z błędów migracji zawinionych przez Zamawiającego Czas naprawy odpowiednio przedłu a termin wykonania etapu (nie wynika z winy Wykonawcy).

Z daleko posuniętej ostro ności wskazać nale y, e tak e wszystkie inne zapisy SIWZ odnoszące się do opisanych powy ej kwestii i z nimi powiązane, powinny ulec odpowiednim modyfikacjom, jeśli jest to konieczne.

Ad. zarzut naruszenia art. 353(1) KC w zw. art. 139 ust. 1 Pzp- tj. zasady równości stron kontraktu.

Odwołujący zakwestionował równie szereg postanowień zawartych w treści wzorca umowy jako naruszających art. 353(1) Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 Pzp. Odwołujący podniósł,

e art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp uprawnia zamawiającego do jednostronnego przygotowania np. wzorca umowy, co jednak e nie wyłącza uło enia stosunku prawnego przez strony w toku postępowania np. poprzez instytucję zapytań do treści SIWZ czy poprzez wniesienie odwołania. Odwołujący argumentował, e zamawiający jest zobowiązany do przestrzegania art. 353(1) KC co w jego ocenie przekłada się na konieczność uwzględnienia postulatów wykonawcy w zakresie zmiany zapisów zawartych we wzorze umowy, które zapewniają realizację przedmiotu umowy z poszanowaniem słusznych interesów stron.

Odwołujący podniósł równie , e przepisy Pzp w aden sposób nie ograniczają zasady równości stron. Jak wynika bowiem z art. 14 oraz art. 139 Pzp w zakresie nieuregulowanym e ustaw stanowi inaczej) co przepisami Pzp zastosowanie mają przepisy KC (chyba, przesądza w ocenie Odwołującego o czystko cywilistycznym stosunku jaki powstaje pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

Odwołujący wskazał, e następujące zapisy zawarte we wzorze umowy naruszają zasadę równowagi stron:

1. §4 ust. 5 pkt 2 (vide: strona 5), w którym uregulowano, e

„Zmiana osoby lub osób, o których mowa w ust. 4 [tj. osób wskazanych w Wykazie personelu realizującego Umowę] mo e nastąpić: na wniosek Zamawiającego, w przypadku, gdy Zamawiający stwierdzi, e dana osoba nie spełnia wymagań i oczekiwań Zamawiającego. Zamawiający wezwie wykonawcę do dokonania zmiany tej osoby. W takim wypadku wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia, w terminie 7 (siedem) dni od dnia wezwania, kandydata wraz z wykazem i dokumentami potwierdzającym spełnienie przez niego wymagań określonych w Załączniku nr 4 do Umowy. Zamawiający, w terminie 7 (siedmiu) dni od przedstawienia kandydata, zaakceptuje go lub zgłosi zastrze enia. W przypadku zgłoszenia zastrze eń, Wykonawca w terminie 3 (trzech) dni od ich otrzymania dokonana uzupełnienia danych lub zmiany kandydata i przedstawi poprawiony lub nowy wniosek Zamawiającego. Zmiana nastąpi po zaakceptowaniu wniosku przez Zamawiającego w formie pisemnej. W przypadku, gdy Wykonawca nie jest w stanie przedstawić odpowiedniego kandydata, Zamawiający mo e wypowiedzieć Umowę ze skutkiem natychmiastowym z przyczyn le ących po stronie Wykonawcy z zastosowaniem zapisów §12 ust. 1 pkt 2) Umowy.

W ocenie Odwołującego sankcja jaką zaproponował Zamawiający jest nadmierna. Podkreślił, e przedmiotem zamówienia jest wdro enie systemu informatycznego, co wią e się z

koniecznością posługiwania się osobami posiadającymi określone specjalistyczne kwalifikacje. Pozyskanie takiej nowej osoby mo e wymagać dłu szego okresu ni 3 dni.

Ponadto, w ocenie Odwołującego Zamawiający posiada uprawnienie do wypowiedzenia w przypadku nieprzedstawienia „odpowiedniej” osoby. To Zamawiający będzie posiadał

uprawnienie do wydania oceny czy określona osoba posiada ten przymiot. W praktyce mo e się okazać, e Zamawiający będzie celowo odmawiał akceptacji kandydatów, mimo posiadania odpowiednich kwalifikacji w celu wypowiedzenia umowy i osiągnięcia korzyści finansowych (poprzez wypowiedzenie umowy z winy wykonawcy będzie taki wykonawca zobowiązany do zapłaty kary umownej w wysokości 25% wynagrodzenia umownego brutto).

Odwołujący wskazał równie , e §17 ust. 1 wzoru umowy wynika, e „Wszelkie *spory z Umowy lub na tle jej realizacji Strony będą się starały rozwiązywać koncyliacyjnie".* Odwołujący wskazał, e we wzorze umowy nie przedstawiono polubownego rozwiązania tego typu sytuacji, w związku, z czym zaproponował uwzględnienie w umowie regulacji, która będzie na Zamawiającym wymuszała wcześniejsze uprzednie pisemne wezwanie wykonawcy do usunięcia określonych naruszeń wraz ze wskazaniem stosowanego terminy. Dopiero bierność wykonawcy na ww. wezwanie powinna umo liwić Zamawiającemu rozwiązanie umowy ze skutkiem natychmiastowym.

2. § 4 ust. 5 pkt 1, gdzie wskazano:

„1. Zmiana osoby lub osób, o których mowa w ust. 4 mo e nastąpić:

1) Na wniosek Wykonawcy – (…) Zamawiający w terminie 7 (siedmiu) dni od przedstawienia wniosku, zaakceptuje wniosek lub zgłosi zastrze enia. W przypadku zgłoszenia zastrze eń, Wykonawca w terminie 3 (trzech) dni od ich otrzymania dokona stosownej zmiany i przedstawi nowy wniosek Zamawiającemu. Zmiana nastąpi jedynie po zaakceptowaniu wniosku przez Zamawiającego."

W ocenie Odwołującego taka konstrukcja mo e utrudniać lub uniemo liwiać wykonawcy zmianę personelu. Zamawiający posiada bowiem jednostronne uprawnienie do akceptacji wniosku o zmianę. Mo e to utrudniać realizację zamówienia. Odwołujący wnioskuje o wprowadzenie zapisu umo liwiającego zmianę składu osobowego w sposób bardziej przejrzysty i niezale ny od uznaniowości Zamawiającego.

3. § 4 ust. 6, w którym wskazano, e:
„6. Wykonawca odpowiada za poprawność danych migrowanych do Systemu i jest zobowiązany, w terminie nie dłu szym ni 7 (siedem) dni od ich ujawnienia, usunąć wszelkie skutki wynikające z błędów migracji i dokonać naprawy danych i działania Systemu."

W ocenie Odwołującego z przepisu tego wynika, e cała weryfikacja oraz proces usuwania błędów w migracji i ich skutków musi być zakończony w ściśle określonym terminie 7 dni. W ocenie Odwołującego, biorąc pod uwagę zakres działań weryfikacyjnych i naprawczych, wymagany jest termin, co najmniej 14 dni roboczych. W związku z tym, Odwołujący wnosi o odpowiednią modyfikację terminu na „nie ***dłu szych ni 14 dni roboczych".***

4. § 4 ust. 8, zgodnie z którym:

„Wszelkie materiały, tj. w szczególności dokumenty, dane osobowe zasoby zamawiającego, informacje przekazane w dowolnej formie elektronicznej lub papierowej wykonawcy przez Zamawiającego w związku z wykonaniem Umowy, a tak e pozostałe w wyniku jej wykonania – pisemne, graficzne, zapisane w formie elektronicznej lub w innej formie – są poufne i będą mogły być wykorzystane wyłącznie do wiadomości Stron Umowy w celu jej realizacji („Informacje ***Poufne").***"

Odwołujący podniósł, e zwrot „wszelkie *materiały"* jest pojęciem zbyt ogólnym. Zamawiający powinien wykazać, o jakie konkretnie materiały są objęte tym postanowieniem, jaki typ, rodzaj przekazywanych wykonawcy w ramach realizacji zamówienia. Takie działania w ocenie Odwołującego pozwoli uniknąć w trakcie realizacji umowy zarzutu udostępnienia informacji, które powinny zostać objęte klauzulą tajności. W związku z tym, Odwołujący wnosi o wprowadzenie stosownej zmiany.

5. §4 ust. 14, w brzmieniu:

„Wykonawca *zobowiązuje się do niezwłocznego (w terminie nie dłu szych ni 2 dni robocze) skutecznego informowania Zamawiającego o wszystkich zdarzeniach mających mieć wpływ na wykonanie Umowy, w tym o wszczęciu wobec niego postępowania egzekucyjnego, naprawczego, likwidacyjnego lub innego, a tak e o innych istotnych zdarzeniach, które mogą mieć wpływ na wykonanie przez Wykonawcę postanowień Umowy."*

Odwołujący wskazał, e we wzorze umowy nie wskazano, co oznacza „skuteczne *informowanie".* W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien określić jaka forma przekazania informacji będzie uznana za skuteczną albo usunąć zwrot „skutecznie". W związku z tym, Odwołujący wnosi o wprowadzenie stosownej zmiany.

6. §4 ust. 16 (vide: strona 7), zgodnie z którego brzmieniem:

„Wykonawca jest zobowiązany poddać się wszelkim kontrolom i audytom prowadzonym przez upowa nione przez Zamawiającego osoby lub wskazane przez Zamawiającego instytucje, a które Zamawiający uzna za niezbędne dla prawidłowego i zgodnego zobowiązującymi przepisami prawa realizowania postanowień Umowy. O terminie przeprowadzenia kontroli lub audytu Wykonawca zostanie poinformowany z 2 (dwu) dniowym wyprzedzeniem."

W ocenie Odwołującego sformułowanie „wszelkie" jest wyra eniem nieostrym, dającym Zamawiającemu zbyt dalekie uprawnienia. Umowa powinna szczegółowo określać rodzaje audytów i kontroli oraz ich celów.

Ponadto, Odwołujący podnosi, e takie brzmienie postanowienia daje Zamawiającemu mo liwość przeprowadzania niczym nieograniczonych kontroli. Takie „inspekcje" związane jest z dostępem do informacji, które mogą mieć dla wykonawcy istotne znaczenie gospodarcze czy te zawierać informacje niejawne. Umowa nie gwarantuje, e będą one przeprowadzane przez osoby, które zagwarantuje poufność oraz bezpieczeństwo tych informacji. Taka konstrukcja umowy mo e narazić wykonawcę na niekontrolowany „wyciek" takich informacji.

W ocenie Odwołującego, umowa powinna regulować zakres dokumentów, jakie będą przedmiotem kontroli oraz audytu (np. bez danych handlowych, list klientów, list najczęstszych awarii), a tak e określać ograniczenia osób mogących prowadzić kontrolę lub audyt do osób prawnie lub ustawowo do tego upowa nionych. Ponadto, Odwołujący podnosi, e wykonawca będzie uprzedzony o kontroli tylko za 2 dniowym wyprzedzeniem, co mo e oznaczać w praktyce, e nie będzie mo liwe przygotowanie odpowiedniego zaplecza osobowego lub technicznego i mo e doprowadzić do „parali *u"* w firmie wykonawcy. W ocenie Odwołującego, umowa powinna przewidywać dłu szy termin powiadomienia o planowanej kontroli lub audycie. W ocenie Odwołującego wystarczający byłby termin 5 dniowy.

7. **§5 ust. 7 pkt** *2 (vide:* strona **10),** gdzie unormowano:

7.2 kwota ..... stanowiąca sumę wartości Etapów 5.2, 5.3, 5.4 w następujących częściach:

7.2.1 kwota ..... stanowiąca 5% wartości kwoty wymienione w ust. 7.2 w terminie 30 dni po przedstawieniu łącznie następujących dokumentów:
a) prawidłowo wystawionej faktury na kwotę wymienioną w ust. 7.2.1,
b) kopii protokołu Odbioru Etapu 5.2 podpisanego przez Strony bez uwag i zastrze eń;

7.2.2 kwota…….. stanowiąca 25% wartości kwoty wymienionej w ust. 7.2 w terminie 30 dni po przedstawieniu łącznie następujących dokumentów:

a) prawidłowo wystawionej faktury na kwotę wymienioną w ust. 7.2.2,
b) kopii protokołu Odbioru Etapu 5.3 podpisanego przez Strony bez uwag i zastrze eń;
7.2.3 kwota ..... stanowiąca 70% wartości kwoty wymienionej w ust.

7.2 w terminie 30 dni po przedstawieniu łącznie następujących dokumentów:
a) prawidłowo wystawionej faktury na kwotę wymienioną w ust. 7.2.3,
b) kopii Protokołu Odbioru Końcowego podpisanego przez Strony bez uwag i zastrze eń. ”

W zakresie pkt. 7.2.1. Odwołujący wskazał, e wartość elementów dostarczanych w ramach etapu 5.2 (czyli Sprzętu, Licencji na Oprogramowanie Standardowe, Oprogramowania Standardowego i jego konfiguracji w postaci Prototypu I) z całą pewnością przekroczy 5% wartości kwoty z ust. 7.2 określonej w ust. 7.2.1, co przenosi cię ar finansowania projektu na Dostawcę. **Zdaniem Odwołującego w tym zakresie nale ałoby zmienić wartość 5% na 40%.**

Odnośnie pkt. 7.2.3. Odwołujący zaznaczył, e wartość elementów dostarczanych w ramach etapu 5.4 bezpośrednio poprzedzającego podpisanie Protokołu Odbioru Końcowego z całą pewnością nie przekroczy 70% wartości kwoty z ust. 7.2 określonej w ust. 7.2.3, co w połączeniu odległym terminem płatności (24 miesiące od uruchomienia projektu) przenosi cię ar finansowania projektu na Dostawcę. **Odwołujący postuluje zmianę wartości 70% na 35%.**

Dodatkowo Odwołujący wskazał, i w związku z faktem, i 70% wynagrodzenia będzie płatna dopiero po podpisaniu protokołu Odbioru Końcowego (który nastąpi zgodnie z przyjętym

harmonogramem w okresie 2 lat od podpisania umowy) przenosi cię ar finansowania projektu na wykonawcę. W ocenie Odwołującego taki zabieg jest niedopuszczalny i powoduje ra ącą dysproporcję stron umowy.

8. § 7 ust. 4 (vide: strona 11), gdzie wskazano:

„W przypadku: nieprzedstawienia poprawionego Planu Projektu Wdro enia lub odrzucenia przez Zamawiającego dokumentu – Zamawiający jest uprawniony do wypowiedzenia Umowy ze skutkiem natychmiastowym, tj. z datą doręczenia Wykonawcy (rozumianą zgodnie z 18 ust. 2) pisma Zamawiającego, zawierającego oświadczenie o wypowiedzeniu Umowy – wówczas Wykonawca będzie zobowiązany do zwrotu Zamawiającego kosztów związanych z realizacją Umowy oraz do zapłaty Zamawiającemu kary umownej zgodnie z § 12 ust. 1 pkt 2) Umowy. Zapłata kary umownej i zwrot kosztów nastąpi w terminie nie dłu szym ni 30 (trzydzieści) dni od dnia wypowiedzenia Umowy przez Zamawiającego. ”

Odwołujący wskazał, e wzór umowy nie zawiera regulacji, które umo liwiałyby rozwiązanie tego typu sytuacji w inny sposób ani eli automatyczne uprawnienie do rozwiązania umowy. W tym zakresie zakres wnioskowania Odwołującego jest analogiczny jak w pkt. 1.

W ocenie Odwołującego, ądanie zwrotu poniesionych „wszelkich” kosztów poniesionych przez Zamawiającego jest uprawnieniem nadmiernym. Zamawiający będzie miał mo liwość umyślnego odrzucenia Planu Projektu Wdro enia w celu osiągnięcia korzyści finansowym. Zauwa yć bowiem nale y, i dokonanie tego odrzucenia będzie umo liwiało mu nie tylko mo liwość zwrotu poniesionych nakładów, ale i kar umownych przewidzianych w umowie.

9. § 9 ust. 5 pkt 2 i 3 oraz pkt 10 (vide: strona 14), zgodnie z którym:

„5. W wyniku przeprowadzenia czynności opisanych w ust. 3 [odbiór Etapu lub Podetapu] i 4 [zakończeniu testów] przez Zamawiającego: (...)

c) zostaną stwierdzone jakiekolwiek niezgodności (...)

Zamawiający wyznaczy termin usunięcia niezgodności (...) nie dłu szy jednak ni 10 (dziesięć) dni kalendarzowych od momentu poinformowania Wykonawcy.

(...) W przypadku ponownego wykrycia jakiegokolwiek Błędu (...) Wykonawca zobowiązany jest do niezwłocznego ich usunięcia w terminie nie dłu szym ni 2 (dwa) dni robocze od momentu

poinformowania Wykonawcy. Wy ej wskazane terminy nie dają prawa Wykonawcy do przedłu ania terminu realizacji danego Etapu lub Podetapu,

3) jeśli pomimo upływu wyznaczonych terminów określonych w pkt 2 powy ej nadal występują jakiekolwiek Błędy, Usterki, Wady, niezgodności lub niespełnione wymagania Zamawiającego, Zamawiający odmówi podpisania Protokołu Odbioru będzie miał prawo wypowiedzieć Umowę z przyczyn le ących *po stronie Wykonawcy i naliczyć kary umowne.*

10. W przypadku, gdy Wykonawca nie usunął wskazanych błędów lub niezgodności we wskazanym zgodnie z ust. 5 pkt. 2) terminie, Zamawiający będzie miał prawo wypowiedzieć Umowę ze skutkiem natychmiastowym i naliczyć kary umowne zgodnie z 12 ust. 1 pkt. 2) Umowy."

Odwołujący wskazał, i procesy technologiczne produkcji oprogramowania nie pozwalają na dokonanie usunięcia niezgodności w terminach wskazanych we wzorze umowy. W ocenie Odwołującego wystarczającym terminem na usunięcie ww. nieprawidłowości będzie okres nie krótszy ni 10 dni roboczych - dla usunięcia stwierdzonych niezgodności oraz nie krótszy ni 5 dni roboczych - dla usunięcia ponownie stwierdzonych niezgodności.

10. § 12 ust. 1 (vide: strona 22), w brzmieniu:

„1. Zamawiającemu przysługuje prawo do naliczenia następujących kar umownych:

1) za przekroczenie terminów odbioru Podetapów lub Etapów, określonych w Umowie, oraz w harmonogramach dostarczonych przez Wykonawcę i zaakceptowanych przez Zamawiającego w ramach realizacji Etapów 5.0 i 5.1. poprzez podpisanie Protokołu Odbioru dla Etapu 5.0 i 5.1. - za ka dy dzień opóźnienia w wysokości 0,1% (jedna dziesiąta procenta) wartości ceny brutto za dany Etap, określonej w § 5 ust. 2 Umowy;

2) za wypowiedzenie przez Zamawiającego Umowy z przyczyn le ących *po stronie Wykonawcy - w wysokości 25 % (dwudziestu pięciu procent) Maksymalnego Wynagrodzenia Umownego brutto;*

3) w razie naruszenia przez Wykonawcę lub jego pracowników,

konsultantów, doradców, podwykonawców lub inne osoby, przy pomocy których Wykonawca realizuje Umowę obowiązków dotyczących zachowania poufności określonych w § 4 Umowy, - w wysokości 500.000 zł. (pięćset tysięcy złotych) za ka dy przypadek naruszenia;

4) za przekroczenie przez Wykonawcę terminów, o których mowa w § 13 ust. 22 pkt 1 - 3 w wysokości 100 zł (sto złotych) za ka dą rozpoczętą godzinę opóźnienia;

5) w przypadku nie wykonania przeglądów Systemu w terminie, o którym mowa w § 13 ust. 5 pkt. 4 - w wysokości 1000 zł (jeden tysiąc złotych) za ka dy dzień opóźnienia liczonego od upływu terminu na zakończenie przeglądu."

Odwołujący wskazał, i określone we wzorze kary są wysokie w stosunku do przewinień, według których są naliczane. Co więcej, z takiej konstrukcji zapisu wynika, i są one naliczane w sytuacji niezawinionej przez wykonawcę. Odwołujący w ka dym przypadku - równie dodatkowo wnioskuje, aby kary naliczane były za zwłokę, a nie za opóźnienie. W przypadku ust. 1 pkt 4 kara powinna zostać naliczana za ka dą *„pełną"* godzinę opóźnienia (lub zwłoki), zamiast „rozpoczętej", z uwagi na generowanie dodatkowego kosztu.

W ocenie Odwołującego, opracowane przez Zamawiające zapisy wzorca umownego w ra ący sposób godzą w zasadę równości stron kontraktu, która wynika wprost z KC. Konstrukcja

regulacji zawartych we wzorcu stawia Zamawiającego w pozycji dominującej względem wykonawcy, choć nie jest niczym uzasadnione.

Wobec powy szego Odwołujący wnosi o modyfikację treści wzorca umownego w powy ej wskazanym zakresie w sposób zgodny z ądaniami oraz w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami oraz zasadami.

Ad. zarzut naruszenia art. 7 ust 1 Pzp

Stosownie do przepisu art. 7 ust. 1 ustawy:

„1. *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.(,..)"*

Odwołujący wskazał, e biorąc pod uwagę okoliczność, i Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych i wynikających z odwołania, za w pełni uzasadnione nale y uznać tak e twierdzenie o naruszeniu przez niego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. Poprzez niezastosowanie w sposób prawidłowy powołanych przepisów, Zamawiający dopuścił się bowiem naruszenia fundamentalnych dla prawa zamówień publicznych, zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców - ukształtował opis przedmiotu zamówienia m.in. w sposób naruszający uczciwą konkurencję, co stanowi ra ącą obrazę art. 7 ust. 1 Pzp.

W dniu 10 marca 2014 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania:

a) jako niespełniającego wymogów formalnych wobec podpisania przez osobę nie posiadającą właściwego pełnomocnictwa,

b) w zakresie zarzutów z pkt 1 i 3 dot. OPZ oraz pkt 1, 2, 4, 5, 6, 8, 9 dot. IPU - jako niespełniającego wymogu formalnego wynikającego z art. 180 ust. 3 ustawy - prawo zamówień publicznych, tj. określenia ądania,

c) lub w przypadku uzupełnienia braków formalnych określonych w ppkt a) powy ej oddalenie odwołania wobec braku naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Ponadto, Zamawiający wskazał, e wniosek o „uniewa nienie czynności opracowana treści SIWZ w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia i wzorca umowy w zakresie opisanym w niniejszym Odwołaniu" jest wnioskiem niezgodnym z przepisem art. 180 ustaw Pzp, gdy odwołanie przysługuje wyłącznie na czynności podjęte w postępowaniu, zaś opracowanie treści SIWZ jest czynnością podejmowaną przed wszczęciem postępowania.

Odnośnie poszczególnych zarzutów zawartych w odwołaniu, Zamawiający wskazał na następujące kwestie:

Ad. 1

Zamawiający podkreślił, e w adnym miejscu SIWZ nie specyfikował konieczności dostarczenia oprogramowania SAP, a nazwa jakiegokolwiek oprogramowania SAP nie pojawia się w treści wymagań funkcjonalnych.

Zamawiający wskazał, e wymaganie OG_001 jest wymaganiem technologicznym. Systemy zbudowane w architekturze trójwarstwowej są znacznie łatwiejsze w późniejszym utrzymaniu, a dostęp przez przeglądarkę powoduje, e nie jest konieczne zarządzanie tzw. grubym klientem na komputerach u ytkowników. Takie wymaganie wynika tak e z dą enia do optymalizacji kosztów w zakresie infrastruktury sprzętowej.

W zakresie wymagania NF_OGL_3 Zamawiający wskazał, e wymaganie mają tak e uzasadnienie w dą eniu do optymalizacji kosztów późniejszego utrzymania systemu.

Zamawiający wskazał, e ograniczył liczbę składających się na system rozwiązań ró nych producentów, wychodząc z zało enia, e o ile oczywiście byłoby ograniczeniem konkurencji, ądanie, od jednego aby wszystkie elementy Oprogramowania Aplikacyjnego pochodziły producenta, to jednak zasadnym jest wprowadzenie pewnego limitu wynikającego dą enia do optymalizacji kosztów późniejszej eksploatacji systemu. Zamawiający oczekuje systemu składającego się z trzech kluczowych komponentów tj. ERP. EOD i BI/EPM w związku z tym uzasadnionym jest te oczekiwanie, aby Oprogramowanie Aplikacyjne pochodziło od nie więcej ni trzech producentów. Takie rozwiązanie, zdaniem Zamawiającego, jednocześnie zabezpieczy zapewnienie względnej wewnętrznej spójności systemu i pogodzenie istotnych rynkowych oczekiwań, co do dopuszczenia rozwiązań nie będących monolitami jednego producenta. Przyjęcie tego zało enie zapewnia (wbrew twierdzeniom Odwołującego) pełną ochronę zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zamawiający podniósł równie , e koszty szkolenia administratorów systemu z jednego, dwóch lub trzech rozwiązań są bowiem ni sze ni z większej ich liczby. Zamawiający wskazał tak e na niekonsekwencję Odwołującego, który kategorycznie stwierdzając w swoim odwołaniu, jakoby zapisy SIWZ preferowały producenta SAP, całkowicie zignorował fakt, e w istocie tak sformułowane wymaganie NF_OGL_3 celowo dopuszcza więcej ni jednego producenta Oprogramowania Aplikacyjnego W aden sposób nie musi to być jeden producent SAP. Zdaniem Zamawiającego zapis ten w istocie rozszerza konkurencie, dopuszczając praktycznie nieograniczoną liczbę kombinacji trzech producentów Oprogramowania Aplikacyjnego.

W zakresie wymagania NF_TCH_4, Zamawiający wskazał, e celem takiego wymagania jest dą enie do optymalizacji kosztów eksploatacyjnych. Posiadanie systemu bazodanowego od jednego producenta oznacza konieczność uiszczania w przyszłości opłat utrzymaniowych tylko w odniesieniu do jednego silnika bazy danych, a nie wielu, co w oczywisty sposób oznacza ni szy koszt.

Zamawiający zwrócił równie uwagę na istniejące na rynku rozwiązania w zakresie systemów ERP, EOD czy BI/EPM, które pozwalają zazwyczaj na pracę z ró nymi rozwiązaniami w warstwie bazy danych. Integrator wdra ając dane rozwiązanie mo e więc dokonywać wyborów na jakiej bazie danych posadowić dany komponent. Nic nie stoi więc na przeszkodzie aby komponenty ERP, EOD i BI/EPM pochodzące od ró nych producentów pracowały w oparciu o jedną bazę danych jednego producenta. Zamawiający wskazał, e nie wyspecyfikował przy tym w aden sposób konkretnie o jaką bazę danych chodzi, pozostawiając w tym zakresie wybór Wykonawcy. Przyjęcie tego zało enie równie zapewnia (wbrew twierdzeniom Odwołującego) pełną ochronę zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odnośnie wymagania NF_TCH_2 w ocenie Zamawiającego, Odwołujący w aden sposób nie wykazał w jaki sposób wymaganie to, będące czysto technicznym określeniem potrzeby Zamawiającego, miałoby ograniczać konkurencję.

Cykl eksploatacji systemu klasy ERP, EOD, BI/EPM w du ej instytucji, jest stosunkowo długi. Zamawiający wskazał, e nie mo e przewidzieć zmian, które mogą nastąpić w technologiach dostępnych dla systemów operacyjnych w przyszłości. Stąd Zamawiający celowo wprowadził do SIWZ takie wymaganie, dą ąc do zapewnienia sobie elastyczności w późniejszym utrzymaniu i rozwoju systemu. Zamawiający podkreślił, e w szczególności chciałby mieć mo liwość zmiany w przyszłości infrastruktury sprzętowej I systemów operacyjnych i oczekuje, e zamawiany system będzie posiadał mechanizmy, które w razie takiej zmiany będą Zamawiającego wspierać.

Zamawiający zaznaczył, e w odpowiedzi na skierowane przez Zamawiającego zapytanie w ramach rozeznania cenowego rynku odpowiedziało wielu potencjalnych Wykonawców, którzy wykazywali, jako potencjalne rozwiązanie składające się z komponentów pochodzących od nie więcej ni 3 producentów. Z wiedzy Zamawiającego wynika, e postawione wymagania spełniają m.in. rozwiązania firm SAP, Oracle, IFS, a tak e - poprzez dopuszczenie mo liwości realizacji funkcjonalności za pomocą rozwiązań autorskich, mo liwe jest spełnienie wymagań przez ka dego producenta oprogramowania.

Zamawiający zwrócił równie uwagę, e w odniesieniu do wy ej wymienionych zagadnień adnego co do zmiany treści Odwołujący nie wyspecyfikował w swoim odwołaniu ądania,
SIWZ.

Ad. 2.

Zamawiający wskazał, e jako instytucja działająca w określonym porządku prawnym zobowiązany jest do przestrzegania przepisów poszczególnych aktów prawnych. Stąd w specyfikacji wymagań Zamawiający zawarł wymaganie, aby system był w pełni zgodny z obowiązującymi przepisami prawa.

Zamawiający podkreślił, e w adnym miejscu SIWZ nie ograniczył Wykonawcom mo liwości implementowania poszczególnych przepisów wyłącznie z wykorzystaniem standardowej funkcjonalności. Wręcz Zamawiający przewidział szeroką mo liwość przeciwnie, dostarczenia oczekiwanej funkcjonalności zarówno poprzez Oprogramowanie Standardowe jak i Oprogramowanie Autorskie. Zamawiający wskazał, które jego zdaniem akty prawne, są z punktu widzenia implementacji systemu istotne. W ocenie Zamawiającego treść tych aktów prawnych jest publicznie dostępna, i Odwołujący, jak i inni Wykonawcy mogą, a nawet winni się z nimi zapoznać. Termin na zło enie oferty jest przy tym. zdaniem Zamawiającego, wystarczający, aby profesjonalnie działające w dziedzinie teleinformatyki podmioty były w stanie, na podstawie lektury aktów prawnych, określić zakres wymaganych w związku z konkretnymi przepisami prac. Zamawiający nie jest przy tym w stanie wskazać, które przepisy są zaimplementowane w konkretnym standardowym systemie Wykonawcy, a które nie, poniewa Zamawiający tego systemu nie zna. Ocena taka, mo e być zatem dokonana tylko przez Wykonawcę, na podstawie własnej wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający zaznaczył, e - samemu będąc zobowiązany do przestrzegania wymienionych aktów prawnych w całości - nie ma mo liwości formalno - prawnej, zawę ania ich zakresu dla potrzeb Wykonawcy. Zamawiający wskazał równie , e mógł poprzestać na wskazaniu w SIWZ, e oferowany System ma być w pełni zgodny z prawem obowiązującym na terytorium Polski takie wymaganie byłoby wymaganiem w pełni wystarczającym.

Ad. 3.

Zamawiający wskazał na bezpodstawność zarzutu dotyczącego wymagań treści: „System musi posiadać interfejsy do aplikacji funkcjonalnych, które nie będą zastąpione lub są systemami zewnętrznymi u ytkowanymi przez PA P, w szczególności e) @RMS lub odpowiednik. System musi integrować się z systemami gromadzącymi dane sprzeda owe stosowanymi w PA P. Planuje się zastąpienie obecnie u ywanego systemu gromadzenia szczegółowych danych o świadczonych usługach nawigacyjnych przez inne oprogramowanie. Wycena powinna

uwzględnić tylko jeden z tych programów wskazany przez Agencję na etapie analizy wdro eniowej (etap 5.1)."

W ocenie Zamawiającego, Odwołujący pomija jednak całkowicie fakt, e Zamawiający przewidział konieczność przeanalizowania zakresu integracji w analizie na etapie 5.1. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący zdaje się tak e czytać SIWZ jako zbiór niezale nych od siebie wymagań, co jest błędem. Specyfikacja zawiera wymagania, które są ze sobą powiązane i powinny być interpretowane łącznie. W tym samym rozdziale, w którym znajduje się przywołane przez Odwołującego wymaganie NF_INT__4 – tj. w rozdziale „4.4.2 Wymagania niefunkcjonalne w zakresie integracji" znajdują się tak e wymagania.

- NF_INT_1 „System musi zapewniać nowoczesną technologię integracji - rozumianą jako udostępnienie co najmniej następujących funkcjonalności:

  a) API umo liwiającego integrację,
  b) usług WebService udostępnianych innym systemom,

c) mo liwości skonfigurowania klienta usług WebService udostępnianych przez inne systemy,
d) wsparcia integracji w architekturze SOA."

- NF_INT_2 „System musi umo liwiać ścisłą integrację pomiędzy modułami zapewniającą wymianę danych on-line, ich integralność oraz zasadę jednokrotnego wprowadzania do Systemu."
- NF_INT_3 „System *musi mieć utworzone interfejsy z poszczególnymi systemami wykorzystywanymi w słu bach operacyjnych, umo liwiających przekazanie do BI/EPM (hurtowni* danych) *danych* źródłowych *niezbędnych do wyliczeń stawek oraz mierników/wskaźników,* raportowania zgodnego ze specyfikacją Eurocontrol (Specificatlon for V3.0 z 2012 i Economic Information Disclosure grudnia późniejsze/przyszłe oraz CivilAviation Organization wydania) International (StatisticProgramme; From „L" (En-route Services TraficStatistics) oraz Form „K" (AirNavigation Services Financial Data)."

Zamawiający wskazał, e wymagania te wyraźnie wskazują, gdy czytane są łącznie z wymaganiem NF_INT_4, e Zamawiający w sposób mo liwie wyczerpujący sprecyzował swoje wymaganie, określając, e:

- System musi posiadać interfejsy do aplikacji funkcjonalnych,
- Zamawiający posiada system @RMS gromadzący dane o świadczonych usługach nawigacyjnych, jak równie inne systemy,
- Zamawiający zamierza zastąpić system @RMS nowym oprogramowaniem, które jednak e będzie przetwarzało te same dane,
- Zamawiający, oczekuje integracji tylko z jednym systemem @RMS lub jego odpowiednikiem - który zostanie ustalony na etapie analizy,
- Zamawiający oczekuje, e integracja będzie odbywała się przez zapewnioną przez System technologię polegającą na udostępnieniu: API umo liwiającego integrację, usług WebService udostępnianych innym systemom, mo liwości skonfigurowania klienta usług WebService udostępnianych przez inne systemy, wsparcia integracji w architekturze SOA.

Zamawiający podkreślił, e wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający jasno określił stronę odpowiedzialną za poszczególne elementy integracji. To system tworzony przez przyszłego Wykonawcę, ma posiadać interfejsy do aplikacji funkcjonalnych. Nie ma jednak adnego wymogu, aby Wykonawca dokonywał w tych aplikacjach funkcjonalnych adnym miejscu SIWZ nie ma wymagania jakichkolwiek operacji czy modyfikacji. W nakładającego na Wykonawcę odpowiedzialność za poniesienie kosztu integracji w zakresie modyfikacji systemów Zamawiającego. Zamawiający podkreślił, e Odwołujący tak e nie jest w stanie wskazać takiego wymagania w swoim odwołaniu. W konsekwencji jasne jest, e to po stronie Zamawiającego jest odpowiedzialność za integrowane systemy i udostępnienie przez nie danych.

Zamawiający zaznaczył równie , e oczywistym jest przy tym fakt, e zarówno Wykonawca jak i Zamawiający będą musieli wykonać określone czynności, aby sprecyzować sposób wykonania integracji. Temu właśnie ma słu yć przewidziany przez Zamawiającego etap 5.1 Analizy i Projektu Technicznego, w zakresie, którego jest tak e opracowanie planu integracji systemów. Zamawiający wskazał, e Odwołujący, jako podmiot profesjonalnie prowadzący działalność gospodarczą w dziedzinie teleinformatyki ma niewątpliwie doświadczenie w zakresie Integracji systemów, jest zatem w stanie określić ryzyko związane z integracją z innymi systemami przy powy szych zało eniach. Odwołujący jako profesjonalista jest niewątpliwie tak e w stanie dokonać wyceny związanych z tym procesem ryzyk, zwa ywszy, e Zamawiający nie wymaga od niego dokonywania modyfikacji w systemach integrowanych, a jedynie zgodnie z wymaganiem NF_INT_1, NF_INT-2 oraz NF_INT_3 wykonania Systemu zgodnie z określonymi

zało eniami tak aby integracja była mo liwa i przesył danych zapewniony. Zamawiający podniósł tak e, e Odwołujący w swoim odwołaniu miesza, zasadniczo ró ne pojęcia „integracji"

i „migracji". Wymaganie NF_INT_4 wyraźnie wskazuje, e nie chodzi w nim o „migrację", ale o „integrację" systemów. Wymaganie to znajduje się bowiem w rozdziale „4.4.2 Wymagania niefunkcjonalne w zakresie integracji" i wyraźnie wskazuje, e „System musi posiadać interfejsy do aplikacji funkcjonalnych, które nie będą zastąpione lub są systemami zewnętrznymi u ytkowanymi przez PA P". Nie ma tu zatem mowy o adnej migracji danych. Migracja, została w OPZ opisana w innym rozdziale „6 MIGRACJA DANYCH".

Pojęcia „integracji systemów" i „migracji danych" mają w dziedzinie teleinformatyki zasadniczo ró ne znaczenia. W konsekwencji, Odwołujący w sposób błędny i niemo liwy do zrealizowania formułuje w swoim Odwołaniu ądanie:

„W ocenie Odwołującego przedmiotowy zapis wymaga modyfikacji poprzez jego dookreślenie polegające na określeniu zakresu migracji preferowanej metody oraz przez zapewnienie o odpowiedzialności Zamawiającego za Wszystkie integrowane systemy oraz o poniesieniu wszelkich kosztów integracji po stronie integrowanych systemów nie będących przedmiotem zamówienia".

Nie wiadomo bowiem dlaczego Zamawiający miałby określać w odniesieniu do integrowanych systemów zakres migracji skoro określił ju w wymaganiach NF_INT_2 oraz NF_INT_3 zakres integracji, a w wymaganiu NF_INT_1 preferowane metody. Chybione jest tak e ądanie określenia odpowiedzialności Zamawiającego za integrowane systemy, gdy Zamawiający określił ją wyraźnie wskazując w całym rozdziale 4.4.2 OPZ jakie wymagania są po stronie zamawianego Systemu.

Ad. 4.1

W ocenie Zamawiającego czytając łącznie treść zapisów rozdziałów 6.2 i 6.5 nie mo na w aden sposób wysnuć wniosku, e odpowiedzialność w procesie migracji spada w całości na Wykonawcę. Treść rozdziału 6.5, w którym mowa, i : „Dostawca Systemu ponosi odpowiedzialność za poprawność danych migrowanych do nowego Systemu i jest zobowiązany bez zbędnej zwłoki usunąć wszelkie skutki wynikające z błędów migracji i dokonać naprawy danych i działania Systemu." nale y w oczywisty sposób interpretować łącznie z treścią rozdziału 6.2. Zamawiający odpowiada zatem za:

• Poprawę danych w systemach źródłowych,
• Udostępnienie Wykonawcy danych z systemu źródłowego,
• Udostępnienie Wykonawcy dokumentacji opisującej struktury danych systemu źródłowego, a je eli takiej nie posiada zapewnienie wsparcia dostawcy starego rozwiązania.
Dodatkowo Zamawiający dla zwiększenia pewności Wykonawcy co do jasnego podziału odpowiedzialności wskazał, e w przypadku systemów nietypowych sam dokona dla Wykonawcy eksportu danych. Z kolei Wykonawca odpowiada za akwizycję danych udostępnionych z systemów źródłowych (lub wyeksportowanych z systemów źródłowych), ich przekształcenie w strukturach pośrednich i import do nowego systemu.

Dodatkowo Zamawiający podkreślił, e jasno określił, e „je eli po zakończeniu migracji i rozpoczęciu pracy produkcyjnej pojawią się wcześniej niezidentyfikowane błędy w danych powstałe na w trakcie migracji powodujące błędne działanie systemu to, jeśli:

a) błąd dotyczył danych źródłowych to odpowiedzialność za usunięcie błędu pozostanie po stronie Zamawiającego,

b) migracja niepoprawnych danych wynika z błędnie działających procedur weryfikacji i przygotowania danych odpowiedzialność za usunięcie błędów spoczywa na Dostawcy."

Podział odpowiedzialności jest, w ocenie Zamawiającego, czytelny i jest powszechnie u ywany w praktyce wdro eń systemów informatycznych. Nie wiadomo jednak dlaczego zdaniem Odwołującego taki podział preferuje bli ej nieokreślone inne podmioty. Wyspecyfikowany w SIWZ podział odpowiedzialności w równy sposób aplikowany do ka dego podmiotu, który przystąpiłby do realizacji przedmiotu zamówienia. Trudno tak e uznać, e istnieje jeden podmiot posiadający szczególną wiedzę na temat migracji danych z systemów Zamawiającego, bo jak

wskazano w rozdziale 6.6 OPZ, podstawowy zakres migracji obejmuje dane z czternastu ró nych systemów, ró nych producentów. Ka dy wykonawca będzie zatem musiał stawić czoła identycznym zagadnieniom migracji danych.

Nieprawdą jest, zatem w ocenie Zamawiającego, e obecna formuła „predysponuje producentów/dostawców obecnie u ytkowanych w PA P systemów, którzy nie muszą zgłębiać, wiedzy nt. struktur baz danych, zale ności pomiędzy nimi i wymagań co do poprawności." Ka dy bowiem z producentów jednego z czternastu ró nych systemów źródłowych, gdyby stanął przed realizacją Przedmiotu Zamówienia, musiałby zrealizować procedurę migracji dla

wszystkich pozostałych trzynastu systemów na identycznych warunkach jak wszyscy pozostali Wykonawcy. Trudno mówić tu zatem o jakimkolwiek ograniczeniu konkurencji. Zamawiający wskazał, e przewidział konieczność doprecyzowania procedur migracyjnych na etapie Projektu Technicznego, gdzie w ramach uzgodnień pomiędzy Dostawcą i Zamawiającym mają (zgodnie z zapisami rozdziału 6.3 OPZ) zostać szczegółowo wyspecyfikowane przez Dostawcę metody weryfikacji danych. Nale y przy tym zauwa yć, e nie sposób a priori zdefiniować liczby iteracji poprawiania danych. Zamawiający oczekuje, e po migracji docelowy system będzie działał poprawnie, zatem procedury migracji i poprawiania danych muszą w konsekwencji prowadzić do zasilenia docelowego systemu danymi poprawnymi. Ponie wa odpowiedzialność za migrowane dane rozkłada się po równo pomiędzy Wykonawcę i Zmawiającego, tote tak samo rozkłada się pomiędzy obie strony ryzyko konieczności poniesienia dodatkowych nakładów na poprawianie danych i migrację. Zamawiający nie preferuje w aden sposób jakiegokolwiek potencjalnego Wykonawcy, ani te nie narusza zasad uczciwej konkurencji. W przypadku gdyby Zamawiający nie był w stanie dostarczyć Wykonawcy danych o odpowiedniej jakości, to Wykonawca byłby w sposób faktyczny pozbawiony mo liwości wykonywania prac. Stąd niewątpliwym jest, e w takiej sytuacji nie dojdzie do opóźnienia.

Wyra one w odwołaniu ądanie, polegające na przeniesieniu całości odpowiedzialności za przekazanie danych w strukturach pośrednich, ich poprawianie i weryfikację na Zamawiającego, doprowadziłoby de facto do niemo ności zrealizowania procesu migracji. Struktury pośrednie danych mają bowiem bezpośrednio związek z konstrukcją docelowego systemu I jego docelowych struktur danych, o których Zamawiający z oczywistych względów nie ma wiedzy. Trudno zatem oczekiwać od Zamawiającego, aby podejmował odpowiedzialność za dane w strukturach na które nie ma wpływu. Zamawiający mo e odpowiadać za jakość danych dostarczanych bezpośrednio z posiadanych przez siebie systemów, i do tego właśnie zobowiązał się w SIWZ.

Ad. 4.2

Zamawiający wskazał, e zgodnie z zapisami rozdziału 6.2 Zamawiający odpowiada za dostarczenie danych pochodzących z systemów źródłowych. Wykonawca jako podmiot profesjonalny, ma stosowne mo liwości do dokonania oceny jakości danych zapewnionych przez Zamawiającego i ma obowiązek doło enia nale ytej staranności tak aby nie dopuścić do wprowadzenia do Systemu danych, które mogłyby powodować jego nieprawidłowe działanie. Zamawiający nie zna wymagań Systemu oferowanego przez Wykonawców, wobec czego nie

mo e odpowiadać za poprawność danych w tym systemie. Zamawiający oczekuje jednak e, e wykonawca jako profesjonalista, na etapie analizy, opracowania Projektu technicznego, a tak e na etapie akwizycji danych od Zamawiającego zapewni odpowiednie procedury, mechanizmy, narzędzia i w końcu weryfikację tych danych, tak, aby był w stanie zagwarantować ich poprawne przetwarzanie w docelowym systemie. Gwarancja o której mowa w rozdziale 6.5 dotyczy usunięcia skutków wynikających z błędów migracji, a mających wpływ na docelowy system - mowa jest bowiem o „naprawie danych i działania Systemu". W ocenie Zamawiającego, trudno oczekiwać, e Zamawiający zrezygnuje z wymagania, które docelowo ma zapewnić mu mo liwość poprawnej pracy w systemie.

II. W zakresie zarzutów Odwołującego do Istotnych Postanowień Umowy (dalej „IPU")

Zamawiający wskazuje, e ogólny zarzut „naruszenia art. 353(1) k.c. w zw. art. 139 ust 1 Pzp poprzez „wykroczenie Zamawiającego poza zasadę swobody umów, równości stron, ..." jest bezzasadny, gdy bazuje na pozbawionym podstaw zało eniu, e art. 353(1) k.c. zawiera zasadę „równości stron" w sytuacji, gdy przepis ten kształtuje zasadę swobody umów, która pozwala stronom „ułoyć stosunek prawny według swego uznania", tzn. daje mo liwość kształtowania treści umowy co do zasady w sposób dowolny. Zatem wbrew twierdzeniom Odwołującego nie eksplikuje zasady równości stron. Zamawiający wskazał na orzecznictwie KIO na potwierdzenie swoich wniosków.

W zakresie poszczególnych zarzutów, Zamawiający wskazał, e:

Ad. 1. (zarzut do §4 ust. 5 pkt 2 IPU) - Zamawiający stawia określone wymagania dla personelu wykonawcy, do czego jest w pełni uprawniony. Wykonawca musi zapewnić realne dysponowanie osobami spełniającymi warunki postawione przez Zamawiającego i niedopuszczalną jest sytuacja, gdy Wykonawca osobami o odpowiednich kwalifikacjach nie dysponuje, gdy w takiej sytuacji jego oferta winna zostać odrzucona. Wykonawca równie jest zobowiązany do zachowania trwałości personelu i zmiana osób realizujących umowę winna być traktowana wyjątkowo, zaś Wykonawca w przypadku dokonywania takiej zmiany jest zobowiązany do przedstawienia kandydata spełniającego wymagania określone w postępowaniu. Brak mo liwości przedstawienia takiego kandydata prowadziłby do sytuacji, gdy zamówienie realizuje podmiot, który nie mógłby tego zamówienia zgodnie z prawem uzyskać, zatem konsekwencja w postaci rozwiązania umowy jest w pełni uzasadniona.

Ad. 2. (zarzut do §4 ust. 5 pkt 1 IPU) - zało eniem Zamawiającego jest trwałość zespołu realizującego zlecenie, zaś Wykonawca jako podmiot profesjonalny winien zapewnić tą trwałość, a w koniecznych przypadkach dysponować osobami prezentującymi równie wysoki poziom merytoryczny, bez konieczności długotrwałych poszukiwań takich osób na rynku pracy. Zmiany w składzie personelu powinny występować rzadko i być przeprowadzane mo liwie szybko, tak aby nie wpływały negatywnie na tempo realizacji umowy.

Zamawiający wskazuje, e podobnie jak w pozostałych przypadkach Odwołujący nie wskazał jakiej zmiany §4 ust. 5 pkt 1 IPU oczekuje, a wyra one w odwołaniu oczekiwanie aby był on „bardziej przejrzysty i niezale ny od uznaniowości Zamawiającego" trudno uznać za wyspecyfikowanie ądania..

Ad. 3. (zarzut do §4 ust. 6 IPU) - w ocenie Zamawiającego termin 7 dni jest w pełni wystarczający dla profesjonalnego podmiotu o wysokich kwalifikacjach. Odwołujący w aden sposób nie uzasadnił swojego stanowiska, e okres ten jest zbyt krótki, zatem nie sposób e rolą odnieść się merytorycznie do gołosłownego zarzutu. Zamawiający wskazuje,
wykonawcy jest profesjonalne przygotowanie procesu migracji tak, aby odbył się on bez błędów.

Ad 4. (zarzut do §4 ust. 8 IPU) - w ocenie Zamawiającego właściwym jest takie określenie zakresu informacji poufnych wobec faktu, e nie jest precyzyjnie znany zakres informacji, które zostaną przekazane wykonawcy, gdy szczegółowy projekt systemu zostanie wypracowany w toku realizacji umowy. Zastrze enie poufności nie utrudnia w aden sposób realizacji umowy, gdy rolą wykonawcy jest realizacja zadań wynikających z umowy, a nie publikowanie otrzymanych od Zamawiającego dokumentów. Fakt ich poufności nie ogranicza mo liwości korzystania z nich dla celów realizacji umowy. Zamawiający oczekuje zachowania poufności wszystkich materiałów przekazywanych Wykonawcy w ramach realizacji umowy, co jest standardowym oczekiwaniem względem podmiotu profesjonalnego realizującego tego typu kontrakt.

Ad 5.(zarzut do §4 ust. 14 IPU) - określenie „skutecznego informowania" - wobec braku odmiennej definicji - nale y rozumieć zgodnie z jego językowym brzmieniem (wg. słownika języka polskiego PWN: „1. dający po ądane wyniki», 2. «taki, którego działalność przynosi efekty»"). Zamiarem Zamawiającego było uniknięcie mo liwości stosowania fikcji informowania, a uzyskanie takiej sytuacji, w której Zamawiający jest skutecznie informowany o określonych w tym zapisie okolicznościach, bez zawę ania form kontaktu.

Ad 6. (zarzut do §4 ust. 16 IPU) – o ocenie Zamawiającego, Odwołujący w aden sposób nie uzasadnił poglądu, e „U ycie we wzorze umowy sformowania „wszelkim" jest wyra eniem nieostrym, nadającym Zamawiającemu zbyt dalekie uprawnienia w tym zakresie." Wykonawca, który wykonuje umowę zgodnie z jej treścią nie ma powodu unikać audytów i kontroli, jak równie nie ma powodu się do nich w szczególny sposób przygotowywać. Równie teza, e „Umowa powinna szczegółowo regulować rodzaje audytów i kontroli oraz ich celów" nie została w aden sposób uzasadniona. W ocenie Zamawiającego, twierdzenie, e „Taka konstrukcja zapisu umowy mo e narazić wykonawcę na niekontrolowany „wyciek" tych informacji' jest bezpodstawne w świetle faktu obowiązywania przepisów prawa powszechnie obowiązującego, do którego przestrzegania jest zobowiązany Zamawiający i tajemnice przedsiębiorstwa Wykonawcy są tym prawem chronione (choćby przez przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Twierdzenia o konieczności zaanga owania dodatkowych osób do przygotowania przedsiębiorstwa do kontroli wskazują na zamiar wykonywania umowy bez przestrzegania jej zapisów, a jedynie pozorowania działań zgodnych z umową na czas kontroli. W opinii Zamawiającego rzetelnie wykonujący umowę Wykonawca nie potrzebuje ani dodatkowego czasu, ani dodatkowych zasobów do „przygotowania się" do kontroli lub audytu i tylko taka kontrola, która sprawdza bie ący stan prac Wykonawcy ma znaczenie dla Zamawiającego.

Ad 7. (zarzut do §5 ust. 7 pkt 2 IPU) – w ocenie Zamawiającego aden przepis prawa nie zabrania takiego ukształtowania sposobu płatności. W szczególności stwierdzenie, e zapis ten „przenosi cię ar finansowania projektu na Dostawcę" nie oznacza, e jest on niezgodny z prawem. Zarzuty podniesione w zakresie tego punktu nie mają charakteru zarzutów naruszenia przepisów prawa, a jedynie słu ą poprawie interesu ekonomicznego Wykonawcy, zatem nie mogą być przedmiotem odwołania, gdy odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności niezgodnych z prawem. Celem Zamawiającego jest uzyskanie zrealizowanego w całości przedmiotu umowy, zatem nie le y w interesie Zamawiającego dokonywanie du ych płatności w trakcie realizacji projektu, gdy nie został jeszcze zrealizowany cel umowy, gdy w takim przypadku to Zamawiający by ponosił pełne ekonomiczne ryzyko ewentualnego niepowodzenia projektu. Ponadto Zamawiający jako sektora jednostka finansów publicznych zobowiązany jest do przestrzegania zasad wydatków publicznych opisanych w art. 44 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U.09.157.1240 ze zm.), a tego rodzaju rozło enie ryzyk ekonomicznych jest nie do pogodzenia z przedmiotowymi zasadami. Wykonawca jako podmiot profesjonalny, z ugruntowaną pozycją rynkową jest w

stanie oszacować wymagane koszty i pozyskać finansowanie dla realizowanych zadań, przy czym zrozumiałym jest, e koszty tego finansowania zostaną uwzględnione w cenie oferty. Dodatkowo Zamawiający wskazuje, e w ramach wymagań podmiotowych do uczestnictwa w niniejszym postępowaniu znajduje się wymaganie posiadania odpowiedniej zdolności ekonomicznej i finansowej, zatem Wykonawca składając ofertę jest świadomy konieczności posiadania odpowiednich środków finansowych zabezpieczających właściwą realizację projektu.

Ad 8. (zarzut do §7 ust. 4 IPU) - Plan Projektu Wdro enia jest dokumentem inicjującym działania Wykonawcy. Jeśli Wykonawca nie jest w stanie sporządzić takiego dokumentu w sposób niewadliwy, dowodzi to wyjątkowego braku profesjonalizmu takiego Wykonawcy, zatem Zamawiający nie mo e ponosić ryzyka prowadzenia projektu przez taki podmiot, co powoduje, e koniecznym jest rozwiązanie umowy. Zamawiający nie widzi podstaw do ponoszenia jakichkolwiek konsekwencji nieudolnych działań, w sytuacji, gdy zawiodły wcześniejsze (przewidziane w ust. 3 i 4.1.) próby naprawy zaistniałego stanu rzeczy i umo liwienia rozpoczęcia realizacji właściwej części projektu. Zamawiający wskazał, e Odwołujący w zakresie przywołanego §7 ust. 4 IPU nie wskazał w aden sposób ądań co o zmiany jego treści.

Ad 9. (zarzut do § 9 ust. 5 pkt 2 i 3 oraz pkt 10 IPU) - zało eniem Zamawiającego jest otrzymanie produktu wysokiej jakości, wykonanego przez profesjonalistę z doło eniem

najwy szej zawodowej staranności, a więc bez jakichkolwiek usterek. Odwołujący w aden sposób nie udowodnił, e „procesy technologiczne produkcji oprogramowania nie pozwalają na dokonanie usunięcia niezgodności w terminach wskazanych we wzorze umowy" Dodatkowo Zamawiający wskazuje, e dotyczy to sytuacji ponownego wystąpienia usterek, co nie powinno mieć miejsca, a więc uzasadnia krótki termin do ich usunięcia.

Ad 10. (zarzut do §12 ust. 1 lPU) - wysokość kar umownych ma za zadanie zabezpieczać interesy Zamawiającego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie jest prawdą jakoby zasada równości stron kontraktu wynikała wprost z kodeksu. Kodeksową zasadą jest zasada swobody umów, nie „równości stron kontraktu". aden przepis prawa nie określa dopuszczalnej wysokości kar umownych, zatem określenie ich przez Zamawiającego na takim poziomie nie mo e zostać uznane za naruszenie przepisów prawa. Dodatkowo Zamawiający wskazuje, e podmiot rzetelnie i terminowo wykonujący umowę nie będzie nara ony na konieczność płacenia kar umownych.

32

Ad zarzutu naruszenia art. 7 ust, 1 Pzp – w ocenie Zamawiającego, Odwołujący w aden sposób, poza własnymi twierdzeniami, nie udowodnił tezy o naruszeniu przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności nie wskazał na czym miałoby polegać nierówne traktowanie wykonawców, czy i który potencjalny wykonawca miałby mieć lepsze warunki w postępowaniu, a który gorsze.

W ocenie Zamawiającego, w tym stanie rzeczy, wobec bezzasadności zarzutów oraz braku sprecyzowanych ądań Odwołującego, wnioski Zamawiającego winny zostać uwzględnione.

Na skutek przekazania w dniu 27 lutego 2014 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przez następujących wykonawców:

A. Signity S.A. ul. Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa
B. Atos IT Services Sp. z o.o., ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa

Wobec dokonania obu zgłoszeń w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności tych przystąpień, co do których nie zgłoszono równie opozycji.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

33

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając zło one odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, **ustaliła, co następuje:**

W treści odwołania zgodnie z dokumentacją postępowania przekazaną do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego przytoczono w sposób właściwy postanowienia SIWZ kwestionowane przez Odwołującego, a wskazane powy ej przez Izbę.

Strony nie zgłosiły podczas rozprawy adnych zastrze eń, co do poprawności zapisów SIWZ zawartych w odwołaniu.

W treści odwołania zgodnie z dokumentacją postępowania przekazaną do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego przytoczono w sposób właściwy postanowienia zawarte w lPU kwestionowane przez Odwołującego, a wskazane powy ej przez Izbę.

Strony nie zgłosiły podczas rozprawy adnych zastrze eń, co do poprawności zapisów IPU zawartych w odwołaniu.

Uwzględniając powy sze Izba zwa yła, co następuje:

Na wstępie Izba stwierdza, e wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania z powodu: (i) braku spełnienia wymogów formalnych wobec podpisania przez osobę nie posiadającą właściwego pełnomocnictwa; oraz (ii) w zakresie zarzutów z pkt 1 i 3 dot. OPZ oraz pkt 1, 2, 4, 5, 6, 8, 9 dot. IPU - jako niespełniającego wymogu formalnego wynikającego z art. 180 ust. 3 ustawy - prawo zamówień publicznych, tj. określenia ądania, nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lutego 2014 r. przedstawił w dniu 3 marca 2014 r. pełnomocnictwo z dnia 26 lutego 2014 r. umocowujące panią Monikę Firlej m.in. do wniesienia odwołania w imieniu Odwołującego. Oryginał pełnomocnictwa z dnia 26 lutego 2014 r. został okazany Zamawiającemu podczas posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający nie zgłosił zastrze eń, co do prawidłowości umocowania osoby wnoszącej odwołanie w imieniu Odwołującego. W ocenie Izby, pełnomocnictwo z dnia 26 lutego 2014 r. skutecznie umocowało panią M…….. F……. do

zło enia odwołania w imieniu Odwołującego w związku z tym wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania, jako niespełniającego wymogów formalnych Izba uznała za niezasadny.

Izba stwierdziła równie , e wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania z powodu niespełnienia wymogu formalnego wynikającego z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, tj. brak określenia przez Odwołującego ądania, nie zasługuje na uwzględnienie. Art. 180 ust. 3 określa przesłanki skutkujące odrzuceniem odwołania. Art. 180 ust. 3 nie uprawnia Izby do odrzucenia odwołania z powodu nieokreślenia przez Odwołującego ądania. Izba zaznacza, e brak formalny w postaci braku określenia ądania stanowi podstawę do wezwania do uzupełnienia odwołania w tym zakresie. Dotyczy to jednak sytuacji, w której odwołujący nie wskazał adnych ądań w treści odwołania, nie zaś sytuacji, w której wskazane są ądania, które strona przeciwna ocenia jako sformułowane zbyt ogólnie. W związku z tym, Izba uznała, e wniosek Zamawiającego o nie zasługuje na odrzucenie odwołania z powodu nieokreślenia w jego treści ądań uwzględnienie.

Izba w następnej kolejności stwierdziła, e Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp. Izba stwierdziła, e w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej mo liwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu zło enie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty. Uprawnienie to przysługuje ka demu wykonawcy, który potencjalnie mo e ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które mo e utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym w ocenie Izby wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, e jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić.

Tytułem wstępu, Izba wskazuje poni ej na istotne kwestie związane art. 29 ust. 1 i 2 Pzp (Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszeniem art. 29 Pzp), które Izba miała na uwadze wydając wyrok w niniejszej sprawie.

Art. 29 ust. 1 Pzp zobowiązuje do opisania przez zamawiającego 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. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak

dokładnie, aby ka dy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje.

Dokonując oceny powy szego obowiązku zamawiającego Izba zobowiązana jest brać pod uwagę całokształt postanowień SIWZ, a nie jedynie wybrane przez odwołującego fragmenty. Kontekst w jakim dane wyra enie zostało u yte determinuje jego znaczenie i w jego ramach nale y oceniać stopień jednoznaczności. Ponadto, Izba podkreśla, przedmiot zamówienia wyznacza granice i sposób jego opisu. Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia przy pomocy wszelkich dostępnych mu informacji, które posiada lub które mógłby uzyskać przy zachowaniu nale ytej staranności. W przypadku zamówień wysoce specjalistycznych, w ocenie Izby mogą pojawić się elementy niepewne i nieprzewidzialne, które powinny być ujęte przez potencjalnych wykonawców w cenie oferowanej za wykonanie danego zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego jest jednak podjęcie wszelkich mo liwych środków w celu eliminacji owego elementu niepewności poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie parametrów przedmiotu zamówienia. Jeśli zamawiający nie ma odpowiedniej wiedzy w celu przygotowania opisu przedmiotu zamówienia powinien skorzystać z pomocy specjalistów, aby uniknąć w procesie przeprowadzenia jak i realizacji zamówienia niepotrzebnych konfliktów.

Art. 29 ust. 1 Pzp nale y interpretować łącznie z ust. 2, który stanowi, e przedmiotu zamówienia nie mo na opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W ocenie Izby, aby doszło do naruszenia powy szej normy opis przedmiotu zamówienia musi być skonstruowany w ten sposób, e przy określonych realiach rynkowych i gospodarczych dochodzi do faktycznego monopolu jednego wykonawcy, producenta, dystrybutora (monopol przedmiotowy) lub monopol jednego określonego rodzaju produktu (monopol przedmiotowy) lub w ten sposób, e opis przedmiotu zamówienia w inny sposób ogranicza dostęp do zamówienia reprezentatywnej części wykonawców.

Izba podkreśla równie , art. 29 ust. 2 Pzp nie zmienia generalnej zasady wyra anej w art. 190 ust. 1 Pzp i stanowiącej, e strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dyspozycja art. 29 ust. 2 mówi o mo liwości naruszenia konkurencji. Brak jednak w przepisie tym domniemania faktycznego lub prawnego sprowadzającego się do twierdzenia, e ka dy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający dyspozycję ww. przepisu dopóki zamawiający nie udowodni, e jest inaczej. To na odwołującym nadal spoczywa cię aru dowodzenia. Przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, ale wystarczające jest udowodnienie mo liwości wystąpienia takiego naruszenia, a

---

więc jakiegoś realnego stopnia prawdopodobieństwa jego wystąpienia. Powy sze znaczące osłabienie „celu dowodowego" nie oznacza jednak w ogóle braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje – powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane.

W ocenie Izby, ka dy opis przedmiotu zamówienia niesie ze sobą ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców obecnych na rynku i dyskryminując innych. W zamówieniach publicznych, nie ma i nie będzie nigdy konkurencyjności absolutnej. Jednym z najbardziej celnych i adekwatnych sposobów oceny dopuszczalności stopnia danego ograniczenia konkurencji jest jego analiza w odniesieniu do „uzasadnionych potrzeb zamawiającego". Zamawiający jest uprawniony do wprowadzenia wymogów, które zawę ają potencjalnych wykonawców, jednak e zawę enie do następuje nie w celu preferowania określonego wykonawcy i naruszenia zasad konkurencji, ale w celu uzyskania produktu jak najbardziej odpowiadającego potrzebom wykonawcy. Celem bowiem opisu przedmiotu zamówienia jest umo liwienie zaspokojenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego w warunkach konkurencji, nie zaś umo liwienie wzięcia udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danym segmencie rynku.

Ponadto Izby wskazuje, e w przypadku odwołania dotyczącego SIWZ na mo liwość jego uwzględnienia ma wpływ, oprócz zasadności zarzutów, tak e jasne i precyzyjne sformułowanie przez odwołującego ądania, tzn. wskazania, która treść postanowienia SIWZ dotyczące tego zarzutu winna być zmieniona i na jaką. W przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest przez

pryzmat precyzyjnie wskazanego ądania co do nowej treści, konkretnego postanowienia SIWZ. To odwołujący formułując swoje ądania wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie formułuje postanowienia SIWZ, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Pzp, a równocześnie nie powodują naruszania zasady uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami (por. wyroki KIO: z dnia 12 marca 2011 r. sygn. 402/11; z dnia 16 kwietnia 2012 r. sygn. 657/12). Obowiązkiem odwołującego, a nie rolą Izby jest sprecyzowanie ądania i wykazanie podstaw go uzasadniających.

Przechodząc do rozpatrzenia poszczególnych zarzutów:

Zarzut oznaczony nr 1 w treści odwołania

37

Izba uznała, e zarzut przedstawiony w pkt 1 odwołania nie narusza art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w związku z tym nie zasługuje na uwzględnienie.

Istota zarzutu Odwołującego sprowadzała się do twierdzenia, e zestawienie określonych parametrów zawartych w załączniki nr 1 do SIWZ dotyczących OPZ umo liwia wykonawcom zaoferowanie tylko ściśle określonego rozwiązania: systemu SAP. W konsekwencji swoim działaniem Zamawiający naruszył art. 29, w tym w szczególności ust. 1 oraz 2 Pzp. Odwołujący twierdził więc, e naruszenie uczciwej konkurencji nastąpiło poprzez wprowadzenie przez Zamawiającego monopolu przedmiotowego poprzez mo liwość zaoferowanie tylko jednego produktu.

Izba uznała, e Odwołujący nie wykazał, e zestawienie poszczególnych parametrów OPZ zwartych w SIWZ jest ukierunkowane na konkretne rozwiązanie/producenta tj. system SAP, a w konsekwencji, e Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyra one w art. 29 ust. 2 lub zasady dotyczących opisu przedmiotu zamówienia wyra onych w art. 29 ust. 1 Pzp. W ocenie Izby Odwołujący nie uprawdopodobnił utrudnienia uczciwej konkurencji. Uprawdopodobnienie nie następuje bowiem wyłącznie w wyniku samych twierdzeń Odwołującego. Konieczne jest wykazanie konkretnych okoliczności, które stanowią podstawę do przyjęcia prawdopodobieństwa naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Tymczasem Odwołujący nie przedstawił adnych dowodów na poparcie i uwiarygodnienie e opiera swoje twierdzenia o wiedzę swoich twierdzeń. Podczas rozprawy przyznał, ogólnodostępną oraz o wiedzę zdobytą podczas szkoleń. Choć Izba jest świadoma trudności, jakie mogą wiązać się z wykazaniem, e określone połączenie parametrów technicznych mo e zawę ać krąg mo liwych do zaoferowania rozwiązań informatycznych, to jednak w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał się minimalnym zaanga owaniem, aby przekonać Izbę do swoich twierdzeń. Skoro Zmawiający twierdził, e według jego wiedzy postawione wymagania spełniają m.in. rozwiązania firmy SAP, Oracle, IFS, to nic nie stało na przeszkodzie, aby Odwołujący przestawił na poparcie swoich twierdzeń oświadczenia od innych podmiotów działających w bran y informatycznej, które potwierdziliby, e czytając łącznie wymagania określone symbolami OG_001, NF_OGL_3, NF_TECH_2 i NF_TECH_4 w OPZ zawarte w SIWZ mo liwe jest zaoferowane tylko ściśle określonego rozwiązania tj. systemu SAP. Izba nie mo e oprzeć swojego rozstrzygnięcia tylko na subiektywnym przekonaniu Odwołującego, które nie zostało poparte obiektywnymi dowodami.

38

Izba podkreśla równie , e w adnym miejscu SIWZ Zamawiający nie specyfikował konieczności dostarczenia oprogramowania SAP, a nazwa jakiegokolwiek oprogramowania SAP nie pojawia się w treści wymagań funkcjonalnych. Jedyne miejsce w SIWZ, w którym pojawiła się nazwa oprogramowania SAP to tabela 27 w OPZ, gdzie wymieniono posiadane ju przez Zamawiającego licencje oprogramowania mo liwe do wykorzystania przez ka dego z Wykonawców, obok oprogramowania Oracle, co do którego Odwołujący nie podniósł jednak adnego zarzutu.

Izba uznała, e sformułowania Odwołującego zawarte w odwołaniu mają charakter postulatów, których celem jest, jak sam określił Odwołujący w treści odwołania, „zło enie oferty na

korzystniejszych dla Zamawiającego warunkach i w ten sposób uzyskać przedmiotowe zamówienie". Izba podkreśla, e celem postępowania odwoławczego jest zbadanie czy w danym postępowanie doszło do naruszenia przepisów Pzp. Celem Odwołującego w niniejszym postępowaniu jest natomiast dostosowanie postanowień zawartych w SIWZ do swoich potrzeb, co ma umo liwić mu zło enie korzystniejszej dla Zamawiającego oferty. Izba podkreśla, e to Zamawiający wie jakie ma potrzeby i wyra a to w OPZ zawartym w SIWZ, a uprawnieniem wykonawcy jest podjęcie decyzji czy wziąć udział w postępowaniu czy powstrzymanie się od udziału w postępowaniu, gdy nie jest w stanie zaoferować wymaganego produktu zamawiającemu.

Zarzut oznaczony nr 2 w treści odwołania

W ocenie Izby zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, e Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący lub art. 29 ust. 2 poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby naruszać uczciwą konkurencję.

W ocenie Izby, treść aktów prawnych wskazanych przez Zamawiającego jest publicznie dostępna dla wszystkich wykonawców i powinni oni zapoznać się z ich przepisami tak, aby oferowany przez nich system był zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Izba uznała za przekonującą argumentację Zamawiającego, e Zamawiający nie zna systemów, jakimi dysponują wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu, więc nie jest on w stanie wskazać, które artykuły z wymaganych aktów prawnych są zaimplementowane w standardowych systemach wykonawców, a które nie. Słusznie jest stanowisko Zamawiającego, e jego działalność musi być prowadzona zgodnie z mającymi do niej zastosowanie przepisami

prawa, a jego obowiązkiem jest wymaganie od wykonawców, aby produkt, który zostanie mu dostarczy był równie w zgodzie z tymi przepisami.

Izba nie przyjęła argumentacji Odwołującego, w której wskazywał on, e Zamawiający prowadzi unikalną w skali kraju działalność, której uwarunkowania prawne nie są przedmiotem implementacji standardowej funkcjonalności u producentów oprogramowania do zarządzania, co w połączeniu z bardzo ogólnym określeniem wymagań uniemo liwia oszacowanie konicznych zmian w systemach/rozwiązaniach i określenia kosztów. W ocenie Izby, Zamawiający jasno wskazał w odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy, e właśnie ze względu na specyfikę swojej działalności nie oczekuje od wykonawców standardowych rozwiązań. W adnym miejscu SIWZ nie ograniczył mo liwości implementowania poszczególnych wymagań tylko do standardowych rozwiązań. Zamawiający podkreślił, e w SIWZ przewidział szeroką mo liwość dostarczenia oczekiwanej funkcjonalności zarówno poprzez oprogramowania standardowe jak i oprogramowania autorskie, które umo liwią wykonawcom spełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego.

Izba wskazuje równie , e podczas rozprawy Odwołujący potwierdził, e mo liwe jest stworzenie systemu, który odpowiadałby wymaganiom stawianym przez Zamawiającego, przy odpowiednim nakładzie środków finansowych. Skoro Odwołujący mo e zaoferować wymagany produkt, to w ocenie Izby nie mo na przerzucać na Zamawiającego ryzyka związanego z jego wyceną. To wykonawcy szacują koszty związane z realizacją zamówienia, a Zamawiający określa swoje wymagania. W ocenie Izby, te wymagania mają uzasadniony charakter i wynikają z obiektywnych potrzeb Zamawiającego.

Co do zarzutu oznaczonego nr 3 w odwołaniu.

Izba uznała, e zarzut Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba odniesie się do cytowanego przez Odwołującego orzeczenia KIO 1207/12. Izba zwraca uwagę, e stan faktyczny sprawy 1207/12 jest inny ni w przedmiotowym postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający planuje zastąpienie obecnie u ywanego systemu. Taki system nie został jeszcze zakupiony, w związku z tym Zamawiający nie zna jego konkretnych parametrów technicznych.

Istota zarzutów określonych w sprawie 1207/12 sprowadzała się do: (i) uzupełnienia SIWZ o pełną listę istniejących systemów wraz z podaniem określonych informacji technicznych; (ii)

udostępnienia pełnej funkcjonalności systemu ELS (czyli systemu, które Zamawiający u ywał ju w swoim przedsiębiorstwie), dzięki czemu zamawiający byłby w stanie określić wymaganą zgodność w razie chęci wymiany systemu ELS na nowy.

W przedmiotowym postępowaniu, Odwołujący kwestionuje u ycie przez Zamawiającego zwrotu „odpowiedni" argumentując, e skoro nie wiadomo, jaki to będzie system, to nie jest on w stanie oszacować kosztów integracji. Odwołujący nie kwestionuje, e Zamawiający nie udostępnił pełnej funkcjonalności istniejącego systemu @RMS, co stanowi w ocenie Izby zasadniczą

e ró nicę pomiędzy

przedmiotowymi sprawami. Gdyby przedmiotem odwołania był zarzut, Zamawiający nie udostępnił pełnej funkcjonalności systemu @RMS, to rzeczywiście Izba mogłoby stanąć na stanowisku, e skoro taki system jest ju u ywany w przedsiębiorstwie Zamawiającego, to jak najbardziej powinien on przekazać wykonawcom pełną informację, co do jego funkcjonalności. Nie taki był jednak zarzut podniesiony w odwołaniu Odwołującego. Izba związana jest zarzutami określanymi w odwołaniu i mo e orzekać tylko w ich granicach.

Biorąc pod uwagę fakt, e Zamawiającym nie dysponuje jeszcze nowym systemem, nie zna więc jego dokładnych parametrów technicznych. Postanowienia SIWZ zawiera informację, co do zakresu integracji oraz preferowanej metody integracji. Jak wskazał Zamawiający takie informacje znajdują się w punkcie NF_INT_1 oraz NF_INT-4. Zamawiający potwierdził na rozprawie, e przekazał w SIWZ wszystkie dostępne mu informację dotyczące wymagań wobec zamiennika systemu @RMS, a Odwołujący nie wskazał jakich konkretnie informacji oczekuje od Zamawiającego.

Ponadto, Izba podziela argumentację Zamawiającego, e kwestionowany przez niego zapis SIWZ dotyczy „integracji systemów", nie zaś, jak wskazuje Odwołujący, „migracji" danych. Kwestionowane przez Odwołującego zapisy w części 4.4 ppkt 4.4.2 odnoszą się do integracji danych. Izba nie znalazła w przywołanych punktach odniesienia do migracji danych. W konsekwencji ądanie Odwołującego, co do określenia zakresu migracji oraz preferowanej metody jest, w ocenie Izby, błędne. Je eli intencją Odwołującego było zakwestionowanie określonych zapisów dotyczących migracji, to obowiązkiem było wskazanie, które z konkretnych postanowień SIWZ kwestionuje oraz w jaki sposób powinny być one zmodyfikowane tak, aby zaadresować zarzuty Odwołującego. Jak wyjaśnił Zamawiający na rozprawie, wymaga on od wykonawców, aby przygotowali swoją ofertę u ywając określonego sposobu integracji, dzięki której przy zastąpieniu przez Zamawiającego obecnie u ywanego systemu na nowe oprogramowanie będzie on kompatybilny z istniejącymi systemami.

Co do zarzutu Odwołującego o braku odpowiedzialności Zamawiającego za integrowane systemy co powoduje równie brak mo liwości wskazania strony odpowiedzialnej za utrudnienia lub błędy integracyjne wynikające z uwarunkowań integrowanych systemów nie będących przedmiotem zamówienia Izba uznała, e Odwołujący nie wykazał zasadności swojego stanowiska. W ocenie Izby, SIWZ w kwestionowanym przez Odwołującego zakresie jasno określa podział zadań, a tym samym stronę odpowiedzialną za jego wykonanie. Wykonawca jest zobowiązany do stworzenia systemu, który będzie posiadał interfejsy do aplikacji funkcjonalnych. Nie ma wymogu o stronie wykonawcy do dokonywania jakichkolwiek operacji czy modyfikacji w aplikacjach funkcjonalnych. SIWZ nie zawiera równie wymagania nakładającego na wykonawcę odpowiedzialności za poniesienie kosztów integracji w zakresie modyfikacji systemów Zamawiającego.

Izba uznała, e ądanie Odwołującego: „Modyfikacji *wymagają te zapisy dotyczące integracji z wszystkimi innymi systemami podlegającymi integracji a nie będącymi przedmiotem zamówienia, Mając powy sze na względzie Odwołujący wnosi o dokonanie zmiany zapisu ww. sposób."* zostało określone w sposób nieprecyzyjny i uniemo liwiający Izbie orzekanie w tym zakresie. Obowiązkiem Odwołującego było wskazanie konkretnych zapisów SIWZ, które jego

zdaniem wymagały modyfikacji. Izba nie jest instytucją powołaną do określenia treści ądań Odwołującego.

Co do zarzutu określonego nr 4 w odwołaniu

Pkt. 4.1

Istota zarzutu Odwołującego sprowadza się do zakwestionowania podziału odpowiedzialności pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą w procesie migracji danych (punkt 6.2 SIWZ).

Izba uznała argumentację Odwołującego za nieprzekonującą. Izba uznała, e czytając łącznie postanowienia zawarte w OPZ w punkcie 6.2 oraz 6.5 podział obowiązków, a zarazem odpowiedzialności pomiędzy stronami jest jasny i klarowny.

Zamawiający odpowiada za: (i) poprawę danych w systemach źródłowych; (ii) udostępnienie Wykonawcy danych z systemu źródłowego; (iii) udostępnienie Wykonawcy dokumentacji opisującej struktury danych systemu źródłowego, a je eli takiej nie posiada zapewnienie wsparcia dostawcy starego rozwiązania. Ponadto, Zamawiający wskazał, e w przypadku systemów nietypowych sam dokona dla Wykonawcy eksportu danych. Z kolei Wykonawca

odpowiada za akwizycję danych udostępnionych z systemów źródłowych (lub wyeksportowanych z systemów źródłowych), ich przekształcenie w strukturach pośrednich i import do nowego systemu.

Dodatkowo OPZ stanowi, e je eli po zakończeniu migracji i rozpoczęciu pracy produkcyjnej pojawią się wcześniej nie zidentyfikowane błędy w danych powstałe na w trakcie migracji powodujące błędne działanie systemu to, jeśli: (i) błąd dotyczył danych źródłowych to odpowiedzialność za usunięcie błędu pozostanie po stronie Zamawiającego; (b) migracja niepoprawnych danych wynika z błędnie działających procedur weryfikacji i przygotowania danych odpowiedzialność za usunięcie błędów spoczywa na Dostawcy.

W ocenie, Izby podział odpowiedzialności jest czytelny. Jak zaznaczył Zamawiający, taki podział odpowiedzialności jest powszechnie u ywany w praktyce wdro eń systemów informatycznych. Odwołujący zaś nie przedstawił adnych dowodów, e jest inaczej.

Izba ponownie podkreśla, e subiektywne postulaty Odwołującego, co do uwzględnienia w OPZ postanowień korzystnych dla Odwołującego nie mogą stanowić podstawy do przyjęcia przez Izbę, e Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Postanowienia w zakresie odpowiedzialności stosuje się jednakowo do wszystkich wykonawców. Izba nie rozumie, dlaczego zdaniem Odwołującego taki podział preferuje bli ej nieokreślone inne podmioty. Wyspecyfikowany w SIWZ podział odpowiedzialności będzie w równy sposób aplikowany do ka dego podmiotu, który przystąpiłby do realizacji przedmiotu zamówienia. Ponadto, Izba podkreśla, e Zamawiający ma prawo określić podział odpowiedzialności w sposób dla niego zasadny, o ile nie narusza w ten sposób przepisów prawa. Odwołujący nie wskazał, poza powołaniem się na zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, jakie przepisy prawa Zamawiający naruszył określając podział odpowiedzialności. Odpowiedzialność tak został podzielona pomiędzy obie strony, a aden przepis prawa nie obliguje Zamawiającego do kształtowania stosunku prawnego pomiędzy nim a wykonawcą w sposób korzystny dla Odwołującego. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, e wyra one w odwołaniu ądanie, polegające na przeniesieniu całości odpowiedzialności za przekazanie danych w strukturach pośrednich, ich poprawianie i weryfikację na Zamawiającego, doprowadziłoby de facto do niemo ności zrealizowania procesu migracji. Struktury pośrednie danych mają bowiem bezpośrednio związek z konstrukcją docelowego systemu i jego docelowych struktur danych, o których Zamawiający nie ma wiedzy. Trudno zatem oczekiwać od Zamawiającego, aby przejmował odpowiedzialność za dane w

strukturach na które nie ma wpływu. Zamawiający mo e odpowiadać za jakość danych dostarczanych bezpośrednio z posiadanych przez siebie systemów, i do tego właśnie

zobowiązał się w SIWZ.

Izba nie uznała równie za zasadny argument, e obecna formuła „predysponuje *producentów/dostawców obecnie u ytkowanych w PA P systemów, którzy nie muszą zgłębiać, wiedzy nt. struktur baz danych, zale ności pomiędzy nimi i wymagań co do poprawności",* co w konsekwencji narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba podkreśla, e wszyscy wykonawcy obecni na rynku nie muszą wcale znać danego przedmiotu zamówienia dokładnie tak samo i wiedzieć o nim tego samego. W ramach zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji wykonawcy mają otrzymać te same informacje pochodzące od zamawiającego, które mają umo liwić im przygotowanie oferty. Izba zauwa a, e nie mo na wykluczyć sytuacji, w której wiedza wykonawcy (np. z racji swojej dotychczasowej działalności lub doświadczenia) jest głębsza od wiedzy innych wykonawców. Taka sytuacja nie jest w ocenie Izby sprzeczna z prawem. Zamawiający nie posiada uprawnienia, aby wykluczyć z postępowania wykonawcę, który realizował poprzednio jakieś zamówienie dla zamawiającego. Zarzut preferowania przez zamawiającego takiego wykonawcy nie mo e opierać się wyłącznie na fakcie posiadania przez tego wykonawcę bardziej szczegółowej wiedzy, którą zdobył wykonując poprzednio zamówienia u zamawiającego. Istota art. 29 ust. 2 Pzp sprowadza się do konieczności uprawdopodobnienia, e zamawiający tak ukształtował zapisy SIWZ, e w sposób nieuzasadniony w swoich obiektywnych potrzebach przyznaje określone preferencje wykonawcom, którzy wykonywali ju określone zamówienia u zamawiającego, a w ten sposób uniemo liwia pozostałym wykonawcom zło enia konkurencyjnych ofert. Odwołujący nie wykazał w aden sposób, e taki był cel działania Zamawiającego.

Izba podziela argumentację Zamawiającego, e ka dy z producentów jednego z czternastu ró nych systemów źródłowych, które obecnie są u ywane w Zamawiającego, gdyby stanął przed realizacją zamówienia, musiałby zrealizować procedurę migracji dla wszystkich pozostałych trzynastu systemów na identycznych warunkach jak wszyscy pozostali wykonawcy. Dlatego trudno mówić tu zatem o jakimkolwiek ograniczeniu konkurencji.

Izba uznała równie , e twierdzenia Odwołującego, e nie została opisana procedura poprawy danych przez Zamawiającego i nie ma ograniczenia, co do ilości iteracji poprawiania i

dostarczania prawidłowych danych nie zostały w aden sposób udowodnione przez Odwołującego. W ocenie Izby, skoro SIWZ zawiera jasny i klarowny podział odpowiedzialności za migrowane dane, to ryzyko związane z ewentualną poprawą tych danych jest ściśle związane z takim podziałem odpowiedzialności. Je eli poprawa danych będzie związana z zakresem zadań do wykonania których zobowiązany jest wykonawca, to on będzie ponosił koszty z tym związane. Podobna sytuacja będzie miała miejsce w przypadku Zamawiającego.

Pkt. 4.2

Istota zarzutu Odwołującego sprowadza się, do stwierdzenia, e zapis 6.5 w OPZ nie rozdziela odpowiedzialności za poprawność migrowanych danych, co stanowi przejaw naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, art. 7 ust 1 Pzp oraz podstawowych zasad prawa cywilnego.

Izba uznała zarzut Odwołującego za niezasadny. Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, e zasady określone w pkt 6.5 OPZ naruszają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Tak jak Izba ju stwierdziła powy ej, Zamawiający ma prawo ukształtować przyszłe relacje z wykonawców w sposób dla niego odpowiedni, o ile nie narusza tym działaniem przepisów prawa. W ocenie Izby, Odwołujący ponownie dą y do ukształtowania relacji z Zamawiającym w sposób korzystny dla siebie, dą ąc do przerzucenia ryzyka związanego z migracją danych na Zamawiającego. Izba przychyla się do argumentacji Zamawiającego, e gwarancja o której mowa w rozdziale 6.5 dotyczy usunięcia skutków wynikających z błędów migracji, a mających wpływ na docelowy system - mowa jest bowiem o e Zamawiający zrezygnuje z „naprawie danych i działania Systemu". Trudno oczekiwać,

wymagania, które docelowo ma zapewnić mu mo liwość poprawnej pracy w systemie. Do takiego ograniczenia praw Zamawiającego zmierza ądanie Odwołującego, które w istocie powoduje, e poprzez wykreślenie go z treści wymagania Zamawiający nie byłby w stanie wyegzekwować od wykonawcy realizacji systemu działającego w oparciu o takie dane jakie jest w stanie udostępnić Zamawiający.

Zarzuty naruszenia art. 353(1) KC w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp

Tytułem wstępu, Izba wskazuje na zasady, którymi kierowała się przy ocenie zasadności zarzutów Odwołującego w zakresie kwestionowanych IPU.

45

Zgodnie z art. 353(1) KC strony zawierające umowę mogą uło yć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współ ycia społecznego. Z zasady swobody umów wyra onej w przywołanym artykule wynika, e jakakolwiek proporcjonalność świadczeń ani równość stron rozumiana jako równość ich uprawnień wynikających z umowy o zamówienie publiczne nie jest konieczna i nieodzowna.

Jak podkreślił Sąd Apelacyjny w Poznaniu (sygn. akt I ACa 544/08) – „Z wyra onej w art. 353¹ k.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy. Nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga więc, co do zasady istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron."

Jak ju wielokrotnie zostało wskazane przez Izbę, warunki umowne są identyczne dla wszystkich wykonawców. Ka dy z nich ma prawo i obowiązek zapoznania się z propozycją zapisów Zamawiającego i zdecydować czy taki kształt przyszłego stosunku umownego jest dla niego do zaakceptowania czy nie. Zgodnie z art. 353(1) k.c. wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Nie mo e zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, e uwa a, i mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla wykonawcy.

W sytuacji, gdy kluczowym zarzutem odwołującego jest naruszenie przez zamawiającego art. 353(1) KC poprzez nierównomierne obcią enie wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy (co ma miejsce w niniejszym postępowaniu) zadaniem Izby jest rozstrzygnięcie o zakresie swobody kontraktowej przyszłego stosunku umownego, który powstanie w wyniku udzielenia zamówienia. Zarówno Izba jak i sądy wielokrotnie podkreślały, e na gruncie prawa zamówień publicznych mamy do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353(1) KC), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego zamawiający mo e starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców, a Wykonawca mo e nie zło yć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Nale y jednak podkreślić, i błędem jest uto samianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezale nie od tego jak du o ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty.

46

Mając na uwadze powy sze, Izba stanęła na stanowisku, e zarzuty Odwołującego co do brzmienia kwestionowanych postanowień IPU nie zasługują na uwzględnienie.

1. Zarzut do §4 ust. 5 pkt 2 IPU – Izba uznała zarzut za niezasadny. Odwołujący sprecyzował podczas rozprawy, e jego ądanie sprowadzało się do modyfikacji IPU poprzez wprowadzenie regulacji, która zobowiązywałby Zamawiającego, przed wypowiedzeniem umowy ze skutkiem natychmiastowym, do uprzedniego pisemnego wezwaniu wykonawcy do usunięcia określonych naruszeń wraz ze wskazaniem stosownego terminu. Izba stwierdza, e zapisy §4 ust. 5 pkt 2 IPU nie naruszają art. 353(1) K.C. Izba nie znajduje podstaw do przyjęcia, e brak wskazanego postanowienia w IPU stoi w sprzeczności z właściwością umowy o zamówienie

publiczne, ustawą czy zasadami współ ycia społecznego.

2. Zarzut do §4 ust. 5 pkt 1 IPU - Izba uznała zarzut za niezasadny. Izba zwraca uwagę, e Odwołujący nie określił precyzyjnie swojego ądania w treści odwołania. Odwołujący sprecyzował podczas rozprawy, e jego ądanie to wprowadzenie w IPU regulacji, która zobowiązywałby Zamawiającego, przed wypowiedzeniem umowy ze skutkiem natychmiastowym, do uprzedniego pisemnego wezwaniu wykonawcy do usunięcia określonych naruszeń wraz ze wskazaniem stosownego terminu. Izba stwierdza, e zapisy §4 ust. 5 pkt 2 IPU nie naruszają art. 353(1) K.C. Izba nie e brak wskazanego postanowienia w IPU stoi w znajduje odstaw do przyjęcia, sprzeczności z właściwością umowy o zamówienie publiczne, ustawą czy zasadami współ ycia społecznego.
3. Zarzut do §4 ust. 6 IPU – Izba uznała zarzut za niezasadny. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał poprzez przedstawienie jakiegokolwiek dowodu w jaki sposób określony przez Zamawiającego 7-dniowy termin do usunięcia wszelkich skutków wynikających z błędów migracji jest terminem zbyt krótkim i ogranicza krąg potencjalnych wykonawców. Zamawiającego podniósł, e termin 7 dni jest w pełni wystarczający dla profesjonalnego podmiotu o wysokich kwalifikacjach. Odwołujący nie wskazał czy przyjęty przez Zamawiającego termin odbiega od przyjętej praktyki rynkowej. Izba stwierdza, e zapisy §4 ust. 6 IPU nie naruszają art. 353(1) K.C. Izba nie znajduje odstaw do przyjęcia, e przyjęcie przez Zamawiającego terminu 7-dniowego stoi w sprzeczności z właściwością umowy o zamówienie publiczne, ustawą czy zasadami współ ycia społecznego.

4. Zarzut do §4 ust. 8 IPU – Izba uznała zarzut za niezasadny. Odwołujący podnosił, e zakres informacji objętych poufnością nie jest precyzyjny. Izba nie podziela poglądu Odwołującego. Zamawiający jasno sformułował zakres poufności – objęte są nim „wszelkie" materiały przekazane przez Zamawiającego. „Wszelkie" oznacza wszystkie materiały przekazane przez Zamawiającego. Izba nie znajduje podstaw do przyjęcia, e szeroka definicja „informacji *poufnych"* przyjęta przez Zamawiającego stoi w sprzeczności z właściwością umowy o zamówienie publiczne, ustawą czy zasadami współ ycia społecznego. Celem takiego zapisu jest ochrona słusznych interesów Zamawiającego.
5. Zarzut do §4 ust. 14 IPU – Izba uznała zarzut za niezasadny. IPU zawierają w §18 dozwolone sposoby komunikowania się pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym. Zarówno Wykonawca jak i Zamawiający będą zobowiązani przekazywać sobie informacji w sposób określony w §18 IPU. W ocenie Izby, określenie „skutecznego informowania" powinno być czytanie łącznie z §18 IPU.
6. Zarzut do §4 ust. 16 IPU – Izba uznała zarzut za niezasadny. Słowo „wszelkim" jest wyra eniem jasnym i precyzyjnym – oznacza wszystkim kontrolom i audytom. Izba podziela argumentację Zamawiającego, e wykonawca, który wykonuje umowę zgodnie z jej treścią nie ma powodu unikać audytów i kontroli, jak równie nie ma powodu się do nich w szczególny sposób przygotowywać. Izba zaznacza równie , e zakres kontroli wynika z §4 ust. 16 IPU – wykonawca ma obowiązek udostępnić tylko te dokumenty, które mają związek z umową i jej wykonaniem, a Zamawiający mo e prosić tylko o takie dokumenty. W ocenie Izby jest to wystarczającą regulację, co do zakresu dokumentacji oraz zakresu samej kontroli. Izba nie podziela równie argumentacji Odwołującego, e uprzedzenie o audycie z 2-dniowym wyprzedzeniem to okres zbyt krótki. W ocenie Izby, wykonawca rzetelnie wykonujący umowę nie potrzebuje ani dodatkowego czasu, ani dodatkowych zasobów do „przygotowania się" do kontroli lub audytu. Równie zarzut o mo liwym „wycieku *informacji",* w ocenie Izby nie jest zasadny. IPU nie zabraniają Wykonawcy podjęcia niezbędnych kroków w celu zapobie enia niekontrolowanemu „wyciekowi" informacji". Wykonawca jest wręcz zobowiązany poinformować Zamawiającego, e dokumenty czy informacje, które Zamawiający chciałby przeanalizować w ramach kontroli mają charakter informacji niejawnych i mogę być udostępnione tylko określonym osobą. W konsekwencji, Izba uznała, e postanowienia §4 ust. 16 IPU nie naruszają art. 353(1) KC.

7. Zarzut do §5 ust. 7 pkt 2 IPU – Izba uznała zarzut za niezasadny. Odwołujący zarzucał Zmawiającemu, e określony przez niego sposób płatności (tj. 70% wynagrodzenia będzie płatna po podpisaniu protokołu końcowego odbioru) przenosi aden cię ar finansowania realizacji zamówienia na wykonawcę. W ocenie Izby, przepis prawa nie zabrania takiego ukształtowania sposobu płatności, a tym bardziej art. 353(1) KC. To, e wykonawca ponosi zasadniczą część finansowania projektu nie oznacza, e jest on niezgodny z prawem. W ocenie Izby jest to tylko postulat Odwołującego zamierzający do ukształtowania przyszłego stosunku prawnego na korzystniejszych dla siebie zasadach. Postulat nie mo e stanowić podstawy dla wyroku Izby. Izba podziela argumentacje Zamawiającego, e celem postępowania jest uzyskanie zrealizowanego w całości przedmiotu umowy, zatem nie le y w interesie Zamawiającego dokonywanie du ych płatności w trakcie realizacji projektu, gdy nie został jeszcze zrealizowany cel umowy, gdy w takim przypadku to Zamawiający by ponosił pełne ekonomiczne ryzyko ewentualnego niepowodzenia projektu. Wykonawca jako podmiot profesjonalny, z ugruntowaną pozycją rynkową jest w stanie oszacować wymagane koszty i pozyskać finansowanie dla realizowanych zadań, a koszty tego finansowania mo e uwzględnić w cenie oferty.
8. Zarzut do §7 ust. 4 IPU – Izba uznała zarzut za niezasadny. Postulat Odwołującego, aby wprowadzić §7 ust. 4 IPU procedurę naprawczą na podstawie której, Zamawiający, przed rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym, będzie zobowiązany do uprzedniego pisemnego wezwania wykonawcy do naprawienia naruszeń wraz ze wskazaniem terminu nie zasługuje na uwzględnienie. Izba nie znajduje podstaw do przyjęcia, e brak wskazanego postanowienia w IPU stoi w sprzeczności z właściwością umowy o zamówienie publiczne, ustawą czy zasadom współ ycia społecznego. Ponadto, Izba zaznacza, e Zamawiający nie ma obowiązku ponoszenia jakichkolwiek konsekwencji nieudolnych działań wykonawcy, w sytuacji, gdy zawiodły wcześniejsze (przewidziane w §7 ust. 3) próby naprawy zaistniałego stanu rzeczy i umo liwienia rozpoczęcia realizacji właściwej części projektu.
9. Zarzut do § 9 ust. 5 pkt 2 i 3 oraz pkt 10 IPU – Izba uznała zarzut za niezasadny. Odwołujący zarzucał, e zaproponowany przez Zamawiającego terminy do usunięcia określonych niezgodności są zbyt krótkie podnosząc, e procesy technologiczne produkcji oprogramowania nie pozwolą na niezgodności w usunięcie zaproponowanych terminach. Izba ponownie wskazuje, e Odwołujący przedstawił kolejny postulat mający na celu uło enie stosunku umownego z Zamawiający w taki

sposób, aby było mu łatwiej i wygodniej zrealizować zamówienie. Odwołujący w aden sposób nie udowodnił, e procesy technologiczne produkcji oprogramowania nie pozwalają na dokonanie usunięcia niezgodności w terminach wskazanych we wzorze umowy.
10. Zarzut do §12 ust. 1 IPU – Izba uznała zarzut za niezasadny. Odwołujący ograniczył swoją argumentację do stwierdzenia, e kary umowne są wysokie w stosunku do przewinień oraz e są naliczane w ka dym przypadku, nawet niezawinionego działania wykonawcy. Podniósł równie , e powinny być naliczane za zwłokę nie za późnienie. Odwołujące nie wskazał ani w treści odwołania ani na rozprawie jaka wysokość kary umownej jest według niego odpowiednia. Po pierwsze, Izba nie jest instytucją powołaną do określenia ądań Odwołującego. Jak ju zostało podkreślone, Odwołujący ma obowiązek dokładnego wskazania czego ąda. Izba nie ma wiedzy jaka wysokość kary umownej jest w jego ocenie właściwa. Po drugie, zapisy IPU nie naruszają w ocenie Izby art. 353(1) KC. Uprawnienie do nało enia na wykonawcę kary umownej wynika z art. 483 §1 KC. Obowiązek zapłaty kary umownej przez wykonawcę materializuje się w ka dy przypadku nienale ytego wykonania lub niewykonania zobowiązania. Przepis ten ma charakter dyspozytywny. Dłu nik mo e zobowiązać się do zapłaty kary umownej nawet jeśli niewykonanie lub nienale yte wykonanie zobowiązania nastąpiło w skutek braku winy po stronie dłu nika. Izba uznaje, e Zamawiający ma prawo do zastrze enia zapłaty kary umownej nawet jeśli dłu nik nie ponosi winy i nie jest to sprzeczne z art. 353(1) KC. Po trzecie, art. 484 § 2

KC stanowi, e je eli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłu nik mo e ądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest ra ąco wygórowana. KC przyznaje wykonawcy prawo do wystąpienia na drogę sądową, jeśli w jego ocenie kara umowna jest ra ąco wygórowana lub jeśli Zamawiający ąda jej zapłaty mimo, i wykonał w znacznej części zobowiązanie. W konsekwencji, Izba uznała zarzut za niezasadny .

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Izba stwierdza, i brak potwierdzenia się zasadności podniesionych zarzutów dotyczących naruszenia art. 29 Pzp nie potwierdził naruszenia zasady Pzp wyra onej w art. 7 ust.1 Pzp.

Mając powy sze na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 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. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: ……..