

Doręczenie do Prezesa KIO elektroniczne skrzynką ePUAP

Doręczenie do Zamawiającego pocztą elektroniczną na adres: przetargi@kg.straz.gov.pl

Kraków, 27 stycznia 2025 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Zamawiający: Komenda Główna Państwowej Straży Pożarnej

z siedzibą w Warszawie

ul. Podchorążych 38

00-463 Warszawa

NIP: 521-04-13-024

REGON: 000173404

e-mail: przetargi@kg.straz.gov.pl

Odwołujący: Abakus Systemy Teleinformatyczne sp. z o.o.

z siedzibą w Bielsku Białej

ul. Działowa 8A

43-300 Bielsko-Biała

reprezentowana przez pełnomocników:

r.pr. Szymon Niżegorodcewa,

r.pr. Jarosława Sroczyńskiego,

r.pr. Monikę Mierzejewską,

r.pr. Marcina Mioduszeńskiego,

Markiewicz Sroczyński Mioduszeński Kancelaria Radców Prawnych sp. j.

ul. Św. Tomasza 34, Dom Na Czasie, lok. 12, 31-027 Kraków

e-mail: szymon.nizegorodcew@msmlegal.pl,

jaroslaw.sroczynski@msmlegal.pl,

Markiewicz Sroczyński Mioduszeński
Kancelaria Radców Prawnych sp. j.

KRS: 0000298022, REGON: 120629044, NIP: 677-23-05-033
ul. Św. Tomasza 34, Dom Na Czasie, lok. 12, 31-027 Kraków
tel. +48 12 428 55 05, +48 602 10 52 52; fax: +48 12 428 55 09
www.msmlegal.pl

Wspólnicy:
r. pr. prof. dr hab. Ryszard Markiewicz
r. pr. Jarosław Sroczyński
r. pr. Michał Markiewicz
r. pr. Marcin Mioduszeński

Senior Counsel:
adw. dr Sybilla Stanisławska-Kłoc

Prawnicy: r. pr. Ewelina Bosek, r. pr. Iga Bryś,
apl. radc. Erika Czereda-Dziubek, Damian Dąbrowski,
r. pr. Piotr Krzywicki, Wiktoria Matysik, r. pr. Monika Mierzejewska,
r. pr. Joanna Misztal, r. pr. Zuzanna Ochońska-Borowska,
apl. adw. Anna Pietrzyk, apl. radc. Michał Sroczyński, r. pr. Julian Tateno

Counsel: r. pr. dr Jakub Chwałba, r. pr. Dominika Markiewicz

Doradca podatkowy: Łukasz Szczygiel

monika.mierzejewska@msmlegal.pl,

marcin.mioduszeński@msmlegal.pl.

Nr sprawy: BF-IV.2370.24.2024

Nr Ogłoszenia: Dz. U. UE: 726401-2024

Tytuł zamówienia: Dostawa, instalacja i utrzymanie Zintegrowanego Kokpitu Operatora dla Systemu Wspomagania Decyzji Państwowej Straży Pożarnej wraz z usługami konfiguracji.

Wpis od Odwołania: 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100).

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego - Abakus Systemy Teleinformatyczne sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku Białej (dalej jako: „**Abakus**” lub „**Odwołujący**”), w oparciu o pełnomocnictwo, których oryginał wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa stanowi załącznik 2 do niniejszego pisma, na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej jako: „**pzp**”, „**Ustawa**”), **składam odwołanie** na niezgodną z przepisami Ustawy czynność zamawiającego w postaci Specyfikacji Warunków Zamówienia wraz z jej załącznikami (dalej jako: „**SWZ**”), podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ogłoszonego przez Komendę Główną Państwowej Straży Pożarnej z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „**Zamawiający**”) pod nazwą „Dostawa, instalacja i utrzymanie Zintegrowanego Kokpitu Operatora dla Systemu Wspomagania Decyzji Państwowej Straży Pożarnej wraz z usługami konfiguracji” (nr sprawy: BF-IV.2370.24.2024, dalej jako „**Zamówienie**”), dalej jako „**Odwołanie**”, **zarzucając Zamawiającemu:**

1. **Zarzut 1** - naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 99 ust. 1 pzp poprzez sformułowanie SWZ w sposób niepełny (niewyczerpujący) poprzez niewyjaśnienie przez Zamawiającego w § 1 ust. 3 pkt 1 Projektu Umowy (t.j. w załączniku nr 2 do SWZ - Modyfikacja II) w treści definicji „Błędu Krytycznego” pojęcia „Funkcjonalności Krytycznych Systemu”;
2. **Zarzut 2** - naruszenie art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 99 ust. 1 pzp przez sformułowanie SWZ w sposób niepełny (niewyczerpujący) poprzez niewskazanie oczekiwań Zamawiającego

- w § 1 ust. 3 pkt 2 Projektu Umowy (t.j. w załączniku nr 2 do SWZ - Modyfikacja II) dotyczących wydajności Systemu w definicji „Błędu Niekrytycznego”;
3. **Zarzut 3** - naruszanie art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 pzp przez określenie w SWZ (t.j. w załączniku nr 2 do SWZ - Modyfikacja II) cech dostaw nieodnoszących się do realizacji wymaganych dostaw. W § 1 ust. 18 pkt 1 Projektu Umowy (t.j. w załączniku nr 2 do SWZ - Modyfikacja II) Zamawiający wskazał definicję „Oprogramowania Dedykowanego” przez które należy rozumieć „oprogramowanie tworzone na potrzeby Umowy, w tym rozbudowa Systemu, które nie zostało przypisane do standardowego oprogramowania systemowego lub Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego”;
 4. **Zarzut 4** - naruszenia art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 99 ust. 1 pzp poprzez sformułowanie SWZ (t.j. w załączniku nr 2 do SWZ - Modyfikacja II) w sposób nieuzasadniony żądania powiększenia liczby członków Zespołu Projektowego Wykonawcy w § 14 ust. 6 Projektu Umowy;
 5. **Zarzut 5** - naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 99 ust. 1 pzp poprzez sformułowanie SWZ (t.j. w załączniku nr 5 do SWZ - Modyfikacja II pn. „Regulamin przedstawienia próbki. Wymagania dotyczące prezentacji próbki Systemu”) w sposób niepełny (niewyczerpujący) wymagań technicznych dotyczących działania próbki Systemu;
 6. **Zarzut 6** - naruszenie art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 99 ust. 1 pzp poprzez sformułowanie SWZ w sposób niepełny (niewyczerpujący) poprzez niewyjaśnienie przez Zamawiającego użytych w § 11 ust. 5 pkt 2 Projektu Umowy (t.j. w załączniku nr 2 do SWZ - Modyfikacja II) pojęć (sformułowań), t.j. „niezbędne do wykonania”, „przydatność dla Zamawiającego” oraz niedookreślenie przez Zamawiającego ryzyka;
 7. **Zarzut 7** - naruszenia art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 99 ust. 1 pzp oraz w zw. z art. 2 ust. 1 i 2 w zw. z art. 46 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz. U. z 2025 r. poz. 24, dalej jako: „**pr. aut.**”) poprzez zawarcie w SWZ (t.j. w § 7 ust. 19 pkt 2; ust. 22 pkt 1; ust. 30 pkt 1; 33 pkt 1; 36 w załączniku nr 2 do SWZ - Modyfikacja II) postanowień dotyczących zezwalania na wykonywanie „zależnych praw autorskich do opracowań”;
 8. **Zarzut 8** - naruszenia art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 99 ust. 1 pzp poprzez sformułowanie SWZ (t.j. w załączniku nr 2 do SWZ - Modyfikacja II) w sposób niepełny (niewyczerpujący) poprzez niewyjaśnienie przez Zamawiającego w § 17 ust. 1 Projektu Umowy pojęcia (sformułowania) „utraconych korzyści”.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi o:

1. Uwzględnienie Odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany SWZ, w tym w zakresie:
 - 1) **zarzutu 1** - opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mających mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym enumeratywnego wskazania pełnej listy Funkcjonalności Krytycznych Systemu, w podziale na wszystkie wymagania wskazane w Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej jako: „OPZ”);
 - 2) **zarzutu 2** - opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mających mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym wskazania szczegółowych wymagań dotyczących wydajności Systemu;
 - 3) **zarzutu 3** - opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mających mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz określenia w OPZ wymaganych cech zgodnie z art. 99 ust. 2 pzp, w tym usunięcia pojęcia „Oprogramowanie Dedykowane”, które znajduje się w § 1 ust. 18 pkt 1 Projektu Umowy (t.j. w załączniku nr 2 do SWZ - Modyfikacja II);
 - 4) **zarzutu 4** - opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mających mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym usunięcia § 14 ust. 6 Projektu Umowy (t.j. z załącznika nr 2 do SWZ - Modyfikacja II);
 - 5) **zarzutu 5** - opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mających mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym sprecyzowania wymagań przygotowania próbki Systemu i możliwości jej dalszego wykorzystania;
 - 6) **zarzutu 6** - opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mających mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym usunięcia § 11 ust. 5 pkt 2 Projektu Umowy (t.j. w załączniku nr 2 do SWZ - Modyfikacja II);

- 7) **zarzutu 7** - opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mających mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym usunięcie postanowień § 7 ust. 19 pkt 2; ust. 22 pkt 1; ust. 30 pkt 1; 33 pkt 1; 36 Projektu Umowy (t.j. z załącznika nr 2 do SWZ - Modyfikacja II);
- 8) **zarzut 8** - opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mających mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym sprecyzowania pojęcia „utraconych korzyści”.
2. W razie nieuwzględnienia wniosku, o którym mowa w punkcie 1 powyżej, Odwołujący wnosi o uwzględnienie wniosku w odpowiedniej części oraz o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SWZ w części odpowiadającej uwzględnionym zarzutom Odwołania, tak, aby postanowienia SWZ odpowiadały przepisom prawa w zakresie wskazanym w uzasadnieniu Odwołania zgodnie z odpowiednimi wnioskami z punktu 1 powyżej.
3. Niezależnie od powyższego punktu 1 i 2, Odwołujący wnosi o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą (dalej jako: „**KIO**”), na podstawie rachunków lub spisu kosztów przedstawionego na rozprawie.

U Z A S A D N I E N I E

I. Interes prawny Odwołującego we wniesieniu Odwołania

Zgodnie z przepisem art. 505 ust. 1 pzp, prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej przysługuje wykonawcy, który spełnia dwie przesłanki materialnoprawne: (1) ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia; lub (2) poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Ustawy. **Odwołujący posiada interes prawny w złożeniu Odwołania, ponieważ jest potencjalnym Wykonawcą, który stara się o uzyskanie Zamówienia. Odwołujący w ramach swojej działalności oferuje oprogramowanie oraz usługi, które są tożsame lub bardzo podobne do tych wymaganych w niniejszym postępowaniu. W szczególności, Odwołujący jest producentem systemu dedykowanego do obsługi działalności jednostek Państwowej Straży Pożarnej oraz Ochotniczej Straży**

Pożarnej, który dostarcza do różnych jednostek Państwowej Straży Pożarnej, w tym do Komendy Głównej Państwowej Straży Pożarnej w Warszawie.

II. Termin wniesienia Odwołania

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pzp odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekraczająca progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji stanowiącej podstawę do jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Na podstawie art. 509 ust. 1 i 2 pzp terminy oblicza się wg przepisów prawa cywilnego. Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy. Z tego względu, jako że informacja stanowiąca podstawę do wniesienia Odwołania została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w dniu 16 stycznia 2025 r., termin złożenia Odwołania upływa w dniu 27 stycznia 2025 r.

III. Wymagania dotyczące przedmiotu Zamówienia

Zgodnie z treścią załącznika nr 1 do SWZ - Modyfikacja II/nr 1 do umowy (dalej jako: „**Załącznik 1**”): „Zamawiający wymaga dostarczenia Zintegrowanego Kokpitu Operatora dla Systemu Wspomagania Decyzji Państwowej Straży Pożarnej, zwanego dalej „Systemem”, w postaci gotowego produktu „z półki” (ang. COTS - Commercial of The Shelf) w ujęciu modułowym wskazanym poniżej lub w innym ujęciu modułowym zapewniającym spełnienie określonych w niniejszym OPZ wymagań. Przez oprogramowanie COTS Zamawiający rozumie gotowe, komercyjnie dostępne rozwiązanie, które może być wdrożone z minimalną ingerencją techniczną, gdzie dostosowanie do potrzeb Zamawiającego odbywa się poprzez konfigurację parametrów systemu oraz integrację z istniejącymi systemami, bez konieczności dokonywania zmian w kodzie źródłowym oprogramowania. Wyklucza się tym samym oferty polegające na tworzeniu dedykowanego oprogramowania „szytego na miarę” od podstaw. Każdy z modułów Systemu będzie objęty minimalnym okresem subskrypcji wynoszącym 12 miesięcy wraz ze wsparciem technicznym w tym okresie, aktualizacjami oraz możliwością rozbudowy (...). Z kolei, zgodnie z §1 ust. 18 pkt 1 Projektu Umowy (t.j. załącznikiem nr 2 do SWZ - Modyfikacja II, dalej jako „**Załącznik 2**”) Zamawiający definiuje „Oprogramowanie Dedykowane” jako „oprogramowanie tworzone na potrzeby Umowy, w tym rozbudowa Systemu, które nie

zostało przypisane do standardowego oprogramowania systemowego lub Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego”. W wymaganiach dotyczących przedmiotu Zamówienia zachodzi sprzeczność, która wynika z różnego podejścia do definicji i wymagań dotyczących oprogramowania COTS (ang. COTS - Commercial of The Shelf, dalej jako: „COTS”) oraz oprogramowania dedykowanego, które są zawarte w dwóch różnych załącznikach (t.j. Załączniku 1 i 2). Załącznik 1 określa, że Zamawiający wymaga dostarczenia COTS, czyli gotowego, komercyjnie dostępnego rozwiązania, które można wdrożyć z minimalną ingerencją techniczną. Dostosowanie oprogramowania ma polegać na jego konfiguracji i integracji z istniejącymi systemami, bez konieczności dokonywania jakichkolwiek zmian w kodzie źródłowym. Zamawiający wyklucza oferty na tworzenie dedykowanego oprogramowania „szytego na miarę”. Z kolei, w Załączniku 2 definicja Oprogramowania Dedykowanego obejmuje oprogramowanie, które tworzy się specjalnie na potrzeby Zamawiającego lub które nie jest częścią standardowego oprogramowania systemowego. Oprogramowanie Dedykowane wiąże się z rozbudową systemu i tworzeniem nowych komponentów, które nie są częścią standardowego rozwiązania. Sprzeczność polega na tym, że COTS to gotowe, dostępne komercyjnie rozwiązanie, które wymaga minimalnych modyfikacji, a nie tworzenie nowych komponentów. Oprogramowanie Dedykowane to rozwiązanie wymagające tworzenia nowych komponentów, modyfikacji kodu źródłowego, co jest wykluczone w Załączniku 1 dla COTS. W rezultacie, rozbieżność między definicjami prowadzi do sytuacji, w której Zamawiający wymaga gotowego produktu COTS (co zakłada minimalną ingerencję i brak potrzeby tworzenia dedykowanego oprogramowania), ale jednocześnie w definicji Oprogramowania Dedykowanego wskazuje na możliwość rozbudowy i tworzenia nowych komponentów, co może prowadzić do niejasności co do tego, jaki dokładnie typ rozwiązania Zamawiający ma na myśli.

Jeżeli zatem Zamawiający jako założenie przyjął, że wymaga gotowego produktu COTS (co zakłada minimalną ingerencję i brak potrzeby tworzenia dedykowanego oprogramowania) to powinien jednoznacznie wskazać, że nie są możliwe żadne modyfikacje kodu źródłowego i prace deweloperskie, co za tym idzie Zamawiający powinien dokonać zmiany SWZ w taki sposób aby usunąć z niego wszelkie wzmianki dotyczące możliwości rozbudowy systemu, pisania kodu, tworzenia oprogramowania dedykowanego i inne równoznaczne określenia.

IV. Uzasadnienie prawne Odwołania

Art. 16 pzp odnosi się do zasad, którymi winien kierować się Zamawiający przy przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazane w nim zasady mają na celu zapewnienie uczciwego, przejrzystego i proporcjonalnego procesu. Zamawiający powinien działać w sposób, który zapewnia równe szanse dla wszystkich wykonawców, unikać jakichkolwiek praktyk faworyzujących jednych wykonawców kosztem innych. Proces postępowania musi być klarowny, zrozumiały i dostępny dla wszystkich zainteresowanych (potencjalnych wykonawców), co pozwala na kontrolowanie zgodności z przepisami i zasadami. Wszelkie wymagania, warunki czy kryteria oceny ofert powinny być adekwatne i odpowiednie do przedmiotu zamówienia, a zatem nie mogą być nadmierne i zbyt restrykcyjne.

KIO, w wyroku z 1 września 2023 r., sygn. KIO 2445/23, LEX nr 3623565, stwierdziła, że: „określenie przez zamawiającego warunków udziału w danym postępowaniu przetargowym ma na celu ocenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, tak aby zminimalizować ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Określając warunki udziału w postępowaniu zamawiający zawsze zobowiązany jest przestrzegać zasad wynikających z art. 16 ustawy pzp tj. zasady przejrzystości, proporcjonalności i równego traktowania wykonawców. Należy podkreślić, że warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności literalnej wykładni, która polega na ustalaniu znaczenia tekstu przez odwołanie się do kontekstu językowego terminów, zwrotów czy wyrażeń zawartych SWZ. Innymi słowy, ocena wymagań określonych przez zamawiającego w SWZ dokonywana jest poprzez ustalenie językowego znaczenia, sensu postanowień opisujących warunki udziału w postępowaniu. Dla zrozumienia czego wymaga zamawiający wystarczająca jest znajomość reguł sensu języka”. **Zatem, KIO w wyroku z 1 września 2023 r., sygn. KIO 2445/23, wskazała, że określenie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu przetargowym ma na celu ocenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, minimalizując ryzyko nienależytego wykonania. Warunki te muszą być zgodne z zasadami przejrzystości, proporcjonalności i równego traktowania wykonawców, wynikających z art. 16 pzp. Wykładnia warunków udziału powinna być dokonywana na podstawie ich literalnego znaczenia, czyli w oparciu o kontekst językowy zawartych w SWZ postanowień. Zrozumienie wymagań zamawiającego opiera się na precyzyjnym zrozumieniu sensu i znaczeniu użytych terminów w SWZ.**

Art. 99 pzp reguluje zasady opisywania przedmiotu zamówienia. Przedstawia szczegółowe wymagania dot. precyzyjnego, jasnego i wyczerpującego opisu, który powinien uwzględniać wszystkie istotne cechy przedmiotu zamówienia, takie jak proces produkcji, metody realizacji, czy inne wymagania związane z cyklem życia produktu. Opis przedmiotu zamówienia musi być zgodny z wymogami uczciwej konkurencji i nie może faworyzować żadnego wykonawcy. W sytuacjach, gdy przedmiot zamówienia jest trudny do opisanie w sposób precyzyjny, dopuszczalne jest użycie nazw, znaków towarowych, patentów, czy specyficznych procesów, ale tylko pod warunkiem, że będą one uzupełnione o określenie „lub równoważny”. Z kolei, jeśli dojdzie do wskazania takich cech, zamawiający musi określić kryteria oceny równoważności. Dodatkowo, zamawiający może również określić, że w ramach zamówienia istnieje konieczność przeniesienia praw własności intelektualnej lub udzielenia licencji, jeśli jest to związane z przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z wyrokiem KIO z 9 stycznia 2023 r., sygn. KIO 3439/22, LEX nr 3509570: „w odniesieniu do dyspozycji art. 99 ust. 1 ustawy, należy zaznaczyć, że podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione oraz również jednoznacznie podane. Pamiętać bowiem należy, że to opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom, którzy zamierzają złożyć w postępowaniu oferty, na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Tym samym wykonawcy muszą mieć wiedzę na temat wszystkich czynników wpływających na kalkulację ceny oferty i nie mogą ich się domyślać czy też wyinterpretować, ewentualnie czynić jakiś hipotetycznych założeń co do przedmiotu zamówienia. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być konkretne, jednoznaczne i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo”. **Zatem, KIO w wyroku z dnia 9 stycznia 2023 r., sygn. KIO 3439/22, podkreśla, że zgodnie z art. 99 ust. 1 pzp zamawiający ma obowiązek sporządzenia OPZ w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Oznacza to, że OPZ musi być tak precyzyjny, aby wykonawcy nie musieli dokonywać żadnych dodatkowych interpretacji ani domysłów. Kluczowe jest, aby wszystkie istotne elementy zamówienia zostały w nim**

uwzględnione, a wykonawcy mieli pełną wiedzę na temat wszelkich czynników wpływających na przygotowanie oferty, w tym kalkulację ceny. OPZ musi być wykonany za pomocą precyzyjnych i zrozumiałych określeń, które uwzględniają wszystkie wymagania i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wykonawcy nie powinni mieć wątpliwości co do tego, jakie są oczekiwania zamawiającego, a samo przedstawienie przedmiotu zamówienia musi być szczegółowe i wszechstronne.

KIO, w wyroku z 27 maja 2022 r., sygn. KIO 1262/22, LEX nr 3419842, jednoznacznie i ponad wszelką wątpliwość stwierdziła, że: „Zamawiający jest zobowiązany do ukształtowania opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 99 ust. 1 p.z.p., który stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się sposobem jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zatem to na zamawiającym spoczywa ciężar sformułowania przedmiotu zamówienia w sposób określony przez ustawodawcę, tak aby możliwe było jednoznaczne zidentyfikowanie z jakich elementów składa się zamówienie oraz co będzie kluczowe i niezbędne do jego prawidłowej realizacji. Treść dokumentacji postępowania winna więc być podstawą do umożliwienia wykonawcy pełnego i rzetelnego oszacowania zakresu zamówienia, a tym samym złożenia oferty zapewniającej właściwe wykonanie przedmiotu umowy”. **Zatem, KIO w wyroku z 27 maja 2022 r., sygn. KIO 1262/22, stwierdza, że zamawiający musi opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, zgodnie z art. 99 ust. 1 pzp. Opis musi być dokładny i zrozumiały, uwzględniając wszystkie istotne wymagania, które mogą wpłynąć na sporządzenie oferty. To na zamawiającym spoczywa odpowiedzialność za sformułowanie opisu w taki sposób, by wykonawcy mogli jednoznacznie zidentyfikować przedmiot zamówienia i rzetelnie oszacować zakres pracy, co pozwoli na przygotowanie oferty zapewniającej prawidłową realizację umowy.**

KIO analogiczne stanowisko zajęła w wyroku z 17 stycznia 2022 r., sygn. KIO 3718/21, LEX nr 3353126, wskazując, że: „dyspozycja art. 99 determinuje, aby opis przedmiotu zamówienia został przez Zamawiającego sformułowany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy

wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Przy czym zakres obowiązku zamawiającego dotyczącego informacji wymaganych w SIWZ jest determinowany przedmiotem zamówienia”. **Zatem, KIO w wyroku z 17 stycznia 2022 r., sygn. KIO 3718/21, podkreśliła, że art. 99 pzp zobowiązuje zamawiającego do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Opis ten powinien być dokładny i zrozumiały, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający ma obowiązek tak precyzyjnie określić swoje oczekiwania, aby każdy wykonawca mógł jednoznacznie zidentyfikować, czego zamawiający oczekuje. KIO zaznaczyła, że zakres obowiązku zamawiającego dotyczy informacji w dokumentacji przetargowej (t.j. SWZ) zależy od charakteru przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że wymagania muszą być dopasowane do specyfiki zamówienia, a ich szczegółowość powinna zapewnić przejrzystość i umożliwić wykonawcom przygotowanie ofert zgodnych z rzeczywistymi potrzebami zamawiającego.**

W wyroku z 20 lutego 2023 r., sygn. KIO 261/23, LEX nr 3505543, KIO stwierdziła, że: „wszelkie niejasności w opisie przedmiotu zamówienia, powodujące możliwość odmiennej interpretacji oraz wyprowadzenia z niego różnych, nawet odmiennych wniosków, nie mogą obciążać wykonawcy. Świadczą one bowiem o niewypełnieniu przez Zamawiającego obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Pamiętać bowiem należy, że wykonawca składając ofertę nie może domyślać się co Zamawiający miał na myśli opisując przedmiot zamówienia, lecz przygotować ofertę w sposób spełniający wszystkie warunki zamówienia. Za niedopuszczalne należy uznać twierdzenie o niezgodności oferty wykonawcy na podstawie niezawartych w treści specyfikacji wymagań lub subiektywnej, rozszerzającej interpretacji jej zapisów jak również dokonanie oceny oferty przez pryzmat oczekiwań nieznajdujących odzwierciedlenia w SWZ. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę, opiera się na dosłownym brzmieniu postanowień SWZ, uznając za możliwe do zaoferowania rozwiązanie, które nie zostało przez Zamawiającego wyeliminowane”. **Zatem, KIO w wyroku z 20 lutego 2023 r., sygn. KIO 261/23 stwierdziła, że wszelkie niejasności w OPZ, które mogą prowadzić do różnych interpretacji, nie mogą obciążać wykonawcy. Zgodnie z tym stanowiskiem, wykonawca nie może domyślać się, co dokładnie zamawiający miał na myśli przy opisie przedmiotu zamówienia. Wykonawca powinien opracować ofertę zgodną z dosłownym brzmieniem zapisów w SWZ i przygotować ją tak, by spełniała wszystkie wskazane warunki. KIO uznała, że nie jest dopuszczalne kwestionowanie oferty wykonawcy na podstawie wymagań, które nie zostały zawarte w dokumentacji**

przetargowej lub które wynikają z subiektywnej interpretacji zapisów SWZ. Oferta powinna być oceniana wyłącznie na podstawie zapisów dokumentacji przetargowej, a wykonawca nie może być oceniany według oczekiwań, które nie zostały wprost uwzględnione w SWZ.

Zgodnie z wyrokiem KIO z 27 kwietnia 2022 r., sygn. KIO 909/22, LEX nr 3399609, „dokonanie opisu zamówienia w sposób sprzeczny z art. 99 ust. 1 p.z.p. w związku z art. 16 pkt 1 p.z.p. stanowi niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”. **Zatem, KIO w wyroku KIO z 27 kwietnia 2022 r., sygn. KIO 909/22, stwierdza, że sprzeczny opis zamówienia w odniesieniu do wymagań art. 99 ust. 1 pzp dotyczącego jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia oraz art. 16 pkt 1 pzp, który dotyczy zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności, stanowi nieusuwalną wadę. Taka wada uniemożliwia zawarcie umowy, ponieważ nie spełnia ona podstawowych wymagań wynikających z Ustawy.**

E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, P. Wójcik, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 99, stwierdza, że: „precyzyjność opisu przedmiotu zamówienia ma kluczowe znaczenie dla prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ gwarantuje zarówno porównywalność ofert, jak i możliwość stosunkowo łatwej weryfikacji zgodności złożonych ofert ze specyfikacją. Wieloznaczność opisu czy braki w nim mogą powodować wadliwość ukształtowania cen ofert wykonawców, przez ich nieuzasadnione zawyżenie lub zaniżenie”. **Ponad wszelką wątpliwość należy zgodzić się z przytoczonym stwierdzeniem, że precyzyjność OPZ ma kluczowe znaczenie dla prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Opis ten nie tylko zapewnia porównywalność ofert, ale również umożliwia łatwą weryfikację zgodności ofert z wymogami specyfikacji. Jeśli OPZ jest niejednoznaczny lub zawiera braki, może to prowadzić do poważnych problemów, takich jak wadliwość ukształtowania cen ofert. Niezrozumiałe lub niepełne zapisy mogą sprawić, że wykonawcy będą składać oferty oparte na nieprecyzyjnych założeniach, co może prowadzić do nieuzasadnionych wahań cen - zarówno zawyżonych, jak i zaniżonych w stosunku do rzeczywistego kosztu realizacji zamówienia. Taka sytuacja może skutkować nierównościami w ocenie ofert, a w konsekwencji naruszeniem zasady**

równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zatem, zgodność z przepisami i precyzyjność dokumentacji przetargowej jest podstawą, która zapewnia sprawiedliwość całego procesu przetargowego.

W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający nie dopełnił istotnych obowiązków wynikających z Ustawy, które są niezbędne do prawidłowego rozpoczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co zostało szczegółowo przedstawione poniżej.

Ad do zarzutu 1 Odwołania

W odniesieniu do zarzutu 1 Odwołania, Zamawiający w § 1 ust. 3 pkt 1 Załącznika 2 zdefiniował „Błąd Krytyczny” jako „nieprawidłowe działanie Systemu powodujące albo całkowity brak możliwości korzystania z Systemu, albo takie ograniczenie możliwości korzystania z niego, że przestaje ono spełniać swoje podstawowe funkcje. Przykładem Błędu Krytycznego jest niemożność uruchomienia Systemu, brak dostępu do danych, brak odczytu/zapisu z bazy danych, utrata danych, utrata spójności, integralności i poufności danych, brak możliwości zalogowania i uwierzytelnienia użytkownika, niezachowanie rozliczalności danych, niedostępność Funkcjonalności Krytycznych Systemu”. **W definicji „Błędu Krytycznego” brak dokładnej definicji pojęcia (sformułowania) „Funkcjonalności Krytycznych Systemu”, która prowadzi do niejasności i trudności w interpretacji, szczególnie w kontekście odpowiedzialności za ewentualne błędy w Systemie. Zamawiający zdefiniował błąd jako „nieprawidłowe działanie Systemu powodujące (...)”, ale nie wskazał jednoznacznie, które funkcjonalności w Systemie są uznawane za krytyczne. Może to powodować spór w przypadku, gdyby pojawiła się wątpliwość co do tego, czy dane niedziałanie Systemu stanowi Błąd Krytyczny, czy może jest to kwestia mniej istotna, której nie można uznać za Błąd Krytyczny w świetle umowy. W takim przypadku konieczne jest sprecyzowanie, jakie konkretne funkcjonalności Systemu są uznawane za krytyczne.** Z kolei, zgodnie z treścią Załącznika 1 (OPZ): „Zamawiający wymaga dostarczenia Zintegrowanego Kokpitu Operatora dla Systemu Wspomagania Decyzji Państwowej Straży Pożarnej, zwanego dalej „Systemem”, w postaci gotowego produktu „z półki” (ang. COTS - Commercial of The Shelf) w ujęciu modułowym wskazanym poniżej lub w innym ujęciu modułowym zapewniającym spełnienie określonych w niniejszym OPZ wymagań. Przez oprogramowanie COTS Zamawiający rozumie gotowe, komercyjnie dostępne rozwiązanie, które może być wdrożone z minimalną ingerencją

techniczną, gdzie dostosowanie do potrzeb Zamawiającego odbywa się poprzez konfigurację parametrów systemu oraz integrację z istniejącymi systemami, bez konieczności dokonywania zmian w kodzie źródłowym oprogramowania”. W stosunku do tego Rodzaju nieprawidłowości, jakim jest „Błąd Krytyczny”, w rozdziale 12 pkt 4 Załącznika 1 dot. Wymagań w zakresie Utrzymania Systemu, Zamawiający wskazał Parametry SLA dotyczące świadczenia Utrzymania Systemu. Zamawiający wskazał Rodzaj Nieprawidłowości, Czas Reakcji i Czas Naprawy. Dla Błędu Krytycznego wskazał Czas Reakcji do 2 Godzin, Czas Naprawy do 8 Godzin Roboczych. Dodatkowo, Zamawiający, w § 10 ust. 1 pkt 2a Załącznika 2 wskazał, że: „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w następujących przypadkach i w wysokości: 2) za zwłokę w realizacji zobowiązań wynikających z Gwarancji w zakresie Błędów: a) w odniesieniu do Błędu Krytycznego - 500,00 PLN za każdą rozpoczętą Godzinę Roboczą zwłoki”. Dodatkowo, należy zauważyć, że zgodnie z treścią załącznikiem nr 4 do SWZ/nr 1 do formularza oferty - Modyfikacja II (dalej jako: „**Załącznik 4**”) „cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego. Przed jej obliczeniem Wykonawca powinien dokładnie i szczegółowo zapoznać się z opisem przedmiotu zamówienia oraz uzyskać niezbędne do sporządzenia oferty informacje mające wpływ na wysokość ceny”. Na cenę oferty składają się trzy pozycje wskazane w Załączniku 4, w tym „Usługa utrzymania systemu (w miesiącach)”. **Zgodnie z treścią Załącznika 4, Wykonawca ma obowiązek uwzględnić wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu Zamówienia oraz warunkami stawianymi przez Zamawiającego. W szczególności, przed obliczaniem ceny, Wykonawca powinien dokładnie zapoznać się z OPZ oraz uzyskać wszystkie niezbędne informacje, które mogą mieć wpływ na wysokość ceny. Wskazanie, że cena oferty składa się z trzech pozycji, w tym „Usługi utrzymania systemu (w miesiącach)”, sugeruje, że Wykonawca musi dokładnie określić, jakie usługi związane z utrzymaniem Systemu są wliczane w cenę i jak długo będą świadczone (w jakim okresie miesięcznym). Z perspektywy formalnej, ważne jest, aby Wykonawca uwzględnił w ofercie wszystkie elementy, które mogą wpłynąć na koszt utrzymania Systemu. Aby prawidłowo obliczyć cenę oferty w zakresie tego kryterium, niezbędna jest wiedza jakie funkcjonalności są krytyczne. Aby prawidłowo oszacować koszt oferty w zakresie kryterium Utrzymanie, niezbędne jest określenie, które funkcjonalności są rzeczywiście krytyczne. Samo stwierdzenie, że krytyczność dotyczy dostępu do danych czy możliwości, np. zalogowania do Systemu, jest niewystarczające. Dostęp do danych występuje w różnych miejscach Systemu, więc nie oznacza to, że każda**

z tych funkcji jest krytyczna. Zalogowanie to tylko jedna z wielu funkcji Systemu. Przykłady podane przez Zamawiającego w definicji Błędu Krytycznego mogą stanowić wskazówki podczas tworzenia Systemu, ale nie są wystarczające w kontekście dostarczenia w pełni gotowego rozwiązania, jakiego oczekuje Zamawiający.

Reasumując, niewyjaśnienie przez Zamawiającego w treści definicji Błędu Krytycznego pojęcia „Funkcjonalność Krytyczna Systemu” jest naruszeniem art. 16 pkt 1 i 2 w zw. art. 99 ust. 1 pzp, ponieważ SWZ została sformułowana w sposób niepełny i niewyczerpujący. Brak precyzyjnego określenia, które funkcjonalności systemu są krytyczne, prowadzi do niejasności, co może uniemożliwić Wykonawcom prawidłowe oszacowanie kosztów oferty, szczególnie w zakresie utrzymania Systemu i naprawy Błędów Krytycznych. Niewłaściwe sformułowanie definicji utrudnia także przygotowanie ofert zgodnych z wymaganiami Zamawiającego, naruszając zasadę przejrzystości i uczciwej konkurencji.

Ad do zarzutu 2 Odwołania

W odniesieniu do zarzutu 2 Odwołania, zgodnie z § 1 ust. 3 pkt 2 Załącznika 2: „Błąd Niekrytyczny” to „nieprawidłowe działanie Systemu powodujące ograniczenie korzystania z Systemu przy zachowaniu spełniania przez System jego podstawowych funkcji. W przypadku, gdy wydajność Systemu pogorszy się dwukrotnie w stosunku do oczekiwań, taka sytuacja może być rozpatrywana jako Błąd Krytyczny”. Zgodnie zaś z Załącznikiem 1 „Zamawiający wymaga dostarczenia Zintegrowanego Kokpitu Operatora dla Systemu Wspomagania Decyzji Państwowej Straży Pożarnej, zwanego dalej „Systemem”, w postaci gotowego produktu „z półki” (ang. COTS - Commercial of The Shelf) w ujęciu modułowym wskazanym poniżej lub w innym ujęciu modułowym zapewniającym spełnienie określonych w niniejszym OPZ wymagań. Przez oprogramowanie COTS Zamawiający rozumie gotowe, komercyjnie dostępne rozwiązanie, które może być wdrożone z minimalną ingerencją techniczną, gdzie dostosowanie do potrzeb Zamawiającego odbywa się poprzez konfigurację parametrów systemu oraz integrację z istniejącymi systemami, bez konieczności dokonywania zmian w kodzie źródłowym oprogramowania”. **Zatem Zamawiający wymaga dostarczenia COTS, które będzie mogło zostać zaadaptowane do jego potrzeb przez konfigurację i integrację z istniejącymi systemami, bez konieczności modyfikowania kodu źródłowego. W przypadku problemów z Systemem, błędy mogą być klasyfikowane jako niekrytyczne, gdzie System nadal spełnia**

podstawowe funkcje, mimo ograniczeń; lub krytyczne, gdzie wydajność spada dwukrotnie w stosunku do oczekiwań i System przestaje działać prawidłowo. W stosunku do tego Rodzaju nieprawidłowości, jakim jest „Błąd Niekrytyczny”, w rozdziale 12 pkt 4 Załącznika 1 dot. Wymagań w zakresie Utrzymania Systemu, Zamawiający wskazał Parametry SLA dotyczące świadczenia Utrzymania Systemu. Zamawiający wskazał Rodzaj Nieprawidłowości, Czas Reakcji i Czas Naprawy. Dla Błędu Niekrytycznego wskazał Czas Reakcji do 8 Godzin, Czas Naprawy do 24 Godzin Roboczych. Dodatkowo, Zamawiający, w § 10 ust. 1 pkt 2a Załącznika 2 wskazał, że: „Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w następujących przypadkach i w wysokości: 2) za zwłokę w realizacji zobowiązań wynikających z Gwarancji w zakresie Błędów: b) w odniesieniu do Błędu Niekrytycznego - 300,00 PLN za każdą rozpoczętą Godzinę Roboczą zwłoki”. **Aby prawidłowo obliczyć cenę oferty w zakresie kryterium „Utrzymanie”, Wykonawca musi znać oczekiwane standardy wydajnościowe Systemu. Wiedza na temat tego, jakie są wymagania dotyczące reakcji na błędy oraz klasyfikacja błędów pomoże określić, jakie koszty i zasoby będą potrzebne do zapewnienia odpowiedniego poziomu utrzymania Systemu. Precyzyjne zrozumienie parametrów pozwala na dokładne oszacowanie kosztów, które wykonawca poniesie w ramach świadczenia usług utrzymania systemów.**

Reasumując, niewskazanie przez Zamawiającego oczekiwań dotyczących wydajności Systemu w definicji „Błędu Niekrytycznego” jest naruszeniem art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 99 ust. 1 pzp, ponieważ brak takiej precyzyjnej informacji może utrudniać wykonawcom równe i uczciwe przygotowanie ofert, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dodatkowo, brak jasnych oczekiwań co do wydajności prowadzi do braku przejrzystości, ponieważ wykonawcy mogą mieć trudności w zrozumieniu, jakie wymagania powinni spełnić w zakresie wydajności Systemu. Ponadto, nieokreślenie takich wymagań może prowadzić do nieproporcjonalnych oczekiwań wobec wykonawców.

Ad do zarzutu 3 Odwołania

W odniesieniu do zarzutu 3 Odwołania, zgodnie z § 1 ust. 18 pkt 1 Załącznika 2: „Oprogramowanie Dedykowane” to oprogramowanie tworzone na potrzeby Umowy, w tym rozbudowa Systemu, które nie zostało przypisane do standardowego oprogramowania

systemowego lub Standardowego Oprogramowania Aplikacyjnego”. Zgodnie zaś z Załącznikiem 1 „Zamawiający wymaga dostarczenia Zintegrowanego Kokpitu Operatora dla Systemu Wspomagania Decyzji Państwowej Straży Pożarnej, zwanego dalej „Systemem”, w postaci gotowego produktu „z półki” (ang. COTS - Commercial of The Shelf) w ujęciu modułowym wskazanym poniżej lub w innym ujęciu modułowym zapewniającym spełnienie określonych w niniejszym OPZ wymagań. Przez oprogramowanie COTS Zamawiający rozumie gotowe, komercyjnie dostępne rozwiązanie, które może być wdrożone z minimalną ingerencją techniczną, gdzie dostosowanie do potrzeb Zamawiającego odbywa się poprzez konfigurację parametrów systemu oraz integrację z istniejącymi systemami, bez konieczności dokonywania zmian w kodzie źródłowym oprogramowania”. **Zgodnie z Załącznikiem 1 i 2, w ramach Zamówienia nie przewiduje się dostawy Oprogramowania Dedykowanego, ponieważ wymagane jest jedynie dostarczenie gotowego, komercyjnego oprogramowania COTS, które nie wymaga zmian w kodzie źródłowym, a jedynie konfiguracji i integracji z istniejącymi systemami. W związku z tym należy usunąć zapis dotyczący Oprogramowania Dedykowanego.**

Reasumując, określenie w SWZ cech dostaw nieodnoszących się realizacji wymaganych dostaw jest naruszeniem art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 pzp, ponieważ narusza zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż wprowadzenie nieprecyzyjnych wymagań dotyczących dostaw, które nie mają związku z przedmiotem Zamówienia, może utrudniać im przygotowanie oferty. Wykonawcy mogą mieć trudności z oceną, jakie cechy dostaw są istotne, co w efekcie może prowadzić do nierówności w dostępie do informacji i ograniczać konkurencję. Narusza zasadę przejrzystości postępowania, ponieważ brak precyzyjnego określenia wymagań w odniesieniu do przedmiotu Zamówienia utrudnia wykonawcom właściwe zrozumienie zakresu oczekiwań Zamawiającego. Może to skutkować niepewnością, co do tego, jakie cechy dostaw są wymagane, co utrudnia przygotowanie ofert i stwarza ryzyko niezgodności z rzeczywistymi potrzebami. Dodatkowo, narusza zasadę proporcjonalności, ponieważ wprowadzenie nieistotnych cech dostaw może prowadzić do wymagań, które są obciążające dla wykonawców w sposób nieproporcjonalny do wartości i celu zamówienia. Takie zapisy mogą zniekształcać konkurencję i tworzyć bariery dla wykonawców, którzy mogliby zaoferować tańsze lub bardziej odpowiednie rozwiązania. Ponadto, OZP musi być jednoznaczny i wyczerpujący, co stanowi wymóg art. 99 ust. 1 i 2 pzp. Określenie cech dostaw, które nie

są związane z realizacją zamówienia, stanowi naruszenie tego przepisu, ponieważ wprowadza niejasności i utrudnia wykonawcom przygotowanie ofert na podstawie zrozumiałych i adekwatnych wymagań.

Ad do zarzutu 4 Odwołania

W odniesieniu do zarzutu 4 Odwołania, zgodnie z § 14 ust. 6 Załącznika 2: „Zamawiający ma prawo zawnieć o rozszerzenie Zespołu Projektowego Wykonawcy w sytuacji zaistnienia ryzyka opóźnienia Projektu. Wykonawca w terminie 5 Dni Roboczych ustosunkuje się do wniosku Zamawiającego i zaproponuje dodatkową osobę, która będzie członkiem Zespołu Projektowego Wykonawcy. Dla uniknięcia wątpliwości, Strony ustalają, że wniosek złożony przez Zamawiającego jest wiążący dla Wykonawcy i Wykonawca zobligowany jest do zapewnienia dodatkowych członków Zespołu Projektowego Wykonawcy”.

Postanowienie § 14 ust. 6 Załącznika 2 jest nieuzasadnione zakresem Zamówienia. W sytuacji, gdy Zamawiający oczekuje oprogramowania typu COTS, a jedyne prace wykonywane przez Zespół Projektowy Wykonawcy polegać będą na konfiguracji, zastrzeżenie prawa rozszerzenia zespołu nie jest uzasadnione.

W świetle tego zapisu realizacja przedmiotu umowy zależy od współpracy obu stron (Zamawiającego i wykonawcy), a nie tylko od wykonawcy. Zamawiający ma obowiązek zapewnienia odpowiedniej infrastruktury, co również wpływa na terminowość realizacji umowy. Przy takich zapisach, wykonawca nie jest w stanie dokładnie oszacować ryzyk związanych z realizacją umowy, a tym samym prawidłowo określić jej wartość. To uniemożliwia rzetelne skalkulowanie kosztów i przedmiotu umowy.

Reasumując, zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego prawa do uznaniowego zażądania rozszerzenia Zespołu Projektowego Wykonawcy opisane w § 14 ust. 6 Projektu Umowy jest naruszeniem art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 99 ust. 1 pzp, ponieważ nie znajduje to uzasadnienia w charakterze Zamówienia. Rozszerzenie takie miałoby uzasadnienie ewentualnie w sytuacji prowadzenia prac programistycznych, których nie sposób precyzyjnie przewidzieć na etapie określania Zamówienia w SWZ, natomiast w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z oprogramowaniem typu COTS, które

jest produktem standardowym. Powyższe postanowienie narusza przejrzystość postępowania; zapis może ponadto prowadzić do niewspółmiernych obciążeń dla wykonawcy, co nie jest proporcjonalne do jego obowiązków i uniemożliwia rzetelne oszacowanie wartości umowy. Zamawiający powinien zatem wykreślić wskazane postanowienie z SWZ.

Ad do zarzutu 5 Odwołania

W odniesieniu do zarzutu 5, SWZ nie precyzuje, w jakiej konfiguracji ma działać próbka Systemu dostarczona przez Wykonawcę, t.j. czy ma ona działać z dostępem do zasobów zdalnych (serwerowych), czy też w pełni offline. Konieczne jest szczegółowe określenie czy laptop z próbką ma być uruchomiony w naturalny sposób, z dostępem do Internetu (w tym do serwerów wykonawcy), czy też system ma działać całkowicie offline, co może być nierealistyczne w kontekście funkcjonowania tego typu systemu. **Brak wyjaśnienia tej kwestii prowadzi do niepewności i może powodować, że wykonawcy nie będą w stanie odpowiednio przygotować swoich ofert zgodnie z rzeczywistymi wymaganiami.** Jeśli wymogi dotyczące próbki Systemu są niejasne, wykonawcy mogą dostarczyć próbki Systemu w konfiguracji, która nie jest zgodna z rzeczywistymi wymaganiami Zamawiającego, a wynikające z tego błędy mogą prowadzić do nieprawidłowej oceny oferowanego rozwiązania. Wymaganie uruchomienia systemu offline na laptopie może być nierealistyczne, ponieważ może wymagać specjalnych, nieprzeznaczonych do tego Systemu środowisk programistycznych, co mogłoby prowadzić do nieprawidłowego działania Systemu. Ponadto, jeżeli w SWZ nie określono w sposób jednoznaczny, czy laptop ma działać z dostępem do Internetu, Wykonawcy mogą błędnie przyjąć, że wymaganie dotyczy pełnej instalacji offline, co może prowadzić do dostarczenia rozwiązania, które nie odpowiada rzeczywistym wymaganiom Zamawiającego.

Reasumując, niejednoznaczne i niewyczerpujące określenie wymagań dotyczących działania próbki Systemu w SWZ narusza zasady art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 99 ust. 1 pzp, ponieważ zgodnie z art. 16 pkt 1 pzp Zamawiający powinien zapewnić uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców. W tym przypadku brak precyzyjnych informacji na temat wymagań dotyczących konfiguracji próbki Systemu prowadzi do sytuacji, w której wykonawcy mogą mieć różne interpretacje tych wymagań, co może

prorowadzić do nierównego traktowania uczestników postępowania. Z kolei, art. 16 pkt 2 pzp nakłada obowiązek przejrzystości postępowania, a niejednoznaczność tych wymagań skutkuje brakiem przejrzystości, co utrudnia wykonawcom prawidłowe przygotowanie ofert. W konsekwencji, nie mają oni pewności, czy ich oferta będzie spełniała rzeczywiste wymagania Zamawiającego. Ponadto, art. 16 pkt 3 pzp odnosi się do zasady proporcjonalności, która wymaga, by wymagania były adekwatne do przedmiotu zamówienia. Brak jednoznaczności co do konfiguracji próbki Systemu, np. czy ma ona działać offline czy online, może powodować, że wykonawcy poniosą nieproporcjonalne koszty związane z dostosowaniem Systemu do wymagań, które nie zostały wyraźnie określone. Takie sformułowanie wymagań nie spełnia standardów przewidzianych w Ustawie, naruszając zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności.

Ad do zarzutu 6 Odwołania

W odniesieniu do zarzutu 6, zgodnie z treścią § 11 ust. 5 pkt 2 Projektu Umowy: „jeżeli w oświadczeniu o odstąpieniu od Umowy Zamawiający wskaże, iż odstąpienie ma skutek wyłącznie do części Umowy: 2) w razie zatrzymania przez Zamawiającego jakichkolwiek rezultatów prac, Wykonawca zachowa prawo do wynagrodzenia za te rezultaty; wysokość wynagrodzenia zostanie ustalona w oparciu o wynagrodzenie opisane w Umowie, a jeżeli będzie to niewystarczające - w stosunku do nakładu pracy niezbędnej do wykonania tych prac oraz ich przydatności dla Zamawiającego (...)”. **Brak sprecyzowania sformułowania „niezbędne do wykonania” oraz „przydatności dla Zamawiającego” stwarza ryzyko w zakresie niewłaściwej interpretacji zakresu prac, co może prowadzić do nieadekwatnego ustalenia wynagrodzenia. Należy zwrócić uwagę, że precyzyjność w określeniu wynagrodzenia jest kluczowa dla prawidłowego wykonania umowy oraz transparentności obliczeń i kalkulacji kosztów związanych z realizacją przedmiotu Zamówienia.**

Reasumując, niewyjaśnienie pojęć (sformułowań), t.j. „niezbędne do wykonania”, „przydatność dla Zamawiającego” oraz niedookreślenie przez Zamawiającego ryzyka narusza art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 99 ust. 1 pzp Zamawiający ma obowiązek zapewnić uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców. Brak precyzyjnego określenia tych pojęć może prowadzić do różnych interpretacji, co stwarza ryzyko nierównego traktowania wykonawców w procesie oceny ofert. Art. 16 pkt 2 pzp nakłada

obowiązek przejrzystości postępowania. Niewyjaśnienie tych pojęć skutkuje brakiem przejrzystości, co utrudnia wykonawcom prawidłowe przygotowanie ofert, gdyż nie są oni w stanie w pełni określić, jakie prace będą uznawane za wykonane i jakie wynagrodzenie im za nie przysługuje. Natomiast art. 16 pkt 3 pzp wymaga, by wymagania były proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Niedokładne określenie ryzyka przez Zamawiającego może prowadzić do sytuacji, w której wykonawcy poniosą dodatkowe koszty związane z interpretowaniem nieprecyzyjnych warunków, co jest nieproporcjonalne do celu Zamówienia. Dodatkowo, art. 99 ust. 1 pzp wskazuje, że przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, co obejmuje także jasne określenie zasad wynagrodzenia, co w tym przypadku nie zostało spełnione.

Ad do zarzutu 7 Odwołania

Zgodnie z art. 74 ust. 4 pkt 2 pr. aut., autorskie prawa majątkowe wykonawcy do programu komputerowego obejmują prawo do tłumaczenia, przystosowywania, zmiany układu lub dokonywania jakichkolwiek innych zmian w programie komputerowym, przy zachowaniu praw osoby, która tych zmian dokonała. W przypadku programów komputerowych, wymagana jest zgoda twórcy programu na dokonywanie opracowań tego programu. Wyjątek stanowi art. 75 ust. 2 pr. aut., który przewiduje możliwość tworzenia opracowań programu jedynie wtedy, gdy jest to niezbędne do uzyskania informacji umożliwiających współdziałanie programu komputerowego z innymi programami komputerowymi. Wykonawca dysponuje pełnią autorskich praw majątkowych do oprogramowania oraz prawami zależnymi do jego opracowań, z wyjątkiem sytuacji, gdy wykonawca będzie działał jako reseller w imieniu producenta oprogramowania. Niemniej jednak, wykonawca nie posiada praw zależnych do opracowań oprogramowania, które mogłyby powstać w przyszłości, zarówno przez osoby trzecie, jak i przez Zamawiającego. W związku z tym, wykonawca nie ma uprawnienia do przekazania takich praw Zamawiającemu. W komentarzu do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, A. Nowicka wskazuje, że: „w świetle art. 74 ust. 4 pkt 2 pr. aut. należy przyjąć, że jeżeli czynności polegające na opracowaniu programu komputerowego zostały podjęte za zgodą podmiotu praw autorskich lub w warunkach określonych w art. 75 ust. 1 pr. aut., to prawo zależne (tj. prawo do rozporządzania i korzystania z opracowania) przysługuje twórcy opracowania (albo jego pracodawcy, jeżeli powstało w warunkach określonych w art. 74 ust. 3 pr. aut.” (A. Nowicka [w:] Komentarz do

ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych [w:] Ustawy autorskie. Komentarze. Tom II, red. R. Markiewicz, Warszawa 2021, art. 74). Zatem zgodnie z art. 74 ust. 4 pkt 2 pr. aut., czynności polegające na opracowywaniu programu komputerowego mogą być podejmowane jedynie za zgodą podmiotu, który dysponuje prawami autorskimi do programu, lub w przypadkach wskazanych w art. 75 ust. 1 tej ustawy. Oznacza to, że prawo do rozporządzania i korzystania z opracowań przysługuje twórcy opracowania (lub jego pracodawcy, jeśli opracowanie powstało w ramach stosunku pracy). Bez zgody autora pierwotnego utworu, twórca opracowania zależnego nie może korzystać ani rozpowszechniać swojego opracowania. Po udzieleniu przez wykonawcę zezwolenia na wykonywanie zależnych praw autorskich do oprogramowania, Zamawiający uzyskuje prawo do tworzenia opracowań programu komputerowego. Niemniej jednak, prawa zależne do tych opracowań pozostają poza zasięgiem praw autorskich wykonawcy, co oznacza, że wykonawca nie ma możliwości udzielenia Zamawiającemu zgody na korzystanie z praw zależnych do opracowań stworzonych przez Zamawiającego lub osoby trzecie działające w jego imieniu. W komentarzu do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, A. Niewęglowski wskazuje, że „fakt zezwolenia na zmodyfikowanie programu komputerowego nie jest tytułem do nabycia praw do przeróbki. Na ogólnych zasadach prawa autorskie do niej uzyskuje twórca. Jest tak z reguły, o ile jest w stanie nadać swojej pracy indywidualny i twórczy charakter. Niemniej korzystanie z praw do opracowania i rozporządzanie nim wymaga zgody podmiotu praw majątkowych do macierzystego programu.” (A. Niewęglowski [w:] Prawo autorskie. Komentarz, Warszawa 2021, art. 74). **Zatem Zamawiający popełnia błąd, jeśli chce przenieść prawo do dokonywania opracowań w odniesieniu do opracowania programu komputerowego, ponieważ przedmiot Zamówienia jest sam program komputerowy, a nie jego późniejsze opracowanie. Przedmiot Zamówienia odnosi się do programu komputerowego jako całości, a prawo do dokonywania opracowań, jak modyfikacje czy zmiany w kodzie źródłowym, wymaga zgody właściciela praw autorskich. Zgodnie z przepisami prawa autorskiego, wykonawca może mieć prawo do opracowań programu, ale tylko jeśli posiada prawa do tego programu i uzyskał zgodę właściciela praw. W związku z tym przenoszenie praw do opracowań przez wykonawcę w kontekście przyszłych modyfikacji czy nowych wersji programu jest niewłaściwe, ponieważ wykonawca nie ma prawa do takich opracowań, jeśli powstaną one przez zamawiającego lub osoby trzecie działające w jego imieniu.**

Reasumując, zawarcie w SWZ postanowień dotyczących zezwalania na wykonywanie „zależnych praw autorskich do opracowań” narusza zasady art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 99 ust. 1 pzp, ponieważ nieprecyzyjne zapisy dotyczące przekazywania praw autorskich do przyszłych opracowań, których Wykonawca nie posiada, mogą prowadzić do nierównego traktowania wykonawców. Niejasności w zakresie praw autorskich do opracowań mogą utrudnić Wykonawcom przygotowanie ofert, co wpływa na transparentność (przejrzystość) postępowania. Z kolei, niezdefiniowanie kwestii praw do opracowań prowadzi do ryzyka nieproporcjonalnych zobowiązań i kosztów dla wykonawców. Art. 99 ust. 1 pzp nakłada obowiązek jednoznacznego określenia przedmiotu zamówienia, a brak precyzji w zakresie praw do opracowań może prowadzić do różnych interpretacji i utrudniać ocenę ofert.

Ad do zarzutu 8 Odwołania

W odniesieniu do zarzutu 8, zgodnie z § 17 ust. 1 Załącznika 2: „Wykonawca zobowiązuje się, że będzie posiadał przez cały okres wykonywania Umowy ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej zawodowej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem Umowy, w której rodzaj działalności objętej ochroną będzie zgodny z zakresem prac wykonywanych w ramach niniejszej Umowy, w tym również w zakresie czynności utrzymaniowych (Utrzymania Systemu), w wysokości nie mniej niż 1. 000.000 zł (słownie: milion złotych) na jedno i wszystkie zdarzenia. Ochroną objęte zostaną szkody rzeczowe w zakresie rzeczywistych strat (damnum emergens) oraz utraczonych korzyści jakie poszkodowany mógłby osiągnąć, gdyby szkody mu nie wyrządzono (lucrum cessans) oraz czyste straty finansowe rozumiane jako uszczerbek majątkowy niebędący szkodą na osobie lub szkodą rzeczową; za czystą stratę finansową uważa się także utratę możliwości korzystania z rzeczy”. **Brak sprecyzowania pojęcia (sformułowania) „utraczone korzyści” prowadzi do wątpliwości co do zakresu odpowiedzialności wykonawcy w przypadku szkód. Wykonawca może mieć trudności z określeniem czy konkretne straty mogą być uznane za utraczone korzyści, a zatem czy mogą podlegać ochronie ubezpieczeniowej. Może to również prowadzić do sporów o interpretację warunków umowy. W przypadku braku precyzyjnych zapisów, wykonawca może zostać zobowiązany do naprawienia strat, które wykraczają poza to co pierwotnie rozumiano pod pojęciem utraczonych korzyści. Może to prowadzić do nieprzewidzianych obciążeń finansowych. Jeśli definicja utraczonych korzyści nie jest dostatecznie**

(wystarczająco) szczegółowa, może być trudniej ustalić, które straty kwalifikują się do wypłaty odszkodowania przez ubezpieczyciela, jeśli umowa nie jest jednoznaczna. Z kolei, jeśli zakres ubezpieczenia nie jest dokładnie określony w kontekście utraconych korzyści, może to oznaczać, że wykonawca nie ma pełnej ochrony ubezpieczeniowej na wypadek szkód związanych z utratą korzyści ekonomicznych, co może wpłynąć na jego stabilność finansową w przypadku takich roszczeń.

Reasumując, sformułowanie w SWZ w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący poprzez niewyjaśnienie przez Zamawiającego w § 17 ust. 1 Projektu Umowy pojęcia (sformułowania) „utraconych korzyści” narusza art. 16 pkt 1-3 w zw. z art. 99 ust. 1 pzp ponieważ brak precyzyjnego sformułowania tego pojęcia może prowadzić do nierównego traktowania wykonawców, którzy mogą różnie interpretować to pojęcie, niejasność w definicji „utraconych korzyści” utrudnia wykonawcom przygotowanie ofert, wykonawcy mogą ponosić nieproporcjonalne ryzyko związane z niezdefiniowanym pojęciem, co utrudnia kalkulację kosztów. Dodatkowo, zgodnie z art. 99 ust. 1 pzp, przedmiot zamówienia powinien być określony w sposób jednoznaczny, co w tym przypadku nie zostało zapewnione.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę jak w petitum.

Szymon Niżegorodcew, radca prawny

Załączniki:

- 1) Dowód uiszczenia wpisu od Odwołania;
- 2) Oryginał pełnomocnictwa wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
- 3) Zweryfikowany wydruk informacji z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego odpowiadający odpisowi aktualnemu dla Odwołującego;
- 4) Dowód przekazania Odwołania Zamawiającemu.