

Sygn. akt: KIO 1680/20

WYROK

z dnia 31 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 sierpnia 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **20 lipca 2020 r.** przez wykonawcę **Asseco Poland S.A., z siedzibą w Rzeszowie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Finansów,**

przy dziale wykonawców:

- A) **Comp S.A., z siedzibą w Warszawie oraz Comarch Polska S.A., z siedzibą w Krakowie,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- B) **Advatech sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 471 kodeksu cywilnego, art. 473 kodeksu cywilnego, art. 353¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, art. 91 ust. 2a ustawy Pzp (zarzuty oznaczone ust. I, II, IV, V, VII i VIII odwołania).**
2. **Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 pkt 11 w zw. z art. 36aa w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i nakazuje zamawiającemu Ministerstwu Finansów dokonanie podziału zamówienia na części zgodnie z wymaganiami**

określonymi w art. 36aa ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz dokonanie innych zmian będących skutkiem podziału zamówienia na części.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Ministerstwo Finansów** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Asseco Poland S.A., z siedzibą w Rzeszowie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 20 lipca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Asseco Poland S.A., z siedzibą w Rzeszowie (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Ministerstwu Finansów (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup usług specjalistycznych związanych z oprogramowaniem Oracle” następujących przepisów:

- 1) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w tym obowiązków wykonawcy w sposób niejednoznaczny, niewystarczający, niepełny, niejasny, który uniemożliwia przygotowanie oferty;
- 2) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania w SIWZ wszystkich okoliczności i wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty;
- 3) art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję;
- 4) art. 96 ust. 1 pkt 11 w związku z art. 36aa oraz w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp;
- 5) art. 91 ust. 2a ustawy Pzp poprzez określenie ceny jako jedyne kryterium oceny ofert z naruszeniem przesłanek określonych w tym przepisie;
- 6) art. 471 Kodeksu cywilnego, art. 473 Kodeksu Cywilnego, art. 3531 KC w z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie odpowiedzialności wykonawcy niezgodnie z zasadami odpowiedzialności kontraktowej oraz zasadą swobody umów;
- 7) art. 29 ust. 3 i 1 ustawy Pzp poprzez określenie zasad równoważności w sposób niejasny, niepełny, sprzeczny i niewystarczający;
- 8) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z w/w przepisami poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad Prawa zamówień publicznych, tj. z naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, zasady proporcjonalności oraz zasady przejrzystości.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ w zakresie wskazanym w odwołaniu poprzez zmianę zaskarżonych zapisów w sposób określony w niniejszym odwołaniu.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia został przez Zamawiającego określony w taki sposób, że w chwili obecnej w ogóle nie można stwierdzić, co właściwie jest nim objęte, w szczególności - nie jest możliwe jednoznaczne i ściśle określenie zakresu obowiązków wykonawcy.

- I. Określenie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, z użyciem określeń niedokładnych i niezrozumiałych, nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty; a dodatkowo - określenie przedmiotu zamówienia w sposób wewnętrznie sprzeczny.**

W pierwszej kolejności należy się przyjrzeć samemu określeniu przedmiotu zamówienia zawartemu w SIWZ w porównaniu do przedmiotu zamówienia określonego w Umowie:

SIWZ - Rozdział 1. Opis przedmiotu zamówienia	Umowa - § 1 Przedmiot umowy
1.1. Asysta Techniczna i Konserwacja (ATiK) dla posiadanych przez Zamawiającego licencji oprogramowania Oracle.	1.1. świadczenie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego usługi Asysty Technicznej i Konserwacji dla Aplikacji, wymienionych w Załączniku nr 1 do Umowy, zgodnie z § 3 Umowy;
1.2. Usługi Producentkich Konsultacji Eksperskich w zakresie oprogramowania Oracle eksploatowanego i wdrażanego u Zamawiającego.	1.2. świadczenie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego usług Konsultacji Eksperskich w zakresie technologii wymienionych w Załączniku nr 3 do Umowy w wymiarze 137 088 Roboczogodzin, zgodnie z § 4 Umowy;
1.3. Producentkie usługi dostawy, budowy i rozwoju funkcjonalności systemów informatycznych w zakresie technologii Oracle posiadanych przez	1.3. świadczenie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego dostawy, budowy i rozwoju funkcjonalności systemów informatycznych, w zakresie technologii wymienionych w Załączniku

Z kolei w Ogłoszeniu o zamówieniu w pkt II.1.4) „Krótki opis” wskazano jak w SIWZ:

- 1.1. asysta techniczna i konserwacja (ATiK) dla posiadanych przez Zamawiającego licencji oprogramowania Oracle;
- 1.2. usługi producentkich konsultacji eksperckich w zakresie oprogramowania Oracle eksploatowanego i wdrażanego u Zamawiającego;
- 1.3. producentkie usługi dostawy, budowy i rozwoju funkcjonalności systemów informatycznych w zakresie technologii Oracle posiadanych przez Ministerstwo Finansów w wymiarze 1 707 punktów funkcyjnych;

1.4. usługi producenckich konsultacji eksperckich w zakresie licencji oprogramowania Oracle eksploatowanego i wdrażanego u Zamawiającego w wymiarze do 68 544 roboczogodzin.

W ocenie Odwołującego porównanie powyższych zapisów wskazuje wprost, że obecne brzmienie dokumentacji postępowania nie określa przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, co wprost narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Poniżej omówione zostaną podstawowe wady opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazuje, że w SIWZ w Rozdziale I Opis przedmiotu zamówienia w pkt 2 Zamawiający wprost wskazuje, że: Szczegółowe założenia obejmujące zakres i wymagania oraz informacje związane z realizacją zamówienia, określa Załącznik Nr 1 do Wzoru umowy stanowiący Załącznik I do SIWZ.

W ocenie Odwołującego z powyższego wynika, że należy przyjąć, iż prawidłowy jest ten opis przedmiotu zamówienia, który znajduje się w Umowie - skoro nawet SIWZ odwołuje się do Umowy. Osobną kwestią jest, że Załącznik 1 do umowy obejmuje tylko wykaz aplikacji objętych usługą Asysty Technicznej i Konserwacji, gdzie jako producent wskazywany jest Oracle, tak jakby umowa nie obejmowała innych usług. Tego typu błędów, niepełnych odwołań, itp. jest w SIWZ bardzo wiele, będą kolejno omawiane na dalszych stronach odwołania. Niemniej jednak wrażenie z lektury SIWZ jest takie, że Zamawiający chciałby zamówić usługi firmy Oracle (bliżej nieokreślone "usługi producenckie") i nie jest zainteresowany tym, aby inni wykonawcy świadczyli na jego rzecz usługi inne, niż usługi zakupione w Oracle, a tylko odsprzedawane potem do Ministerstwa Finansów. Taki jest wydźwięk obecnego brzmienia SIWZ i tak to odebrał Odwołujący odkrywając w SIWZ kolejne zaskakujące i niejasne postanowienia. Jeśli Zamawiającemu przyświecał inny cel i zamiar, to niestety nie dał temu wyrazu w SIWZ.

4. Ad. Asysta Techniczna / Konserwacja (ATiK)

SIWZ - Rozdział 1. Opis przedmiotu zamówienia	Umowa - § 1 Przedmiot umowy
1.1. Asysta Techniczna i Konserwacja (ATiK) dla posiadanych przez Zamawiającego licencji oprogramowania Oracle.	1.1. świadczenie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego usługi Asysty Technicznej i Konserwacji dla Aplikacji, wymienionych w Załączniku nr 1 do Umowy, zgodnie z § 3 Umowy;

Zamawiający w SIWZ wskazuje, że ATiK świadczony jest dla posiadanych licencji Oracle, a w Umowie - że dla Aplikacji. Jest to o tyle istotna różnica, że Aplikacje to pojęcie zdefiniowane i

obejmuje oprogramowanie wymienione w Załączniku nr 1. Zatem powinno być przez Zamawiającego konsekwentnie używane w całej dokumentacji postępowania. Wskazać należy, że Zamawiający może przecież posiadać także inne licencje Oracle, niż te wymienione w Załączniku 1. Zatem rozbieżność ta nie jest pozorna. Po zawarciu umowy Zamawiający mógłby się domagać od wykonawcy świadczenia usług ATiK do wszystkich posiadanych przez Ministerstwo Finansów licencji Oracle a nawet do licencji Oracle nabytych w toku realizacji umowy, a nie tylko w stosunku do tych wymienionych w Załączniku 1. Obecne brzmienie SIWZ uniemożliwia Odwołującemu sporządzenie oferty, gdyż nie wie, które licencje Oracle mają być objęte usługą ATiK.

4. Ad. Konsultacje Eksperckie lub Producentckie Konsultacje Eksperckie

Dalej Odwołujący wskazał, że w tym przypadku rozbieżność SIWZ jest znacznie bardziej poważna. Otóż Zamawiający zdefiniował Konsultacje Eksperckie - jest to usługa Wykonawcy o zakresie określonym w §4 ust 1 Umowy". A zatem z samej istoty definicji wynika, że ma to być usługa wykonawcy i nikogo innego. Jednocześnie Zamawiający wprowadził w SIWZ dodatkowe pojęcie Producentckich Konsultacji Eksperckich (co ważne - pisanych z wielkiej litery, tak jakby było to pojęcie zdefiniowane). A zatem, w ocenie Odwołującego, należy uznać, że mają to być jakieś inne konsultacje, świadczone przez kogoś innego niż wykonawca. Z całości SIWZ można wysnuć wniosek, że chodzi tutaj o usługi świadczone przez Oracle, gdyż SIWZ wielokrotnie w stosunku do Oracle posługuje się właśnie pojęciem producent. Gdyby jednak taką wykładnię pojęcia Producentckie Konsultacje Eksperckie przyjąć za prawidłowe, to sprowadzałoby się to do przyjęcia, że Zamawiający zamawia po prostu usługi świadczone przez firmę Oracle. Tylko nie wiadomo wtedy po co wszczyna postępowanie w trybie rzekomo konkurencyjnym, tj. przetargu nieograniczonego - podczas gdy postępowanie byłoby dedykowane tylko do 1 wykonawcy, tj. firmy Oracle.

W ocenie Odwołującego obecny bałagan terminologiczny SIWZ (w związku z dalszymi niejasnościami opisanymi poniżej) powoduje, że Odwołujący już sam nie wie, kto ma świadczyć, usługi będące przedmiotem zamówienia określonym w ppkt 1.2. Czy Asseco Poland jako wykonawca mogłoby świadczyć te usługi, czy też byłoby zobowiązane dostarczyć tylko takie usługi świadczone przez Oracle. Stąd też konieczne jest jednoznaczne określenie przedmiotu zamówienia w tym zakresie, ujednoczenie definicji, itp.

Dalej Odwołujący wskazał, że dalsze rozbieżności dotyczące przedmiotu usługi - umowa odnosi się w tym zakresie do technologii wymienionych w Załączniku nr 3. Jest to wskazanie konkretne i czytelne. Tymczasem SIWZ odnosi się do „oprogramowania Oracle

eksploatowanego i wdrażanego u Zamawiającego. Także w tym przypadku, w ocenie Odwołującego, po zawarciu umowy Zamawiający mógłby się domagać od wykonawcy świadczenia usług do całości oprogramowania Oracle posiadanego przez Ministerstwo Finansów, a nie tylko w stosunku do technologii wymienionych w Załączniku 3. Obecne brzmienie SIWZ uniemożliwia Odwołującemu sporządzenie oferty, gdyż nie wie, które licencje Oracle mają być objęte usługą konsultacji.

Dalej Odwołujący wskazał, że niejasnym i niejednoznacznym elementem usługi Konsultacji Eksperckich jest ich zakres określony w § 4 ust. 1 Umowy. Zamawiający powinien w spójny i precyzyjny sposób określić zakres i warunki realizacji zamówienia - tak, aby Wykonawca mógł przygotować prawidłową ofertę, adekwatną do warunków zamówienia oraz mógł ją wycenić. Tymczasem Zamawiający w ramach usług Konsultacji Eksperckich przewidział też wytwarzanie nowych funkcjonalności - w §4 ust 1 pkt 1,9, 1.11, 1.13 Zamawiający zdefiniował katalog prac określonych jako „Konsultacje Eksperckie” które faktycznie są usługami wytwarzania oprogramowania. Są to:

1.9. doradztwo techniczne wytworzenie dodatkowych funkcjonalności i wsparcie implementacyjne w zakresie adaptacji nowych i dodatkowych funkcjonalności oprogramowania;

1.11. wykonywanie prac związanych z rozwojem systemów Zamawiającego w oparciu o języki programowania oraz narzędzia udostępniane przez Oracle lub Zamawiającego;

1.13. wykonywanie otwartych interfejsów oraz rozwiązań w oparciu o narzędzia / oprogramowanie udostępniane przez Zamawiającego oraz dostosowywanie i konfiguracja interfejsów;

Podczas gdy jednocześnie Zamawiający przewidział zupełnie odrębną usługę (§ 1 ust. 1 pkt 1.3. Umowy), która obejmuje właśnie budowę nowej funkcjonalności: Tym samym, w ocenie Odwołującego, obecnie SIWZ określa warunki realizacji usług wytwarzania oprogramowania w dwóch różnych usługach, przy czym usługi te są realizowane w dwóch istotnie różnych modelach, w których zastosowano istotnie różne metody wyceny oraz sposób zlecenia i odbioru prac. Zgodnie z § 4 ust. 2 realizacja przez Wykonawcę w/w usług następuje na podstawie Zlecenia Konsultacji Eksperckich, które specyfikuje zakres i sposób prowadzenia Prac i wykonania Produktów, termin ich wykonania oraz maksymalną czasochłonność takich Prac (liczbę Roboczogodzin do rozliczenia). Tak więc, rozliczanie odbywa się w oparciu o liczbę Roboczogodzin i stawkę jednostkową określona w ofercie przez Wykonawcę dla Konsultacji Eksperckich. Tej samej klasy usługi, dotyczące wytwarzania funkcjonalności oprogramowania, Zamawiający opisał w § 1 ust. 1 pkt. 1.3 Umowy, przy czym szczegółowe warunki realizacji określone zostały w § 5. Pomimo analogicznego charakteru usług opisanych

w § 4 w ust. 1 pkt. 1.9, 1.11, 1.13 oraz usług opisanych w §1 ust. 1 pkt. 1.3 oraz §5 ich warunki realizacji są istotnie różne. W szczególności odmienny jest sposób wyceny i rozliczania usług: roboczogodziny i punkty funkcyjne.

W ocenie Odwołującego, powyższe wprowadza sytuację, w której takie same usługi są wyceniane według różnych metod. Powoduje to dodatkowo złożenie nieporównywalnych ofert. Co więcej, Wykonawca nie wie, którą usługę w rzeczywistości Zamawiający będzie wykorzystywał do rozwoju swoich systemów informatycznych, być może w zależności od tego, z kim zostanie zawarta umowa, Zamawiający korzystać będzie z innych rozwiązań. Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę, że Załącznik 6 do Umowy, który określa wzór Protokołu odbioru Konsultacji Eksperckich w ogóle nie zawiera postanowień typowych dla odbioru nowych funkcjonalności, jak chociażby postanowień o prawach autorskich, kodach źródłowych, itp. A zatem istnieje duże ryzyko, że Zamawiający nie nabędzie majątkowych praw autorskich do elementów systemów informatycznych wytworzonych w ramach Konsultacji Eksperckich. Zdaniem Odwołującego należy zlikwidować ten niepotrzebny dualizm SIWZ - wystarczające z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego jest, aby nowe funkcjonalności systemów informatycznych były zamawiane w trybie określonym w § 5.

7. Ad. usługi dostawy, budowy i rozwoju funkcjonalności systemów informatycznych lub. producenckie usługi dostawy, budowy i rozwoju funkcjonalności systemów informatycznych

1.3. Producentkie usługi dostawy, budowy i rozwoju funkcjonalności systemów informatycznych w zakresie technologii Oracle Dosiadanych przez Ministerstwo Finansów w wymiarze 1 707 Punktów	1.3. świadczenie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego dostawy, budowy i rozwoju funkcjonalności systemów informatycznych, w zakresie technologii wymienionych w Załączniku
Funkcyjnych.	nr 3 do Umowy, w wymiarze 1707 punktów funkcyjnych;

W ocenie Odwołującego, tak samo jak w pkt powyższym w SIWZ Zamawiający wskazał na „producenckie” usługi. Umowa ani SIWZ nie określa, co to jest „producencka usługa”. Z kolei umowa w § 5, zgodnie z jego tytułem, reguluje „Sposób realizacji dostawy, budowy i rozwoju funkcjonalności systemów informatycznych”. W postanowieniu tym uregulowano sposób świadczenia usług dostawy, budowy i rozwoju funkcjonalności systemów informatycznych - ale już nie „producenckich usług”. Jak wyżej - nie wiadomo, kto ma świadczyć te usługi. A to w kontekście brzmienia SIWZ, gdzie przez producenta rozumie się firmę Oracle. W ocenie Odwołującego dalsza rozbieżność dotyczy przedmiotu usługi - umowa odnosi się w tym

zakresie do technologii wymienionych w Załączniku nr 3. Jest to wskazanie konkretne i czytelne. Tymczasem SIWZ odnosi się do „technologii Oracle posiadanych przez Ministerstwo Finansów”. Także w tym przypadku, w ocenie Odwołującego, po zawarciu umowy Zamawiający mógłby się domagać od wykonawcy świadczenia usług do całości technologii Oracle posiadanych przez Ministerstwo Finansów, a nie tylko w stosunku do technologii wymienionych w Załączniku 3. Obecne brzmienie SIWZ uniemożliwia Odwołującemu sporządzenie oferty, gdyż nie wie, które licencje Oracle mają być objęte usługą dostawy, budowy i rozwoju funkcjonalności systemów informatycznych.

8. W ocenie Odwołującego kolejną wątpliwość dotycząca przedmiotowej usługi, to jej zakres. Zamawiający dość enigmatycznie wskazał, że dotyczyć będzie „systemów informatycznych”, nie wskazując, jakich konkretnie systemów. Jednak w treści § 5 zamieścił zapisy, z których wynika, że „usługa dostawy, budowy i rozwoju funkcjonalności systemów informatycznych” miałyby dotyczyć tylko Oprogramowania. Odwołujący wskazał, że Zamawiający używa tam zwrotu „Zlecenie Rozwoju Oprogramowania”. Tymczasem Oprogramowanie zdefiniowano w Umowie jako oprogramowanie dostarczone przez Wykonawcę. Cały problem w tym (o czym poniżej), że Umowa nie obejmuje w ogóle dostawy oprogramowania. Jedynie usługa ATiK ze swej istoty obejmuje dostawy - ale tylko dostawy nowych wersji, wydań podwyższonych, wydań uzupełniających i nowych Aplikacji będących kontynuacją linii produktowej. Jednak sam Zamawiający wyraźnie użył zwrotu Aplikacji. Nawet jednak, gdyby przyjąć, że zamiarem Zamawiającego było użycie zwrotu „Aplikacji” zamiast „Oprogramowania”, to i tak nie byłby jasny zakres tej usługi. W ocenie Odwołującego, gdy wczytamy się w ogólny sens § 5 Umowy (w kontekście postanowień Umowy dotyczących Produktów oraz nabywania przez Zamawiającego majątkowych praw autorskich), to wynika z niego, że Zamawiający zamawia po prostu tworzenie nowych funkcjonalności już posiadanych systemów informatycznych - systemów informatycznych dedykowanych dla Zamawiającego, przykładowo można tutaj wskazać na system Poltax Plus, oparty co prawda o technologie Oracle, ale będący własnością Ministerstwa Finansów. W tym zakresie jest to typowa umowa rozwojowa, zawierana prawie przez każdego zamawiającego posiadającego własne, dedykowane dla siebie systemy informatyczne. Tymczasem szczegółowa analiza wskazuje na sytuację, w której Zamawiający zamawia wyłącznie rozwój Oprogramowania - czyli produktów typów COTS (z ang. Commercial-Off-The-Shelf), czyli „z półki”, a nie rozwój swoich własnych systemów informatycznych. Odwołujący wskazał, że jeśli Oprogramowanie to produkt dostarczony przez wykonawcę (jak wskazuje definicja), a nie wytworzony przez wykonawcę, to wykonawca nie posiada odpowiednich praw własności intelektualnej, które uprawniałyby go do rozwoju Oprogramowania. Prawa te posiada bowiem twórca

Oprogramowania. Nie wynika też z Umowy, aby to Ministerstwo Finansów posiadało odpowiednie uprawnienia do Oprogramowania, uprawniające do jego rozwoju i modyfikacji.

9. Ad. Oprogramowanie - wadliwa definicja; całkowicie niezrozumiałe użycie pojęcia w Umowie

W ocenie Odwołującego kolejnym niejasnym pojęciem, którym posługuje się Umowa, jest pojęcie Oprogramowanie: Oprogramowanie - oprogramowanie narzędziowe, oprogramowanie systemowe lub oprogramowanie aplikacyjne, dostarczone przez Wykonawcę, na używanie którego udzielone zostaną na rzecz Zamawiającego licencje/sublicencje.

W ocenie Odwołującego, jak zostało wskazane powyżej, przedmiot Umowy nie obejmuje w ogóle dostawy Oprogramowania. Jedynie z zakresu usługi ATiK można wywieść, że obejmuje ona dostawy, ale dostawy te dotyczą Aplikacji, a nie Oprogramowania. Jednocześnie Umowa zawiera definicję Aplikacji i jest to chyba jedno z nielicznych pojęć jasno i klarownie zdefiniowanych w Umowie, poprzez wskazanie, że to oprogramowanie wymienione w Załączniku nr 1 do Umowy, objęte usługą ATiK.

W ocenie Odwołującego, fakt istnienia w Umowie 2 definicji: Aplikacji i Oprogramowania skutkuje tym, że należy przyjąć, że są to pojęcia rozłączne. Obecnie nie można nadać pojęciu Oprogramowanie jakiegokolwiek sensownego znaczenia - nie jest możliwa wykładnia tego pojęcia. Nie mówiąc już o tym, że skoro pojęcie jest zdefiniowane, to właściwie nie powinno się nawet dokonywać jego wykładni (zgodnie z paremią *ciara non sunt interpretanda*). A zatem, w ocenie Odwołującego, obecnie przedmiot zamówienia jest całkowicie niejasny - nie wiadomo, czy wykonawca ma dostarczać jakieś Oprogramowanie - jakby wynikało z definicji, a jeśli tak - to kiedy i jakie oraz, gdzie ma być ujęta cena za tę dostawę. Co więcej - Pojęcie Oprogramowanie pojawia się w wielu miejscach Umowy:

- a) Definicja Zlecenia Rozwoju Oprogramowania - jak omówiono to już powyżej;
- b) Wielokrotnie w § 4, ale w każdym przypadku z małej litery - zatem Odwołujący nie jest w stanie stwierdzić, czy dotyczy to pojęcia zdefiniowanego, czy jakiegoś innego, a jeśli innego - to co jest objęte tym pojęciem;
- c) Wielokrotnie w § 5, jako Zlecenia Rozwoju Oprogramowania - kwestia omówiona już powyżej;
- d) W § 6 ust. 5: Wykonawca oświadcza, że ma prawo do korzystania z własności intelektualnej wytwórcy Oprogramowania, w tym nieograniczoną możliwością korzystania z narzędzi serwisowych i diagnostyki realizowanej na poziomie kodu oprogramowania lub dowolnych zapisów diagnostycznych tworzonych przez działające oprogramowania, a jeżeli

Umowę wykonuje z Podwykonawcą, to że prawo takie ma Podwykonawca. W ocenie Odwołującego to postanowienie Umowy jest wyjątkowo niezrozumiałe i niejasne:

i) Po pierwsze - nie wiadomo, kto jest „wytwórcą Oprogramowania”. Być może firma Oracle. Jeśli jednak firma Oracle, to na jakiej podstawie Wykonawca miałby oświadczać, że posiada prawo korzystania z własności intelektualnej firmy Oracle? Z całą pewnością żaden podmiot na świecie - poza samą firmą Oracle - nie może takiego oświadczenia złożyć. Czy może chodzi tutaj o złożenie oświadczenia, że Wykonawca posiada odpowiednie umowy z firmą Oracle i może dostarczać produkty tej firmy? Tzw. umowy partnerskie czy dystrybucyjne? Nie wiadomo.

ii) Po drugie, - nie wiadomo, co to jest „nieograniczona możliwość korzystania”. Nieograniczona, to jaka? Przecież wystarczające byłoby oświadczenie, że Wykonawca posiada odpowiednie uprawnienia, aby realizować Umowę w zakresie Aplikacji, czyli produktów firmy Oracle objętych Umową;

iii) Po trzecie - nie wiadomo, co to jest „diagnostyka realizowana na poziomie kodu oprogramowania” i w jakim właściwie celu taka diagnostyka miałaby być realizowana. Z idei Umowy zdaniem Odwołującego powinno wynikać, że tylko usługa ATiK dotyczy produktów firmy Oracle, pozostałe 2 usługi dotyczą już systemów informatycznych Ministerstwa Finansów, do których pełne majątkowe prawa autorskie powinien posiadać Zamawiający. Z kolei do świadczenia usługi ATiK w formie wskazanej w Załączniku 7 do Umowy wystarczające jest, aby Wykonawca posiadał odpowiednią umowę partnerską z Oracle. Kwestia ta jest szczegółowo omawiana poniżej, ale należy wskazać w tym miejscu, że świadczenie usług ATiK dla produktów Oracle zgodnie z Załącznikiem 7 do Umowy zawsze wykonywane jest de facto przez firmę Oracle, a wykonawcy w każdym przypadku wyłącznie dostarczają tę usługę. Wynika to z faktu, że według najlepszej wiedzy Odwołującego, co do zasady firma Oracle nie zawiera umów bezpośrednio z zamawiającymi publicznymi, ale dostarcza swoje produkty przez pośredników unikając w ten sposób ryzyka kontraktowego wynikającego z zawarcia umowy bezpośrednio z Zamawiającym.

e) Wielokrotnie w § 10, prawie zawsze łącznie z pojęciem Aplikacji (co tylko wzmacnia stanowisko Odwołującego, że według Zamawiającego Aplikacja i Oprogramowanie to 2 różne pojęcia, cały problem w tym, że nie wynika z Umowy, co to jest Oprogramowanie).

f) W § 12 ust. 3, gdzie najpierw jest mowa o dostarczonych nowych wersjach Aplikacji, a następnie o gwarantowaniu prawidłowego działania Oprogramowania (ale już nie Aplikacji).

g) W § 12 ust. 4, który reguluje gwarancję na rozwiązania i poprawki dostarczone w ramach Konsultacji Eksperckich, gdzie znowu mowa o gwarantowaniu prawidłowego działania Oprogramowania (jak gdyby dostarczanie Oprogramowania było elementem Konsultacji Eksperckich).

10. Jak wynika z powyższego - pojęcie Oprogramowanie zostało tak zdefiniowane, a następnie tak używane w Umowie, że właściwie nie wiadomo, jaki jest zakres obowiązków Wykonawcy z nim związanych.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu określenia przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny w całej dokumentacji postępowania (ujednoczenie SIWZ i Umowy) poprzez:
 - i. zastąpienie w Rozdziale I pkt 1 ppkt 1.1. SIWZ zwrotu „licencji oprogramowania Oracle” zwrotem „Aplikacji”;
 - ii. zastąpienie w Rozdziale I pkt 1 ppkt 1.2. SIWZ zwrotu „Producenckie Konsultacje Eksperckie” zwrotem „Konsultacje Eksperckie”;
 - iii. zastąpienie w Rozdziale 1 pkt 1 ppkt 1.2. SIWZ zwrotu „oprogramowania Oracle eksploatowanego i wdrażanego u Zamawiającego” zwrotem „technologii wymienionych w Załączniku nr 3”;
 - iv. zastąpienie w Rozdziale I pkt 1 ppkt 1.3. SIWZ zwrotu „Producenckie usługi dostawy, budowy i rozwoju funkcjonalności systemów informatycznych” zwrotem „usługi dostawy, budowy i rozwoju funkcjonalności systemów informatycznych”;
 - v. zastąpienie w Rozdziale I pkt 1 ppkt 1.3. SIWZ zwrotu „technologii Oracle posiadanych przez Ministerstwo Finansów” zwrotem „technologii wymienionych w Załączniku nr 3 do Umowy”;
2. nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia prawidłowej definicji Asysta Techniczna i Konserwacja poprzez usunięcie z niej zwrotu „producenta Oprogramowania” i wprowadzenie w to miejsce zwrotu „Oracle” lub „producenta Aplikacji”;
3. usunięcie z §4 ust. 1 pkt.: 1.9,1.11,1.13 i ewentualne przeniesienie ich do § 5 „Sposób realizacji dostawy, budowy i rozwoju funkcjonalności systemów informatycznych”;
4. W zakresie pojęcia Oprogramowania - Odwołujący nie jest w stanie wskazać jednoznacznych zmian SIWZ, gdyż - jak wykazano powyżej - w zakresie pojęcia Oprogramowanie SIWZ jest całkowicie niejasny i wewnętrznie sprzeczny, stąd też żądania formułujemy alternatywnie:
 - i. W przypadku uznania, że jest to pojęcie nadmiarowe i niepotrzebne do określenia obowiązków stron (do czego skłania się Odwołujący) - wnioskujemy o: usunięcie z Umowy pojęcia Oprogramowanie pisanego z wielkiej litery, dostosowanie Umowy do tej zmiany - w tym używanie pojęcia Aplikacja, gdy ma to dotyczyć usługi ATiK oraz używanie odniesienia do systemów informatycznych Ministerstwa Finansów, gdy ma to dotyczyć usługi Konsultacji Eksperckich oraz usługi określonej w § 5 Umowy, a także o wykreślenie § 6 ust. 5 Umowy, gdyż jego obecna treść jest zupełnie niezrozumiała lub nadanie mu treści mającej uzasadnienie w przedmiocie zamówienia:

ewentualnie

ii. wprowadzenie prawidłowej definicji Oprogramowania, jasno określającej zakres. Odwołujący nie proponuje tutaj prawidłowej definicji, gdyż z obecnej treści SIWZ nie jest możliwe wyczytanie ewentualnych zamiarów i intencji Zamawiającego nie ujętych literalnie w SIWZ.

- II. Opisane przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty
- brak postanowień SIWZ niezbędnych dla wyceny Punktu Funkcyjnego

Odwołujący wskazał, że w Formularzu Oferty (Załącznik A do SIWZ) wymagane jest podanie ceny jednostkowej punktu funkcyjnego (z adnotacją „określona w Rozdziale VIII SIWZ”). Niezależnie od faktu, że odwołanie się w Formularzu Oferty do Rozdziału VIII SIWZ jest błędne (Rozdział VIII SIWZ dotyczy Warunków Udziału w Postępowaniu) i powinno być odwołanie do Rozdziału VII SIWZ, to Odwołując zwrócił uwagę, że zarówno w SIWZ jak i w Umowie nie ma żadnych postanowień dotyczących Punktu Funkcyjnego. Nie określono metodyki na bazie, której ma odbywać się szacowanie złożoności oprogramowania, czyli wymiarowanie w punktach funkcyjnych. Powszechnie w Polsce stosowane są dwie, istotnie różniące się od siebie metodyki szacowania złożoności oprogramowania: 1FPUG i COSMIC. Metodyki te są standardami światowymi i mogą być wykorzystywane do wymiarowania dowolnych systemów informatycznych jednak, aby to robić efektywnie wymagane jest ich dostosowanie do specyfiki systemu informatycznego, w którym ma być wykorzystywane. Takie dostosowanie zostało wykonane na przykład przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych (tutaj stosuje się COSMIC) jak i Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa (tutaj stosuje się IFPUG). Dostosowanie metodyki ma na celu precyzyjne opisanie, w jaki sposób szacowane będą poszczególne klasy funkcji oprogramowania (np.: algorytmy, ekrany, raporty, procesy wsadowe) w kontekście wykorzystywanej (albo planowanej) przez Zamawiającego architektury systemu, wykorzystywanych narzędzi czy przyjętych standardów budowy aplikacji i dokumentacji. Dostosowanie metodyki w szczególności polega na przygotowaniu podręcznika szacowania złożoności oprogramowania w danym systemie informatycznym.

Dalej Odwołujący wskazał, że w SIWZ nie wskazano też zamkniętego katalogu elementów cyklu wytwórczego, które mają być objęte wymiarowaniem w punktach funkcyjnych. Katalog taki stanowi immanentny element opisu przedmiotu zamówienia w przypadku stosowania Punktów Funkcyjnych, gdyż jednoznacznie opisuje zakres zobowiązań wykonawcy, co pozwala na określanie kosztów związanych z wyprodukowaniem oprogramowania w wymiarze odpowiadającym jednemu Punktowii Funkcyjnemu. Dopiero taki zestaw informacji stanowi

warunek konieczny, acz niewystarczający - o czym mowa poniżej - do oszacowania wartości Punktu Funkcyjnego. Odwołujący wskazuje, że we wszystkich znanych mu postępowaniach, w których cena oferty określana była przez cenę 1 Punktu Funkcyjnego, Zamawiający zawsze zamieszczali w SIWZ odpowiednie Strategie Wymiarowania. Wskazać tutaj należy:

a) Postępowanie prowadzone przez KRUS na „Usługi rozwoju systemu Workflow oraz jego utrzymanie, a także związane z nim usługi integracyjne”, gdzie zastosowano metodykę COSMIC, a Załącznik nr 6 do SIWZ „Wymiarowanie Modyfikacji metodą COSMIC” zawiera Strategię Wymiarowania zgodną z normą ISO/IEC 19761,

b) Postępowanie prowadzone przez KRUS na „Kompleksową obsługę i rozwój systemów informatycznych wspomagających obsługę ubezpieczeń i świadczeń krótkoterminowych”, gdzie zastosowano metodykę COSMIC, a Załącznik nr 11 „Standardy analizy i projektowania” zawiera Strategię Wymiarowania zgodną z normą ISO/IEC 19761,

c) Postępowanie prowadzone przez KRUS na „Kompleksową obsługę systemu informatycznego wspomagającego obsługę świadczeń emerytalno-rentowych

d) Postępowanie prowadzone przez ZUS na „Rozwój Platformy Usług Elektronicznych” gdzie zastosowano metodykę COSMIC, a SIWZ zawiera Podręcznik Wymiarowania dla Systemów Informatycznych ZUS, obejmujący Strategię Wymiarowania zgodną z normą ISO/IEC 19761,

e) Postępowanie prowadzone przez ZUS na „Rozbudowa i wdrożenie nowych funkcjonalności oraz utrzymanie i rozwój systemu Elektronicznej Platformy Wymiany Danych (EPWD) oraz budowa Centralnego Rejestru Klientów Zakładu (CRKZ)”, gdzie zastosowano metodykę COSMIC, a SIWZ zawiera Podręcznik Wymiarowania dla Systemów Informatycznych ZUS, obejmujący Strategię Wymiarowania zgodną z normą ISO/IEC 19761,

f) Postępowanie prowadzone przez Urząd Miasta Stołecznego Warszawy ZP/LL/341/III-193/08 na „Budowa, wdrożenie i serwis zintegrowanego systemu informatycznego do obsługi zasobu geodezyjnego i kartograficznego m.st. Warszawy”, gdzie zastosowano metodykę COSMIC, a SIWZ zawiera Podręcznik Wymiarowania, obejmujący Strategię Wymiarowania zgodną z normą ISO/IEC 19761,

g) Postępowanie prowadzone przez ARiMR na „Utrzymanie, modyfikacje i ulepszanie systemów aplikacyjnych OFSA, OFSA-PROW, OFSA-PROW-DD, RG-PROW”, gdzie zastosowano metodykę IFPUG, a SIWZ zawiera Podręcznik Wymiarowania, obejmujący Strategię Wymiarowania zgodną z normą ISO/IEC 19761,

h) Postępowanie prowadzone przez ARiMR na „Utrzymanie i rozwój systemów aplikacyjnych OFSA, OFSA-PROW, OFSA-PROW-DD, RG.PROW”, gdzie zastosowano metodykę IFPUG, a SIWZ zawiera Podręcznik Wymiarowania, obejmujący Strategię Wymiarowania zgodną z normą ISO/IEC 19761,

- i) Postępowanie prowadzone przez ARiMR na: „UTRZYMANIE I ROZWÓJ APLIKACISIA, PA, PZ SIP, FOTO SIP NA LATA 2013-2015”, gdzie zastosowano metodykę IFPUG, a SIWZ zawiera Podręcznik Wymiarowania, obejmujący Strategię Wymiarowania zgodną z normą ISO/IEC 19761,
- j) Postępowanie prowadzone przez ARiMR na „Utrzymanie i rozwój aplikacji EBS”, gdzie zastosowano metodykę IFPUG, a SIWZ zawiera Podręcznik Wymiarowania, obejmujący Strategię Wymiarowania zgodną z normą ISO/IEC 19761,
- k) Postępowanie prowadzone przez ARiMR na „Utrzymanie, Rozwój i Modyfikacje Aplikacji EBS oraz zmianę wersji Aplikacji EBS z wersji nr 11 na wersję nr 12”, gdzie zastosowano metodykę IFPUG, a SIWZ zawiera Podręcznik Wymiarowania, obejmujący Strategię Wymiarowania zgodną z normą ISO/IEC 19761,
- l) Postępowanie prowadzone przez ARiMR na „Utrzymanie i Rozwój Systemu Informatycznego Agencji - SIA (ZSZiK, IACSplus, GIS, SIZ, PZSIPplus, PA)”, gdzie

Odwołującemu wskazał, że nie jest znane żadne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego porównywalnej wielkości, w którym z jednej strony cena części oferty określana byłaby jako cena 1 Punktu Funkcyjnego, a jednocześnie Zamawiający nie określiłby w SIWZ dla takiego postępowania Strategii Wymiarowania. Jest to o tyle istotne, że obliczenie złożoności tej samej funkcjonalności mierzonej w Punktach Funkcyjnych przy wykorzystaniu różnych podręczników wymiarowania da różne wyniki. A różnić się one mogą nawet o rząd wielkości. W ocenie Odwołującego, wskazane powyżej braki z pewnością będą prowadzić do sytuacji, w której każdy z Wykonawców przyjmie własne założenia i na ich podstawie ustali cenę za Punkt Funkcyjny - co wprost doprowadzi do złożenia ofert nieporównywalnych. W konsekwencji Zamawiający nie będzie w stanie obiektywnie ocenić złożonych ofert w tym zakresie, gdyż cena Punktu Funkcyjnego będzie nieporównywalna w związku z przyjęciem przez poszczególnych wykonawców różnych metodyk szacowania oraz różnego sposobu ich wykorzystania w celu zwymiarowania złożoności zamawianego oprogramowania. Jest to tym bardziej istotne ze względu na fakt przyjęcia przez Zamawiającego kryterium oceny ofert w postaci wagi 100% cena. Zamawiający ma obowiązek tak określić kryteria oceny ofert w SIWZ, aby kryteria te były jednoznaczne i zrozumiałe oraz-co według Odwołującego najważniejsze - umożliwiały obiektywne porównanie ofert przedstawionych przez Wykonawców. W przypadku braku uzupełnienia SIWZ o wskazane treści z zakresu Strategii Wymiarowania kryterium ceny 1 Punktu Funkcyjnego staje się kryterium niejednoznacznym i niemożliwym do weryfikacji.

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie zawarł też w SIWZ innych informacji i danych niezbędnych do oszacowania wartości Punktu Funkcyjnego. Mowa tutaj o funkcjonalności, architekturze oraz złożoności systemów informatycznych Zamawiającego, które mają

podlegać usługom budowy i rozwoju funkcjonalności. W dokumentacji nie znajdziemy również innych informacji istotnie wpływających szacunek wartości Punktu Funkcyjnego o szczególności, kompletności i aktualności dokumentacji oprogramowania wykonanej zgodnie ze stosowaną metodyką.

Ponadto Odwołujący podkreślił nietypowe wymagania Zamawiającego co do ceny Punktu Funkcyjnego, która ma obejmować wszelkie niezbędne koszty, opłaty wydatki Wykonawcy, w tym koszty związane z udzieleniem licencji lub sublicencji oraz prawami zależnymi. Mając powyższe na uwadze należy postawić pytanie, jak Wykonawca, nie mając obecnie żadnych informacji o przedmiocie usługi budowy dedykowanego oprogramowania oraz danych o systemie Zamawiającego, którego usługa ma dotyczyć, ma oszacować wartość jednego Punktu Funkcyjnego uwzględniając w cenie Punktu Funkcyjnego koszt udzielenia licencji, przy jednoczesnym absolutnym braku informacji jakich licencji Zamawiający będzie potrzebował. Trzeba też nadmienić, iż metodyki szacowania punktów funkcyjnych nie uwzględniają dostawy licencji na oprogramowanie. Metoda punktów funkcyjnych to metoda wymiarowania złożoności oprogramowania, a dokładniej złożoności wymagań, jakie na nie nałożono bez względu na to, czy oprogramowanie będzie wykonane od podstaw, czy z wykorzystaniem oprogramowania licencjonowanego. Wykonawcy nie jest znana żadna metodyka wyliczania wartości punktu funkcyjnego, która umożliwi uwzględnienie kosztu zakupu licencji. W uzupełnieniu należy bardzo wyraźnie zaznaczyć fakt, iż o ile liczbę punktów funkcyjnych można wyliczyć na bazie wymagań nałożonych na oprogramowanie, o tyle wartość punktu funkcyjnego jest mocno uzależniona od technologii, w jakiej oprogramowanie to zostanie wykonane. Nie sposób określić wartości Punktu Funkcyjnego bez wiedzy, jakiego typu oprogramowania i technologii Punkt ten dotyczy, a z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu.

Dalej Odwołujący wskazał, że zgodnie ze wzorem formularza „Protokół odbioru Zlecenia Rozwoju Oprogramowania” określonym w Załączniku nr 12 do Umowy Zamawiający przewiduje obowiązek przekazania kodów źródłowych tylko w sytuacji wytworzenia dedykowanego programu komputerowego. Nigdzie w SIWZ nie określono warunków, kiedy w ramach realizacji usługi „dostawy, budowy i rozwoju funkcjonalności systemów informatycznych” powstaje dedykowany program komputerowy, a kiedy taki program nie powstaje, nie wskazano też definicji „dedykowanego programu komputerowego” ani powiązania z definicją Produktu, która powinna mieć tutaj zastosowanie. Postanowienia te są zupełnie niejasne w kontekście definicji Produktu, którymi są wszystkie elementy wytworzone przez Wykonawcę w toku wykonywania Umowy, a zatem majątkowe prawa autorskie powinny zostać przeniesione na Zamawiającego (§ 9 Umowy- przeniesienie majątkowych praw autorskich do wszystkich Produktów wytworzonych zgodnie z § 5 Wykonawca). Tymczasem

przedmiotowy protokół wprowadza poważną wątpliwość. Można obawiać się, że zakres, w jakim Zamawiający będzie domagał się przeniesienia majątkowych praw autorskich, będzie znany dopiero po zawarciu umowy. A pewne jest jedno - przy obecnym brzmieniu SIWZ zakres ten nie jest znany na etapie składania oferty. Zdaniem Odwołującego każde oprogramowanie wytworzone przez Wykonawcę w ramach usług wskazanych w § 1 ust. 1 pkt 1.3. Umowy to oprogramowanie dedykowane dla Ministerstwa Finansów, Produkt w rozumieniu Umowy - a Zamawiający wprost w Umowie powinien przewidzieć nabycie majątkowych praw autorskich do takiego oprogramowania. Tymczasem z treści SIWZ wynika, że Zamawiający nie ma zamiaru nabywać majątkowych praw autorskich do wszystkich efektów usług wskazanych w § 1 ust.1 pkt 1.3. Umowy.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Wskazania w SIWZ według jakiej metodyki Punktu Funkcyjnego realizowany będzie przedmiot zamówienia - np. COSMIC, IFPUG, czy też innej;
2. Załączenia do SIWZ niezbędnych informacji i dokumentów, na bazie których możliwe będzie wyliczenie wartości Punktu Funkcyjnego - co najmniej podręcznik szacowania obejmujący Strategie Wymiarowania, standardy architektoniczne, opis stanu kodów źródłowych, standard dokumentacji;
3. Wskazania w SIWZ systemów informatycznych, które mają być przedmiotem rozwoju wraz ze wskazaniem twórców tych systemów informatycznych;
4. Załączenia do SIWZ dokumentacji systemów informatycznych Zamawiającego, które mają podlegać usługom budowy i rozwoju funkcjonalności wraz z dokumentacją zawierającą opis standardów IT, w tym:
 - a. definicję produktów wymaganych przez Zamawiającego i podlegających odbiorom.
 - b. standard tworzenia wymaganej dokumentacji.
 - c. zasady tworzenia oprogramowania użytkowego zasady wersjonowania, zasady tworzenia i przekazywania poprawek, wymagania dotyczące wydajności, pojemności, bezpieczeństwa).
 - d. opis standardów eksploatacyjnych systemów, czyli dokumenty obowiązujące u Zamawiającego i normujące wszystkie aspekty niezwiązane z funkcjami użytkowymi oprogramowania, takie jak zasady dostarczania oprogramowania (format, opis, procedury kompilacji), obligatoryjne funkcjonalności usprawniające eksploatację fnp.: standardy logów, reguły bezpieczeństwa), sposób organizowania utrzymania systemów Zamawiającego wpływające na budowę oprogramowania.
 - e. dokumenty definiujące i opisujące wymagania jakościowe, realizacyjne, eksploatacyjne i utrzymaniowe, których postanowienia Wykonawca powinien znać na etapie kalkulowania ceny oferty oraz oszacowania ryzyk projektowych i biznesowych;

5. Wyjaśnienia w SIWZ, co jest Produktem Zlecenia Rozwoju Oprogramowania, w szczególności, czy jest to Produkt zgodnie z definicją zawarta w Umowie:

6. Zmiany Załącznika 12 w taki sposób, aby jednoznacznie określał, że w każdym przypadku obejmuje przeniesienie majątkowych praw autorskich zgodnie z § 9 Umowy;

7. Wyłączenia z wartości Punktu Funkcyjnego kosztu udzielenia licencji lub sublicencji poprzez usunięcie w § 8 ust. 2. słów "w tym koszty związane z udzieleniem licencji lub sublicencji".

III. Nieuzasadniona rezygnacja z podziału zamówienia na części

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią przepisu art. 96 ust 1 pkt 11 ustawy Pzp w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół, zawierający powody niedokonania podziału zamówienia na części. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie dokonał podziału zamówienia na części, a jednocześnie nie zawarł w protokole rzeczywistych, pełnych i racjonalnych przyczyn braku takiego podziału. Tym samym naruszenie przepisów Ustawy PZP jest oczywiste.

Odwołujący wskazał, że przepis art 96 ust. 1 pkt 11 Ustawy PZP stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego normy zawartej w art. 46 ust. 1 dyrektywy klasycznej - stanowiącej, że instytucje zamawiające dokonują wskazania najważniejszych powodów swojej decyzji o niedokonaniu podziału na części, które zamieszcza się w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu, o którym mowa w art. 84 dyrektywy klasycznej. Oba te przepisy - polskiego Prawa zamówień publicznych oraz Dyrektywy klasycznej należy interpretować z uwzględnieniem jednego z głównych celów dyrektyw z zakresu zamówień publicznych, a celem tym jest zwiększenie udziału sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MSP) w rynku zamówień publicznych oraz zwiększeniem konkurencji między wykonawcami. Zgodnie z motywem 78 preambuły do dyrektywy klasycznej w przypadku, gdy instytucja zamawiająca zdecyduje, że podział zamówienia na części nie byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej. Powyższy motyw preambuły wymienia następujące przykładowe przyczyny:

a) instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia,

b) potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że ustawodawca europejski za okoliczność uzasadniającą rezygnację z podziału na części uznał jedynie nadmierne trudności czy koszty oraz brak koordynacji, skutkujący poważną groźbą nieprawidłowej realizacji zamówienia. *A contrario*, uznać należy, iż obawy związane z ewentualnymi trudnościami, które nie są nadmierne, czy problemami z koordynowaniem działań wykonawców, z którymi nie wiąże się poważna groźba nieprawidłowej realizacji zamówienia - nie mogą być przyczyną braku podziału zamówienia , na części. Tym bardziej taką przyczyną nie może być wygoda zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, oczywistym jest, że Zamawiający podejmuje decyzję o braku podziału zamówienia na części w zależności od swoich potrzeb, jednakże w każdym przypadku swoboda Zamawiającego jest ograniczona zasadą zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający jest zobowiązany badać, czy w konkretnych okolicznościach decyzja o braku podziału nie naruszy konkurencji poprzez ograniczenie możliwości ubiegania się o całym grupom wykonawców. Tymczasem w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia właśnie z taką sytuacją, w której brak podziału skutkuje jednym - oferty w postępowaniu będą mogli złożyć tylko ci wykonawcy, którym firma Oracle Polska złoży odpowiednie oferty. I to w sytuacji, gdy na 4 elementy przedmiotu zamówienia, tylko 1 jest wprost związany z obowiązkiem posiadania firmy Oracle Polska jako dostawcy/podwykonawcy, a 3 inne elementy to usługi, które mogą być świadczone przez szeroki krąg firm informatycznych.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia (zgodnie z § 1 Umowy) jest świadczenie 3 różnych usług:

- a) usługi Asysty Technicznej i Konserwacji - są to usługi, które są świadczone tylko przez 1 podmiot - producenta Oracle. W tym przypadku ofertę może złożyć tylko Wykonawca, który będzie posiadał odpowiednią ofertę od firmy Oracle. Niezależnie bowiem od tego, ilu wykonawców złoży ofertę, usługa ta i tak będzie zawsze świadczona przez Oracle, a będzie jedyna „odsprzedawana” przez pośrednika, którym będzie Wykonawca;
- b) usługi Konsultacji Eksperckich - wysoko wyspecjalizowane usługi informatyczne takie jak: doradztwo architektoniczne, opracowywanie projektów technicznych, opracowywanie koncepcji, prace konsultacyjne, doradztwo techniczne, itp.
- c) usługi dostawy, budowy i rozwoju funkcjonalności - specjalistyczna usługa informatyczna o całkowicie otwartym charakterze.

Dla Odwołującego nie jest jasne, dlaczego Zamawiający połączył w 1 zamówieniu tak różne usługi, a jednocześnie zaniechał podziału zamówienia na części. Truizmem jest stwierdzenie, że Zamawiający wie, kto de facto świadczy usługi Asysty Technicznej i Konserwacji (§ 1 ust. 1 pkt 1.1. Umowy). Świadczy je Oracle. Tylko i wyłącznie Oracle. Co więcej, w ocenie

Odwołującego, wynika to wprost z treści S1WZ, a mianowicie z treści Załącznika 7 do Umowy „Zasady świadczenia usług asysty technicznej dla Oprogramowania Oracle” - jest to Załącznik przygotowany przez Oracle, w którym Oracle określa skrajnie korzystne dla siebie i nierzadko mało korzystne dla Zamawiającego warunki świadczenia usług:

- a) uprawnienie wprowadzania zmian według własnego uznania, zmiany nie mogą powodować tylko istotnego zmniejszenia zakresu usług, innych ograniczeń brak,
- b) płatność z góry za cały rok,
- c) uprawnienie do wycofania usług asysty.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający ma świadomość, że ofertę w tym zakresie może złożyć tylko podmiot, który otrzymał ofertę od Oracle. Powoduje to sytuację, w której wykonawcy, którzy mają wiedzę i doświadczenie, aby realizować zamówienie w części usług Konsultacji Eksperckich oraz rozwoju funkcjonalności systemów informatycznych, ale jednocześnie nie otrzymają oferty od Oracle (lub otrzymają niekonkurencyjną) lub też po prostu nie będą chcieli być pośrednikiem dla firmy Oracle - nie będą mogli nawet złożyć oferty w tym postępowaniu. Powoduje to nieuzasadnione ograniczenie konkurencyjności postępowania poprzez ograniczenie liczby złożonych ofert. Co więcej, w ocenie Odwołującego, Zamawiający godzi się na sytuację, że to firma Oracle będzie decydować, kto w ogóle może złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu. Jest to sytuacja kuriozalna - aby amerykańska korporacja decydowała (poprzez określanie podmiotów, którym przedstawi ofertę), które polskie firmy informatyczne mogą być uczestnikami postępowania prowadzonego przez Ministerstwo Finansów w zakresie dotyczącym rozwoju systemów informatycznych Ministerstwa Finansów.

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający w Protokole w pkt 2 ppkt 2 jako uzasadnienie braku podziału zamówienia na części wskazał:

„Brak podziału zamówienia na części wynika z faktu, że przedmiot niniejszego zamówienia z uwagi na swoją specyfikę powinien być realizowany przez jednego wykonawcę. Wszystkie elementy niniejszego zamówienia (asysta techniczna, konsultacje eksperckie oraz usługi rozwoju - w ramach prawa opcji) są ze sobą powiązane i zasadne jest by nadzór nad realizacją całości zamówienia pełnił jeden wykonawca. Udział dwóch lub więcej wykonawców w realizacji prac objętych niniejszym zamówieniem spowodowałby nadmierne trudności organizacyjne oraz trudności w ustaleniu odpowiedzialności za należyte wykonanie zamówienia.”

W ocenie Odwołującego jest to uzasadnienie ogólnikowe i nie odnoszące się w ogóle do specyfiki postępowania. Równie dobrze mogłoby dotyczyć każdego innego postępowania na usługi informatyczne. Odwołujący stanowczo przeczy hipotezom tego uzasadnienia. Oczywiście jest, że elementy zamówienia są ze sobą powiązane - to samo twierdzenie jest prawdziwe w stosunku do wszystkich usług informatycznych, jakie zamawia Ministerstwo

Finansów, każda usługa informatyczna jest w jakimś stopniu powiązana z innymi usługami. Niemniej jednak należy podkreślić, że usługi wskazane w § 1 ust. 1 pkt 1.2 - 1.4 mogą być świadczone w całkowitym oderwaniu od usług ATiK. Świadczenie usług ATiK w żaden sposób nie wpływa na sposób i terminowość świadczenia usług Konsultacji Eksperckich i usług rozwoju systemów informatycznych Ministerstwa Finansów.

Odwołujący wskazał, że przy takiej argumentacji jak powyższa Zamawiający mógłby uznać, że wszystkie usługi informatyczne, jakie są świadczone na rzecz Ministerstwa Finansów może wykonywać tylko 1 wykonawca. Pytanie, co jest celem Zamawiającego: jak największa konkurencyjność, która prowadzi do rynkowego poziomu cen ofertowych oraz wysokiej jakości świadczonych usług, czy też monopolizacja usług przez 1 wykonawcę. Odwołujący wskazuje, że prowadzi dziesiątki projektów, w których innych podmiot dostarcza usługi asysty technicznej producenta oprogramowania, a inny podmiot, a nawet - kilka innych podmiotów - realizuje usługi rozwoju oprogramowania czy też świadczenia usług eksperckich. Przykładem tutaj mogą być największe systemy informatyczne polskiej administracji rządowej - jak systemy Zakładu Ubezpieczeń Społecznych czy Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa. Większość Zamawiających dąży do dywersyfikacji wykonawców, dopuszczając nawet rozwój 1 systemu w tym samym czasie przez więcej niż 1 wykonawcę.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wskazał też, jakie to rzekome „nadmierne” trudności wynikałyby z faktu, że inny wykonawca dostarczałby usługi ATiK (i tak zawsze świadczone przez Oracle), a inny wykonawca - realizowałby nowe funkcjonalności systemów informatycznych. Brak takiego wskazania jest dla Odwołującego oczywisty - trudności takie po prostu nie istnieją.

Odwołujący powołał się na orzeczenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z dnia 12.12.2019 r., sygn. akt I Sa/Bk 508/19, Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24.11.2016 r., sygn. akt II GSK 1127/15, wyrok KIO z 12.06.2018r., sygn. akt: KIO 1022/18, wyrok KIO z dnia 23.10.2018 r., sygn. akt KIO 2016/18, wyrok z dnia 2.01.2017r., sygn. akt KIO 2346/16, wyrok z dnia 10.11.2017 r., sygn. akt KIO 2236/17.

Odwołujący podkreślił, że w każdym przypadku zaniechania podziału zamówienia na części nieodzowne jest przeprowadzenie przez zamawiającego szczegółowej analizy, dokonanej na tle konkretnego stanu faktycznego, czy nie doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co stanowi naruszenie przepisu art. 96 ust. 1 pkt 11 w związku z art. 36aa oraz w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego - w niniejszym przypadku do takiego naruszenia doszło, albowiem Zamawiający dopuszcza, aby

to firma Oracle dyktowała Zamawiającemu, jaki właściwie będzie krąg podmiotów składających oferty w niniejszym postępowaniu. Jeśli Zamawiający świadomie decyduje się na tak rażące naruszenie konkurencyjności, to powinien wszcząć niniejsze postępowanie w którymś z trybów niekonkurencyjnych (o ile zachodzą ku temu stosowne przesłanki), a nie stwarzać pozory zachowania konkurencyjności poprzez wszczynanie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego w sytuacji, w której oferty złożą tylko podmioty wybrane przez Oracle, na warunkach podyktowanych przez Oracle.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. podziału zamówienia na części zgodnie z wymaganiami art. 36aa Ustawy PZP poprzez wydzielenie:

a. części, która de facto zawsze będzie świadczona przez Oracle (§ 1 ust. 1 pkt 1.1. Umowy),

b. części obejmującej Konsultacje Eksperckie, która może być świadczona przez szeroki krąg wykonawców specjalizujący się w określonych technologiach (§ 1 ust. 1 pkt 1.2 i 1.4 Umowy).

c. części obejmującej usługi dostawy, budowy i rozwoju funkcjonalności systemów informatycznych, która może być świadczona przez szeroki krąg wykonawców (§ 1 ust. 1 pkt 1.3 Umowy).

oraz dokonanie innych zmian będących skutkiem podziału zamówienia na części; ewentualnie:

2. wyodrębnienia z zakresu przedmiotu zamówienia, usługi ATiK, która de facto zawsze będzie świadczona przez Oracle (§ 1 ust. 1 pkt 1.1. Umowy) do osobnego postępowania i pozostawienie w niniejszym postępowaniu jedynie usług, które mogą być świadczone przez szeroki krąg wykonawców (§ 1 ust. 1 pkt 1.2. - 1.4 Umowy).

IV. Zarzut naruszenia art 91 ust 2 i 1a ustawy Pzp poprzez wprowadzenie jako jedyne kryterium oceny ofert - ceny - w sytuacji gdy kryterium ceny powinno stanowić maksymalnie 60% kryterium oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający jako jedyne kryterium oceny ofert wskazał cenę - w Rozdziale XXIII Kryteria oceny ofert w pkt 1 wskazano: cenę 100%.

Zgodnie z brzmieniem art. 91 ust. 2a ustawy Pzp zasadą jest, że cena jako kryterium oceny ofert nie może przekraczać 60%. W przypadku, gdy Zamawiający chce jako jedyne kryterium zastosować cenę, zobowiązany jest do realizacji 2 obowiązków. Otóż na etapie sporządzenia SIWZ zobowiązany jest:

- a) określić w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia,
- b) wykazać w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia.

Odwołujący wskazał, że obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia - SIWZ nie zawiera także tego elementu, który jest warunkiem sine qua non zastosowania ceny jako kryterium o wadze 100%. Ustawa Pzp nie określa, co należy rozumieć przez standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia. Odwołujący powołał się na uchwałę KIO/KD 10/17 z dnia 12 kwietnia 2017 r.

Zdaniem Odwołującego, aby spełnić taki warunek, SIWZ powinna określać zarówno wymagania na sposób realizacji prac poprzez określenie w SIWZ wymagań co do prowadzenia procesu wytwórczego, jakości rezultatów prac, procesu badania jakości oraz zdefiniowanie kryteria jej spełnienia w stosunku do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia.

Warto zauważyć, że przedmiot zamówienia (zgodnie z Umową) obejmuje 3 różne usługi:

- a) usługi Asysty Technicznej i Konserwacji - są to usługi zestandaryzowane, które są świadczone tylko przez 1 podmiot - producenta Oracle. W tym przypadku można by mówić o standardach jakościowych i określić je w SIWZ. Niezależnie bowiem od tego, ilu wykonawców złoży ofertę, usługa ta i tak będzie zawsze świadczona przez Oracle, a będzie jedyna „odsprzedawana” przez pośrednika, którym będzie Wykonawca;
- b) usługi Konsultacji Ekspertkich - usługi zgodnie z definicją świadczone przez Wykonawcę, obejmujące 20 różnych typów (określonych w § 4 ust. 1 Umowy), w tym tak autorskie i nieporównywalne usługi jak: doradztwo architektoniczne, opracowywanie projektów technicznych, opracowywanie koncepcji, prace konsultacyjne, doradztwo techniczne, itp.
- c) usługi dostawy, budowy i rozwoju funkcjonalności - usługa o całkowicie otwartym charakterze, której realizacja została określona jedynie ramowo w § 5 Umowy.

Oznacza to, w ocenie Odwołującego, że ewentualne standardy jakościowe powinny zostać zdefiniowane w SIWZ osobno dla każdego z w/w typów usług. Tymczasem standardy jakościowe w rozumieniu miar jakościowych i metryk zostały zdefiniowane wyłącznie dla świadczenia usług Asysty Technicznej i Kierownik Obsługi Klienta Konserwacji - w załączniku 7 do Umowy „Zasady świadczenia usług asysty technicznej dla Oprogramowania Oracle”. Nota bene Załącznik 7 nie jest dokumentem przygotowanym przez Zamawiającego. Jest to dokument przygotowany przez Oracle, nie jest w żaden sposób dostosowany do przedmiotu zamówienia czy też specyfiki postępowania. Dla pozostałych elementów

przedmiotu zamówienia nie można w SIWZ zidentyfikować treści, które można by uznać za opisanie standardów jakościowych tych usług.

Odwołujący wskazał, że w dokumencie „Uzasadnienie dla zastosowania ceny jako jedyne kryterium oceny ofert” (stanowiącego załącznik do Protokołu ZP-PN) Zamawiający jako opisanie standardów jakościowych usług wskazał odpowiednio dla:

a) usługi Asysty Technicznej i Konserwacji - załącznik 7 do Umowy „Zasady świadczenia usług asysty technicznej dla Oprogramowania Oracle”. Rzeczywiście załącznik ten można uznać za pełny opis standardu jakościowego usługi. Wynika to z faktu, że usługa ta jest zawsze świadczona przez Oracle, zatem zawsze ma taki sam standard świadczenia, niezależnie od tego, jaki podmiot odsprzeda tę usługę Ministerstwu Finansów. Wykonawca nie świadczy tutaj bowiem sam usługi, a jedynie dostarcza usługę świadczoną przez Oracle. Nie ma żadnych przeciwwskazań, aby dla tej części zamówienia cena stanowiła jedyne kryterium oceny ofert. Jest to nawet rozwiązanie korzystne, gdyż pozwoli zapobiegać patologiom zamówień publicznych, jaka przykładowo miała miejsce w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Finansów na Zakup usługi Asysty Technicznej i Konserwacji (ATiK) oraz Rozszerzonej Asysty Technicznej, zmiana modelu licencjonowania na „Unlimited License Agreement” oraz dostawa nowych licencji Oracle lub równoważnych, gdzie kryterium oceny ofert był m.in. „Czas reakcji dla zgłoszeń” i gdzie zaoferowano czas reakcji krótszy niż oferuje Oracle. Sprawa była rozpatrywana przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku KIO 2711/2018. Izba uznała, że de facto jest to zarzut dotyczący treści SIWZ, a zatem spóźniony. Ponadto Izba oparła się wyłącznie na oświadczeniu firmy Oracle, a zatem podmiotu zainteresowanego wynikiem postępowania, które nie powinno w ogóle być potraktowane jako obiektywny i rzetelny dowód.

b) usługi Konsultacji Ekspertkich - Zamawiający wskazał na:

- i. sposób rozliczania,
- ii. § 4 ust. 1 - jako szczegółowy zakres usług,
- iii. § 4 ust. 2-jako sposób zlecenia i odbioru.

Ustawodawca wymaga zaś opisu standardów jakościowych, a nie - określenia zakresu usług i trybu ich zlecenia. Na żadne standardy jakościowe Zamawiający nie wskazał, gdyż treści takich w SIWZ po prostu nie ma.

c) usługi dostawy, budowy i rozwoju funkcjonalności - Zamawiający ponownie (jak dla Konsultacji Ekspertkich) wskazał na:

- i. fakt rozliczania usług w Punktach Funkcyjnych, czyli sposób rozliczania (nota bene postanowienia SIWZ w tym zakresie są niewystarczające, co objęte jest osobnym zarzutem odwołania);
- ii. fakt zlecenia w miarę zaistnienia potrzeb,

Klienta

iii. zakres oraz sposób świadczenia i odbioru (nota bene wadliwe powołał się na § 6, powinien wskazać § 5), podczas gdy § 5 Umowy nie zawiera żadnych standardów jakościowych dla tego typu usług.

Ustawodawca wymaga zaś opisu standardów jakościowych, a nie - określenia zakresu usług i trybu ich zlecenia. Na żadne standardy jakościowe Zamawiający nie wskazał, gdyż treści takich w SIWZ po prostu nie ma.

W dalszej treści „Uzasadnienia dla zastosowania ceny jako jedynego kryterium oceny ofert, Zamawiający omawia essentialia negotii umowy sprzedaży. W ocenie Odwołującego, ta część uzasadnienia jest zupełnie niezrozumiała. Po pierwsze - Zamawiający nie zawiera umowy sprzedaży, ale umowę świadczenia usług (wynika to wprost z treści § 1 Umowy). Po drugie - essentialia negotii jakiegokolwiek umowy (w tym np. umowy sprzedaży usług) nie są tym samym, co standardy jakościowe, o których mowa w art. 91 ust. 2a Ustawy PZP. Essentialia negotii to elementy konieczne, które muszą być ustalone, aby umowa mogła zostać zawarta, zaś standardy jakościowe dotyczą przedmiotu zamówienia i nie są tożsame z essentialia negotii. Essentialia negotii muszą być określone w każdej umowie zawieranej w ramach zamówienia publicznego i wynika to z reguł prawa cywilnego. Ostatnim elementem w/w uzasadnienia dla standardów jakościowych jest stwierdzenie: Oznacza to, że zamawiający ma prawo dowolnie określić standardy jakościowe w stosunku do istotnych cech przedmiotu zamówienia (oczywiście pod warunkiem zachowania zasad udzielania zamówień publicznych). Posiadając określenie wszystkich istotnych cech zamówienia, zamawiający sprawdza opis przedmiotu zamówienia pod kątem określenia w stosunku do tych cech standardów jakościowych.

Odwołujący nie przeczy, że Zamawiający ma prawo określić standardy jakościowe. Nie może to być jednak żadne „dowolne” określenie - z tej prostej przyczyny, że mają to być „standardy”, a nie „standardy zamawiającego”. Zatem Zamawiający ma określić w SIWZ standardy, które istnieją i funkcjonują dla danego elementu przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego określenie standardów jakościowych dla usługi dostawy, budowy i rozwoju funkcjonalności nie powinno sprawiać Zamawiającemu trudności. Usługa ta jest to de facto usługą wytwarzania oprogramowania. A dla takiej usługi istnieją już odpowiednio określone standardy - począwszy od normy zarządzania procesem zapewnienia jakości ISO 9001 po normę ISO/IEC 25010, która dekomponuje jakość oprogramowania na następujące składowe:

1. funkcjonalność (stałość),
2. niezawodność,
3. wydajność,
4. użyteczność,

5. bezpieczeństwo,
6. kompatybilność,
7. utrzymywalność,
8. przenaszalność.

Zdefiniowanie standardów jakościowych dla wytwarzania oprogramowania w kontekście definicji normy wymaga zdefiniowania metryk jakościowych przynajmniej w wymienionych obszarach. SIWZ nie zawiera takich definicji ani też nie opisuje procesu określania tych metryk jakościowych i ich oceny. Tym samym należy uznać, że w SIWZ nie określono standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia. Istnieje jednak możliwość określenia powyższych norm i zasad w SIWZ. I dopiero po ich określeniu możliwe byłoby zastosowanie ceny jako jedyne kryterium oceny oferty dla tej części zamówienia.

W ocenie Odwołującego, inna sytuacja zachodzi w stosunku do usługi Konsultacji Ekspertkich. Otóż zdaniem Odwołującego nie można dla tej usługi w ogóle określić standardów jakościowych. Wynika to z faktu, że zakres Konsultacji Ekspertkich został w § 4 ust. 1 bardzo szeroko zakreślony, bez jakiegokolwiek wspólnego mianownika, który mógłby być podstawą oceny tak różnych, wysokospecjalistycznych usług informatycznych. Stąd też w ogóle nie istnieje możliwość zastosowania ceny jako jedyne kryterium oceny oferty dla tej części zamówienia.

Określenie w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia

Odwołujący wskazał, że Zamawiający argumentację w tym zakresie zaczyna od stwierdzenia: Przedmiotem zamówienia jest oprogramowanie typu COTS (ang. Commercial off-the-shelf, oprogramowanie „z półki”) czyli oprogramowanie gotowe, dostępne w sprzedaży w formie ustandaryzowanych licencji czy pakietów. Oprogramowanie to nie jest modyfikowane dla odbiorców, lecz jedynie odpowiednio konfigurowane. I wywodzi z powyższego dalej, że: Ze względu na powyższe koszty badania, rozwoju, projektowania przemysłowego, testowania, produkcji i transportu zawarte są w ustandaryzowanej cenie nabycia prawa do korzystania z oprogramowania tj. licencji.

W ocenie Odwołującego pierwsze zdanie w ogóle nie odnosi się do stanu faktycznego niniejszego zamówienia. Zatem nie ma znaczenia, że drugie można uznać za prawdziwe i można z niego wywodzić, że w przypadku zamówień na dostawę oprogramowania typu COTS cena może stanowić jedyne kryterium oceny ofert. Nie ma znaczenia - bo Zamawiający w

ogóle nie obejmuje przedmiotem zamówienia dostaw oprogramowania typu COTS. Przedmiot zamówienia obejmuje bowiem 3 usługi: Standardową usługę Asysty Technicznej i Konserwacji, która zawsze jest świadczona przez Oracle i 2 usługi autorskie, dedykowane dla Zamawiającego i jego systemów informatycznych. Z całą pewnością usługa budowy i rozwoju funkcjonalności systemów informatycznych Ministerstwa Finansów czy też Konsultacji Ekspertkich - np. opracowanie projektów technicznych wraz z koncepcjami rozwoju oprogramowania czy opracowanie koncepcji przebudowy hurtowni danych uwzględniając aktualne technologie nie są ujęte w „ustandaryzowanej cenie nabycia prawa do korzystania z oprogramowania tj. licencji”.

Jako element uzasadnienia Zamawiający powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 91/18, Izba uznała, że dopuszczalne jest przyjęcie ceny jako jedynego kryterium oceny ofert, powołując się na szczegółową dokumentację, stanowiącą element SIWZ: Ważne jest, aby określono pewne ramy jakościowe, w których poruszać mają się wykonawcy. Takie ramy, zdaniem składu orzekającego Izby, określają dokumenty załączone do SIWZ, w tym przede wszystkim dokumenty Metodyka. Standardy IT ZUS, Rejestr Standardów Eksploatacyjnych. Również standardy dla świadczenia usług serwisowych zostały określone w załączniku nr 8 do wzoru umowy, co przyznał sam Odwołujący. W poszczególnych załącznikach do umowy Zamawiający określił także wymagania związane z przeprowadzaniem szkoleń dla użytkowników systemu.

Tymczasem w niniejszym postępowaniu SIWZ nie zawiera ani Metodyki dla Punktów Funkcyjnych (o czym mowa powyżej w osobnym zarzucie), ani Standardów IT czy Standardów Eksploatacyjnych. Jedynie dla usługi ATiK w Załączniku 7 do Umowy zawarto standard określone przez świadczeniodawcę, tj. firmę Oracle.

W ocenie Odwołującego powyższe narusza postanowienie art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, gdyż Zamawiający nie wykazał w SIWZ ani w protokole postępowania ziszczenia się przesłanek, które uprawniają go do zastosowania ceny jako jedynego kryterium oceny ofert dla całego przedmiotu zamówienia, a tym samym nie był uprawniony do zastosowania wyjątku, o którym mowa w tym przepisie.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wniósł o:

1. zmianę Rozdziału XXIII Kryteria oceny ofert poprzez wprowadzenie kryteriów pozacenowych oceny ofert o wadze nie mniejszej niż 40%. Odwołujący nie wskazuje, jakie to mają być kryteria oceny ofert ze względu na fakt, że to Zamawiający jest dysponentem treści SIWZ.

ewentualnie

2. zmianę Rozdziału XXIII Kryteria oceny ofert poprzez:

- a. pozostawienie ceny jako jedyne kryterium oceny ofert dla usługi Asysty Technicznej i Konserwacji oraz usługi dostawy, budowy i rozwoju funkcjonalności systemów informatycznych;
- b. dodanie do SIWZ opisu standardów jakościowych dla usługi dostawy, budowy i rozwoju funkcjonalności systemów informatycznych;
- c. dodanie do załącznika do SIWZ prawidłowego i pełnego opisu uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia kosztów cyklu życia dla usługi Asysty Technicznej i Konserwacji oraz usługi dostawy, budowy i rozwoju funkcjonalności systemów informatycznych;
- d. wprowadzenie dla Konsultacji Eksperckich kryteriów pozacenowych oceny ofert o wadze nie mniejszej niż 40%. Odwołujący nie wskazuje, jakie to mają być kryteria oceny ofert ze względu na fakt, że to Zamawiający jest dysponentem treści SIWZ.

Odwołujący wskazuje na możliwość zastosowania następującego kryterium pozacenowego:

1. zadanie praktyczne polegające na wytworzeniu lub modyfikacji w określonym czasie w środowisku Zamawiającego fragmentu oprogramowania wykonanego w technologii adekwatnej do technologii, w jakiej będą wykonywane modyfikacje w ramach Umowy ramowej z uwzględnieniem specyfiki Zamawiającego np.: polegającej na operowaniu na dużym wolumenie danych i/lub obsłudze dużej liczby użytkowników).

V. Odpowiedzialność kontraktowa niezgodna z zasadami prawa cywilnego - § 13 Umowy

Odwołujący wskazał, że Zamawiający - pomimo iż nie istnieje żadna uzasadniona przyczyna - odstąpił od uregulowania odpowiedzialności wykonawcy z tytułu realizacji Umowy na zasadach odpowiedzialności kontraktowej określonej w przepisach Kodeksu Cywilnego. Kodeks Cywilny jako zasadę odpowiedzialności kontraktowej konstytuuje odpowiedzialność dłużnika za okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność. Przy czym podkreślić należy, że pozycja wierzyciela jest bardzo mocna - jest ona wzmocniona poprzez stworzenie ustawowego domniemania winy dłużnika. Taka konstrukcja odpowiedzialności kontraktowej jest powszechnie przyjmowana jako wystarczająca i nie istnieją żadne racjonalne powody, aby Zamawiający - jako podmiot publiczny, który zobowiązany jest do równego traktowania wszystkich uczestników rynku - dyskryminował usługodawców w taki sposób, aby rozszerzać zakres ich odpowiedzialności także na okoliczności, za które dany wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Tymczasem właśnie taką odpowiedzialność kontraktową - niezależną od winy wykonawcy - uregulował Zamawiający w art. 8 Umowy. Po pierwsze - Zamawiający w każdym przypadku wskazał, że kara umowna należąca jest za opóźnienie, a nie za zwłokę. Opóźnienie to fakt niedochowania terminu, niezależnie od tego, czy Wykonawca ponosi czy też nie ponosi odpowiedzialności za niedochowanie takiego terminu. A zatem każda kara

umowna za opóźnienie jest karą umowną, które nie ma związku z zachowaniem Wykonawcy, nie ma związku z prawidłowym wykonaniem umowy.

Odwołujący wskazał, że pogląd o niemożności naliczenia kary umownej w przypadku braku winy potwierdzany był wielokrotnie przez Sąd Najwyższy, przykładowo już w wyroku z dnia 20 marca 1968 r. II CR 419/67: „(...) jeżeli wykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które strona zobowiązana nie ponosi odpowiedzialności (art. 471 Kc), kary umownej nie nalicza się”, jak i obecnie, w najnowszych orzeczeniach - w wyroku z dnia 27 września 2013 roku, sygnatura akt I CSK 748/12: „Kara umowna stanowi odszkodowanie umowne i przysługuje wierzycielowi jedynie wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Innymi słowy zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, który zwolniony jest od obowiązku zapłaty kary, gdy wykaże, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Oznacza to, że przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika w postaci co najmniej niedbalstwo.” Pogląd taki stanowi ugruntowaną obecnie już linię orzecniczą Sądu Najwyższego, jak chociażby wyrok z dnia 26 stycznia 2011 r. II CSK 318/10, wyrok z dnia 6 października 2010 r. II CSK 180/10, wyrok z dnia 11 stycznia 2008 r. V CSK 362/07, wyrok z dnia 21 września 2007 r. V CSK 139/07, wyrok z dnia 11 marca 2004 r. V CSK 369/03, wyrok z dnia 11 czerwca 2003 r. III CKN 50/01, wyrok z dnia 27 czerwca 2003 r. IV CKN 300/01. Także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 maja 2014 roku, KIO 923/14 stwierdziła, że kara umowna może być zastrzeżona wyłącznie w przypadku zwłoki wykonawcy: Odnosząc się to tego zarzutu Izba wskazuje, że kara umowna jest rodzajem sankcji cywilnoprawnej zastrzeżonej na wypadek szkód powstałych w wyniku niewłaściwego wykonania umowy. (...) Odnosząc się do podnoszonego zarzutu, Izba stwierdza, że zarzut jest zasadny w zakresie zakwestionowania ustanowienia i powiązania kar umownych z okolicznościami za których powstanie wykonawca nie odpowiada. Instytucja kar umownych zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym w bogatym orzecznictwie SN (m.in. wyrok powoływany w odwołaniu) wiąże się z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązań w zwykłym wymiarze. Jak stwierdzono ponadto w wyroku Sądu Najwyższego z dnia z dnia 21 września 2007 r. (sygn. akt: V CSK 139/07): „Zgodnie z art. 383 § 1 i art. 384 § 1 k.c., zastrzeżona przez strony stosunku obligacyjnego kara umowna należy się wierzycielowi tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 k.c.), To oznacza, że kara umowna zastrzeżona na wypadek nieterminowego spełnienia świadczenia należy się jedynie w razie zwłoki dłużnika (476 k.c.), nie przysługuje natomiast, jeżeli dłużnik obali wynikające z

art 471 in fine k.c. domniemanie, iż opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność." Dlatego też zamawiający winien ustalić obowiązek zapłaty kar umownych w przypadku zwłoki wykonawcy". Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza orzekła w wyroku z dnia 14 marca 2012, KIO 399/12: „Zarzut jest zasadny w zakresie zakwestionowania ustanowienia i powiązania kar umownych z okolicznościami, za których powstanie wykonawca nie odpowiada. (...) Natomiast instytucja kar umownych zgodnie ze stanowiskiem wyrażanym w orzecznictwie SN (m.in. wyrok powoływany w odwołaniu) wiąże się z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązań w zwykłym wymiarze."

Ponadto Odwołujący wskazał, że powyższy pogląd odnośnie możliwości naliczania kar umownych tylko w sytuacji ich powiązania z prawidłowym wykonaniem umowy został wprowadzony do nowego Prawa zamówień publicznych, gdzie w przepisie art. 433 wskazano, że postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem.

W ocenie Odwołującego zaskarżone zapisy SIWZ powodują, że umowa jest korzystna tylko dla jednej ze stron - dla Zamawiającego, a obowiązki nałożone są tylko na Wykonawcę. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie krytykowała takie kształtowanie stosunków umownych przez Zamawiającego - jak choćby w wyroku z dnia 23 sierpnia 2010 roku, KIO/UZP 1698/10: „To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji istotnych warunków, która w swej treści zawierać powinna istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub jej wzór. Tak więc to Zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy, natomiast wykonawca nie ma dużego wpływu na jej kształt. Nie oznacza to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje."

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że umowne rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika poza zakres odpowiedzialności określony w art. 471 KC (odpowiedzialność kontraktowa na zasadzie winy) dopuszczalne jest jedynie w przypadku wskazanym w przepisie art. 473 § 1 KC. Z kolei postanowienie przepisu art. 473 § 1 KC wyraźnie wskazuje, że dłużnik może przez umowę przyjąć na siebie odpowiedzialność za okoliczności, za które z mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi, tylko w sytuacji wskazanej w tym przepisie - a mianowicie w Umowie takie oznaczone okoliczności muszą być wyraźnie określone. Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył wskazaną regulację art. 473 § 1 KC (w związku z art. 14

i art. 139 Ustawy). Zamawiający, chcąc skutecznie zastosować art. 473 § 1 KC i skutecznie rozszerzyć odpowiedzialność kontraktową wykonawcy na okoliczności inne niż zawinione, musiałby w Umowie wskazać konkretne „oznaczone okoliczności”, w przypadku zaistnienia których odpowiedzialność wykonawcy byłaby rozszerzona. Niedopuszczalność takiego rozszerzenia odpowiedzialności wykonawców potwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 września 2013 roku, sygnatura akt I CSK 748/12: „Może zatem rozszerzyć swoją odpowiedzialność kontraktową przyjmując odpowiedzialność także za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy z przyczyn od niego niezależnych, np. z powodu siły wyższej. Słusznie jednak wskazuje się w literaturze i orzecznictwie, że jeżeli strony chcą rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika, to zgodnie z art. 473 § 1 k.c. muszą w umowie wskazać (oznaczyć, wymienić), za jakie inne - niż wynikające z ustawy - okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność (porównaj wskazany wyżej wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2010 r., IICSK180/10). Okoliczności te zatem muszą być w umowie wyraźnie określone.”

Tymczasem Zamawiający nie określił w przedmiotowym zapisie Umowy - wbrew regulacji art. 473 § 1 KC - tych konkretnych, oznaczonych okoliczności, na które odpowiedzialność miałaby być rozszerzona. A jednocześnie - odpowiedzialność tę rozszerzył. Zamawiający w każdym przypadku wprowadzenia odpowiedzialności Wykonawcy za opóźnienie wskazał jedynie, że obowiązek zapłaty kary umownej nie powstanie, jeśli „przyczyny opóźnienia leżą po stronie Zamawiającego”. Takie wskazanie zakresu odpowiedzialności Wykonawcy nie jest jednak tożsame z odpowiedzialnością kontraktową na zasadzie winy. Mamy bowiem jeszcze cały szeroki katalog przyczyn opóźnienia, które może powstać z przyczyn niezależnych od stron. Tymczasem Zamawiający za wszystkie te przypadki odpowiedzialnością obciążył Wykonawcę. W związku z powyższym konieczne jest ukształtowanie odpowiedzialności Wykonawcy na zasadach odpowiedzialności kontraktowej określonej w Kodeksie Cywilnym, tj. wyłącznie za takie okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o

1. dodanie do art. 8 Umowy nowego ust. 22:

„22. Odpowiedzialność Wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy, w tym z tytułu kar umownych określonych w niniejszym artykule, jest ukształtowana na zasadach odpowiedzialności kontraktowej / obejmuje następstwa okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność.”

ewentualnie - według wyboru Zamawiającego:

2. zastąpienie słowa „opóźnienie” słowem „zwłoką” w całej umowie.

VII. Wadliwe opisanie warunków równoważności technologii

Odwołujący wskazał, że w § 1 ust. 1 pkt. 1.2, 1.3 oraz 1.4 Umowy Zamawiający określił 3 elementy przedmiotu umowy, w stosunku do których dokonał odniesienia do Załącznika nr 3 (Wykaz Technologii):

§ 1. ust. 1 pkt. 1.2 (zamówienie podstawowe)

"świadczenie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego usług Konsultacji Eksperckich w zakresie technologii wymienionych w Załączniku nr 3 do Umowy w wymiarze 137 088 Roboczogodzin, zgodnie z§4 Umowy "

§ 1. ust. 1 pkt. 1.3 (prawo opcji)

„świadczenie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego dostawy, budowy i rozwoju funkcjonalności systemów informatycznych, w zakresie technologii wymienionych w Załączniku nr 3 do Umowy, w wymiarze 1707 punktów funkcyjnych"

§ 1. ust. 1 pkt. 1.4 (prawo opcji)

„świadczenie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego usług Konsultacji Eksperckich w zakresie technologii wymienionych w Załączniku nr 3 do Umowy w wymiarze 68 544 Roboczogodzin, zgodnie z §4 Umowy".

Z treści § 1 ust. 1 pkt. 1.2 -1.4 oraz odniesienia w tych punktach do Załącznika nr 3 można wnioskować, że Zamawiający dopuszcza „równoważność technologii", która odnosi się zasadniczo do 2 grup/typów usług tj.: usług Konsultacji Eksperckich (pkt. 1.2 oraz 1.4) oraz dostawy, budowy i rozwoju funkcjonalności systemów informatycznych (pkt. 1.3)

Z kolei w Załączniku nr 3 do Wzoru Umowy Zamawiający zamieścił wykaz 19 obszarów/rozwiązań technologicznych (w przeważającej większości firmy Oracle) w ramach, których usługi te powinny być realizowane przez Wykonawcę oraz dopuścił dla każdego z tych obszarów „równoważność technologii". Dodatkowo Zamawiający w Załączniku nr 3 do Wzoru Umowy wskazał poniższe kryteria i warunki, które muszą zostać spełnione przez Wykonawcę w celu uznania przez Zamawiającego równoważności technologicznej:

1. Technologia zostaje uznana za równoważną, jeżeli zapewnione jest, że:

1.1. Istnieje możliwość współdziałania rozwiązania opartego na niej z oprogramowaniem, do którego Zamawiający posiada prawa licencyjne, składającym się na system, dla którego zamawiane są funkcjonalności; -

1.2. Nabycie licencji oprogramowania niezbędnych dla wykorzystania technologii równoważnej i użytkowanie tego oprogramowania wspólnie z oprogramowaniem wdrożonym u Zamawiającego dla którego zamawiane są funkcjonalności, do którego Zamawiający posiada prawa licencyjne, pozwala na legalne używanie zarówno tego oprogramowania jak i oprogramowania posiadanego przez Zamawiającego;

1.3. Warunki licencji - pola eksploatacji i uprawnienia zamawiającego nie ograniczają uprawnień zamawiającego do korzystania z oprogramowania, w stosunku do tych wynikających odpowiednio z licencji posiadanych przez zamawiającego, w szczególności nie mogą ograniczać pól eksploatacji, prawa zależnego, jeśli obejmują, oraz możliwości stosowania - nie mogą ograniczać liczby użytkowników, rodzaju użytkowników, liczby procesorów itp.;

1.4. Istnieje możliwość implementacji tego samego typu interfejsów, umożliwiających wdrażanie i uruchamianie aplikacji biznesowych, co technologia wzorcowa;

1.5. Istnieje możliwość implementacji mechanizmów zabezpieczeń przy wykorzystaniu tych samych standardów co w technologii wzorcowej;

1.6. Obsługuje tę samą platformę programistyczną stosowaną w przypadku technologii wzorcowej;

1.7. Posiada nie gorsze mechanizmy równoważenia obciążenia w stosunku do technologii wzorcowej.

2. Technologia równoważna nie może zakłócić pracy systemu, dla którego zamawiane są funkcjonalności.

3. Technologia równoważna musi zapewniać pełne współdziałanie w czasie rzeczywistym z systemem, dla którego zamawiane są funkcjonalności równoważne w szczególności nie ograniczając jego funkcjonalności.

W ocenie Odwołującego brak jest możliwości spełnienia w/w warunków równoważności w stosunku do poszczególnych kryteriów i tak odpowiednio dla:

1. Kryterium opisanego w pkt 1.1 Odwołujący wskazuje na brak możliwości określenia spełnienia takiego kryterium ze względu na fakt, że w dokumentacji przetargowej Zamawiający nie określił obecnie posiadanych rozwiązań (oprogramowania) oraz rodzaju i zakresu posiadanych praw licencyjnych w tym zakresie.

2. Kryterium opisanego w pkt 1.2 Odwołujący wskazuje na brak możliwości określenia spełnienia takiego kryterium ze względu na fakt, że w dokumentacji przetargowej Zamawiający nie określił, które rozwiązania technologiczne wskazane w Załączniku 3 wdrożył i planuje rozwijać poprzez zamawianie nowych funkcjonalności oraz nie określił, do których rozwiązań posiada prawa licencyjne i w jakim zakresie.

3. Kryterium opisanego w pkt 1.3 Odwołujący wskazuje na brak możliwości określenia spełnienia takiego kryterium ze względu na fakt, że w dokumentacji przetargowej Zamawiający nie określił obecnie posiadanych uprawnień do korzystania z oprogramowania.

4. Kryterium opisanego w pkt 1.4 Odwołujący wskazuje na brak możliwości określenia spełnienia takiego kryterium ze względu na fakt, że w dokumentacji przetargowej Zamawiający

nie zawarł definicji „Technologii wzorcowej” oraz nie określił typów interfejsów dla obecnie posiadanych rozwiązań.

5. Kryterium opisanego w pkt 1.5 Odwołujący wskazuje na brak możliwości określenia spełnienia takiego kryterium ze względu na fakt, że w dokumentacji przetargowej Zamawiający nie zawarł wyjaśnienia dla sformułowania „technologia wzorcowa” oraz informacji dot. oczekiwanych standardów implementacji mechanizmów zabezpieczeń.

6. Kryterium opisanego w pkt 1.6 Odwołujący wskazuje na brak możliwości określenia spełnienia takiego kryterium ze względu na brak w dokumentacji przetargowej wyjaśnienia sformułowania „technologia wzorcowa” oraz informacji o wykorzystywanych platformach programistycznych przez technologię wzorcową.

7. Kryterium opisanego w pkt 1.7 Odwołujący wskazuje na brak możliwości określenia spełnienia takiego kryterium ze względu na brak w dokumentacji przetargowej wyjaśnienia sformułowania „technologia wzorcowa” oraz informacji, jakie mechanizmy równoważenia obciążenia Zamawiający miał na myśli oraz jakie są kryteria oceny ich jakości.

8. Kryterium opisanego w pkt 2 Odwołujący wskazuje na brak możliwości określenia spełnienia takiego kryterium ze względu na fakt, że w dokumentacji przetargowej Zamawiający nie zawarł informacji o zgodność z którym system/systemami należy zapewnić i dla którego systemu/systemów Zamawiający planuje rozwój poprzez zlecenie Wykonawcy realizacji nowych funkcjonalności.

9. Kryterium opisanego w pkt. 3 Odwołujący wskazuje na brak możliwości określenia spełnienia takiego kryterium ze względu na fakt, że w dokumentacji przetargowej Zamawiający nie określił co rozumie pod sformułowaniem „Pełne współdziałanie w czasie rzeczywistym ...” oraz nie zawarł informacji z którym system/systemami Zamawiającego takie współdziałanie miałyby się odbywać.

W ocenie Odwołującego wobec powyższych braków „równoważność technologii” dla pierwszej grupy usług tj. Konsultacji Eksperckich (§ 1. ust. 1 pkt. 1.2 oraz 1.4 Wzoru Umowy) jest pozorna. Należy sądzić, że nie było intencją Zamawiającego, aby w przypadku usług Konsultacji Eksperckich oczekiwanych przez Zamawiającego dla konkretnej technologii opisanej w Załączniku nr 3 (Wykaz technologii), Wykonawca mógł świadczyć takie usługi w zakresie technologii innej niż oczekiwana przez Zamawiającego, choćby spełniała ona kryteria równoważności. Obecne zapisy § 1. ust. 1 pkt. 1.2 oraz 1.4 Wzoru Umowy oraz Załącznika 3 do Wzoru Umowy pozwalają wnioskować, że usługi Konsultacji Eksperckich mają zasadniczo obejmować swoim zakresem rozwiązania oparte o technologię firmy Oracle. Zdaniem Odwołującego wprowadzenie zapisów dot. „równoważności technologii” stanowi jedynie działania pozorne, sugerujące dopuszczenie przez Zamawiającego innych technologii a de

facto nie zmieniające silnego ukierunkowania na konkretne rozwiązania firmy Oracle i ograniczające istotnie konkurencyjność postępowania.

Z kolei w zakresie usług drugiej grupy tj. usług dostawy, budowy i rozwoju funkcjonalności systemów informatycznych (§ 1 ust. 1 pkt. 1.3 Wzoru Umowy) zaproponowanie przez Wykonawcę innych rozwiązań w ramach „równoważnych technologii” jest również praktycznie niemożliwe ze względu na obecne brzmienie zapisów dotyczących Kryteriów równoważności, odniesienie wymagań zawartych w tych kryteriach do niezdefiniowanej „technologii wzorcowej”, jak również ze względu na brak w dokumentacji przetargowej wystarczających informacji dot. systemów obecnie posiadanych przez Zamawiającego, technologii ich wykonania, planowanego zakresu i wymagań dla prac rozwojowych (nowych funkcjonalności) oraz obecnych warunków licencyjnych. Należy podkreślić, że wskazane przez Odwołującego braki oraz obecne brzmienie zapisów Załącznika nr 3 (w tym Wykaz Technologii oraz Kryteria równoważności), mogą prowadzić do faktycznego braku możliwości spełnienia przez Wykonawców kryteriów równoważności, preferowania rozwiązań technologicznych konkretnego producenta (Oracle) a w konsekwencji do ograniczenia konkurencyjności postępowania w tym zakresie.

W ocenie Odwołującego jak wynika z powyższego, Zamawiający nie określił w SIWZ w sposób odpowiednio jasny i szczegółowy wymagań dla rozwiązań równoważnych, czym naruszył przepis art. 29 ust. 3 i 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1. Zdefiniowanie w SIWZ pojęcia „technologia wzorcową” wykorzystywanego w Załączniku nr 3 do Wzoru Umowy, część Kryteria równoważności.
2. Uzupełnienie treści Załącznika nr 3 do Umowy o informację niezbędną dla oceny spełniania kryteriów „równoważności technologii” dla usług opisanych w §1 ust. 1 pkt 1.3 Umowy tj.:
 - a. Wykaz oprogramowania, do którego Zamawiający posiada prawa licencyjne, składającego się na system, dla którego zamawiane będą funkcjonalności - wymaganie wskazane w punkcie 1.1 Kryteriów równoważności;
 - b. Wskazanie warunków licencji, pól eksploatacji i uprawnień Zamawiającego wynikających z licencji obecnie posiadanych przez Zamawiającego - wymaganie wskazane w punkcie 1.3 Kryteriów równoważności;
 - c. Określenie typu interfejsów, umożliwiających wdrażanie i uruchamianie aplikacji biznesowych w technologii wzorcowej - wymaganie wskazane w punkcie 1.4 Kryteriów równoważności;

- d. Określenie standardów mechanizmów zabezpieczeń stosowanych w technologii wzorcowej - wymaganie wskazane w punkcie 1.5 Kryteriów równoważności;
 - e. Określenie platform programistycznych stosowanych w technologii wzorcowej - wymaganie wskazane w punkcie 1.6 Kryteriów równoważności;
 - f. Określenie obecnych mechanizmów równoważenia obciążenia w technologii wzorcowej - wymaganie wskazane w punkcie 1.7 Kryteriów równoważności;
 - g. Wskazanie systemu lub systemów, dla których zamawiane będą funkcjonalności - wymaganie wskazane w punkcie 2 Kryteriów równoważności;
lub alternatywnie
3. Odwołujący wniósł o usunięcie zapisów o „równoważności technicznej” w Wykazie technologii oraz kryteriów równoważności znajdujących się w Załączniku nr 3 do Umowy.

VIII. Niejasne postanowienia §17 ust 2 pkt 2.3.1., 2.3.2; 2.3.6 Umowy

Odwołujący wskazał, że § 17 „Zmiany Umowy” w ust. 2 Zamawiający sformułował następujące postanowienia:

„2.3.1. w przypadku wprowadzenia przez producenta nowej wersji Produktów, Zamawiający dopuszcza zmianę wersji Produktu pod warunkiem, że nowa wersja spełnia wymagania określone w SIWZ,

2.3.2. w przypadku zakończenia wytwarzania Produktu objętego Umową lub wycofania ich z produkcji lub z obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, Zamawiający dopuszcza zmianę polegającą na dostarczeniu produktu zastępczego o parametrach spełniających wymagania określone w SIWZ,

2.3.6. w przypadku ujawnienia się powszechnie występujących wad oferowanego Produktu Zamawiający dopuszcza zmianę w zakresie Przedmiotu Umowy polegającą na zastąpieniu danego Produktu produktem zastępczym, spełniającym wszelkie wymagania przewidziane w Umowie lub Załącznikach, dla produktu zastępowanego, rekomendowanym przez producenta lub Wykonawcę w związku z ujawnieniem wad”

Dalej Odwołujący wskazał, że zgodnie z Definicjami zawartymi w Umowie Produkt to:

Produkt - wszelkie programy komputerowe dedykowane, kody źródłowe, Dokumentacja i inne utwory, które powstają w toku wykonywania Umowy w wyniku prac Wykonawcy, a także materiały i informacje nie podlegające ochronie prawa autorskiego, stworzone lub opracowane przez Wykonawcę i dostarczone Zamawiającemu w wykonaniu zobowiązań wynikających z Umowy. Jak zatem wynika z w/w definicji Produkt to programy komputerowe i inne produkty wytwarzane w toku Umowy. Zgodnie z § 9 „Prawa autorskie” Zamawiający nabywa całość

majątkowych praw autorskich do Produktów. A zatem wobec Produktów w ogóle nie mogą zaistnieć wskazane w w/w punktach okoliczności takie jak:

1. wprowadzenia przez producenta nowej wersji Produktów;
2. zakończenia wytwarzania Produktu;
3. wycofania z, produkcji Produktu;
4. wycofania Produktu z obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;
5. ujawnienie się powszechnie występujących wad Produktu

Skoro zatem powyższe okoliczności nie mogą zachodzić w stosunku do Produktów, to w/w postanowienia § 17 są całkowicie bezprzedmiotowe. W ocenie Odwołującego można ewentualnie wnioskować, że nie było celem Zamawiającego użycie pojęcia Produkty w § 17 ust. 2 pkt 2.3.1. i 2.3.2 i 2.3.6. Umowy. Jednakże charakter umowy nie pozwala na ustalenie, jakie właściwie inne pojęcie mogłoby zostać tutaj użyte.

W ocenie Odwołującego powyższe narusza art. 29 ust. 1 ustawy Pzp - przedmiot zamówienia opisany jest w sposób niejasny i niezrozumiały. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian Umowy poprzez wykreślenie przedmiotowych punktów, jako bezprzedmiotowych, ewentualnie w przypadku uznania przez Zamawiającego, że pozostawienie w Umowie w/w postanowień jest konieczne z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego, Wykonawca wnosi o nakazanie Zamawiającemu zamieszczenia w Umowie postanowień, z których wynikać będzie, w jaki sposób może dojść do zaistnienia okoliczności wskazanych w tych punktach. W wyjaśnieniu tym należy uwzględnić fakt, że Zamawiający posiada całość majątkowych praw autorskich do Produktu, a Wykonawca (który jest producentem) w ogóle nie ma wobec Produktu uprawnień do wprowadzania nowej wersji czy też wycofania z produkcji. Z kolei z faktu, że z Produktu może korzystać wyłącznie Zamawiający - nie może w stosunku do niego zaistnieć sytuacja ujawnienia się powszechnie występujących wad Produktu.

Izba ustaliła co następuje:

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w rozumieniu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r. poz. 1092).

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług wsparcia eksploatacji i utrzymania Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS – TZ/271/65/19, SIWZ dotyczącą postępowania na Usługi budowy i rozwoju nowych systemów IY w ARIMR

oraz modyfikacji aktualnie istniejących systemów IT w ARiMR wraz z mechanizmami mającymi wpływ na istniejące systemy (umowa ramowa rozwojowa), SIWZ na Modyfikację i rozbudowę oprogramowania Kompleksowego Systemu Informatycznego ZUS TZ/271/28/17, SIWZ na zakup usługi ATiK dla posiadanego oprogramowania Oracle prowadzonego przez ARiMR wraz z informacjami o wyborze oferty najkorzystniejszej, umowa zawarta pomiędzy ZUS i IBM Polska sp. z o.o., z dnia 31 grudnia 2014 na udzielenie licencji wraz ze wsparciem oprogramowania systemowo – narzędziowego IDM oraz świadczenie usług wsparcia kodu sterującego DGPS dla środowiska IBM Mainframe w ZUS, SIWZ na zawarcie umowy ramowej na świadczenie usług dot. wytwarzania lub wdrażania lub utrzymywania systemów informatycznych przez wyspecjalizowany zespół informatyczny z dnia 14.02.2020 r. prowadzonego przez Ministerstwo Finansów, wraz z informacją z otwarcia ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej, pismo Odwołującego skierowane do Oracle Polska sp. z o.o, z dnia 23 lipca 2020 r. oraz z dnia 4 sierpnia 2020 r. wraz z odpowiedzią Oracle Poland sp. z o.o. z dnia 3 sierpnia i 7 sierpnia 2020 r. – dokumenty na okoliczność wykazania praktyk rynkowych dotyczących podziału zamówienia na części oraz niezasadności braku podziału zamówienia przez Zamawiającego; (ii) SIWZ dotyczącego postępowania na dostawę Licencji firmy ORACLE prowadzonego przez PGE S.A., marzec 2015 wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej na okoliczność wykazania, że Odwołujący może złożyć ofertę w postępowaniu pomimo braku podziału zamówienia na części.

Izba ustaliła, że przytoczone i zakwestionowane przez Odwołującego postanowienia treści SIWZ wskazane powyżej odpowiadają treści SIWZ. W ocenie Izby nie ma konieczności ponownego przytaczania powyższych postanowień w uzasadnieniu wyroku.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia (zgodnie z § 1 Umowy) jest świadczenie następujących usług:

- 1) usługi Asysty Technicznej i Konserwacji dla posiadanych przez Zamawiającego licencji oprogramowania Oracle;
- 2) usługi producenckich konsultacji eksperckich w zakresie oprogramowania Oracle eksploatowanego i wdrażanego u Zamawiającego;
- 3) producencie usługi, dostawy, budowy i rozwoju funkcjonalności systemów informatycznych w zakresie technologii Oracle posiadanych przez Zamawiającego.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w Załączniku nr 1 do wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ.

Izba ustaliła, że w protokole postępowania przetargowego w pkt 2 ppkt 2 jako uzasadnienie braku podziału zamówienia na części Zamawiający wskazał: „Brak podziału zamówienia na części wynika z faktu, że przedmiot niniejszego zamówienia z uwagi na swoją specyfikę powinien być realizowany przez jednego wykonawcę. Wszystkie elementy niniejszego zamówienia (asysta techniczna, konsultacje eksperckie oraz usługi rozwoju - w ramach prawa opcji) są ze sobą powiązane i zasadne jest by nadzór nad realizacją całości zamówienia pełnił jeden wykonawca. Udział dwóch lub więcej wykonawców w realizacji prac objętych niniejszym zamówieniem spowodowałby nadmierne trudności organizacyjne oraz trudności w ustaleniu odpowiedzialności za należyte wykonanie zamówienia.”

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została spełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w trybie art. 189 ust. 1 Pzp, a Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba stwierdziła, że w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia, co w ocenie Izby Odwołujący wykazał. Jest zainteresowany złożeniem konkurencyjnej oferty w postępowaniu, a kwestionowany przez niego sposób opisu przedmiotu zamówienia utrudnia bądź też uniemożliwia mu złożenie takiej oferty.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 471 kodeksu cywilnego, art. 473 kodeksu cywilnego, art. 353¹ kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, art. 91 ust. 2a ustawy Pzp (zarzuty oznaczone ust. I, II, IV, V, VII i VIII odwołania). Zamawiający uwzględnił zarzuty w wyżej wymienionym zakresie. Zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie Zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie. Bezcelowe jest rozstrzygnięcie odwołania w części, której spór pomiędzy stronami już nie dotyczy. Jednocześnie informację o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego należy zamieścić w sentencji orzeczenia, nie w uzasadnieniu. Ustawodawca w art. 196 ust. 4 ustawy Pzp w sposób wyczerpujący określił elementy treści uzasadnienia

wyroku wydanego przez Izbę. Nie znalazła się tam wzmianka o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 17 lutego 2016 r. (sygn. akt III CZP 111/15), uznając za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego identyczne stanowisko podzielono w wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16, wyroku KIO z 28 czerwca 2017 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1123/17.

W ocenie Izby zasadny okazał się zarzut naruszenia art. art. 91 ust. 1 pkt 11 w zw. z art. 36aa w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza protokół, zawierający powody niedokonania podziału zamówienia na części. Powyższy przepis stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego normy zawartej w art. 46 ust. 1 dyrektywy klasycznej, który stanowi m. in., że instytucje zamawiające dokonują wskazania najważniejszych powodów swojej decyzji o niedokonaniu podziału na części, które zamieszcza się w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu, o którym mowa w art. 84 dyrektywy klasycznej. Kwestię dotyczącą możliwości podziału zamówienia na części, ustawodawca pozostawił do wyłącznej dyspozycji zamawiającego (art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp). Jednakże decyzja ta, mająca istotne znaczenie dla biegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności na umożliwienie udziału w postępowaniu szerszemu gronu podmiotów, specjalizujących się w danym przedmiocie zamówienia, nie może pozostawać o tyle subiektywna, o ile zamawiający bez głębszej refleksji nie uwzględni faktycznych okoliczności uniemożliwiających mu podzielenie zamówienia na części bądź też celowo nie dokonuje podziału zamówienia na części, kierując się bliżej nieuzasadnionym interesem własnym. Zamawiający, podejmując decyzję o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma bowiem obowiązek zbadać, czy przedmiot zamówienia jest podzielny, czy podział zamówienia na części znajduje swoje racjonalne uzasadnienie i czy podział zamówienia przyniesie lub może przynieść wymierne korzyści finansowe. Decyzja zamawiającego musi uwzględniać sytuację podmiotową wykonawców, tj. zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy jego decyzja nie naruszy zasad wyrażonych w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. zasady konkurencyjności i zasady równego traktowania wykonawców. Swoboda zatem zamawiającego w decyzji o braku podziału zamówienia na części jest ograniczona zasadą uczciwej konkurencji. Należy zatem badać czy w konkretnych

okolicznościach decyzja co do podziału zamówienia, co do ilości części nie naruszy konkurencji poprzez ograniczenie możliwości ubiegania się o nie.

Izba w niniejszej sprawie wyraża pogląd, że zasadność dzielenia zamówień na części powinna odzwierciedlać aspekt zwiększania konkurencji na rynku danych usług czy dostaw. Umożliwienie wykonawcom składania ofert częściowych jest jednym z podstawowych instrumentów prawnych, mającym przeciwdziałać nadmiernej agregacji zamówień, uzależnieniu podmiotów publicznych od jednego usługodawcy, ma sprzyjać dywersyfikacji, a tym samym minimalizowaniu ryzyka występowania na rynku zamówień publicznych patologicznych sytuacji, w których możliwość złożenia oferty na realizację zamówienia ograniczona jest do jednego wykonawcy. Takie sytuacje stanowią niewątpliwie naruszenie zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców. Należy zauważyć, że jednym z głównych celów dyrektyw klasycznej z zakresu zamówień publicznych jest zwiększenie udziału sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w rynku zamówień publicznych. Działanie takie powinno zaowocować również zwiększeniem konkurencji między wykonawcami. Zgodnie z motywem 78 preambuły do dyrektywy klasycznej wskazuje przykładowe główne przyczyny decyzji instytucji zamawiającej co do braku podziału zamówienia na część tj.: instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia. Należy zauważyć, że ustawodawca europejski za okoliczność uzasadniającą rezygnację z podziału na części uznał jedynie nadmierne trudności, czy koszty oraz brak koordynacji, skutkujący poważną groźbą nieprawidłowej realizacji zamówienia. *A contrario* uznać należy, iż obawy związane z ewentualnymi niewielkimi trudnościami czy kosztami bądź nieznacznymi problemami z koordynowaniem działań wykonawców, a tym bardziej wygoda zamawiającego, nie powinny stanowić dostatecznej podstawy do zaniechania podziału zamówienia na części. Jednakże zastrzec należy, że ocena ta powinna być dokonywana każdorazowo z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danego przypadku.

Stąd też, w ocenie Izby, o ile art. 36aa ustawy Pzp nie statuuje obowiązku podziału zamówienia na części przez zamawiających, to przepis ten winien być interpretowany łącznie z art. 91 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w celu zbadania czy przyczyny zaniechania podziału zamówienia nie naruszają zasad postępowania przetargowego wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Jeśli zamawiający w uzasadnieniu braku podziału zamówienia na części nie wykazał zasadności swojej decyzji tj. nie wykazał, aby jego działanie nie stało w sprzeczności z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, to wówczas zasadne jest, w ocenie Izby, przyjęcie, iż

takie działanie zamawiającego narusza podstawowe zasady postępowania i winno skutkować nakazaniem podziału zamówienia na części tak, aby zapewnić wydatkowanie środków publicznych na zasadach konkurencyjnych i z poszanowaniem zasady uczuciowej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym możliwości udziału w postępowaniu małych i średnich przedsiębiorstw.

Mając na uwadze powyższe, Izba wskazuje po pierwsze, że uzasadnienie niedokonania podziału zamówienia na części, poprzez uniemożliwienie składania ofert częściowych powinno być skonkretyzowane, odnosić się do okoliczności konkretnego postępowania przetargowego. Zamawiający winien wykazać, że z uwagi na konkretne okoliczności, charakter zamówienia składanie ofert częściowych spowoduje nadmierne trudności techniczne lub nadmierne koszty wykonania zamówienia, przy czym obowiązkiem Zamawiającego jest wypełnienie tych ogólnych stwierdzeń treścią odnoszącą się do konkretnego postępowania. W analizowanym stanie faktycznym sporządzone przez Zamawiającego uzasadnienie niedokonania podziału zamówienia na części jest, w ocenie Izby, bardzo ogólne i – co najistotniejsze – nie zawiera żadnych konkretnych danych, czy odesłań do prowadzonych analiz czy rozeznania rynku, nie odnosi się do konkretnych elementów przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie podał, na czym opiera swoje założenia co do ryzyka i zagrożeń podziału zamówienia na części w tym konkretnym postępowaniu. Posłużył się wyłącznie gołosłownymi stwierdzeniami, iż nadzór nad realizacją zamówienia powinien być wykonywany przez jednego wykonawcę czy też udział dwóch lub więcej wykonawców w realizacji prac objętych niniejszym zamówieniem spowodowałby nadmierne trudności organizacyjne oraz trudności w ustaleniu odpowiedzialności za należyte wykonanie zamówienia. Zamawiający nie odniósł się do żadnych konkretnych trudności organizacyjnych, nie wyjaśnił dlaczego nie może ukształtować postanowień przyszłej umowy w sposób, który zapewniłby klarowny podział obowiązków, a tym samym odpowiedzialności za ich wykonanie pomiędzy wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia. W ocenie Izby treść uzasadnienia sporządzonego przez Zamawiającego mogłoby dotyczyć każdego innego postępowania na usługi informatyczne. Zamawiający nie wskazał jakie to rzekome „nadmierne” trudności wynikałyby z faktu, że inny wykonawca dostarczałby usługi ATiK, a inny wykonawca - realizowałby nowe funkcjonalności systemów informatycznych.

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający podejmuje decyzję o braku podziału zamówienia na części w zależności od swoich potrzeb, jednakże w każdym przypadku swoboda Zamawiającego jest ograniczona zasadą zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający jest zobowiązany badać, czy w konkretnych okolicznościach decyzja o braku podziału nie naruszy konkurencji poprzez ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienia wykonawcom

posiadającym odpowiednie doświadczenie i wiedzę w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Tymczasem, w ocenie Izby, w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia właśnie z taką sytuacją, w której brak podziału skutkuje jednym - oferty w postępowaniu będą mogli złożyć tylko ci wykonawcy, którym firma Oracle złoży odpowiednie oferty. I to w sytuacji, gdy tylko jeden element zamówienia jest wprost związany z obowiązkiem posiadania oferty od firmy Oracle jako dostawcy/podwykonawcy, a pozostałe elementy to usługi, które mogą być świadczone przez szeroki krąg firm informatycznych działających na rynku.

Jak Izba wskazała powyżej, przedmiotem zamówienia są:

- (1) usługi Asysty Technicznej i Konserwacji - w tym zakresie, nie było sporne pomiędzy stronami, że usługi te mogą być świadczone tylko przez jeden podmiot - producenta Oracle. W tym przypadku ofertę może złożyć tylko wykonawca, który będzie posiadał odpowiednią ofertę od firmy Oracle. Niezależnie bowiem od tego, ilu wykonawców złoży ofertę, usługa ta i tak będzie zawsze świadczona przez Oracle, a będzie jedyną „odsprzedawana” przez pośrednika, którym będzie wykonawca;
- (2) usługi Konsultacji Eksperckich - wysoko wyspecjalizowane usługi informatyczne takie jak: doradztwo architektoniczne, opracowywanie projektów technicznych, opracowywanie koncepcji, prace konsultacyjne, doradztwo techniczne, itp. – usługi te może wykonać wykonawca posiadający odpowiednią wiedzę i doświadczenie;
- (3) usługi dostawy, budowy i rozwoju funkcjonalności - specjalistyczna usługa informatyczna o całkowicie otwartym charakterze – usługi te może wykonać wykonawca posiadający odpowiednią wiedzę i doświadczenie.

W ocenie Izby konsekwencją braku podziału przedmiotu zamówienia na części jest to, że wykonawcy, którzy mają wiedzę i doświadczenie, aby realizować zamówienie w części usług Konsultacji Eksperckich oraz rozwoju funkcjonalności systemów informatycznych, ale jednocześnie nie otrzymają oferty od Oracle (lub otrzymają ofertę niekonkurencyjną) lub też po prostu nie będą chcieli być pośrednikiem dla firmy Oracle - nie będą mogli nawet złożyć oferty w tym postępowaniu. To zaś skutkuje nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencyjności postępowania poprzez ograniczenie liczby złożonych ofert. Takie postępowanie Zamawiającego powoduje również to, że tak naprawdę to firma Oracle będzie decydować kto złoży ofertę w przedmiotowym postępowaniu, gdyż to ten podmiot będzie arbitralnie decydował komu i o jakiej treści złoży ofertę na usługę ATiK. Bez oferty od firmy Oracle wykonawca nie może uczestniczyć w postępowaniu. Przystępujący Advatech

argumentował, że firma Oracle ma swoje wewnętrzne procedury i nie ma żadnych wątpliwości, że zarówno Odwołujący jak inni wykonawcy otrzymają ofertę na usługę ATiK. Podkreślenia jednak wymaga, że firma Oracle to podmiot prywatny, dążący do maksymalizacji swoich zysków. Podjęte przez nią decyzje biznesowe nie podlegają kontroli przez Zamawiającego czy wykonawców, a tym bardziej przez Izbę. Nie ma żadnej gwarancji, ani żadnego obiektywnego dowodu potwierdzającego, że każdy z zainteresowanych partnerów handlowych rzeczywiście otrzyma ofertę od firmy Oracle. Co więcej zarówno Izba, jak i sami wykonawcy nie mają żadnej wiedzy jakie warunki handlowe zostaną zaproponowane przez firmę Oracle dla poszczególnych wykonawców, gdyż w tym zakresie to właśnie firma Oracle ma zupełną swobodą doboru wykonawców i narzucenia im warunków przyszłej umowy.

Zgodzić się należy z Zamawiającym, że poszczególne elementy zamówienia są powiązane ze sobą, ale stwierdzenie to odnosi się do wszystkich usług informatycznych, jakie zamawia Ministerstwo Finansów, każda usługa informatyczna jest w jakimś stopniu powiązana z innymi usługami. Niemniej jednak należy podkreślić, że usługi wskazane w § 1 ust. 1 pkt 1.2 - 1.4 mogą być świadczone w całkowitym oderwaniu od usług ATiK. Jak wskazał Odwołujący, świadczenie usług ATiK w żaden sposób nie wpływa na sposób i terminowość świadczenia usług Konsultacji Ekspertkich i usług rozwoju systemów informatycznych Ministerstwa Finansów. Zamawiający w tym zakresie nie przedstawił żadnych dowodów przeciwnych. Gdyby przyjąć ogólne stwierdzenie Zamawiającego za właściwe uzasadnienie braku podziału zamówienia na części, to wszystkie usługi informatyczne, jakie są świadczone na rzecz Ministerstwa Finansów musiałyby być wykonywane tylko przez jednego wykonawcę. To jednak prowadziłoby do uzależnienia Zamawiającego od jednego podmiotu działającego na rynku i stałoby w sprzeczności z zasadami wydatkowania środków publicznych określonymi w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, popartego złożonymi do akt sprawy dowodami, że praktyka rynkowa udzielania zamówień publicznych na usługi informatyczne zmierza w kierunku dywersyfikacji wykonawców, nie zaś uzależnienia się od jednego usługodawcy. Przykładem mogą być największe systemy informatyczne polskiej administracji rządowej - jak systemy Zakładu Ubezpieczeń Społecznych czy Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa. Większość Zamawiających dąży do dywersyfikacji wykonawców, dopuszczając nawet rozwój jednego systemu w tym samym czasie przez więcej niż jednego wykonawcę. Co więcej, sam Zamawiający oświadczył na rozprawie, iż w przeszłości zamawiał usługę ATiK zarówno jako samodzielny przedmiot zamówienia jak i w połączeniu z innymi usługami. Nie przedstawił jednakże żadnej wiarygodnej argumentacji czy dowodów na wykazanie, iż wyodrębnienie usługi ATiK do odrębnego postępowania czy jako jednej z części zamówienia w przeszłości spowodowało u Zamawiającego jakieś nadmierne

trudności, koszty czy inne uzasadnione negatywne skutki, które uzasadniałyby obecną decyzję Zamawiającego.

Zdaniem Izby w każdym przypadku zaniechania podziału zamówienia na części konieczne jest przeprowadzenie przez zamawiającego szczegółowej analizy, dokonanej na tle konkretnego stanu faktycznego, czy nie doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co stanowi naruszenie przepisu art. 96 ust. 1 pkt 11 w związku z art. 36aa oraz w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby do takiego naruszenia doszło w analizowanym stanie faktycznym. Sposób w jaki Zamawiający ukształtował zapisy dotyczące przedmiotu zamówienia powoduje, że to firma Oracle zadecyduje jaki krąg podmiotów złoży oferty w niniejszym postępowaniu. To zaś zaburza równowagę pomiędzy interesem Zamawiającego polegającym na uzyskaniu gwarancji należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, których udział w postępowaniu uzależniony jest od dobrej woli podmiotu trzeciego, na działalność i decyzje, którego ani wykonawca ani Zamawiający nie mają żadnego wpływu. Ta zachwiana równowaga może zostać wyeliminowana poprzez odpowiedni podział zamówienia i wprowadzenie w SIWZ postanowień regulujących kwestie sygnalizowane przez Zamawiającego, a dotyczące czy to zasad współpracy pomiędzy wykonawcami czy jasnego podziału obowiązków i odpowiedzialności pomiędzy wykonawcami. Gdyby przyjąć stanowisko Zamawiającego, które *de facto* sprowadza się do stwierdzenie „tak będzie łatwiej i prościej”, to funkcjonowanie systemu zamówień publicznych pozbawione byłoby jakiegokolwiek sensu. W każdym bowiem przypadku podmioty publiczne wydatkujące środki publiczne mogłyby argumentować, że powierzenie wykonania zamówienia jednemu wykonawcy jest łatwiejsze, prostsze w organizacji i wykonaniu. Jest to jednak, w ocenie Izby, stanowisko bardzo krótkowzroczne. Nie uwzględnia bowiem aspektu uzależnienia zamawiających od usługodawcy, korzyści związanych z minimalizowaniem ryzyka poprzez dywersyfikację wykonawców, aspektu innowacyjności czy wydajności w wydatkowaniu środków publicznych. Te wszystkie elementy winny być rozważane przez Zamawiającego przed podjęciem decyzji o braku podziału zamówienia na części. Z uzasadnienia zaś zawartego w protokole nie wynika, że Zamawiający takiej analizy dokonał. Niczym nieoparte twierdzenia Zamawiającego o rzekomych trudnościach w określeniu podmiotu odpowiedzialnego za wady systemu nie mogą uzasadniać naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Tym samym, mając na uwadze powyższe, Izba uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu dokonania podziału zamówienia na części zgodnie z wymaganiami określonymi w art. 36aa ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz dokonanie innych zmian będących skutkiem podziału zamówienia na części. W ocenie Izby, umożliwi to przeprowadzenie postępowania

na zasadach konkurencyjnych, umożliwi doświadczonym wykonawcom złożenie ofert na usługi inne niż usługa ATiK jeśli z jakichś przyczyn nie otrzymają oferty od firmy Oracle na usługę ATiK.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 3 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: