

Gdańsk, dnia 6 marca 2023 r.

PREZES
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa

ODWOŁUJĄCY:
Asseco Data Systems S.A.
ul. Jana z Kolna 11, 80-864 Gdańsk
nr KRS: 0000421310
NIP: 517-035-94-58
REGON: 180853177
e-mail: agnieszka.gzela@assecods.pl
tel. +48 58 740 40 00
reprezentowany przez pełnomocnika:
Agnieszkę Gzela
e-mail: agnieszka.gzela@assecods.pl, tel. +48 504 198 018

ZAMAWIAJĄCY:
Uniwersytet Medyczny w Białymstoku
ul. Jana Kilińskiego 1, 15-089 Białystok
NIP: 542-021-17-17, REGON: 000288604
e-mail: zampubl@umb.edu.pl, tel. 85 748 55 39

Dotyczy: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone na „*Usługa Wdrożenia i Wsparcia Technicznego Platformy - oprogramowania LMS*” – nr sprawy AZP.25.2.5.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w dniu 24.02.2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 040-115113, a w dniu 24.02.2023 r. na platformie zakupowej Zamawiającego wraz z dokumentami zamówienia – nr sprawy AZP.25.2.5.2023.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz Asseco Data Systems S.A. z siedzibą w Gdańsku (zwanej dalej „Odwołującym”), na podstawie przepisu art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1, art. 514 ust. 1 oraz art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm., dalej: „PZP”) wnoszę odwołanie **od czynności sformułowania treści Specyfikacji Warunków Zamówienia** (dalej: „SWZ”) – sformułowanych niezgodnie z PZP w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Usługa Wdrożenia i Wsparcia Technicznego Platformy - oprogramowania LMS*” nr sprawy AZP.25.2.5.2023 (dalej: „Postępowanie”), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. **Zarzut nr 1 – naruszenie art. 112 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP z zw. z art. 116 ust. 1 PZP** – poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób

niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez określenie warunku wykazania wykonania co najmniej dwóch usług (kontraktów) związanych z wdrożeniem i utrzymaniem platformy LMS dla uczelni wyższej w zakresie realizacji usług w modelu SaaS, co wyklucza możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawców obiektywnie zdolnych i przygotowanych do jego realizacji, którzy legitymują się doświadczeniem w zakresie dostaw i utrzymania platform LMS w modelu „On Premises”;

2. **Zarzut nr 2 – naruszenie art. 112 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP w zw. z § 9 ust. 1 pkt 11 lit. a) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy** – poprzez sformułowanie w Załączniku nr 2 do Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) w sposób nieprzejrzysty, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, to jest zastrzeżenie w rozdziale II pkt 2.1. zbyt dużej liczby wymagań funkcjonalnych oznaczonych literą „S”, sprawdzanych w czasie weryfikacji próbki nieproporcjonalnie do czasu wyznaczonego na prezentację próbki przez wykonawcę;
3. **Zarzut nr 3 – naruszenie art. 112 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP w zw. z § 9 ust. 1 pkt 11 lit. a) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy** – poprzez sformułowanie w Załączniku nr 2 OPZ w sposób nieprzejrzysty, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, to jest przez zastrzeżenie w rozdziale I pkt 17 prawa dla Zamawiającego dającego mu możliwość żądania od wykonawcy wprowadzania danych do próbki w trakcie prezentacji w czasie wyznaczonych na prezentację, nie wydłużając tym samym ani nie zatrzymując czasu wyznaczonego na prezentację próbki przez wykonawcę;
4. **Zarzut nr 4 – naruszenie art. 112 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 241 ust. 3 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP** – poprzez sformułowanie w Załączniku nr 2 OPZ w sposób nieprzejrzysty, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców warunku w rozdziale II pkt 7, oraz ustalenie kryterium oceny ofert dotyczących właściwości wykonawcy, polegającego na tym, że na etapie prezentacji próbki wykonawca ma przedstawić sposób oraz efekt automatycznego zbiorczego przeniesienia na oferowaną platformę LMS danych udostępnionych przez Zamawiającego na przykładzie wybranych kursów z aktualnych zasobów;
5. **Zarzut nr 5 – naruszenie art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP** – poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty polegający na nieopisaniu w rozdziale 3 pkt 2 OPZ wszystkich wymagań w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, w tym jego cech (funkcjonalności) i zobowiązaniu wykonawcy do dodatkowych świadczeń, które w OPZ nie zostały określone przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący;
6. **Zarzut nr 6 – naruszenie art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP** – poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty polegający na nieopisaniu przez Zamawiającego w rozdziale 5 pkt 2 OPZ w sposób jednoznaczny i wyczerpujący specyfikacji (cech) jego działalności, oraz wymagań funkcjonalnych i pozafunkcjonalnych, które wykonawca ma uwzględnić przy realizacji zamówienia;
7. **Zarzut nr 7 – naruszenie art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP** – poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty polegający na nieopisaniu przez Zamawiającego w OPZ w rozdziale 2 pkt 2 ppkt 7, rozdział 3 pkt 9, rozdział 6 pkt 5 lit. e), wersji systemu „VDO” z jaką ma nastąpić integracja i procedura testowa;

8. **Zarzut nr 8 – naruszenie art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP** – poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty polegający na braku zawarcia w OPZ w rozdziale 4 pkt 2 lit. d) informacji o szczegółowym sposobie liczenia parametrów jakościowych platformy LMS.
9. **Zarzut nr 9 – naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 PZP oraz art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 3531 KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP** – poprzez ustalenie klauzuli waloryzacyjnej w sposób nie pozwalający na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji oraz wzrostu wynagrodzeń, prowadzi do uznania postanowień wzoru umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia w niezmienionym kształcie za naruszające zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego.

Wnioski i żądania Odwołującego zostały przedstawione pod zarzutami, to jest w treści dotyczącej uzasadnienia każdego z zarzutów.

Ponadto Odwołujący wnosi o zwrot kosztów postępowania.

Termin wniesienia odwołania.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz SWZ wraz z załącznikami i ogłoszeniem zostały zamieszczone przez Zamawiającego na stronie internetowej **w dniu 24.02.2023 r.:**

<https://platformazakupowa.pl/transakcja/732684>

Mając na uwadze, że wartość zamówienia w postępowaniu przekracza progi unijne, niniejsze odwołanie jest wniesione z zachowaniem 10-dniowego terminu.

Interes Odwołującego oraz możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje i doświadczenie.

Poprzez sformułowanie przez Zamawiającego postanowień SWZ w sposób naruszający przepisy ustawy PZP Odwołujący może być pozbawiony możliwości złożenia oferty i uzyskania zamówienia, tym samym w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na braku uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku uregulowania postanowień SWZ w sposób naruszający przepisy ustawy został pozbawiony uczestnictwa w postępowaniu na uczciwych i zgodnych z prawem warunkach, w tym możliwości złożenia ważnej i konkurencyjnej oferty przez wykonawców gwarantujących prawidłowe wykonanie zamówienia ze względu na posiadanie odpowiedniego doświadczenia.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, a w wyniku działań Zamawiającego Odwołujący został narażony na szkodę. Gdyby nie naruszające przepisy zaskarżone elementy SWZ, Odwołujący mógłby z powodzeniem ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, co w razie jego uzyskania wiązałoby się z określonymi korzyściami finansowymi. Na tym etapie postępowania krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu zamówienia obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę, mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie.

Interes Odwołującego wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

Doręczenie kopii odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania (dowód w załączeniu).

Wpis od odwołania.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 zł został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych (dowód w załączeniu) – dyspozycja przelewu zlecona w dniu 3 marca 2023 r.

UZASADNIENIE

Zagadnienia wstępne

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi pn. „Usługa Wdrożenia i Wsparcia Technicznego Platformy - oprogramowania LMS”.

W ramach zamówienia przewidziane jest wdrożenie i wsparcie techniczne platformy typu LMS (z ang. *learning management system*) zwane także platformą e-learningową lub platformą edukacyjną, umożliwiającą prowadzenie zajęć na odległość, to jest z wykorzystaniem środków porozumiewania się na odległość. Platforma ma zapewnić realizację kształcenia na odległość dla ośmiu (8) tysięcy użytkowników (w tym studentów i pracowników Zamawiającego).

Przedmiot zamówienia musi spełniać łącznie wszystkie wymagania funkcjonalne określone w OPZ przez Zamawiającego jako standardowe („S”) oraz określone w ofercie wykonawcy jako dodatkowe („D”).

Oferowane przez wykonawców rozwiązanie ma być rozwiązaniem działającym, gotowym do wdrożenia na dzień składania ofert i zapewniającym realizację wszystkich wymaganych w SWZ (standardowych wg Załącznika nr 1 do OPZ) i dodatkowych zaznaczonych przez wykonawcę funkcjonalności w formularzu ofertowym.

W ramach procedury przetargowej Zamawiający przewidział etap badania próbki, to jest platformy LMS oferowanej przez danego Wykonawcę, w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut nr 1 – naruszenie art. 112 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 PZP z zw. z art. 116 ust. 1 PZP – poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez określenie warunku wykazania wykonania co najmniej dwóch usług (kontraktów) związanych z wdrożeniem i utrzymaniem platformy LMS dla uczelni wyższej w zakresie realizacji usług w modelu SaaS, co wyklucza możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawców obiektywnie zdolnych i przygotowanych do jego realizacji, którzy legitymują się doświadczeniem w zakresie dostaw i utrzymania platform LMS w modelu „On Premises”.

1. Zamawiający w Rozdziale VIII ust. 1.4.1. SWZ określił warunki dotyczące zdolności technicznych i zawodowych wykonawcy w zakresie wymaganych minimalnych zdolności technicznych lub zawodowych. W ramach Postępowania wymagane jest wykazanie przez potencjalnego wykonawcę, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej dwie usługi (dwa odrębne kontrakty) wdrożenia i utrzymania platformy LMS dla uczelni wyższej, z których każda powinna spełniać poniższe wymagania:
 - a) platforma LMS była przeznaczona i wdrożona oraz skonfigurowana dla minimum 5 000 użytkowników;
 - b) platforma LMS dostarczana była w co najmniej 2 językach;
 - c) usługa została zrealizowana w modelu SaaS;
 - d) usługa obejmowała również w pełni zintegrowaną aplikację mobilną dla użytkowników platformy;
 - e) system LMS posiadał w pełni zintegrowany moduł wideokonferencji;
 - f) system LMS posiadał w pełni zintegrowane repozytorium przechowywania treści materiałów dydaktycznych;

g) okres wdrożenia i utrzymania wynosił co najmniej 12 miesięcy;
a łączna wartość wykazanych dwóch usług wynosiła co najmniej 1 000 000,00 zł brutto.

2. Wśród powyżej wskazanych warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wymaga wykazania świadczenia usługi wdrożenia i utrzymania platformy LMS w modelu SaaS (z ang. *Software as a Service*) – to jest rozdział VIII ust. 1.4.1. lit. c) SWZ – polegającego na tym, że oprogramowanie jest instalowane na infrastrukturze dostawcy oprogramowania, która pozostaje jego własnością i jest przez niego utrzymywana. Użytkownicy oprogramowania uzyskują dostęp do niego poprzez Internet, a zatem jest to model usług świadczonej drogą elektroniczną.
3. Natomiast model udostępnienia oprogramowania w modelu „On Premises” polega na tym, że oprogramowanie jest instalowane na infrastrukturze Zamawiającego, która pozostaje jego wyłączną własnością. Na Zamawiającym co do zasady, o ile dana umowa nie stanowi inaczej, spoczywa w takim przypadku utrzymanie całego niezbędnego sprzętu. W tym miejscu należy wspomnieć, że w większości postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę oprogramowania w modelu „On Premises” wykonawcy również zobowiązani są do świadczenia usługi utrzymania oprogramowania z wykorzystaniem właśnie infrastruktury danego podmiotu zamawiającego.
4. Z powyższego wynika, że podstawą różnicą pomiędzy modelem dostawy oprogramowania w modelu SaaS, a OnPremises, jest element infrastruktury techniczno-systemowej, albowiem w przypadku modelu SaaS to wykonawca ma zapewnić niezbędną infrastrukturę i musi nią zarządzać, natomiast w modelu OnPremises po stronie danego zamawiającego spoczywa obowiązek (często kosztowny) zapewnienia i utrzymania niezbędnej infrastruktury.
5. Niezależnie od tej głównej różnicy pomiędzy modelem SaaS, a on Premises, użytkownik takie oprogramowania, w każdym z tych modeli, może uzyskiwać dostęp do niego również poprzez sieć Internet.
6. Zatem w praktyce jedynym czynnikiem odróżniającym te dwa modele udostępnienia oprogramowania jest element utrzymania i zarządzania infrastrukturą techniczno-systemową, taką jak serwery i niezbędne oprogramowanie takie jak systemy operacyjne, czy też systemy bazodanowe.
7. W związku z powyższym, utrzymanie w rozdziale VIII ust. 1.4.1. lit. c) SWZ warunku wykazania świadczenia usług dostawy i utrzymania platformy LMS w modelu SaaS jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a tym samym nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez preferowanie obecnego dostawcy platformy LMS dla Zamawiającego.
8. Zgodnie z art. 116 ust. 1 PZP w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Zgodnie z **wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2023 r. (KIO 49/23):** „*Jakkolwiek zamawiający posiada swobodę w ukształtowaniu warunków udziału w postępowaniu, to jednak warunki muszą odnosić się do konkretnego zamówienia publicznego i jego przedmiotu. Ponadto **formułując warunki udziału w postępowaniu zamawiający** powinien wyrażać je jako minimalne poziomy zdolności, co wymaga **uwzględnienia specyfiki danego zamówienia, rodzaju, przedmiotu, zakresu czy ilości**. Celem warunków określanych przez zamawiającego jest zapewnienie, aby zamówienie było realizowane przez podmiot dający rękojmię jego należytego wykonania. **Niezbędne jest zatem zachowanie równowagi między interesem zamawiającego, a***

interesem wykonawcy po to, aby nadmierne wymagania zamawiającego nie doprowadziły do wyeliminowania z postępowania wykonawców zdolnych do prawidłowej realizacji zamówienia publicznego”.

Podobna teza wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 maja 2022 r. (KIO 1159/22): „Zasada proporcjonalności znajduje swoje szczególne podkreślenie w związku z kształtowaniem przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, co znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 112 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, który wprost wskazuje, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przestrzeganie zasady proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do rodzaju zamówienia, jego przedmiotu oraz wymagań związanych z realizacją zamówienia, w szczególności odpowiednie do charakteru (w tym stopnia złożoności), ilości (w tym zakresu) lub znaczenia, a także przeznaczenia nabywanych robót budowlanych, dostaw lub usług.”

Zasada z art. 116 ust. 1 PZP wynika także z użytego przez ustawodawcę sformułowania „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia”, co również potwierdza, że warunki nie mogą być nadmierne do przedmiotu zamówienia, w sposób nieuzasadniony ograniczające dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienie.

9. W ocenie Odwołującego treść warunku w aktualnym kształcie ma charakter dyskryminujący i ograniczający konkurencyjność postępowania bez koniecznego uzasadnienia, a więc wyboru oferty od wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia z przyczyn określonych poniżej.
10. Oczekiwanie wykazania doświadczenia w zrealizowaniu tak wysoko specjalistycznej usługi tej skali przy jej koniecznym połączeniu z edukacyjnym charakterem systemu oraz modelem SaaS uznać należy za nadmiarowe dla wykazania doświadczenia niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia. Zgodnie z najlepszą wiedzą Wykonawcy wymaganie to jest nie do spełnienia przez większość Wykonawców dostarczających platformę LMS, gdyż zamówienia o takiej skali i zakresie są niezwykle rzadkie. Odwołujący jest podmiotem, który również oferuje oprogramowanie typu platforma LMS, oraz aktywnie bierze udział w przetargach na wdrożenie lub udostępnienie takich systemów, i w ostatnich 3 latach przed terminem ogłoszenia postępowania, zostały udzielone tylko dwa zamówienia odpowiadające w całości warunkom określonym w części VIII ust. 1 ust. 1.4.1., które wszystkie wygrała firma aktualnie udostępniająca Zamawiającemu platformę LMS to jest PCG Academia Sp. z o.o.:
 - a) ogłoszenie o zamówienia na „Wyłonienie Wykonawcy w zakresie dostawy i wdrożenia oprogramowania LMS dla Wydziału Prawa i Administracji UJ” (numer referencyjny: 80.272.238.2020) ogłoszone przez Uniwersytet Jagielloński w Krakowie:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykazą, że:

 1. posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, tzn.: w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali należycie co najmniej dwie dostawy (dwa odrębne kontrakty) edukacyjnej platformy e-learningowej, z których każda powinna spełniać poniższe wymagania:
 - 1.1. dostarczana platforma edukacyjna była przeznaczona i wdrożona oraz skonfigurowana dla minimum 5 000 użytkowników;
 - 1.2. dostarczana platforma edukacyjna dostarczana była w co najmniej 3 językach
 - 1.3. dostawa obejmowała również natywną aplikację mobilną dla użytkowników platformy;
 - 1.4. dostawa została zrealizowana w modelu SaaS lub równoważnym;
 - 1.5. dostarczana platforma edukacyjna udostępniała natywny moduł videokonferencji;
 - 1.6. dostarczana platforma edukacyjna udostępniała natywny moduł udostępniania treści osobom niepełnosprawnym obsługujący funkcje automatycznego tłumaczenia materiałów na postać dźwiękową oraz cyfrowego braille’a,

A łączna kwota wykazanych dwóch dostaw wynosi co najmniej 1 000 000,00 PLN brutto.

<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:325912-2020:TEXT:PL:HTML>

którego wykonawcą została firma PCG Academia Sp. z o.o.:

- b) Ogłoszenie z wolnej ręki na “Dostaw i uruchomienie platformy e-learningowej Blackboard” ogłoszone przez Uniwersytet Medyczny w Białymstoku – czyli Zamawiającego – o nr 2021/BZP 00279374 z dnia 23 listopada 2021 r., którego wykonawcą została firma PCG Academia Spółka z o.o. Powyższe prowadzi do jednoznacznego wniosku, że w aktualnym brzmieniu SWZ warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej może spełnić jedynie PCG Academia Sp. z o.o.
11. Wykonawca wskazuje również na okoliczność, iż podejście do formułowania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia – jakie podnosi Odwołujący – zostało zastosowane m. in. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (nr AI. 0920.01.2023) na dostawę internetowej platformy edukacyjnej oraz systemu bibliotecznego, ogłoszonym przez Akademię Zamojską:
- Część 1 zamówienia:*
- a) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał należycie, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje należycie,
- co najmniej 2 (dwa) zamówienia, których przedmiotem było (jest) dostarczenie i wdrożenie systemu informatycznego obejmującego co najmniej platformę edukacyjną, o wartości zamówienia nie mniejszej niż 600 000,00 zł brutto każda (z wyłączeniem sprzętu informatycznego); oraz
 - co najmniej 1 (jedną) usługę obejmującą udostępnienie systemu informatycznego w oparciu o chmurę publiczną zapewnioną przez Wykonawcę, o wartości nie mniejszej niż 600 000,00 zł brutto (wartość udostępnionego systemu).
- Część 2 zamówienia:*
- a) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał należycie, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje należycie,
- co najmniej 2 (dwa) zamówienia, których przedmiotem było (jest) dostarczenie i wdrożenie systemu bibliotecznego, o wartości zamówienia nie mniejszej niż 600 000,00 zł brutto każda (z wyłączeniem sprzętu informatycznego); oraz
 - co najmniej 1 (jedną) usługę obejmującą udostępnienie systemu informatycznego w oparciu o chmurę publiczną zapewnioną przez Wykonawcę, o wartości nie mniejszej niż 600 000,00 zł brutto (wartość udostępnionego systemu informatycznego).
- <https://upz-zamosc.ezamawiajacy.pl/pn/upz-zamosc/demand/notice/public/84976/details>

ŻĄDANIE:

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- a) usunięcia warunku zastrzeżonego w lit. c) w rozdziale VIII ust. 1.4.1. SWZ, **alternatywnie**
- b) modyfikację warunku zastrzeżonego w rozdziale VIII ust. 1.4.1. SWZ na następujące brzmienie: Wykonawca winien wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:
- wykonał co najmniej 1 usługę (dwa odrębne kontrakty) wdrożenia i utrzymania platformy LMS dla uczelni wyższej, z których powinny być spełnione poniższe wymagania:
 - a) platforma LMS była przeznaczona i wdrożona oraz skonfigurowana dla minimum 5 000 użytkowników;
 - b) platforma LMS dostarczana była w co najmniej 2 językach;
 - c) usługa obejmowała również w pełni zintegrowaną aplikację mobilną dla użytkowników platformy;
 - d) system LMS posiadał w pełni zintegrowany moduł wideokonferencji;

- e) system LMS posiadał w pełni zintegrowane repozytorium przechowywania treści materiałów dydaktycznych;
 - f) okres wdrożenia i utrzymania wynosił co najmniej 12 miesięcy.
- wykonał co najmniej jedną usługę (jeden odrębny kontrakt) udostępnienia systemu informatycznego dla uczelni wyższej w modelu SaaS dla minimum 5 000 użytkowników, a łączna wartość wykazanych dwóch usług wynosiła co najmniej 1 000 000,00 zł brutto, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz z załączeniem dowodów określających czy usługi te zostały wykonane należycie.

Zarzut nr 2 – naruszenie art. 112 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP w zw. z § 9 ust. 1 pkt 11 lit.

a) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy – poprzez sformułowanie w Załączniku nr 2 do Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) w sposób nieprzejrzysty, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, to jest zastrzeżenie w rozdziale II pkt 2.1. zbyt dużej liczby wymagań funkcjonalnych oznaczonych literą „S”, sprawdzanych w czasie weryfikacji próbki nieproporcjonalnie do czasu wyznaczonego na prezentację próbki przez wykonawcę.

1. Zamawiający w ramach Załącznika nr 2 do OPZ dokonał opisu sposobu przygotowania i prezentacji próbki.
2. W rozdziale II pkt 2.1. Załącznika nr 2 do OPZ Zamawiający zastrzegł:
 2. Weryfikacja zgodności zdeponowanych próbek z wymaganiami Zamawiającego zostanie przeprowadzona w trzech etapach:
 - 2.1. na podstawie wybranych przez Zamawiającego 25 funkcjonalności standardowych (określonych jako Standardowe „S” w załączniku nr 1 do OPZ). Wskazanie wybranych funkcjonalności nastąpi na początku prezentacji.

Powyższe oznacza, że spośród ponad 150 funkcjonalności standardowych oznaczonych w Załączniku nr 1 do OPZ literą „S” Zamawiający dokona weryfikacji tylko funkcjonalności wybranych przez niego i według jego uznania, a konkretnych funkcjonalnościach – jakie będą weryfikowane – potencjalny wykonawca dowie się dopiero w dniu rozpoczęcia prezentacji próbki.
3. Natomiast liczba funkcjonalności dodatkowych, oznaczonych w Załączniku nr 1 do OPZ literą „D”, jakie będą testowane obok funkcjonalności standardowych wynosi 26 i wynika z treści formularza ofertowego (Załącznik nr 1 do SWZ).
4. Czas na prezentację łącznie 51 funkcjonalności wynosi nie dłużej niż 3 godziny zegarowe (rozdział I pkt 8 Załącznika nr 2 do OPZ), co w zestawieniu z łączną liczbą funkcjonalności jakie mają być zaprezentowane oznacza, że na prezentację jednej (1) funkcjonalności potencjalny wykonawca będzie miał 3 minuty i 30 sekund.
5. Dodatkowo zgodnie z rozdziałem I pkt 4 Załącznika nr 2 do OPZ dany wykonawca zostanie poinformowany osobnym pismem o terminie (data i godzina) prezentacji działania próbki, z co najmniej 48 godzinnym wyprzedzeniem.
6. Powyższe jest o tyle istotne, że z rozdziału II ust. 3 Załącznika nr 2 do OPZ wynika, że funkcjonalności standardowe, jakie będą przez Zamawiającego wybrane do testowania, będą później również testowane – te same – w przypadku prezentacji dokonywanych przez innych wykonawców:
 3. W pierwszej kolejności w ramach prezentacji próbki Wykonawca przedstawi funkcjonalności określone w pkt 2.1 powyżej, w celu wykazania, że oferowana platforma LMS posiada wymagane funkcjonalności

obligatoryjne (standardowe), określone przez Zamawiającego. Zamawiający uzna, że weryfikowana próbka jest zgodna z wymaganiami określonymi w OPZ w przypadku, gdy Wykonawca w ramach prezentacji wykaże, że oferowany system LMS posiada prawidłowo działające wszystkie wymagane funkcjonalności standardowe wskazane do prezentacji przez Zamawiającego (są to funkcjonalności **wybrane spośród wszystkich wymaganych funkcjonalności ujętych w OPZ z oznaczeniem „S” – zestaw weryfikowanych funkcjonalności będzie jednakowy dla wszystkich Wykonawców**).

7. Celem warunków określanych przez zamawiającego jest zapewnienie, aby zamówienie było realizowane przez podmiot dający rękojmię jego należytego wykonania. Niezbędne jest zatem zachowanie równowagi między interesem zamawiającego, a interesem wykonawcy po to, aby nadmierne wymagania zamawiającego nie doprowadziły do wyeliminowania z postępowania wykonawców zdolnych do prawidłowej realizacji zamówienia publicznego, o czym mowa m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2023 r. (KIO 49/23), jak również w wyroku z dnia 26 maja 2022 r. (KIO 1159/22):

„Zasada proporcjonalności znajduje swoje szczególne podkreślenie w związku z kształtowaniem przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, co znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 112 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, który wprost wskazuje, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przestrzeganie zasady proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu oznacza, że warunki udziału opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do rodzaju zamówienia, jego przedmiotu oraz wymagań związanych z realizacją zamówienia, w szczególności odpowiednie do charakteru (w tym stopnia złożoności), ilości (w tym zakresu) lub znaczenia, a także przeznaczenia nabywanych robót budowlanych, dostaw lub usług. O określeniu warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia można mówić wówczas, gdy warunki te zostaną określone na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego.”

ŻĄDANIE:

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) modyfikację warunku zastrzeżonego w Załączniku nr 2 do OPZ na następujące brzmienie:
 - a) rozdział I pkt 4:

„4. Wykonawca zostanie poinformowany osobnym pismem o terminie (data i godzina) prezentacji działania próbki, z co najmniej 48 godzinnym wyprzedzeniem, wraz ze wskazaniem listy funkcjonalności standardowych „S”, które będą prezentowane.”
 - b) rozdział I pkt 8:

„8. Łączny czas trwania prezentacji próbki nie może przekroczyć 7 godzin.”
 - c) rozdział II pkt 2.1.:

„2.1. na podstawie wybranych przez Zamawiającego 5 funkcjonalności standardowych (określonych jako Standardowe „S” w załączniku nr 1 do OPZ).”
- alternatywnie:**
- 2) modyfikację warunku zastrzeżonego w rozdziale II pkt 2.1. Załącznika nr 2 do OPZ na następujące brzmienie:

„2.1. na podstawie wybranych przez Zamawiającego 5 funkcjonalności standardowych (określonych jako Standardowe „S” w załączniku nr 1 do OPZ). O liście wybranych funkcjonalności jakie będą weryfikowane Zamawiający poinformuje Wykonawcę z co najmniej 48 godzinnym wyprzedzeniem przed terminem prezentacji.”

Zarzut nr 3 – naruszenie art. 112 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP w zw. z § 9 ust. 1 pkt 11 lit.

a) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie

podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy – poprzez sformułowanie w Załączniku nr 2 OPZ w sposób nieprzejrzysty, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, to jest przez zastrzeżenie w rozdziale I pkt 17 prawa dla Zamawiającego dającego mu możliwość żądania od wykonawcy wprowadzania danych do próbki w trakcie prezentacji w czasie wyznaczonych na prezentację, nie wydłużając tym samym ani nie zatrzymując czasu wyznaczonego na prezentację próbki przez wykonawcę.

1. Zamawiający w rozdziale I pkt 17 Załącznika nr 2 do OPZ zastrzegł dla siebie uprawnienie do nakazania danemu wykonawcy – w trakcie czasu wyznaczonego na prezentację próbki – wprowadzanie jakichkolwiek danych. Jak wynika z treści OPZ to uprawnienie ma na celu sprawdzenie czy opisywana funkcjonalność nie jest symulowana.
2. Odwołujący podnosi, że jak najbardziej słuszne jest wnikliwe zweryfikowanie próbki systemu, szczególnie w zakresie symulacji określonych funkcjonalności, ale zastrzeżenie w tym brzmieniu jest nieprzejrzyste, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ:
 - a) Zamawiający nie określił jakiego rodzaju danych wprowadzenia do platformy może żądać, np. otwartego tekstu o maksymalnej liczbie znaków tekstowych, załadowania (pobrania) pliku z pamięci podręcznej osoby prezentującej platformę, co powoduje, że jest do zwrot niedookreślony;
 - b) czas wprowadzania przez potencjalnego wykonawcę danych, których dodania zażądał Zamawiający, nie wydłuża maksymalnego czasu wyznaczonego na prezentację, ani nie zawiesza jego liczenia.
3. Należy pamiętać, że normy prawne jakie wynikają z przepisu art. 112 ust. 1 i 2 PZP formułują nakaz formułowania warunków przy uwzględnieniu specyfikacji zamówienia, w tym jej rodzaju, zakres, sposób wykonania, wartość i sposób płatności. Celem stawiania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu, jest zapewnienie, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi dającemu rękojmię jego należytej realizacji. Zamawiający zobowiązany jest przy tym zachować równowagę pomiędzy jego tak rozumianym interesem, a interesem wykonawców.
4. Co więcej, w przypadku braku precyzji sformułowań SWZ powodujących możliwość różnych jej interpretacji, wykonawcy nie mogą być obciążani ich negatywnymi skutkami, o czym mowa w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2022 r. (KIO 999/22):

„Istniejące ewentualnie wątpliwości co do sposobu rozumienia zawartych w niej postanowień powinny być wyjaśniane przed terminem składania ofert. W przypadku braku precyzji sformułowań SWZ powodujących możliwość różnych jej interpretacji, wykonawcy nie mogą być obciążani ich negatywnymi skutkami. W związku z tym nawet gdyby przyjąć, że warunek określony w SWZ mógł budzić wątpliwości interpretacyjne, to Zamawiający winien dokonać oceny spełnienia go przez wykonawców z uwzględnieniem ww. zasad, tj. w sytuacji, gdyby uznać, że interpretacja SWZ przy użyciu reguł gramatycznych, znaczeniowych i logicznych pozwalała na ustalenie, iż ze spornego postanowienia można wyprowadzić kilka poprawnych, zgodnych z przepisami i właściwymi normami rozwiązań, to takie postanowienie SWZ musi być wykładane na korzyść wykonawców, bowiem to Zamawiający jest autorem SWZ. Zatem w sytuacji, w której w zależności od wyniku interpretacji wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu albo go nie spełnia, zamawiający zobowiązany byłby przyjąć taką interpretację, skutkiem której wykonawca spełniałby warunek udziału w postępowaniu.”

ŻĄDANIE:

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dodania dodatkowego czasu na prezentację, w przypadku żądania wprowadzenia nowych danych albo też wprowadzenie nowych danych nie będzie ujmowane w czasie prezentacji, to jest modyfikacji Załącznika nr 2 do OPZ rozdział I pkt 17 w następujący sposób:

- 1) „17. Jeżeli scenariusz próbki wymaga wprowadzenia w trakcie prezentacji jakichkolwiek danych, Zamawiający może żądać, aby Wykonawca wprowadził dane podane podczas prezentacji przez Zamawiającego, celem sprawdzenia czy opisywana funkcjonalność nie jest symulowana. Czas, w którym Wykonawca wprowadzana w trakcie prezentacji jakiejkolwiek dane na żądanie Zamawiającego wydłuża czas prezentacji o czas przeznaczony przez Wykonawcę na wprowadzenie danych.”

alternatywnie:

- 2) „17. Jeżeli scenariusz próbki wymaga wprowadzenia w trakcie prezentacji jakichkolwiek danych, Zamawiający może żądać, aby Wykonawca wprowadził dane podane podczas prezentacji przez Zamawiającego, celem sprawdzenia czy opisywana funkcjonalność nie jest symulowana. Czas, w którym Wykonawca wprowadzana w trakcie prezentacji jakiejkolwiek dane na żądanie Zamawiającego nie jest wliczany do czasu prezentacji to jest wstrzymuje jego liczenie.”.

Zarzut nr 4 – naruszenie art. 112 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 241 ust. 3 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP – poprzez sformułowanie w Załączniku nr 2 OPZ w sposób nieprzejrzysty, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców warunku w rozdziale II pkt 7, oraz ustalenie kryterium oceny ofert dotyczących właściwości wykonawcy, polegającego na tym, że na etapie prezentacji próbki wykonawca ma przedstawić sposób oraz efekt automatycznego zbiorczego przeniesienia na oferowaną platformę LMS danych udostępnionych przez Zamawiającego na przykładzie wybranych kursów z aktualnych zasobów.

1. W ramach opisu sposobu przygotowania i prezentacji próbki platformy LMS Zamawiający w rozdziale II pkt 7 zastrzegł następujący warunek:
„7. Zgodnie z pkt 2.3 powyżej w ramach weryfikacji spełnienia kryterium „Zakres przeniesienia/migracja danych” Wykonawca zaprezentuje sposób oraz efekt automatycznego zbiorczego przeniesienia na oferowaną Platformę LMS danych udostępnionych przez Zamawiającego na przykładzie wybranych kursów z aktualnych zasobów. W zależności od wyniku Zamawiający przyzna punktację zgodnie z opisem kryterium. Wykonawca zwolniony jest z prezentacji tej części próbki jeżeli w formularzu ofertowym nie wskazał żadnego z wariantów deklarowanego zakresu migracji danych. W tej sytuacji Zamawiający przyzna badanej ofercie 0 pkt. Przyznanie punktów za wariant „Zautomatyzowane przeniesienie pełnej zawartości kursów dla roku akademickiego 2022/2023 tj. zbiorów materiałów dydaktycznych z uwzględnieniem struktury i warunków dostępu, zbiorów pytań testowych, egzaminów, zadań” możliwe jest w przypadku jednoznacznego wyniku prezentacji tj. potwierdzenie odwzorowania 1:1 kursu z aktualnych zasobów Zamawiającego w czasie przeznaczonym na prezentację. Zarówno w tym jak i w przypadku pozostałych wariantów zakresu migracji uwzględniana będzie poprawność merytoryczna tej migracji czyli np. czy pytanie ma przeniesione prawidłowo parametry ustawień. Prezentacja tej części próbki powinna się koncentrować na integralności danych (wykazaniu braku utraty danych), przy jednoczesnym zapewnieniu, że w odniesieniu do przeniesionych danych wszystkie określone w OPZ funkcjonalności działają poprawnie.”
2. Zwrot „(...) automatycznego zbiorczego przeniesienia na oferowaną Platformę LMS danych udostępnionych przez Zamawiającego na przykładzie wybranych kursów z aktualnych zasobów (...)” to nic innego jak migracja danych z jednego systemu informatycznego do drugiego.

3. W tym miejscu jednak należy zauważyć, że ten sposób wykonania tej czynności ma później wpływ na liczbę punktów jakie potencjalny wykonawca może uzyskać w kryterium oceny ofert pn. „*Zakres przeniesienia/migracja danych - M*” (rozdział XVII ust. 8 SWZ), którego waga wynosi 30% co stanowi odpowiednio maksymalnie 30 punktów.
4. Zgodnie z powyższym kryterium oceny ofert, struktura punktów jakie może otrzymać potencjalny wykonawca uzależniona jest w zasadzie od zakresu danych jakie mają być przenoszone w sposób zautomatyzowany:

Zautomatyzowane przeniesienie pełnej zawartości kursów dla roku akademickiego 2022/2023 tj. zbiory materiałów dydaktycznych z uwzględnieniem struktury i warunków dostępu, zbiory pytań testowych, egzaminy, zadania, przy czym konieczne jest uwzględnienie wszystkich typów użytych pytań.	30 pkt
Zautomatyzowane przeniesienie danych w zakresie ograniczonym tzn. przeniesienie zbiorów materiałów bez uwzględnienia ich struktury i warunków dostępu dotyczących sekwencyjnego udostępniania oraz zbiorów/banków pytań, przy czym konieczne jest uwzględnienie podstawowych typów użytych pytań (wskazanych w pkt 108 załącznika nr 1 do OPZ).	10 pkt
Zautomatyzowane przeniesienie danych w zakresie ograniczonym tzn. przeniesienie tylko zbiorów materiałów dydaktycznych (dot. treści kursu) bez uwzględnienia ich struktury i warunków dostępu dotyczących sekwencyjnego udostępniania.	5 pkt
Zautomatyzowane przeniesienie danych w zakresie ograniczonym tzn. przeniesienie tylko zbiorów/banków pytań (dot. egzaminów, testów), przy czym konieczne jest uwzględnienie podstawowych typów użytych pytań (wskazanych w pkt 108 załącznika nr 1 do OPZ).	5 pkt

5. Odwołujący podnosi, że tak sformułowane warunki SWZ dyskryminują innych potencjalnych wykonawców i preferują wykonawcę obecnej platformy LMS, z której ma być przeprowadzona migracja.
6. Testy próbki w zakresie automatycznego zbiorczego przeniesienia na oferowaną platformę LMS danych udostępnionych przez Zamawiającego, jak wynika z SWZ mają być przeprowadzone na podstawie zbioru danych do testów migracyjnych, które stanowią Załącznik nr 3 do OPZ, udostępniany na wniosek zainteresowanego wykonawcy – rozdział II SWZ.
7. Odwołujący informuje, że otrzymał od Zamawiającego dane składające się na Załącznik nr 3 do OPZ, w zakresie:
 - a. Pliku „opis próbki kórsów.pdf” zawierającego
 - b. 2 paczek kursów wyeksportowanych z obecnie wykorzystywanej przez Zamawiającego platformy Blackboard Learn.
8. Zgodnie z informacją wskazaną przez Zamawiającego w pliku „opis próbki kursów.pdf”, oraz zweryfikowaną w załączonych plikach, paczki kursów zawierają 3 elementy:
 - a. Paczkę kursu – w formacie Common Cartridge,
 - b. Paczkę archiwum w formacie Blackboard która odwołuje się do nieistniejącej strony <http://www.blackboard.com/content-packaging/>.
 - c. Paczkę eksportu w formacie Blackboard która odwołuje się do nieistniejącej strony <http://www.blackboard.com/content-packaging/>.
9. Zamawiający oczekuje wykonania migracji danych z formatu Common Cartridge która to funkcjonalność nie jest wymagana - zgodnie z załącznikiem „Załącznik nr 1 do OPZ - wykaz funkcjonalności Platformy LMS”, wymaganie nr 169 „Platforma powinna umożliwiać tworzenie kursów i ich treści za pomocą różnego rodzaju aktywności, między innymi: elementy treści

(materiały kursu) zapisane w standardzie SCORM, H5P.”. Nie jest więc wymagany Common Cartridge – zatem jest to wymaganie nadmiarowe, nie znajdujące odzwierciedlenia w wymaganiach funkcjonalnych (standardowych i dodatkowych) określonych w OPZ.

10. Zamawiający dostarczył dane w formatach wyeksportowanych z obecnie wykorzystywanej przez Zamawiającego Blackboard Learn i dostarczył je bez jakiegokolwiek dokumentacji zawierającej dokładny i jednoznaczny opis danych i struktur danych.
11. Powyższy zarzut wynika z tego, że aby posiadać gotowe rozwiązanie informatyczne, które umożliwi migrację już na etapie składania ofert, to jest próbki, należy posiadać w takim rozwiązaniu odpowiednie interfejsy (API, SOAP), które należy uzyskać od dostawcy obecnie posiadanej przez Zamawiającego platformy LMS. Takie zadanie po pierwsze nie jest możliwe do wykonania w terminie wyznaczonym na składanie ofert, ponieważ bez dodatkowo zawarcia (dostarczenia) opisu struktur danych i instrukcji integracji nie jest to w praktyce możliwe do wykonania w tak krótkim czasie, po drugie może być wysokim kosztem dla potencjalnego wykonawcy, który mu się nie zwróci w przypadku braku wyboru jego oferty, a po trzecie dostawca obecnie posiadanego przez Zamawiającego systemu LMS nie musi przejawiać woli dostarczenia takich interfejsów w tak krótkim czasie wyznaczonym na złożenia próbki (to jest wraz z ofertą).
12. Ponadto, tak ustalone kryterium oceny ofert pn. *„Zakres przeniesienia/migracja danych - M”* narusza przepis art. 241 ust. 3 PZP, gdyż preferuje dostawcę obecnie eksploatowanej przez Zamawiającego platformy LMS, a kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności technicznej, o czym mowa w następujących wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej:
 - a) wyrok z dnia 4 października 2021 r., KIO 2142/21:
„Przy ustalaniu kryteriów oceny ofert zamawiający musi dochować zasad wynikających z Prawa zamówień publicznych odnoszących się do równowagi i konkurencyjności, ale w ten sposób właśnie zamawiający może zadbać również o jakość przedmiotu zamówienia. Jeżeli dla zamawiającego pewne wymagania funkcjonalne, użytkowe, a więc odnoszące się do jakości przedmiotu zamówienia, są bardziej istotne od innych, to może i powinien opisać je w ramach kryteriów oceny ofert. Odpowiednie określenie kryteriów i ich wag przy jednoczesnym obniżeniu warunków pozwala na wybór oferty zapewniającej najkorzystniejszy bilans ceny i jakości w warunkach maksymalnie konkurencyjnych.”
 - b) wyrok z dnia 5 lipca 2021 r., KIO 1669/21:
*„Należy rozróżnić etap kwalifikacji podmiotowej wykonawców i etap oceny złożonych przez nich ofert. Podczas pierwszego etapu ocenie podlega spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, czyli minimalnego zakresu wymagań, które muszą spełnić wykonawcy, aby mogli ubiegać się o dane zamówienie publiczne. Ocena spełniania tych wymagań ma charakter zero-jedynkowy, co oznacza, że można je spełniać lub nie, a spełnianie wymogów w stopniu wyższym niż minimalny nie jest na tym etapie co do zasady dodatkowo punktowane (z wyjątkiem tzw. kryteriów selekcji). **Podczas etapu oceny ofert ocenie nie podlegają już właściwości wykonawców, lecz złożone przez nich oferty.** Inaczej niż przy ocenie warunków udziału w postępowaniu, ofertom przyznawana jest różna liczba punktów zgodnie ze wskazaną przez zamawiającego skalą punktacji. Kryteria oceny ofert służą m.in. zagwarantowaniu lepszej jakości oferowanego przedmiotu zamówienia, co wiąże się z możliwością punktowania przez instytucje zamawiające na tym etapie spełnienia przez wykonawców wymagań wyższych niż minimalne. **Zasadnicza różnica między kryteriami oceny ofert a warunkami udziału w postępowaniu jest taka, że warunki dotyczą właściwości wykonawcy, a kryteria oceny ofert - przedmiotu zamówienia.**”*

ŻĄDANIE:

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany:

- a) SWZ w rozdziale XVII poprzez:
 - usunięcie ust. 10.3. w całości;
 - nadanie ust. 8 nowego następującego brzmienia:
„8. Zamawiający dokona oceny ofert, które nie będą podlegały odrzuceniu.

Przy ocenie ofert zostaną uwzględnione następujące kryteria:

Lp.	Nazwa kryterium	Waga
1.	Cena oferty - C = (C1 + C2)	50%
2.	Termin realizacji – T = (T1+T2)	10%
3.	Narzędzia projakościowe w aspekcie jakości kształcenia - NPro	40%

”

- b) Załącznika nr 2 do OPZ w rozdziale II poprzez usunięcie ust. 7.

Zarzut nr 5 – naruszenie art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP – poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty polegający na nieopisaniu w rozdziale 3 pkt 2 OPZ wszystkich wymagań w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, w tym jego cech (funkcjonalności) i zobowiązaniu wykonawcy do dodatkowych świadczeń, które w OPZ nie zostały określony przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny i wyczerpujący

1. Zamawiający w rozdziale 3 pkt 2 OPZ (Załącznik nr 2 do SWZ) zawarł następujący obowiązek dla potencjalnego wykonawcy:
„2. Jeżeli opisany przez Zamawiającego w OPZ i Umowie zakres prac niezbędnych do realizacji Zamówienia jest w ocenie Wykonawcy niewystarczający Wykonawca jest zobowiązany do uwzględnienia innych zadań, które zdaniem Wykonawcy są niezbędne do realizacji Zamówienia.”.
2. Odwołujący podnosi, że tak sformułowany opis przedmiotu zamówienia narusza zasadę wynikającą z przepisu art. 99 ust. 1 PZP, gdyż jest określony w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, co ma wpływ na sporządzenie oferty i narusza zasady wynikające z art. 16 PZP.
3. Obowiązek dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty jest przedmiotem szeregu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, wśród których należy wymienić:
 - a) wyrok z dnia 20 stycznia 2023 r., KIO 18/23:
„Zamawiający w celu wyeliminowania niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia ma obowiązek jednoznacznie i wyczerpująco opisać przedmiot zamówienia. Zamawiający nie może przenosić na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z prawidłową wyceną przedmiotu zamówienia w ofercie.”
 - b) wyrok z dnia 27 maja 2022 r., KIO 1262/22:
„Zamawiający jest zobowiązany do ukształtowania opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 99 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, 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."

4. Ponadto, tak określony opis przedmiot zamówienia, zawarty w rozdziale 3 pkt 2 OPZ, prowadzi do nierówności stron umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż przerzuca ryzyka prawne na wykonawcę, a takie działanie jest niedopuszczalne.

ŻĄDANIE

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu usunięcia pkt 2 z rozdziału 3 OPZ (Załącznik nr 2 do SWZ).

Zarzut nr 6 – naruszenie art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP – poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty polegający na nieopisaniu przez Zamawiającego w rozdziale 5 pkt 2 OPZ w sposób jednoznaczny i wyczerpujący specyfiki (cech) jego działalności oraz wymagań funkcjonalnych i pozafunkcjonalnych, które wykonawca ma uwzględnić przy realizacji zamówienia.

1. Odwołujący zarzuca, że Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia w rozdziale 5 pkt 2 OPZ (Załącznik nr 2 do SWZ) naruszył art. 99 ust. 1 PZP, gdyż opis sformułowano w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, co ma wpływ na sporządzenie oferty i narusza zasady wynikające z art. 16 PZP.
2. Mianowicie Zamawiający w rozdziale 5 pkt 2 OPZ określił następująco:
„2. Przy realizacji zakresu zamówienia Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić specyfikę działalności Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku oraz zdefiniowane wymagania funkcjonalne oraz pozafunkcjonalne.”
3. Odwołując nie ma wiedzy jaką konkretnie specyfikę działalności Zamawiającego oraz jakie zdefiniowane (w jakim dokumencie?) wymagania funkcjonalne i pozafunkcjonalne potencjalny wykonawca ma uwzględnić przy realizacji zamówienia.
4. W związku z powyższym nie ulega wątpliwości, że tak sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia narusza art. 99 ust. 1 PZP.

ŻĄDANIE

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu usunięcia pkt 2 z rozdziału 5 OPZ (Załącznik nr 2 do SWZ).

Zarzut nr 7 – naruszenie art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP – poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i

zrozumiałych określić, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty polegający na nieopisaniu przez Zamawiającego w OPZ w rozdziale 2 pkt 2 ppkt 7, rozdział 3 pkt 9, rozdział 6 pkt 5 lit. e), wersji systemu „VDO” z jaką ma nastąpić integracja i procedura testowa.

1. Zamawiający w OPZ (Załączniku nr 2 do SWZ) w rozdziale 2 pkt 2 ppkt 7 określił, że potencjalny wykonawca zobowiązany jest m.in. do przeprowadzenia analizy wymagań w zakresie integracji Platformy LMS z posiadanym przez uczelnię systemem VDO – system zarządzania uczelnią „Verbis Dean’s Office” firmy Verbis.pl Sp. z o.o.
2. Jakkolwiek, na sam obowiązek Odwołujący nie wnosi zarzutu, ale podnosi, że naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 99 ust. 1 PZP przejawia się w tym, że Zamawiający nie określił precyzyjnie z jaką aktualnie posiadaną wersją systemu VDO ma nastąpić integracja.
3. Integracja platformy LMS objętej Postępowaniem z systemem VDO według najlepszej wiedzy Odwołującego wymagać będzie nabycia od twórcy tego systemu (Verbis.pl Sp. z o.o.) odpłatnych interfejsów zewnętrznych typu API czy „web services” umożliwiających wymianę danych z platformą LMS.
4. Powyższe jest o tyle istotne, że w przypadku, gdyby na początkowym etapie realizacji zamówienia potencjalny wykonawca nabył takie interfejsy, to w przypadku zmiany (podniesienia) wersji systemu VDO po stronie Zamawiającego, po nabyciu interfejsów przez wykonawcę, może się okazać, że wymiana danych – a zatem integracja – nie będzie przebiegała poprawnie lub może w ogóle nie być dostępna.
5. A takie działanie (brak możliwości wymiany danych z systemem VDO) może mieć negatywny wpływ na testy platformy LMS, które zgodnie z rozdziałem 6 pkt 5 lit. e) OPZ będą obejmowały właśnie testy integracji z systemem VDO.
6. Przedmiot zamówienia został określony w sposób nieprecyzyjny i niewyczerpujący, ponieważ Zamawiający zamieszczając wymogi co do integracji – w ogóle nie wskazał informacji, na czym ma polegać wyżej opisana integracja. Nie wiadomo jakimi kryteriami Zamawiający będzie się kierował, decydując o tym, czy potencjalny wykonawca realizujący zamówienie, zrealizował integrację. Zamawiający winien zdawać sobie sprawę, że aby była możliwa integracja dwóch systemów informatycznych różnych producentów konieczne jest bardzo precyzyjne określenie, jakiego rodzaju dane mają być między tymi systemami wymieniane i w jaki sposób ma owa integracja nastąpić. Niezbędne jest również przedstawienie szczegółowych danych dotyczących systemu istniejącego u Zamawiającego, które umożliwi wykonawcę przygotowanie oferty w tym zakresie oraz wycenę czynności składających się na integrację.
7. Wymóg pozyskania informacji niezbędnych do przeprowadzenia integracji bezpośrednio od Verbis, powoduje iż wymagania i okoliczności mające wpływ na złożenie oferty, znajdują się poza opisem przedmiotu zamówienia, w sposób bezpośredni naruszając zatem art. 99 ust. 1 PZP.
8. Odwołujący podnosi, że nawet wbrew pozorom nieistotna zmiana wersji systemu VDO, po odpłatnym udostępnieniu API lub protokołów „web services”, może uniemożliwić prawidłową wymianę danych pomiędzy platformą LMS, a systemem VDO, co przełoży się na negatywny wynik testów, a w konsekwencji będzie skutkowało naliczeniem kary umownych w szczególności z tytułu opóźnienia, a nawet w ostateczności odstąpienia od umowy przez Zamawiającego.

ŻĄDANIE

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

a) określenia w:

- OPZ: rozdział 2 pkt 2 ppkt 7, rozdział 3 pkt 9, oraz rozdział 6 pkt 5 lit. e), oraz
- Załącznik nr 8 do SWZ: § 2 ust. 2 pkt lit. b), § 2 ust. 3 pkt lit. a), konkretnej wersji systemu „VDO” (numeru) z jaką ma nastąpić integracja i procedura testowa, a także dodania obowiązku nakazującego Zamawiającemu zapewnienie kompletnej i szczegółowej dokumentacji określającej sposób integracji i zakres wymiany danych z systemem VDO;

alternatywnie:

b) usunięcie obowiązku integracji z systemem VDO, to jest usunięcie z:

- OPZ: w rozdział 2 pkt 2 ppkt 7, rozdział 3 pkt 9, oraz rozdział 6 pkt 5 lit. e) OPZ, oraz,
- Załącznik nr 8 do SWZ: § 2 ust. 2 pkt lit. b), § 2 ust. 3 pkt lit. a).

Zarzut nr 8 – naruszenie art. 99 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP – poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty polegający na braku zawarcia w OPZ w rozdziale 4 pkt 2 lit. d) informacji o szczegółowym sposobie liczenia parametrów jakościowych platformy LMS”.

1. Zamawiający w rozdziale 4 pkt 2 lit. d) OPZ (Załącznik nr 2 do SWZ) określił parametry jakościowe świadczenia usługi działania (utrzymania/dostępności) platformy LMS jakie musi umożliwić dostarczana infrastruktura informatyczna w sposób następujący.
2. Odwołujący podnosi, że Zamawiający nie określił czy czasy, to jest parametry jakościowe świadczenia usługi działania (utrzymania/dostępności) platformy LMS, określone w rozdziale 4 pkt 2 lit. d) OPZ (Załącznik nr 2 do SWZ) będą mierzone:
 - a) po stronie stacji końcowej użytkownika platformy, czy
 - b) po stronie serwera, to jest infrastruktury, na którym funkcjonuje platforma LMS.
3. Jest to bardzo istotny parametr, ponieważ czas odpowiedzi/działania platformy LMS po stronie serwera może być diametralnie różny od czasu mierzonego po stronie użytkownika, na który dodatkowo mają wpływ czynniki całkowicie niezależne od wykonawcy takie jak łącze internetowe, ograniczenia w ruchu sieciowym sieci wewnętrznej (LAN), działanie zapór sieciowych (firewall).
4. Odwołujący nie jest w stanie zinterpretować według jakich założeń Zamawiający będzie liczył parametry jakościowe platformy LMS, zatem takie sformułowanie (zaniechanie doszczegółowienia) stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 PZP.
5. W związku z powyższym, jeżeli intencją Zamawiającego było liczenie parametrów jakościowych po stronie serwera, wówczas powinno być to doprecyzowane, a jeżeli po stronie użytkownika, wówczas czasy te powinny być wydłużone w sposób zaprezentowany w żądaniu dotyczącym niniejszego zarzutu zawartym poniżej.

ŻĄDANIE

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia rozdziału 4 pkt 2 lit. d) OPZ (Załącznik nr 2 do SWZ) o warunki według jakich założeń Zamawiający będzie liczył parametry jakościowe platformy

LMS z uwzględnieniem wyłączenia czynników całkowicie niezależnych od wykonawcy takie jak łącze internetowe po stronie użytkownika, ograniczenia w ruchu sieciowym sieci wewnętrznej (LAN), działanie zapór sieciowych (firewall).

Zarzut nr 9 – naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 99 ust. 1 i 4 PZP oraz art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z art. 353¹ KC w zw. z art. 8 ust. 1 PZP – poprzez ustalenie klauzuli waloryzacyjnej w sposób nie pozwalający na zapewnienie ekwiwalentności świadczeń stron umowy oraz nie niwelujący ryzyk związanych ze zmianami kosztów wykonania zamówienia publicznego, co przy aktualnym poziomie inflacji oraz wzroście wynagrodzeń, prowadzi do uznania postanowień wzoru umowy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia w niezmienionym kształcie za naruszające zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron stosunku zobowiązaniowego.

1. Zamawiający w § 12 ust. 22 Załącznik nr 8 do SWZ, określającego projektowane postanowienia umowy (wzór umowy), jako jedną z przesłanek uprawniających strony do zmiany (aneksowania) umowy, która byłaby zawarta w wyniku Postępowania, zawarł zmianę rocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych – inflację.
2. Zdaniem Odwołującego przedmiotowe postanowienia umowy nie mogą zostać uznane za realizujące cel i ideę wynikającą z normy prawa określonej w art. 439 PZP. Podkreślić należy, że istotą wprowadzenia przedmiotowego przepisu było zobowiązanie zamawiających do wprowadzenia realnej waloryzacji wynagrodzeń wykonawców. Wskazuje na to wprost uzasadnienie projektu ustawy PZP:

*„c) **Obligatoryjna klauzula dotycząca zmiany wysokości wynagrodzenia***

*W art. 439 ust. 1 projektu ustawy wprowadza się obowiązek zawarcia w umowie, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy, postanowień o zasadach wprowadzenia zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Mając świadomość ogromnego zróżnicowania poszczególnych umów, z uwagi chociażby na wielkość, czy przedmiot zamówienia, przepis ustawowy nie może być nadmiernie kazuistyczny. W ramach tego obowiązku poszczególni zamawiający mają swobodę, oczywiście z poszanowaniem ustawowych zasad określających relacje między stronami, w ukształtowaniu **klauzuli waloryzacyjnej uwzględniającej specyfikę danego zamówienia.**”*

3. Należy zwrócić uwagę, że w uzasadnieniu projektu ustawy wprost użyto pojęcia klauzuli waloryzacyjnej. Tym samym odwołując się do językowego rozumienia pojęcia „waloryzacja” uznać należy, że jest to zwiększenie wartości pieniężnej świadczenia w celu utrzymania jego realnej wartości na niezmienionym poziomie – zgodnie z powszechnym, językowym rozumieniem słowa „waloryzacja”. Słownik Języka Polskiego pod redakcją W. Doroszewskiego jako waloryzację rozumie: przeliczenie należności lub zobowiązań pieniężnych ustalonych w danej jednostce monetarnej na inną o stałej wartości, dostosowanie wysokości zobowiązań pieniężnych do zmienionej wartości pieniądza.
4. W ciągu ostatnich dwóch (2) lat mamy do czynienia ze stałym, bardzo dynamicznym wzrostem wynagrodzeń, w tym w szczególności wynagrodzeń pracowników z branży IT, co obrazuje poniższa tabela:

Dane GUS	XII 2018	XII 2019	XII 2020	XII 2021
Średnie wynagrodzenie w sektorze Informacja i komunikacja	8 643,53 zł	9 067,22 zł	9 673,87 zł	11 154,82 zł

Wzrost w stosunku do tego samego miesiąca w poprzednim roku – roczny wskaźnik wzrostu	8,0%	4,9%	6,7%	15,3%
---	------	------	------	-------

(źródło: Główny Urząd Statystyczny)

Co więcej, wzrost wynagrodzeń jest o wiele wyższy niż inflacja w ostatnich latach:

Dane GUS	2018	2019	2020	2021
Średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem	101,6	102,3	103,4	105,1
%	1,6%	2,3%	3,4%	5,1%

(źródło: Główny Urząd Statystyczny)

5. Jednocześnie należy zauważyć, że w ostatnich miesiącach obserwujemy znaczny wzrost inflacji. Inflacja konsumencka w Polsce w październiku 2022 r. wyniosła 17,9 % w porównaniu z analogicznym miesiącem z poprzedniego roku według danych Głównego Urzędu Statystycznego. *Dowód: Raport GUS „Wskaźniki cen towarów i usług konsumpcyjnych w październiku 2022 r.” (Załącznik do Odwołania).*
6. Tak dynamiczny i rozpędzający się wzrost inflacji oraz wynagrodzeń powoduje, że są uzasadnione podstawy do przyjęcia, że sposób zwiększania wynagrodzenia wskazany w zaskarżonym postanowieniu umowy nawet w małym stopniu nie pokryje wzrostu kosztów, jakie musi ponosić wykonawca.
7. Tymczasem Zamawiający określił w § 12 ust. 22 wzoru umowy przesłanki które stanowią o tym, że wykonawca uprawniony jest do podniesienia pierwotnie określonego wynagrodzenia przy w zasadzie zaistnieniu dwóch (2) najistotniejszych przesłanek:
 - a) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia wynosi minimum 25% względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie
 - b) maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia w części niezrealizowanej umowy, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, to 5% względem ceny lub kosztu przyjętego w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie.
8. Nie ulega zatem wątpliwości, że w praktyce tak określona podstawa do zmiany wynagrodzenia wykonawcy w przypadku dużego wzrostu inflacji umożliwia waloryzację umownego wynagrodzenia jeżeli nastąpił wzrost ceny materiałów lub kosztów o co najmniej 25% względem wartości wynikających z oferty, a także wartość niezrealizowanej części, której dotyczy wzrost, nie może to maksymalnie 5% względem ceny lub kosztu przyjętego w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie.
9. W związku z powyższym, aby realizacja umowy miała sens ekonomiczny wykonawca musi uwzględnić w pierwotnej cenie oferty wyżej wskazane ryzyka – co czyni waloryzację umowną całkowicie pozorną. W oparciu o klauzulę waloryzacyjną w obecnym brzmieniu wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia w wysokości, która odpowiadałaby zasadzie ekwiwalentności świadczeń. Każdy racjonalnie działający wykonawca będzie miał świadomość powyższego – a zatem i tak będzie zmuszony uwzględnić w cenie oferty bardzo wysoką inflację oraz jeszcze wyższy wzrost wynagrodzeń w branży IT. W związku z tym Zamawiający – poprzez takie, a nie inne ukształtowanie klauzuli waloryzacyjnej – działa *de facto* na swoją szkodę: otrzyma oferty z cenami znacznie wyższymi, niż w przypadku, gdyby klauzula waloryzacyjna uczciwie uwzględniała zmiany kosztów realizacji zamówienia.

10. Zgodnie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Tymczasem klauzula waloryzacyjna w obecnym brzmieniu wynikającym z Załącznika nr 8 do SWZ narusza zarówno zasady współżycia społecznego, jak i sprzeciwia się właściwości stosunku prawnego. Skoro już w chwili składania ofert wiadomo, że inflacja i wzrost wynagrodzeń wynosi znacznie więcej niż 7% - to naruszeniem zasady ekwiwalentności świadczeń jest założenie przez Zamawiającego, że przez cały okres realizacji umowy (tj. 36 miesięcy) wynagrodzenie wykonawcy nie wzrośnie więcej niż 5%. Prawdłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna powinna służyć równomiernemu rozłożeniu ryzyka kontraktowego i być adekwatna do aktualnej sytuacji rynkowej – trudno jednak uznać, żeby obecne brzmienie § 12 ust. 22 wzoru umowy realizowało te zasady.
11. Jak trafnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 marca 2022 roku, sygn. akt: KIO 440/22: *„Należy takie podkreślić, że instytucja waloryzacji cen ma w założeniu służyć nie tylko wykonawcom, ale także zamawiającym. Przy czym nie chodzi tu tylko o to, że waloryzacja może prowadzić także do obniżenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, ale również o to, że określenie przez zamawiającego uczciwych zasad zmiany wysokości wynagrodzenia, pozwala wykonawcom na skalkulowanie ceny oferty bez doliczania do niej kosztów ryzyka wzrostu cen. Oczywistym jest bowiem, że w przypadku braku zapewnienia rzetelnych zasad waloryzacji, racjonalnie kalkulujący swoją ofertę wykonawca, aby nie ponieść straty i osiągnąć zysk z realizacji zamówienia publicznego, musi uwzględnić w cenie oferty m.in. ryzyko wynikające ze wzrostu cen na rynku. Tymczasem dla zamawiającego bardziej korzystna jest sytuacja, gdy będzie on dokonywał ewentualnego podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy w wysokości wynikającej z rzeczywistego wzrostu cen określonego wg ustalonych wskaźników, np. w komunikacie GUS, niż gdyby musiał ponosić te koszty (ewentualnego wzrostu cen) w wysokości wynikającej wyłącznie z tego, jak wybrany wykonawca ocenił ryzyko w tym zakresie i jaką dodatkową kwotę w związku z tym uwzględnił w cenie oferty. W pierwszej z przedstawionych sytuacji, zamawiający może w ogóle uniknąć ponoszenia wyższych kosztów, jeżeli do wzrostu cen nie dojdzie albo będzie ponosił koszty tego wzrostu w wysokości wynikającej z obiektywnych wskaźników. Natomiast w drugiej z przedstawionych sytuacji zamawiający z góry poniesie koszty przewidywanego przez wykonawcę wzrostu cen - w postaci wypłaty wynagrodzenia równego cenie oferty - nawet jeśli przewidywania te się nie potwierdzą, a ponadto poniesie je w wysokości, jaką ustalił sam wykonawca, kierujący się w tym zakresie znanymi tylko sobie regułami kalkulacji ceny oferty. Dlatego też instytucja waloryzacji nie powinna być postrzegana jako służąca wyłącznie interesom wykonawców, ale także jako korzystna dla zamawiających. Tym bardziej zatem postanowienia projektu umowy powinny być formułowane w sposób odzwierciedlający sytuację na danym rynku i umożliwiające dokonanie zmiany wysokości wynagrodzenia stosownie do rzeczywistych zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.”* Analogiczne stanowisko zajęła KIO w wyroku z dnia 5 stycznia 2022 roku, sygn. akt KIO 3600/21 – *„Jak trafnie wskazuje się w doktrynie, stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowie w sprawie zamówienia publicznego pozwala na zachowanie równowagi ekonomicznej stron umowy w stosunku do stanu na dzień złożenia oferty przez wykonawcę, minimalizując ryzyko pokrzywdzenia obu stron umowy na skutek zmiany siły nabywczej pieniądza w okresie realizacji zamówienia. Klauzule te zapewniają bowiem konieczną elastyczność w kształtowaniu kosztów związanych z realizacją zamówienia w dłuższym okresie, umożliwiając jednocześnie bieżące dostosowanie stosunku zobowiązaniowego łączącego zamawiającego z wykonawcą do zmiany okoliczności. Obligatoryjne stosowanie klauzul waloryzacyjnych w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy zdejmuje z wykonawcy ciężar zadeklarowania w ofercie niezmiennej ceny, co prowadziło do jednostronnego obciążenia wykonawcy ryzykiem późniejszej zmiany stosunków gospodarczych. Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy jest również korzystna dla zamawiających, gdyż umożliwia ponoszenie przez nich rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, bez wliczania ryzyka ich wzrostu już w cenie oferty. (...) Uregulowania zawarte w art. 439 ust. 1 i 2 ustawy pzp mają charakter bezwzględnie*

obowiązujący, a zatem stanowią ustawowe ograniczenie swobody umów zawieranych w sprawie zamówień publicznych, które obligatoryjnie muszą zawierać klauzule waloryzacyjne. Jednocześnie, biorąc pod uwagę, że za kształtowanie postanowień tych umów odpowiedzialny jest zamawiający, który ma obowiązek przestrzegać zasady proporcjonalności, uzasadniony jest wniosek, że do natury stosunku zobowiązaniowego zawieranego w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zachowanie ekwiwalentności świadczeń na poziomie zbliżonym do ustalonego w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty. Skoro prawidłowo skonstruowana klauzula waloryzacyjna powinna służyć równomiernemu rozłożeniu ryzyka kontraktowego i być adekwatna do aktualnej sytuacji rynkowej, należy uznać, że Zamawiający zarówno za wysoko określił próg zmiany wskaźnika inflacji warunkującego uprawnienie do waloryzacji, jak i zbyt nisko określił maksymalną granicę zmiany wynagrodzenia wykonawcy.”

12. Podobnie wynika z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02.03.2022 r. (KIO 440/22) oraz z 05.01.2022 r. (KIO 3600/21), że celem klauzul waloryzacyjnych jest rzeczywiste i uczciwe utrzymanie równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą, a Zamawiającym. Przyjęcie z góry założenia, że zmiana wynagrodzenia w przypadku wzrostu inflacji przez 3 letni okres umowy możliwa jest jedynie do 5% wynagrodzenia brutto narusza zasady współżycia społecznego, jak i sprzeciwia się właściwości stosunku prawnego. Skoro już w chwili składania ofert świadomość, że inflacja za okres styczeń 2023 r. w porównaniu z analogicznym miesiącem ubiegłego roku (styczeń 2022 r.) wynosi 17,2%, to taki założenie w SWZ jest naruszeniem zasady ekwiwalentności świadczeń, aby nie doszło do zdecydowanego zachwiania równowagi ekonomicznej stron na niekorzyść wykonawcy, jak też, aby nadmierne podwyższenia wynagrodzenia nie doprowadziło do negatywnych konsekwencji dla Zamawiającego – czemu wyraz dała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25.10.2022 r. (połączone sprawy: KIO 2532/22, KIO 2536/22, KIO 2544/22).
13. Z wyżej wskazanych orzeczeń jednoznacznie wynika, że celem klauzul waloryzacyjnych jest rzeczywiste i uczciwe utrzymanie równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Przyjęcie z góry założenia, że zmiana wynagrodzenia możliwa jest jedynie o połowę wartości wynikającej z obiektywnego i niezależnego od stron wskaźnika – co więcej w połączeniu z dodatkowymi limitami – w oczywisty sposób nie spełnia tych wymagań.

ŻĄDANIE:

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany § 12 ust. 22 Załącznik nr 8 do SWZ na następujące brzmienie:

„Każdego roku obowiązywania Umowy, począwszy od 1 stycznia 2024 roku, Wykonawca uprawniony będzie do dokonania waloryzacji swojego wynagrodzenia z tytułu świadczenia usług objętych Umową. Waloryzacja zostanie dokonana w oparciu o wskaźnik „Przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw” za rok poprzedzający waloryzację, ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (PMW) i „Średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w poprzednim roku” ogłaszany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (SWC), w sposób następujący:

$$\text{Wartość waloryzacji} = 0,5 \cdot \text{PMW} + 0,5 \cdot \text{SWC}$$

Wykonawca uprawniony jest do waloryzacji wynagrodzenia wskazanego w Umowie w kolejnych latach jej obowiązywania, bez konieczności zmiany (aneksowania) Umowy. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, dokonana na zasadach określonych w niniejszym ustępie, nie może przekroczyć 25% całkowitej wartości umowy brutto, określonej w § 5 ust. 2 Umowy.”.

W imieniu Odwołującego:

Załączniki:

- 1) Dowód uiszczenia opłaty od odwołania (wpisu) w wysokości 15 000,00 zł;
- 2) Pełnomocnictwo;
- 3) Aktualny odpis z KRS Odwołującego;
- 4) Dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictw w wysokości 17,00 zł;
- 5) Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;
- 6) Ogłoszeniu o zamówieniu na „Wyłonienie Wykonawcy w zakresie dostawy i wdrożenia oprogramowania LMS dla Wydziału Prawa i Administracji UJ”;
- 7) Wynik zamówienia na „Wyłonienie Wykonawcy w zakresie dostawy i wdrożenia oprogramowania LMS dla Wydziału Prawa i Administracji UJ”;
- 8) Ogłoszenie o wyniku postępowania „Dostawa i uruchomienie platformy e-learningowej Blackboard”;
- 9) Specyfikacja Warunków Zamówienia na „Dostawę internetowej platformy edukacyjnej oraz systemu bibliotecznego”;
- 10) Komunikat GUS.