

WYROK
z dnia 22 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio
Luiza Łamejko
Honorata Łopianowska
Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2012 r. przez Comarch S.A. w Krakowie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zachodniopomorski Uniwersytet Technologiczny w Szczecinie,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), w następujący sposób:

- a) podanie w SIWZ ilości, rodzaju i rozmiarów baz danych, których migracja objęta jest przedmiotem zamówienia;
- b) określenie w SIWZ wymaganego sposobu i zakresu integracji zamawianego systemu z systemami eksploatowanymi przez zamawiającego;
- c) określenie w SIWZ funkcjonalności systemu ELS, których zachowania oczekuje zamawiający od systemu zastępującego system ELS;
- d) podanie w SIWZ pełnej i kompletnej listy sprzętu posiadanego przez zamawiającego, zawierającej informacje na temat jego parametrów oraz licencjonowania, na którym ma być wdrożony zamawiany system
- e) wykreślenie w rozdz. XVII ust. 13 SIWZ zdania „Bez ważnych przyczyn Wykonawca nie odmówi Zamawiającemu zmian Umowy w przypadkach i w zakresie wskazanym w ust. 1 niniejszego działu.”

2. kosztami postępowania obciąża Zachodniopomorski Uniwersytet Technologiczny w Szczecinie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Comarch S.A. w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Zachodniopomorskiego Uniwersytetu Technologicznego w Szczecinie na rzecz Comarch S.A. w Krakowie kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

.....

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Zachodniopomorski Uniwersytet Technologiczny w Szczecinie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wdrożenie systemu informatycznego wspomagającego obsługę procesu dydaktycznego w Zachodniopomorskim Uniwersytecie Technologicznym w Szczecinie.

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

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 30.05.2012 r. w Dz.U. UE pod numerem 2012/S 101-168482. W tym samym dniu na stronie internetowej zamawiającego zamieszczono specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwaną dalej „SIWZ” lub „specyfikacja”).

W dniu 08.06.2012 r. Comarch S.A. w Krakowie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem:

- czynności dokonania opisu przedmiotu zamówienia w zakresie zobowiązań wykonawcy określonych w SIWZ, Załączniku nr 1 do SIWZ oraz we wzorze umowy, w sposób niespójny, niejednoznaczny i nieprecyzyjny, przez co nie jest możliwe przygotowanie i złożenie oferty w postępowaniu;
- czynności opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie zobowiązań wykonawcy określonych w SIWZ, Załączniku nr 1 do SIWZ oraz we wzorze umowy, a dotyczących sposobu licencjonowania systemu informatycznego będącego przedmiotem zamówienia, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 144 ust. 1 w zw. 140 ust. 1, art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 ustawy - poprzez jego nadinterpretację i zastosowanie w celu wprowadzenia do umowy podstawy pozwalającej Zamawiającemu na rezygnację z realizacji całego zakresu zobowiązania wykonawcy zgodnie z jego zobowiązaniem wynikającym z oferty - z przyczyn niezależnych od wykonawcy i nie będących mechanizmem odstąpienia od Umowy, tj. w sytuacji „braku zainteresowania Zamawiającego” dalszym wykonaniem umowy pomimo zaakceptowanego i odebranego pierwszego etapu wykonania zamówienia (tj. Analizy i Koncepcji Wdrożenia), podczas gdy Zamawiający ma obowiązek dbać o trwałość zobowiązania i o ile nie zachodzą przypadki określone w Ustawie lub przepisach kodeksu cywilnego - nie może z wykonania zamówienia „zrezygnować”, co narusza jednocześnie uprawnienie Wykonawcy do oczekiwania pewności zakresu przedmiotowego i określonego w ofercie wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz narusza zasadę, iż zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy ma być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.
2. naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie:
 - wymaganego sposobu licencjonowania systemu informatycznego dla celów wspomagania obsługi procesu dydaktycznego - dalej „System Informatyczny” (lub „System”),
 - ewentualnie - w przypadku nieuwzględnienia zarzutu określonego w pkt. 1. Powyżej - okoliczności opisanych w Rozdziale XVII SIWZ. określonych jako „*brak zainteresowania Zamawiającego*” skutkujący rezygnacją (pomimo odebranej, a zatem zgodnej z SIWZ i umową, Analizy i Koncepcji Wdrożenia) z dalszej części realizacji Umowy - poprzez brak wskazania kryteriów, jakimi będzie się kierował Zamawiający dokonując owej rezygnacji.
w sposób, który jest niejednoznaczny i niewyczerpujący, co uniemożliwia złożenie oferty.
3. naruszenie przepisu art. 29 ust 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie:
 - wykonania migracji danych z innych baz danych do Systemu,

- integracji Systemu z wykorzystywanymi przez Zamawiającego systemami informatycznymi,
- wymagania odnośnie posiadanej infrastruktury (sprzęt/oprogramowanie) dedykowanej do Wdrożenia i eksploatacji Systemu, w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji odnośnych zapisów SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ, Załączniku nr 1 do SIWZ oraz we wzorze umowy w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.
- Nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji zapisów SIWZ poprzez usunięcie możliwości „rezygnacji” Zamawiającego z realizacji Umowy w przypadku odbioru Analizy i Koncepcji Wdrożenia.

Właściwe zarzuty i żądania odwołania sformułowano w jego uzasadnieniu:

I. opis przedmiotu zamówienia - naruszenie art. 29 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 ustawy

W SIWZ, dokument główny, Rozdział III ust 1 pkt 3) określono jeden z elementów Przedmiotu zamówienia jako: *Udzielenie Zamawiającemu licencji na eksploatację Systemu informatycznego oraz licencji na dodatkowe, dotyczące Systemu, rezultaty prac powstałe w wyniku wykonania usług serwisu lub rozwoju Systemu, o których mowa w ww. pkt 2). Udzielenie licencji, o której mowa w niniejszym punkcie obejmować musi w szczególności uprawnienie Zamawiającego do dokonywania modyfikacji (zmian, rozwoju) wdrożonego Systemu informatycznego, na podstawie odrębnych od niniejszego zamówień, udzielanych w przyszłości przez Zamawiającego (lub dowolnie wskazane przez niego osoby) dowolnym podmiotom, w tym podmiotom wybranym w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z przepisami ustawy PZP. W tym celu Wykonawca zapewni dostęp do kodów źródłowych Systemu.*

W SIWZ, dokument główny, Rozdział III ust 5 określono sposób wdrożenia oprogramowania: *Z zastrzeżeniem dodatkowych postanowień ust. 6 - 9 niniejszego działu, System informatyczny wymaga wdrożenia jako dzieło (oprogramowanie) spełniające wymagania Zamawiającego, o których mowa w ust. 3 i 4 niniejszego działu oraz wymagania ustalone w wyniku opracowania koncepcji wdrożenia Systemu, o której mowa w ust. 2 pkt 1) niniejszego działu. [...]*

Żądanie „zapewnienia dostępu do kodów źródłowych Systemu” narusza konkurencję, albowiem na system składają się również elementy oprogramowania, konieczne do jego prawidłowego działania, które nie są autorstwa wykonawcy (jak np. oprogramowanie narzędziowe lub inne obce oprogramowanie), co do których Wykonawcy nie przysługują majątkowe prawa autorskie. Jest oczywiste, iż w takim zakresie Wykonawca nie posiadający majątkowych praw autorskich do niektórych elementów oprogramowania Systemu - nie może Zamawiającemu zapewnić jego kodów źródłowych, gdyż nie ma takiego prawa. Na takie udostępnienie może zgodzić się wyłącznie producent takiego oprogramowania - co stawia go w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do wykonawcy nie będącego takim producentem. Tylko taki producent spełnia bowiem ww. wymaganie SIWZ.

Co więcej, z tak skonstruowanego opisu przedmiotu zamówienia wprost wynika, że zamawiany System w całości musi zostać wykonany przez Wykonawcę realizującego przedmiotowe zamówienie, ponieważ zobowiązany on jest do zapewnienia dostępu do kodów źródłowych Systemu (w całości). By spełnić ww. wymaganie Wykonawca realizując przedmiotowe zamówienie, nie mógłby posługiwać się oprogramowaniem firm trzecich, co do których nie przysługują mu majątkowe prawa autorskie. Tylko bowiem posiadanie autorskich praw majątkowych do CAŁOŚCI Systemu umożliwi spełnienie wymogów Zamawiającego zarówno w zakresie warunków licencji, jak i wymogu przekazania kodów źródłowych.

Wyjaśnić przy tym należy, że tworzenie i produkcja oprogramowania informatycznego współcześnie odbywa się w oparciu o dostępne w obrocie publicznym oprogramowanie COTS („commercial off-the- shelf). Są to systemy operacyjne, środowiska deweloperskie, systemy baz danych, frameworki, aplikacje, biblioteki, komponenty i moduły będące gotowymi produktami komercyjnymi, które mogą być, lecz nie muszą być autorstwa wykonawcy i które nie są wytwarzane pod kątem potrzeb danego klienta (Zamawiającego), a które - na potrzeby

poszczególnych kontraktów - dostosowuje się do wymagań danego zamówienia. Następuje to poprzez specjalistyczne modyfikacje i rozbudowę w/w elementów, oraz poprzez niejako „dołożenie” oprogramowania dedykowanego, wykonanego specjalnie dla danego adresata (czyli dla Zamawiającego) autorstwa wykonawcy, dzięki czemu wdrażane oprogramowanie w całości jako System może spełnić wymagania Zamawiającego.

W kontekście niniejszego Zamówienia i tak określonego przedmiotu zamówienia i wymagań licencyjnych taka sytuacja jest niemożliwa - Zamawiający oczekuje, aby Wykonawca dostarczył kody źródłowe do całego Systemu Informatycznego, a zatem nie może on skorzystać z istniejących na rynku elementów COTS, tylko wszystko musi napisać od początku. Taka sytuacja wydaje się być oczywiście zrozumiała w sytuacji, kiedy przedmiotem Zamówienia jest Dedykowany system informatyczny - czyli system informatyczny zbudowany na wyłączne zamówienie danego zamawiającego, system taki odznacza się unikatowością rozwiązań technicznych, sposobu i zasad działania. Dziwi natomiast w sytuacji, w jakiej przedmiotem Zamówienia jest system dziekanatowy, rozwiązanie z jakiego korzysta w tej chwili większość polskich uczelni wyższych. Zamawiający niejako narzuca Wykonawcy sposób realizacji tego kontraktu - Wykonawca musi mieć możliwość przekazania kodów źródłowych, co oznacza, że nie może się posłużyć oprogramowaniem COTS firm trzecich.

Powyższe oznacza, że Wykonawca będzie zobowiązany przekazać Zamawiającemu również kody źródłowe np. do systemów operacyjnych, systemów baz danych, czy oprogramowania COTS System Dziekanatowy - co jest oczywiście niemożliwe, z przyczyn podanych poniżej. Jeżeli nie jest to zamierzeniem Zamawiającego - powinien to jasno wskazać w SIWZ i załącznikach - czego nie uczynił.

Odwołujący wyjaśnił, że:

- 1) Wykonawca nie będący producentem oprogramowania COTS (systemy operacyjne, systemy baz danych, środowiska dewlepoerskie, frameworki, aplikacje użyte na potrzeby Systemu Informatycznego, biblioteki, komponenty i moduły - jakim jest Comarch S.A. oraz wielu innych wykonawców - nie ma możliwości przekazania kodów źródłowych oprogramowania, do którego nie posiada autorskich praw majątkowych. W przeciwnym przypadku naraża się na roszczenia odszkodowawcze producenta oraz będzie zmuszony złamać

wiążące go z takim producentem umowy partnerskie. Zobowiązanie się do powyższego jest jednoznaczne z naruszeniem praw autorskich producenta i jest legalnie możliwe tylko za jego zgodą.

- 2) Powyższe powoduje, że ww. zapisy SWIZ jednoznacznie preferują wykonawców będących producentami oprogramowania systemów operacyjnych, systemów baz danych, środowisk dewlepoerskich, frameworków oraz ewentualnych aplikacji, które mogą zostać użyte na potrzeby Systemu Informatycznego. Tylko producenci mający pełnię autorskich praw majątkowych do składającego się na System oprogramowania mogą przenieść kody źródłowe do oprogramowania objętego licencją. Pozostali wykonawcy mogą oferować tylko oprogramowania na standardowych warunkach producentów w/w oprogramowania bazodanowego. Wykonawcy tacy jak Odwołujący - nie będący producentami takiego oprogramowania - po prostu nie są w stanie przekazać kodów źródłowych do oprogramowania bazodanowego, gdyż nie posiadają do niego autorskich praw majątkowych.
- 3) Udzielenie przez Wykonawcę w ramach wykonania zamówienia licencji na oprogramowanie typu COTS własnego autorstwa - również nie może wiązać się z obowiązkiem przekazania kodów, narzuconym ww. modyfikacją SIWZ. Żądanie tego przez Zamawiającego (wynikające z ww modyfikacji) jest żądaniem ograniczającym konkurencję. Takie oprogramowanie COTS jest bowiem oprogramowaniem, które zostało wykonane przez Wykonawcę na potrzeby innych klientów, w oparciu o gromadzony latami potencjał i doświadczenie i które jest podstawą działalności firmy Wykonawcy w danym obszarze. Przekazanie kodów źródłowych do takiego oprogramowania typu COTS na zewnątrz byłoby różnoznaczne z zagładą całego sektora sprzedażowego i produkcyjnego przedsiębiorstwa Wykonawcy. Jeżeli Zamawiający chciałby nabyć kody źródłowe do oprogramowania typu COTS autorstwa Wykonawcy - to winien nabyć do nich również autorskie prawa majątkowe za stosownym, znacząco oczywiście wyższym wynagrodzeniem. Decydując się zaś na licencje na oprogramowanie COTS Zamawiający musi zrozumieć i zaakceptować również zasady rynkowe i finansowe jakie stoją za

tego typu rozwiązaniem (COTS) - a mianowicie takie, że kodów źródłowych do oprogramowania COTS nie przenosi się w ramach licencji.

Odwołujący zrzucił, iż żądanie przekazania kodów źródłowych do oprogramowania COTS autorstwa wykonawcy (które mieści się w zakresie całego oprogramowania objętego licencją) preferuje wykonawców o małym doświadczeniu, którzy krótko działają na rynku i mają produkt, który nie był przedmiotem wielokrotnych wdrożeń na przestrzeni wielu lat. Tacy wykonawcy nie będą ponosić ryzyka związanego z wyzbyciem się kodów źródłowych do produktu, lub ryzyko z tym związane będzie wielokrotnie mniejsze, pomijalne z punktu widzenia korzyści jakie uzyskają ubiegając się o niniejsze zamówienie. Wykonawcy ci nie stoją również przed dylematem, przed którym stoi obecnie Odwołujący: z jednej strony chce ubiegać się o zamówienie gdyż ma do zaoferowania produkt najwyższej jakości, spełniający wszystkie oczekiwania funkcjonalne i merytoryczne Zamawiającego, lecz z drugiej strony jest zmuszony przekazać Zamawiającemu kody źródłowe do oprogramowania typu COTS własnego autorstwa, które jest podstawą jego działalności.

Ponadto Zamawiający we wzorze umowy §16 ust. 25 upoważnia Wykonawcę do korzystania w toku wykonywania Umowy wyłącznie z elementów programów komputerowych licencjonowanych na wolnych licencjach, co jest niezrozumiałe i preferuje wykonawców, którzy stworzyli swoje systemy dziekanatowe w oparciu o oprogramowanie typu „open source”.

Reasumując - prawidłowe, nieograniczające konkurencji żądanie od Wykonawcy przekazania Zamawiającemu kodów źródłowych winno być ograniczone do tej części oprogramowania COTS, która spełnia łącznie dwa warunki:

- a) do oprogramowania typu COTS, do którego posiada on autorskie prawa majątkowe;
- b) do części modyfikowanego oprogramowania COTS, wykonanych na potrzeby tego zamówienia (dedykowanego dla Zamawiającego w przetargu).

Wskazać należy jednocześnie, że dokumentacja przetargowa w tym zakresie jest bardzo niespójna i wskazuje na brak jednolitego stanowiska Zamawiającego w tym zakresie, co wyraża się w różnych niejednoznacznych i wprowadzających niespójność zapisach dokumentacji przetargowej:

Dotyczy: wzór umowy, def. Dokumentacji, w kontekście rozdziału III ust.1 pkt 3 i ust. 5 - w definicji Dokumentacji Zamawiający używa rozróżnienia na oprogramowanie

standardowe i oprogramowanie dedykowane, tworzone specjalnie na potrzeby umowy, przy czym nigdzie oprogramowania te nie zostały zdefiniowane. Oznacza to niekonsekwencje Zamawiającego w stosunku do wymagań określonych w rozdziale III ust.1 pkt 3 i ust. 5, a co za tym idzie nie jest jasne czy dostarczany system ma być wdrożony jako dzieło(cały System Informatyczny ma być oprogramowaniem dedykowanym, czy też może on składać się z elementów oprogramowania standardowego (COTS), które może stanowić własność firm trzecich, które nie wyrażą zgody na udostępnienie kodów źródłowych i modyfikacje Systemu.

Dotyczy: wzór umowy, definicja Łaty - Zamawiający w def. Łaty dokonuje kolejnej niekonsekwencji w stosunku do przywołanych rozdziału III ust.1 pkt 3 i ust. 5 oraz def. Dokumentacji, w której wskazuje na oprogramowanie standardowe i dedykowane. W niniejszej definicji natomiast używa pojęcia „oprogramowania składającego się na system” , którego autorem jest producent, a zatem nie wiadomo czy Wykonawca czy firma trzecia, co kłóci się z przyjętym modelem wdrożenia określonym jako dzieło.

Na zakończenie należy przytoczyć jeszcze jeden zapis, który powoduje, że sytuacja, co do sposobu licencjonowania elementów Systemu Informatycznego jest bardzo niejasna:

W § 5 ust. 9 i 10 wzoru umowy W kontekście części II Zał. Nr. 1 do SIWZ Zamawiający rości w stosunku do wykonawcy uprawnienie, że na własny koszt bez możliwości domagania się od Zamawiającego jakiegokolwiek wynagrodzenia nabędzie i dostarczy Zamawiającemu Sprzęt lub Oprogramowanie systemowe umożliwiające poprawne uruchomienie i zgodne z umowa oraz prawem działanie systemów u Zamawiającego. Może się zatem okazać, że w wyniku niezbyt wydajnego działania Systemu konieczne będzie jego skalowanie, tzn. np. zakupienie serwera komputerowego, z oprogramowaniem systemu operacyjnego i licencją na bazę danych Oracle (bo taką bazą posługuje się Zamawiający) - co w konsekwencji niespójnych zapisów oznacza, że Wykonawca będzie zmuszony do udzielenie licencji, która obejmować musi w szczególności uprawnienie Zamawiającego do dokonywania modyfikacji (zmian, rozwoju) wdrożonego Systemu informatycznego, na podstawie odrębnych od niniejszego zamówień, udzielanych w przyszłości przez Zamawiającego (lub dowolnie wskazane przez niego osoby) dowolnym podmiotom, w tym podmiotom wybranym w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z

przepisami ustawy PZP. W tym celu Wykonawca zapewni dostęp do kodów źródłowych Systemu - co jest oczywiście niemożliwe.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie modyfikacji SIWZ poprzez wprowadzenie do SIWZ, Załącznika nr 1 i wzoru umowy zapisów, które jednoznacznie określają, że:

- 1) Wykonawca będzie zobowiązany do przekazania kodu źródłowego wyłącznie do części oprogramowania COTS co do którego zachodzą łącznie poniższe przesłanki:
 - a) do którego posiada on autorskie prawa majątkowe;
 - b) do zmodyfikowanych przez Wykonawcę części oprogramowania COTS, wykonanych na potrzeby niniejszej umowy na rzecz Zamawiającego.
- 2) Uprawnienia licencyjne upoważniające m.in. do dokonywania modyfikacji (zmian, rozwoju) wdrożonego Systemu informatycznego, na podstawie odrębnych od niniejszego zamówień, udzielanych w przyszłości przez Zamawiającego (lub dowolnie wskazane przez niego osoby) dowolnym podmiotom, w tym podmiotom wybranym w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z przepisami ustawy PZP - dotyczyć będą wyłącznie części oprogramowania COTS, spełniającego łącznie następujące przesłanki:
 - a) do którego Wykonawca posiada autorskie prawa majątkowe;
 - b) do części modyfikowanych oprogramowania COTS, wykonanych na potrzeby tego niniejszej umowy na rzecz Zamawiającego.

II. Opis przedmiotu zamówienia w zakresie migracji - - naruszenie art. 29 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 ustawy

Zamawiający wskazuje w Rozdziale III SIWZ, ust. 2, że w zakres wdrożenia Systemu Informatycznego wchodzić będzie wykonanie migracji z innych baz danych do Systemu. W Załączniku 1 do SIWZ nie ma na ten temat żadnych dodatkowych informacji. W Załączniku nr 9 do SIWZ Zamawiający wprowadza definicję Migracji, wskazuje, że w ramach Etapu I Wdrożenia do zadań wykonawcy będzie należało przeanalizowanie możliwości i zakresu migracji danych z obecnie wykorzystywanych

systemów oraz baz danych do Systemu, co ma się wyrazić w postaci Opisu Migracji, który ma wchodzić w skład Koncepcji Wdrożenia. Następnie określone jest, że w ramach Etapu II i III Wykonawca zobowiązany będzie do wykonania Migracji danych do Systemu z dotychczas eksploatowanych przez Zamawiającego systemów informatycznych oraz innych baz danych, w których zawarte są dane, którymi zasilony ma być System.

Tymczasem Wykonawca nie wie nawet podstawowej rzeczy: jakie mianowicie systemy są dotychczas eksploatowane przez Zamawiającego i ile jest tych systemów, nie wspominając już o innych, niezbędnych dla wyceny usługi migracji w ofercie szczegółowych informacji (np. formatu danych, wskazania kto i w jakim formacie dane udostępni itd.)<

Zamawiający poświęca migracji odrębny rozdział umowy Zamawiający, gdzie wskazuje, że przedmiotem umowy będzie migracja **wszystkich danych** znajdujących się we wszystkich dotychczas eksploatowanych systemach informatycznych oraz innych bazach danych, w który zawarte są dane i którymi zasilony ma być System. Z ostrożności procesowej należy wskazać, że występuje tutaj pewna niespójność logiczna, ponieważ Zamawiający wymaga aby Wykonawca dokonał opracowania Opisu Migracji, który będzie zawierał możliwości i zakres migracji danych, a następnie wymaga, aby nastąpiła migracja wszystkich danych znajdujących się we wszystkich dotychczas eksploatowanych systemach informatycznych. Nie jest jasne jaką zatem rolę ma pełnić Analiza oraz Opis Migracji, skoro ewentualne zawarte tam ograniczenia w żaden sposób nie mogą zostać uwzględnione?

Aby migracja była w jakikolwiek sposób możliwa do wyceny i podjęcia decyzji co do możliwości złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający powinien tak opisać przedmiot zamówienia, aby było to możliwe. Zamawiający wskazał w SIWZ w rozdziale III ust.4, że wykaz posiadanej i eksploatowanej infrastruktury informatycznej zawiera Załącznik nr 1 do SIWZ (część II) - chociaż zawarte tam informacje nawet w minimalnym stopniu nie pozwalają nawet stwierdzić, jakie systemy informatyczne eksploatuje obecnie systemy i jakie tam znajdują się dane. Taki opis przedmiotu zamówienia, w którym Zamawiający nie udostępnia wykonawcy żadnych informacji ani danych czy parametrów dotyczących eksploatowanych systemów informatycznych oraz innych (zupełnie nie wiadomo jakich) baz danych w

sposób rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający zobowiązany jest w świetle ustawy PZP, do takiego opisu przedmiotu zamówienia, który nie preferuje żadnego z wykonawców. W związku z tym Zamawiający powinien dołożyć wszelkiej staranności, aby każdy z Wykonawców miał taką samą wiedzę co do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający ani w SIWZ ani w żadnym z Załączników do SIWZ nie przedstawił niezbędnych do wyceny przedmiotu zamówienia informacji dotyczących posiadanych baz danych, z których nastąpić ma migracja tj. min:

- ilość i rodzaje baz danych (proste czy złożone, relacyjne czy obiektowe itp. itd.),
- struktura poszczególnych baz danych (rodzaje i ilość tabel, zakres i opis danych w tabelach, relacje pomiędzy danymi, zainstalowane procedury po stronie serwera baz danych itp.)
- rozmiar baz danych
- sposób migracji ze wskazaniem na dane, które mają pierwszeństwo, informacji na temat spójności danych etc.

Niezależnie od tego Zamawiający nie zapewnia Wykonawcy o możliwości oraz finansowaniu z własnych środków (Zamawiającego) niezbędnej współpracy z autorami/producentami eksploatowanych systemów informatycznych/baz danych co jest bezwzględnie wymagane w obowiązujących rekomendacji UZP na udzielanie zamówień publicznych na systemy informatyczne. Reasumując autor lub producent jednego lub więcej eksploatowanego przez Zamawiającego systemu informatycznego/bazy danych jest uprzywilejowany w stosunku do Wykonawcy, który takim autorem lub producentem nie jest, ponieważ wie on, jakie dane mają podlegać migracji a także zna on wszystkie szczegóły techniczne danych i środowiska w jakim funkcjonują, które mają zostać zmigrowane.

W związku z powyższym wniesiono o nakazanie modyfikacji SIWZ poprzez:

- 1) wprowadzenie do SIWZ, Załącznika nr 1 część II pełnej listy baz danych, z których ma nastąpić migracja danych, wraz ze wskazaniem wszystkich technicznych informacji, dzięki którym możliwa będzie ta migracja a w szczególności m.in.:

- ilość i rodzaje baz danych (proste czy złożone, relacyjne czy obiektowe itp. itd.),
 - struktura poszczególnych baz danych (rodzaje i ilość tabel, zakres i opis danych w tabelach, relacje pomiędzy danymi, zainstalowane procedury po stronie serwera baz danych itp.)
 - rozmiar baz danych
 - sposób migracji ze wskazaniem na dane, które mają pierwszeństwo, informacji na temat spójności danych etc.
- 2) Wprowadzenie do SIWZ oraz wzoru Umowy zapewnienia Zamawiającego, że pozyska on we własnym zakresie i na własny koszt wszelkie niezbędne do przeprowadzenia migracji informacje i dane od producentów lub autorów eksploatowanych baz danych z których ma nastąpić migracja danych do Systemu Informatycznego
- 3) Z ostrożności procesowej - o zmianę zapisu §10 ust. 7 na następujący:
„Wykonawca zobowiązuje się do dokonania Migracji danych znajdujących się w dotychczas eksploatowanych przez Zamawiającego systemach informatycznych oraz innych bazach danych, w których zawarte są dane, którymi zasilony ma być System, w zakresie i w sposób ustalony w Koncepcji Wdrożenia.”

III. opis przedmiotu zamówienia w zakresie integracji - - naruszenie art. 29 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 ustawy

Na podstawie Załącznika nr 1 do SIWZ, a w szczególności zapisów:

Część I, 1.13, 1.14, 1.16, 1.17

Część I, Tabela I (Wymagania do systemu) pkt 13, pkt 21,

Część I, Tabela VI (Funkcje w zakresie raportowania) pkt 120

Część I, Tabela VIII (Funkcje w zakresie obsługi domów studenckich) pkt 142

Część I, Tabela XIII (Funkcje w zakresie serwisu badania losów zawodowych absolwentów) pkt 199;

Zamawiający wymaga, aby wdrożony System Informatyczny współpracował z następującymi systemami eksploatowanymi przez Zamawiającego:

- System Elektronicznej Legitymacji Studenckiej firmy UNIZETO
- Aplikacja bankowa
- System Finansowo - Księgowy nieznanego producenta
- Innymi „własnymi aplikacjami Zamawiającego”
- Systemem kadrowym w zakresie struktury uczelni oraz przypisania pracowników do jednostek
- System Finansowo-Księgowy Domów Studenckich
- Bazy zewnętrzne: Baza studentów uczelni, Baza absolwentów uczelni

Zamawiający w niektórych pozycjach określił, na czym ta współpraca ma polegać, np. przy ELS: „Zamawiający wymaga pełnej obsługi systemu ELS z poziomu aplikacji dziekanatowej przy zachowaniu dotychczasowych funkcjonalności systemu ELS. Nie dopuszcza się stosowania dodatkowego interfejsu do obsługi systemu ELS, Zamawiający dopuszcza możliwość zastąpienia istniejącego systemu ELS rozwiązaniem proponowanym przez oferenta, pod warunkiem pełnej zgodności z dotychczas użytkowanym przez zamawiającego systemem, zapewniającym wszystkie funkcjonalności i obsługę już wydanych blankietów ELS w standardzie kart chipowych PC/S.C.”, czy przy aplikacji bankowej: „Wymagany jest moduł integrujący system z aplikacją bankową obsługującą subkonta kandydatów/studentów w zakresie: opłat związanych z przyjęciem na studia, opłat za wydanie dokumentów rejestrujących przebieg studiów, opłat za świadczone usługi edukacyjne (w tym za drugi kierunek studiów), wypłat stypendiów, opłat za akademiki, itd.”. Przy bazach danych wiadomo, że ma to być „jakiś” pobieranie lub wymiana danych.

Pomimo najlepszych intencji Odwołującego, nie da się na podstawie tak przygotowanego opisu zamówienia przygotować oferty ani tym bardziej zrealizować przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający wskazał w SIWZ w rozdziale III ust.4, że wykaz posiadanej i eksploatowanej infrastruktury informatycznej zawiera Załącznik nr 1 do SIWZ (część II) - chociaż zawarte tam informacje nawet w minimalnym stopniu nie pozwalają nawet stwierdzić, jakie systemy informatyczne eksploatuje obecnie systemy i jakiego rodzaju udokumentowane interfejsy wymiany danych posiadają te systemy. Taki opis

przedmiotu zamówienia, w którym Zamawiający nie udostępnił wykonawcy żadnych informacji ani danych czy parametrów dotyczących eksploatowanych systemów informatycznych oraz ich interfejsów w sposób rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający zobowiązany jest w świetle ustawy PZP, do takiego opisu przedmiotu zamówienia, który nie preferuje żadnego z wykonawców. W związku z tym Zamawiający powinien dołożyć wszelkiej staranności, aby każdy z Wykonawców miał taką samą wiedzę co do przedmiotu zamówienia. Zamawiający ani w SIWZ ani w żadnym z Załączników do SIWZ nie przedstawił niezbędnych do wyceny przedmiotu zamówienia informacji dotyczących posiadanych i eksploatowanych systemów wymienionych powyżej ani też nie udostępnił dokumentacji, umożliwiającej oszacowanie integracji z nimi Systemu Informatycznego.

Niezależnie od tego Zamawiający nie zapewnia Wykonawcy o możliwości oraz finansowaniu z własnych środków (Zamawiającego) niezbędnej współpracy z autorami/producentami eksploatowanych systemów informatycznych/baz danych co jest bezwzględnie wymagane w obowiązujących rekomendacji UZP na udzielanie zamówień publicznych na systemy informatyczne. Reasumując autor lub producent jednego lub więcej eksploatowanego przez Zamawiającego systemu informatycznego/bazy danych jest uprzywilejowany w stosunku do Wykonawcy, który takim autorem lub producentem nie jest, ponieważ wie on, jak i w jakim zakresie można połączyć system, którego jest producentem lub/i autorem z Systemem Informatycznym. Może zatem dojść do sytuacji, w której przedmiot zamówienia nie będzie mógł być przez Odwołującego zrealizowany, bo nie uzyska on żadnych informacji ani danych od producenta któregoś z w/w systemów, ponieważ nie ma on takiego obowiązku. Inną sytuacją podlegającą odwołaniu jest kwestia możliwości zamiany istniejącego systemu Elektronicznej Legitymacji Studenckiej nowym systemem, dostarczonym przez Wykonawcę. Jest to tylko możliwość pozorna, ponieważ Zamawiający nie wymienił listy funkcjonalności, których posiadanie przez zamienny system będzie oznaczało „zgodność z dotychczas użytkowanym przez zamawiającego systemem, zapewniającym wszystkie funkcjonalności i obsługę już wydanych blankietów ELS w standardzie kart chipowych PC/S”

W związku z powyższym wniesiono o nakazanie modyfikacji SIWZ poprzez:

- 1) wprowadzenie do SIWZ, Załącznika nr 1 część II pełnej listy systemów wraz z dokumentacją ich interfejsów wymiany danych, z którymi ma nastąpić integracja, wraz ze wskazaniem wszystkich technicznych informacji, dzięki którym możliwa będzie ta integracja a w szczególności m.in.:
 - pełna specyfikacja interfejsu i protokołu wymiany danych
 - pełna dokumentacja w/w elementów umożliwiających integrację
 - oczekiwany zakres danych i procesów w zakresie których ma następować wymiana danych
 - inne, niezbędne do wyceny informacje techniczne
- 2) Wprowadzenie do SIWZ oraz wzoru Umowy zapewnienia Zamawiającego, że pozyska on we własnym zakresie i na własny koszt wszelkie niezbędne do przeprowadzenia integracji informacje i dane od producentów lub autorów eksploatowanych systemów i baz danych z których ma nastąpić migracja danych do Systemu Informatycznego
- 3) Udostępnienie pełnej funkcjonalności systemu ELS, dzięki czemu możliwe będzie określenie wymaganej zgodności w razie chęci wymiany systemu ELS na nowy.

IV. opis przedmiotu zamówienia w zakresie konieczności zapewnienia przez Wykonawcę „płynnej i szybkiej pracy” oraz obowiązek ponoszenia przez Wykonawcę kosztów rozbudowy posiadanej przez Zamawiającego infrastruktury w przypadku gdy uniemożliwia ona poprawne uruchomienie i zgodne z umowa działanie Systemu- - naruszenie art. 29 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 ustawy

Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ wskazuje, że system musi działać płynnie i ma zapewnić szybką pracę. Jednocześnie w § 5 ust. 9 i 10 wzoru umowy Zamawiający rości w stosunku do wykonawcy, że na własny koszt bez możliwości domagania się od Zamawiającego jakiegokolwiek wynagrodzenia nabędzie Sprzęt lub Oprogramowanie systemowe umożliwiające poprawne uruchomienie i zgodne z umowa oraz prawem działanie systemów u Zamawiającego. Wskazać należy jednoznacznie, że wymogi te w kontekście brzmienia części II Zał. Nr. 1 do SIWZ w

sposób rażący narusza interesy Odwołującego, ponieważ opis Sprzętu i Oprogramowania systemowego jest bardzo ogólny i nie wiadomo, jaki tak naprawdę sprzęt i oprogramowanie ma być użytkowane na potrzeby Wdrożenia i funkcjonowania Systemu Informatycznego. Stawia to w uprzywilejowanej pozycji dostawców infrastruktury Zamawiającego, ponieważ oni taką wiedzę posiadają.

W związku z powyższym wniesiono o nakazanie modyfikacji SIWZ poprzez uzupełnienie Części II Załącznika nr 1 do SIWZ o pełną, zawierającą wszystkie parametry (takie jak producent, model, procesor, pamięć, dostępny storage, karty sieciowe, parametry wydajnościowe bazujące na wiarygodnych benchmarkach etc.) listę Sprzętu oraz wszystkie szczegółowe informacje dotyczące modelu licencjonowania (okres licencji, rodzaj licencji, ilość użytkowników, ilość procesorów itp.) posiadanego i dedykowanego na potrzeby Wdrożenia i eksploatacji Systemu Informatycznego.

V. naruszenie art. 144 ust 1 w zw. 140 ust 1. art. 7 ust. 1 i art. 29 ust 1 Ustawy - poprzez wskazanie, że Umowa może rozwiązania po odbiorze Analizy i Koncepcji Wdrożenia w przypadku utraty przez zamawiającego ..zainteresowania" dalszym wykonywaniem Umowy

Zamawiający wskazuje możliwość niejako „pomniejszenia” zakresu realizacji umowy o niewykonaną jej część w sytuacji „braku zainteresowania przeprowadzeniem Wdrożenia” ze strony Zamawiającego (lub też niespełnienie jego oczekiwań co do Analizy i Koncepcji Wdrożenia). Zamawiający zamieścił powyższy zapis w części SIWZ określającej - w myśl art. 144 ust. 1 ustawy - warunki dopuszczalnej zmiany umowy.

Odwołujący zarzuca, iż Zamawiający naruszył swego uprawnienia wynikającego z ww. przepisu Ustawy i naruszył go poprzez jego nadinterpretację i zastosowanie w celu wprowadzenia do umowy podstawy pozwalającej Zamawiającemu na rezygnację z realizacji całego zakresu zobowiązania wykonawcy zgodnie z jego zobowiązaniem wynikającym z oferty - z przyczyn niezależnych od wykonawcy i nie będących mechanizmem odstąpienia od Umowy. Podkreślamy, iż owa rezygnacja ma nastąpić pomimo zaakceptowanego i odebranego pierwszego etapu wykonania

zamówienia (tj. Analizy i Koncepcji Wdrożenia), podczas gdy Zabawiający ma obowiązek dbać o trwałość zobowiązania i o ile nie zachodzą przypadki określone w Ustawie lub przepisach kodeksu cywilnego - nie może z wykonania zamówienia „zrezygnować”. Powyższe narusza jednocześnie uprawnienie Wykonawcy do oczekiwania pewności zakresu przedmiotowego i określonego w ofercie wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz narusza zasadę, iż zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy ma być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

Ponadto wskazano, że:

Po pierwsze, nie jest jasne na czy ma polegać „brak zainteresowania”, skoro intencja Zamawiającego, który wszczął postępowanie, którego przedmiotem jest Wdrożenie SI, jego serwis i rozwój oraz udzielenie licencji polega na tym, że jest on zainteresowany przeprowadzeniem Wdrożenia. Dodatkowo rodzi się pytanie, czy jeżeli Zamawiający nie będzie już zainteresowany przeprowadzeniem Wdrożenia, to czy Wykonawca nadal będzie zobowiązany do świadczenia usług serwisu i rozwoju oraz udzielenie licencji zgodnie z rozdziałem III ust.1 pkt 2i3 SIWZ?

Po drugie nie jest jasne, jakimi kryteriami będzie kierował się zamawiający decydując o tym, czy przygotowana Analiza i Koncepcja wdrożenia spełnia bądź nie spełnia jego oczekiwań.

Po trzecie, Zamawiający wskazuje w pkt 2, że uprawniony będzie do zatrzymania odebranej Analizy oraz Koncepcji wdrożenia na własne potrzeby w dowolnym zakresie. Zapis ten jest niespójny z okolicznością nie spełnienia oczekiwań Zamawiającego w stosunku do ww. dok. Skoro zostaną one odebrane, to znaczy, że spełniają one oczekiwania Zamawiającego. Z powyższego wnioskować można również, że następuje rozróżnienie pomiędzy kryteriami jakimi kierował się będzie Zamawiający decydując o tym, czy dana Analiza i Koncepcja wdrożenia spełnia jego oczekiwania, a kryteriami odbioru.

W związku z powyższym wniesiono o nakazanie modyfikacji SIWZ poprzez:

- 1) usunięcie zapisów SIWZ i wzoru Umowy umożliwiających pomniejszanie zamówienia w przypadku braku zainteresowania Zamawiającego przeprowadzeniem Wdrożenia,

- 2) ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia żądania określonego w pkt. 1) powyżej) uzupełnienie dokumentacji przetargowej o pełną listę kryteriów, warunkujących „utrata zainteresowania” przeprowadzeniem Wdrożenia,
- 3) uzupełnienie dokumentacji przetargowej o pełną listę kryteriów, jakimi kierował się będzie Zamawiający decydując o tym, czy Analiza i Koncepcja Wdrożenia „spełnia jego oczekiwania”.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz dowody, stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

- I. W treści odwołania zgodnie z rzeczywistością przytoczono adekwatne postanowienia SIWZ, których dotyczy zarzut nr I, co zostało zreferowane powyżej.
- II. W rozdz. III pkt 2 ppkt 3 SIWZ zamawiający wskazał, iż w ramach przedmiotu zamówienia mieści się: „Wykonanie migracji danych z innych baz danych do Systemu”

Ponadto zamawiający w §10 zał. nr 9 do SIWZ – Wzór umowy odnośnie migracji danych postanowił:

„[Migracja danych]

7. Wykonawca zobowiązuje się do dokonania Migracji wszystkich danych znajdujących się w dotychczas eksploatowanych przez Zamawiającego systemach informatycznych oraz innych bazach danych, w których zawarte są dane, którymi zasilony ma być System.
8. Przedmiotem Migracji danych objęte będą wszelkie dane niezbędne do realizacji procesów dydaktyczno-organizacyjnych Zamawiającego objętych Wdrożeniem. Szczegółowy zakres danych podlegających migracji zostanie określony w Koncepcji Wdrożenia.

9. Wraz z wykonaniem określonego Modułu Systemu, przed jego Uruchomieniem Wykonawca zobowiązany jest do przeprowadzenia Migracji danych do tego Systemu.
10. Szczegółowy zakres, metoda oraz plan Migracji danych zostanie szczegółowo określony w Koncepcji Wdrożenia z uwzględnieniem poniższych postanowień. Migracja może być dokonana metodą ręczną lub poprzez pliki przejściowe w uzgodnionym formacie, z uwzględnieniem zasad opisanych poniżej.
11. Migracja danych będzie odbywała się najpierw w środowisku testowym stworzonym przez Wykonawcę, a dopiero następnie we właściwym środowisku produkcyjnym Zamawiającego.
12. Celem weryfikacji kompletności danych, które były migrowane, Wykonawca zobowiązany jest zaplanować testy Systemu, które będą odbywać się po Migracji danych, w sposób umożliwiający przetestowanie wszelkich procesów w oparciu o migrowane do Systemu dane.”

Jedynymi informacjami na temat rozmiarów oraz rodzaju danych objętych wymaganą migracją były:

Zał. nr 1 do SIWZ - Część 1, pkt 1 ppkt 1.2 – „System musi zapewniać płynną i szybką pracę po wprowadzeniu do niego danych o 15 000 studentów”;

Zał. nr 1 do SIWZ - Część 1, pkt 4, wiersz 20 tabeli – „system powinien obsługiwać co najmniej 15 tys. studentów, studiujących na 10 wydziałach oraz około 2,5 tys. pracowników”.

III. W treści odwołania zgodnie z rzeczywistością przytoczono adekwatne postanowienia SIWZ, których dotyczy zarzut nr III, co zostało zreferowane powyżej

IV. Zgodnie z zał. nr 1 do SIWZ - Część 1, pkt 1 ppkt 1.2, wymagano aby system zapewniał płynną i szybką pracę.

W zał. nr 1 do SIWZ - Część II podano następujący wykaz posiadanej i eksploatowanej przez Zamawiającego infrastruktury informatycznej (sprzętu, oprogramowania, itd.):

„Wykaz sprzętu

- 5.1 Zamawiający posiada wdrożone serwery bazodanowe i dysponuje infrastrukturą informatyczną (w postaci sprzętu serwerowego, systemów operacyjnych, systemów bazodanowych i innych) na bazie, której ma być wykonany przedmiot zamówienia oraz posiada wykwalifikowany personel obsługujący wymieniony sprzęt komputerowy i systemy informatyczne. Zamawiane systemy będą zainstalowane na wskazanych serwerach i będą działać w istniejącej infrastrukturze, tj. na serwerach działających w oparciu o architekturę firmy Intel i system operacyjny Linux RedHat z zainstalowaną bazą danych Oracle Standard Edition. W dziekanatach natomiast funkcjonują stacje komputerowe działające w oparciu o system operacyjny Windows XP, Windows Vista oraz Windows 7. Będące przedmiotem zamówienia systemy muszą być kompatybilne z już istniejącą u Zamawiającego infrastrukturą.
- 5.2 Funkcjonalność systemu musi być dostępna z poziomu aplikacji klienckiej lub przeglądarki internetowej, wymaganie to dotyczy dostępu do systemu w szczególności: społeczności akademickiej, pracowników i studentów uczelni oraz sympatyków uczelni.
- 5.3 Architektura systemu musi umożliwić konfigurację automatycznego tworzenia kopii zapasowych kluczowych danych i konfiguracji systemu bez konieczności wyłączenia systemu.
- 5.4 Integracja z serwerem poczty na poziomie obsługi poczty elektronicznej, przydzielania zadań, umawiania spotkań itp. (Zamawiający posiada wdrożoną obsługę poczty w oparciu o wskazany system oraz posiada wykwalifikowany personel obsługujący wskazany system pocztowy).
- 5.5 System powinien umożliwiać autoryzację przy użyciu legitymacji studenckiej lub karty pracowniczej.
- 5.6 Integracja w zakresie repozytorium danych z systemami bazodanowymi wdrożonymi na uczelni (System Legitymacji Elektronicznej, System Płatności Masowych, System Pomocy Materialnej), jak w treści SIWZ,

Zamawiający przekaze dokumentację do wymienionych systemów na etapie opracowywania koncepcji i harmonogramu wdrożenia wraz z doprecyzowywaniem wdrażanych funkcjonalności.”

Natomiast w § 5 ust. 9 i 10 Zał. nr 9 do SIWZ – Wzór umowy, wskazano:

13.„Wykonawca gwarantuje i zapewnia prawidłowe działanie Systemu na Infrastrukturze Zamawiającego.

14.Ewentualna konieczność zmian w Infrastrukturze Zamawiającego na potrzeby Wdrożenia Systemu obciąża wyłącznie Wykonawcę, który zobowiązany jest niezwłocznie nabyć na własny koszt, bez możliwości domagania się od Zamawiającego jakiegokolwiek wynagrodzenia, dodatkowy Sprzęt oraz Oprogramowanie Systemowe pozwalające na poprawne uruchomienie i zgodne z Umową oraz prawem działanie Systemów u Zamawiającego”.

V. W rozdz. XVII SIWZ „Dopuszczalne przypadki zmiany zawartej Umowy”, w ust. 1, wskazano:

Jeżeli po odebraniu przez Zamawiającego Analizy oraz Koncepcji Wdrożenia Zamawiający nie będzie zainteresowany przeprowadzaniem Wdrożenia lub też Analiza oraz Koncepcja Wdrożenia nie spełnią oczekiwań Zamawiającego dopuszczalna będzie możliwość pomniejszenia Umowy o niewykonaną (niezrealizowaną) jeszcze jej część. W przypadku wskazanego pomniejszenia zakresu Umowy Zamawiający:

- 1) Zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie za wykonanie I Etapu Umowy w wysokości 15 % wynagrodzenia za Wdrożenie, o którym mowa w § 17 ust. 2 pkt 2.1 Wzoru umowy, chyba, że strony Umowy umówią się inaczej;
- 2) Uprawniony będzie do zatrzymania odebranej Analizy, w tym Koncepcji Wdrożenia oraz korzystania z tych dokumentów na własne potrzeby w dowolnym zakresie;
- 3) Uzyska licencję na korzystanie z odebranej Analizy oraz Koncepcji Wdrożenia a zasadach opisanych w § 16 Wzoru umowy.

W rozdz. XVII SIWZ ust. 13 wskazano m.in.: „Bez ważnych przyczyn Wykonawca nie odmówi Zamawiającemu zmian Umowy w przypadkach i w zakresie wskazanym w ust. 1 niniejszego działu”.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej wskazanego w art. 179 ust. 1 Pzp, który stanowi, iż środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów, odnośnie zarzutu nr I dotyczącego ukształtowania w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia (nakładanych na wykonawcę zobowiązań), należy wskazać na podstawowe regulacje Pzp stanowiącą niejako miernik i punkt odniesienia dla wszystkich zarzutów odwołania – mianowicie zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Następnie zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a zgodnie z ust. 1 tego przepisu przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Przy czym przed rozpatrzeniem zarzutów odwołania powołać również należy podstawową zasadę prawa cywilnego, a nawet całego porządku prawnego – zasadę swobody umów. Zgodnie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się naturze stosunku, przepisom prawa bądź zasadom współżycia społecznego. Dodatkowo zasada swobody umów posiada również aspekt podmiotowy sprowadzający się do swobody wyboru kontrahenta, z którym strona zechce nawiązać stosunki prawne. Co do zasady więc, to strony umowy decydują na jakich warunkach, z kim i czy w ogóle zechcą do niej przystąpić.

Jak wskazuje ww. przepis zasada swobody umów doznaje ograniczeń wynikających z odpowiednich przepisów. Ograniczenia tego typu wprowadzać będą przepisy samego Kodeksu cywilnego, jak regulacje też Pzp, która w tym zakresie traktowana jest jako *lex*

specialis w stosunku do regulacji k.c., jako aktu prawnego generalnie regulującego problematykę stosunków cywilnoprawnych, w tym umów (art. 1 w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp). Zamówienia publiczne udzielane więc będą wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust 3), postępowania o udzielenie zamówienia przygotowywane i przeprowadzane będą w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1), a w szczególności przedmiot zamówienia nie będzie opisany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2). Z ogólnych, w istocie proceduralnych, zasad ustawy, jak i całości jej przepisów, wynika szereg materialnoprawnych ograniczeń zasady swobody umów – zarówno w odniesieniu do swobody zamawiającego w wyborze kontrahenta, jak i swobody ukształtowania stosunku umownego/przedmiotu zamówienia. Co do zasady jednak, to wciąż zamawiający będzie decydował o swoim przedmiocie zamówienia (rodzaju, parametrach, zakresie, warunkach jego realizacji, czy innych obowiązkach umownych etc..) lub sposobie wyłonienia wykonawcy zamówienia (np. kryteriach oceny ofert, trybie postępowania...).

Pomijając szczegółowe przepisy ustawy określające sposób postępowania zamawiającego w poszczególnych trybach udzielania zamówienia, podstawową materialną miarę i ograniczeniem swobodnego kształtowania sposobu realizacji jego potrzeb w postanowieniach specyfikacji (w tym treści umowy i przesądzenia sposobu wyboru odpowiadającego mu wykonawcy) stanowi wskazana wyżej zasada zachowania uczciwej konkurencji. Odnośnie jej interpretacji i stosowania należy zastrzec, że nie istnieje i nie może być postulowana w przepisach jakakolwiek konkurencyjność absolutna, a tym samym dopuszczalność czy niedopuszczalność jej ograniczania na gruncie prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest stopniowalna. Jak w przypadku wielu zasad ogólnych, tak i ta została sformułowana w przepisach w sposób wyraźny, ale też maksymalnie nieostry. Oznacza to, iż istnieją przypadki, o których można bez wątpliwości orzec, iż zasadę uczciwej konkurencji naruszają, a także sytuacje, w których naruszenia konkurencji nie występują – ostrej granicy pomiędzy tego typu przypadkami wyznaczyć jednak nie sposób. Nie istnieje więc możliwość wytyczenia doktrynalnych i sztywnych rozgraniczeń, z góry przesądzających o kwalifikacji konkretnych czynności postępowania o udzielenie zamówienia w świetle wypełnienia zasady zachowania konkurencji (nie można wyznaczyć granic czy stopnia dopuszczalnego ograniczenia konkurencji). Ocenę tego typu należy więc przeprowadzać w odniesieniu do konkretnych okoliczności i sytuacji danego postępowania.

Uzasadniając przyjęte wyżej założenie o stopniowalnym charakterze dopuszczalności ograniczeń konkurencji wskazać należy, iż każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia

(warunków jego realizacji, nałożenie dodatkowych obowiązków umownych...etc.), postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert prowadzi do ograniczenia konkurencji. Poza przypadkami najprostszymi dostaw czy usług, postanowienia specyfikacji zawsze będą faworyzować niektórych wykonawców i dyskryminować innych. W szczególności na przykład nie istnieje taki opis przedmiotu zamówienia, który na równi odpowiadałby wszystkim wykonawcom obecnym na rynku. W każdym z takich przypadków będą wykonawcy, którzy w związku z właściwościami podmiotowymi czy profilem ich oferty, nie będą mogli w ogóle konkurować o uzyskanie zamówienia lub ich szanse uzyskania zamówienia będą relatywnie mniejsze, np. wymagany sposób i zakres jego realizacji będzie dla nich mniej opłacalny lub w ogóle nie do przyjęcia.

Jak już wskazano, tego typu ograniczenia konkurencji są niejako w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego naturalne i nieodzowne. Podlegają jednak badaniu i ocenie pod względem dopuszczalności stopnia takiego ograniczenia, jak i ich ogólnej, materialnej zgodności z przepisami.

Reasumując, z jednej strony nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w siwz, z drugiej strony należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań SIWZ (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu ponad potrzeby zamawiającego wykraczającym. Tym samym, dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia zbadać należy zarówno faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak ich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów naruszenia uczciwej konkurencji w zindywidualizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia odnoszących się do konkretnych postanowień siwz czy ogłoszenia o zamówieniu, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie.

Po pierwsze zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Następnie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy

postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, iż to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia naruszenia zasad uczciwej konkurencji wyrażonej w ustawie, a konkretnie udowodnienia okoliczności faktycznych, które pozwolą takie naruszenie stwierdzić.

Zasad rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym nie zmienia brzmienie art. 29 ust. 2 Pzp stanowiące nie o naruszeniu konkurencji, ale o możliwości naruszenia konkurencji. Modalne sformułowanie hipotezy przepisu nie jest wcale okresem warunkowym tworzącym domniemanie faktyczne lub prawne sprowadzające się do twierdzenia, że każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający dyspozycję ww. przepisu dopóki zamawiający nie udowodni, że jest inaczej, czyli nie następuje tu wcale „automatyczne” przerzucenie ciężaru dowodzenia okoliczności przeciwnych na zamawiającego. Jednakże w świetle sformułowania powoływanej normy prawnej, przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga wcale pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, ale wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jakiegoś realnego stopnia prawdopodobieństwa jego wystąpienia. Powyższe 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.

Dla przykładu wskazać można, iż w szczególności dla wykazania możliwości naruszenia konkurencji nie jest wystarczające samo podniesienie, iż dla odwołującego dane warunki realizacji zamówienia są niewygodne lub nawet nie do przyjęcia. Jak wskazano powyżej, fakt, że na rynku występują wykonawcy, którzy tak opisanego przedmiotu zamówienia nie mogą wykonać lub dla których jego realizacja jest utrudniona, niewygodna czy nieopłacalna, nie przesądza wcale o możliwości powstania naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia takiego naruszenia, jak już wskazano, niezbędne jest zbadanie i ocena, co najmniej kilku okoliczności związanych z danym zamówieniem, w szczególności takich jak kształt i specyfika rynku, którego zamówienie dotyczy, rodzaj i charakter danego ograniczenia konkurencji oraz jego skutki dla potencjalnych wykonawców, a z drugiej strony waga potrzeb zamawiającego, których realizacji takie ograniczenie służy.

Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia podlegają ocenie nie tylko pod względem zachowania zasad ustawy, ale oceniane być mogą również w świetle innych

przepisów. W szczególności niedopuszczalne jest ustanowienie wzoru umowy czy innych części specyfikacji kształtujących przyszłe stosunki umowne zamawiającego i wykonawcy w sposób niezgodny z bezwzględnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne. Postanowienia wzoru umowy kształtowane na zasadzie swobodnego uznania zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp, będą w tym zakresie podlegać badaniu m.in. pod względem ich zgodności, czy to z przepisami regulującymi stosunki umowne danego typu o charakterze *iuris cogentis*, jak i ocenie ich zgodności z klauzulami generalnymi i zasadami ogólnymi Kc, w szczególności wynikającymi z art. 5, art 58 i art 353¹ k.c. Właśnie z zasady swobody umów wynika, iż jakakolwiek proporcjonalność świadczeń ani równość stron rozumiana jako równość ich uprawnień wynikających z umowy o zamówienie publiczne nie jest konieczna i nieodzowna.

Jak już wskazywano powyższej, zgodnie z art 353¹ k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. W przypadku zamówienia publicznego, to zamawiający w sposób dyskrecyjny kształtuje większość *essentialiae* i *incidentalae negotii* przygotowując własną siwz. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona – przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają może do tego typu stosunku umownego – co jest jego fundamentalnym uprawnieniem – w ogóle nie przystąpić (nie składać oferty w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z tak sformułowanej umowy w sprawie zamówienia.

Jak daleko posunięta jest swoboda stron w ułożeniu łączącego je stosunku prawnego, w niektórych aspektach wprost wskazują przepisy Kodeksu cywilnego, gdzie np. w art. 473 § 1 stanowi się, iż dłużnik może przez umowę przyjąć (a więc druga strona może oczekiwać, że przyjmie i uzależniać od tego możliwość zawarcia z nim umowy) odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi. Oczywiście realizacja tego typu uprawnień podlegała będzie ocenie w świetle klauzul i zasad ogólnych Kc.

Niejako w podsumowaniu powyższych wywodów i na ich poparcie, Izba przywołuje tu stanowisko zawarte w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11), w którym wskazano: „Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353¹ k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”.

Przywołania wymaga również wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08), w uzasadnieniu którego stwierdzono: „Skarżący kluczowym zarzutem skargi czyni zarzut naruszenia normy art. 353¹ k.c. statuującej zasadę swobody umów i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego. W ocenie Skarżącego za niedozwolone na gruncie powołanego przepisu należy uznać rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez Zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy. Od razu nasuwa się doniosłe praktyczne pytanie o zakres kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty.

Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę.”

Natomiast zakończyć powyższe można tezą sformułowaną w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 września 2008 r. (sygn. akt I ACa 544/08) – „Z wyrażonej 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.”

Odnosząc powyższe do zarzutów opisanych w pkt I odwołania sprowadzających się do zakwestionowania żądania przez zamawiającego przeniesienia całości majątkowych praw autorskich do wykonanego systemu, a także kodów źródłowych wszystkich składających się na system programów, stwierdzić należy, iż tego typu żądanie jest dopuszczalne w świetle opisanej wyżej zasady swobody kontraktowania oraz zasady zachowania uczciwej konkurencji wynikających ze wskazanych przepisów. Zamawiający ma pełne prawo dokonania zakupu systemu, który będzie mógł w pełnym zakresie rozwijać i modyfikować bez udziału i zgody jego twórcy, i tym samym przewidywać w treści SIWZ postanowienia, które powyższe zabezpieczą. Tego typu żądania należy uznać za w pełni dopuszczalne i usprawiedliwione. Historia rynku publicznych zamówień informatycznych notuje zbyt wiele przypadków konieczności udzielania zamówień na modyfikację użytkowanych systemów, ich wykonawcom, w trybie z wolnej ręki, w związku z brakiem uprzedniego zagwarantowania sobie przez zamawiających uzyskania praw autorskich do systemu. Realizacja tego typu celu jest zasadna nawet w przypadku, gdyby uzyskanie zamówienia na takich warunkach (z uzyskaniem całości praw i kodów) będzie dla zamawiającego droższe, a jego wykonanie dla wykonawców bardziej kłopotliwe. Reasumując, wykonawcy zainteresowani wykonaniem niniejszego zamówienia powinni wykonać je w oparciu o oprogramowanie, do którego pełnię praw autorskich posiadają i mogą prawa te przenieść na zamawiającego. Natomiast w przypadku gdy ze względu na profil swojej oferty na powyższe się nie godzą, powinni z uzyskania przedmiotowego zamówienia zrezygnować, a nie usiłować zmusić zamawiającego do zakupu produktu, którego zasadnie nie chce.

Postanowienia SIWZ statuujące powyższe wymagania nie naruszają konkurencji, a ponadto są kompletne i jasne (wynika z nich, iż wykonawca ma przekazać całość praw majątkowych i jakiegokolwiek rozróżnienia na oprogramowanie standardowe czy niestandardowe nie mają tu żadnego znaczenia). Tym samym Izba nie stwierdziła w tym przypadku naruszenia wskazanych przepisów.

Natomiast odnosząc się do zarzutu oznaczonego w treści odwołania nr II, dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie migracji, Izba potwierdza jego zasadność i stwierdziła naruszenie dyspozycji art. 29 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z powołanym wyżej przepisem przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast w ramach niniejszego zamówienia, zamawiający, dzieląc je na dwa etapy (analiza i opracowanie koncepcji systemu i następnie jego wdrożenie), w wielu aspektach postanowił jednocześnie nie specyfikować i nie podawać informacji, które winny składać się na opis drugiej części zamówienia (wdrożenia systemu). Zamawiający nawet w stosunku do informacji posiadanych, deklarował na rozprawie, iż udostępni je wykonawcy dopiero na etapie przygotowywania koncepcji wdrożenia, albo przerzucił na wykonawcę obowiązek uzyskania i powzięcia takich informacji w pierwszym etapie wykonywania zamówienia. Tymczasem są to często informacje niezbędne do prawidłowego wycenienia i przygotowania oferty na wykonanie systemu, których uzyskanie warunkuje ocenę kształtu i rozmiarów systemu, którego wykonania należy podjąć się w ramach zamówienia i w oparciu o takie informacji należy skalkulować koszt takiego wdrożenia. Przy braku informacji co do okoliczności wpływających na zakres i koszty prac niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, nie można mówić o ich rzeczowej wycenie.

Tego typu sytuacja zachodzi w przypadku niniejszego zamówienia w zakresie wymagań co do migracji danych. Zamawiający wymaga dokonania migracji do zamawianego systemu, danych, które posiada, a jednocześnie nie podaje i nie specyfikuje dokładnie jakiego typu są to dane. Wiadomo jedynie, iż są to dane dotyczące 15 000 studentów oraz ok. 2500 pracowników zamawiającego. Dopiero na etapie analizy i przygotowywania koncepcji wdrożenia wykonawca dowie się jakie dane (jakiego rodzaju, o jakiej strukturze i dokładnym rozmiarze, w jakich bazach danych zgromadzone... etc.) będzie mógł oraz musiał przenieść. Niewątpliwie informacje tego typu wpływają na wycenę kosztów dokonania migracji. Natomiast koszty tej migracji i swoje zobowiązanie w tym zakresie wykonawca będzie musiał wycenić już na etapie składania ofert, a więc przed dokonaną analizą, w ramach której wszelkie niezbędne informacje w tym zakresie uzyska.

W związku z powyższym zasadne stało się nakazanie zamawiającemu uzupełnienia informacji składających się na opis przedmiotu zamówienia o informacje na temat baz danych, które będą podlegać migracji. W związku ze sformułowaniem w istocie niekonkretnego i otwartego

katalogu żądań odwołania w tym zakresie (przez użycie skrótów: itd., itp., etc.) poprzestano na znacznym stopniu ogólności ww. nakazania.

Na marginesie Izba wskazuje na specyfikę uwzględniania tego typu żądań stawianych w odwołaniach i ograniczone możliwości formułowania tego typu nakazów w wyrokach. Co do zasady to zamawiający i tylko zamawiający – znając swoje potrzeby, których realizacji służyć ma dane zamówienie, a także wiedząc jakie informacje posiada i może wykonawcom udostępnić – jest w stanie racjonalnie i spójnie opisać swój przedmiot zamówienia. W żadnym razie nie mogą dokonać tego wykonawcy w ramach składanych środków ochrony prawnej. Także organy orzekające w tym zakresie (Izba i sądy okręgowe), bez wyraźnej podstawy prawnej w tym zakresie, nie mogą sensownie przymusić zamawiającego do dokonania zamówienia w określonym kształcie i określony sposób (innym niż planował) czy podania informacji, których podać nie może lub nie chce, w szczególności nie mogą narzucać zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w SIWZ. Mogą jedynie przeciwdziałać udzieleniu przezeń danego zamówienia niezgodnie z przepisami prawa, nie mogą go jednak w pełni, niejako za zamawiającego, poprawić. Jedynym w pełni egzekwowalnym (w rozumieniu art. 197 Pzp) i ostatecznym środkiem wymuszenia na zamawiającym prawidłowego przygotowania dokumentów przetargowych jest nakazanie unieważnienia postępowania. Decyzją zamawiającego pozostanie wtedy czy swój opis przedmiotu zamówienia zechce zmienić i poprawić, czy zrezygnuje z danego zamówienia w ogóle, czy może podzieli je na części (np. najpierw zamówi analizę i projekt, a potem jego wykonanie), przeprowadzi je w innym trybie (np. trybie dialogu konkurencyjnego)... *etc.*

Za zasadne uznano również zarzuty opisane w pkt III odwołania, a odnoszące się do wymaganej współpracy zamawianego systemu z systemami eksploatowanymi przez zamawiającego oraz opisu wymaganych do zachowania funkcjonalności systemu, który może zastąpić użytkowany przez zamawiającego system ELS – stwierdzono, iż zamawiający nie podał w tym zakresie informacji niezbędnych do przygotowania oferty czym naruszył art. 29 ust. 1 Pzp.

Analogicznie jak w przypadku migracji danych, wykonawcy już na etapie przygotowania oferty winni wiedzieć z jakimi systemami i w jaki sposób, system, do którego wykonania się zobowiązują, powinien być zintegrowany. Należy udostępnić wykonawcy wszelkie niezbędne informacje pozwalające mu ocenić, możliwy do wykonania sposób integracji systemu, a tym samym pracochętność i koszty takiej

integracji. W szczególności za dane tego typu nie mogą być uznane, sformułowane na znacznym stopniu ogólności wskazania co do zakresu wymaganej integracji (jej efektów) bez podania informacji na temat sposobu integracji oraz informacji na temat co dokładnie ma być integrowane (zwłaszcza przy otwartym katalogu systemów, których integracji zamawiający wymaga – bliżej nieokreślone „aplikacje własne zamawiającego”). Deklarowanie przez zamawiającego, iż wszelkie posiadane informacje w tym zakresie, i w tym przypadku, poda wykonawcy w trakcie analizy i przygotowywania koncepcji wdrożenia byłoby wystarczające dla wycenienia oferty, gdyby przedmiot zamówienia obejmował jedynie opracowanie tej koncepcji. W przypadku gdy obejmuje również jej wdrożenie (a więc również wykonanie integracji, co do której dane wykonawca dopiero uzyska), w świetle art. 29 ust. 1 Pzp, powyższe wystarczające nie jest.

Również odnośnie dopuszczenia zastąpienia systemu ELS użytkowanego przez zamawiającego, przy wymaganiu zachowania „wszystkich funkcjonalności” tego systemu, stwierdzono, iż taki opis przedmiotu zamówienia nie gwarantuje pełnej jasności i zupełności, co do wymagań dotyczących zamawianego systemu. Przy braku zdefiniowania pojęcia funkcjonalność, jednoczesne definiowanie swoich wymagań przez odesłanie do przykładu konkretnych rozwiązań (tu: programu informatycznego) może zostać sprowadzone do wymagania wykonania programu dokładnie takiego samego, jak wskazywany przykładowo, realizującego wszystkie najdrobniejsze funkcje wzoru. Zamawiający może więc i powinien, jasno wyspecyfikować o zachowanie których funkcjonalności dokładnie mu chodzi.

Przy czym Izba wskazuje, iż 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 takie same informacje pochodzące od zamawiającego, a informacje przekazywane im przez zamawiającego mają być wystarczające do przygotowania oferty (art. 29 ust. 1 Pzp). Generalnie nie narusza zasad wyrażonych w ustawie okoliczność, iż niektórzy wykonawcy skądinąd (np. z racji swojej dotychczasowej działalności i doświadczenia) wiedzą o danym przedmiocie zamówienia więcej niż inni. Natomiast szczególnym naruszeniom konkurencji w tym zakresie przeciwdziałać mają stosowne regulacje ustawowe (np. art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp).

W związku z potwierdzeniem powyższych zarzutów, nakazano w tym zakresie dokonanie stosownych modyfikacji SIWZ – analogicznie jak w odniesieniu do migracji danych.

Izba uznała również zasadność zarzutu opisanego w pkt IV odwołania, sprowadzającego się do zakwestionowania braku podania dokładnych informacji o sprzęcie posiadanym przez zamawiającego, na którym posadowiony ma być zamawiany system, przy jednoczesnym nałożeniu na wykonawcę obowiązku uzupełniania na własny koszt infrastruktury zamawiającego w celu zapewnienia działania systemu – jako naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp.

Wbrew twierdzeniom zamawiającego wskazane w ustaleniach Izby postanowienia § 5 ust. 9 i 10 wzoru umowy, nakładające na wykonawców obowiązek uzupełniania na własny koszt infrastruktury zamawiającego w celu zapewnienia działania systemu, odnosiły się do całości infrastruktury (a więc zarówno sprzętu, jak i oprogramowania), a nie tylko jej szczególnych elementów (np. kluczy dostępowych... etc.). Przy czym zamawiający nie dokonał stosownych modyfikacji SIWZ, tak aby jej literalne brzmienie uzgodnić ze swoimi intencjami w tym zakresie. Dlatego też, odnosząc się i opierając na zastanych postanowieniach SIWZ, Izba stwierdziła brak w opisie przedmiotu zamówienia informacji na temat infrastruktury posiadanej przez zamawiającego, które umożliwiłyby wykonawcom ocenę czy oferowany przez nich system będzie na tej infrastrukturze poprawnie działał, i tym samym wycenę koniecznych uzupełnień tej infrastruktury. Wykonawcy nie mogą uzyskiwać informacji o tak istotnych elementach kosztotwórczych zamówienia dopiero w trakcie jego realizacji, tym bardziej jeżeli zamawiający posiada informacje na temat sprzętu, na którym pracował będzie system i może je wykonawcom udostępnić.

Z tego względu nakazano podanie stosownych informacji pozwalających wykonawcom dokonanie oceny powyższych okoliczności.

Na marginesie Izba wskazuje, iż innym sposobem sanacji opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie mogłoby być doprecyzowanie i ograniczenie uzupełnień infrastruktury wymaganych przez zamawiającego od wykonawców – w takim przypadku dokładnie informacje o infrastrukturze nie byłyby wykonawcom potrzebne.

W przedmiocie zarzutów zawartych w pkt V odwołania, dotyczących możliwości rezygnacji przez zamawiającego z realizacji większej części zamówienia (całego wdrożenia systemu) Izba stwierdziła ich zasadność w zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp.

Przewidziana przez zamawiającego w rozdz. XVII SIWZ klauzula odstąpienia od umowy w przypadkach sprowadzających zastosowanie tej klauzuli do pełnej uznaniowości zamawiającego, a także rozmiar części umowy, od której odstąpienie się przewiduje (według

wartości narzuconej przez zamawiającego jest to 85 % wartości wynagrodzenia umownego), prowadzi do nadmiernej niepewności wykonawców, co do kształtu i rozmiaru zamówienia, którego wykonania się podejmują.

Jakkolwiek, pomimo kontrowersji doktrynalnych w tym zakresie, skład orzekający Izby, nie wyklucza generalnego uprawnienia zamawiających do stosowania prawa opcji przy opisie przedmiotu zamówienia lub zastrzegania jednostronnego, umownego prawa odstąpienia od kontraktu, to jednak każdorazowo klauzule takie podlegały będą ocenie w świetle ich zgodności z zasadami i przepisami ustawy. Jak również możliwe i dopuszczalne jest nałożenie na wykonawców obowiązku wycenienia i przewidzenia w ramach ich ofert pewnego zakresu ryzyk związanego z niepewnością, co do kształtu przyszłego przedmiotu zamówienia (co może być związane np. z jego specyfiką), to jednak w świetle dyspozycji art. 29 ust. 1 Pzp, należy dążyć do minimalizacji tego typu niepewności. Powyższe może być osiągnięte np. przez możliwie jak najdokładniejsze opisanie i zobiektywizowanie kryteriów odstąpienia, umożliwiające ocenę ryzyka jego ziszczenia lub takie ograniczenie jego rozmiarów i zakresu, aby możliwa było jego sensowna wycena przez wykonawcę w ofercie. W rozpatrywanym przypadku zamawiający przewidział nazbyt arbitralną możliwość odstąpienia od realizacji zamówienia w zbyt wielkim zakresie, doprowadzając tym samym do nadmiernego stopnia niepewności, co do kształtu przedmiotu zamówienia/zobowiązania wykonawców.

Ponadto Izba uznał, nie będąc w tym zakresie związana żądaniami odwołania, iż dla zniweczenia opisanych wyżej skutków jednostronności ww. klauzuli, wystarczające jest nakazanie usunięcia z treści SIWZ postanowień mogących stanowić podstawę roszczeń zamawiającego do przymuszenia wykonawcy do zawarcia aneksu w tym przedmiocie, tj. cytowanego w ustaleniach Izby fragmentu ust. 13 rozdz. XVII SIWZ. W nakazanym stanie rzeczy ust. 1 ww. rozdziału SIWZ pozostanie jedynie określeniem pola przewidywanego przez zamawiającego zakresu dwustronnego aneksowania umowy. Tym samym zawarcie aneksu będzie w pełni uzależnione od woli wykonawcy i jako takie nie godzi w jego interesy. Natomiast dla zamawiającego nakazanie tego typu zmiany SIWZ, zamiast usunięcia możliwości aneksowania umowy, jest względniejsze.

Na marginesie powyższego Izba wskazuje na treść regulacji art. 144 ust. 1 Pzp, który stanowi, iż zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Znaczenie wynikającej z tego przepisu normy prawnej powoduje, iż

zamawiający nie może jej naruszyć w treści SIWZ. Jeżeli nie sformułuje warunków takiej zmiany w SIWZ lub sformułuje je nieprawidłowo, nie będzie mógł po prostu dokonać zmian w umowie w zgodzie z powołanym przepisem. Normę art. 144 ust. 1 Pzp naruszy dopiero w chwili gdy pomimo to aneksy tego typu zawrze.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 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. Nr 41, poz. 238).

.....

.....

.....