

**Sygn. akt KIO 1896/18**

**Sygn. akt KIO 1901/18**

**Sygn. akt KIO 1903/18**

**WYROK**

**z dnia 13 listopada 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Magdalena Grabarczyk**  
**Dagmara Gałczewska-Romek**  
**Emilia Garbala**

**Protokolant:** **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 23 października, 29 października oraz 8 listopada 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2018 r. przez wykonawcę DXC Technology Polska Sp. z o. o. w Warszawie, w dniu 21 września 2018 r. przez wykonawcę Comarch Polska S.A. w Krakowie oraz w dniu 21 września 2018 r. przez wykonawcę Asseco Poland S.A. w Rzeszowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie

przy udziale wykonawców:

- DXC Technology Polska Sp. z o. o. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego w sprawach KIO 1901/18 i KIO 1903/18;
- Comarch Polska S.A. w Krakowie zgłaszającego swoje przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego w sprawie KIO 1896/18;
- Asseco Poland S.A. w Rzeszowie zgłaszającego swoje przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego w sprawach KIO 1896/18 i KIO 1901/18;
- Imagis S.A. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego w sprawach KIO 1896/18, KIO 1901/18 i KIO 1903/18

### **orzeka:**

1.1.1. uwzględnia odwołanie DXC Technology Polska Sp. z o. o. w Warszawie (sygn. akt KIO 1896/18) i nakazuje Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

- w odniesieniu do zarzutu 1.2. przez wskazanie minimalnego okresu świadczenia usług z grupy G1 gwarantowanego wykonawcy;

- w odniesieniu do zarzutu 1.9. i 9.2 skreślenie zdania drugiego w pkt 15.8 oraz wyszczególnienie w formularzu ofertowym pozycji na wskazanie ceny ryczałtowej za wykonanie czynności określonych w pkt 15 wzoru umowy (usługa przekazania);

- w odniesieniu do zarzutu 3.1. przez zdefiniowanie pojęcia Wady zawartego w pkt 2.1.34 wzoru umowy z uwzględnieniem, że nieprawidłowość Systemu Informatycznego polega na działaniu niezgodnym z dokumentacją;

- w odniesieniu do zarzutu 3.2. przez wskazanie w pkt 2.1.5. wzoru umowy, że błąd niekrytyczny – oznacza brak działania lub działanie funkcji Systemu Informatycznego niezgodne z Dokumentacją Analityczną, które nie jest Błędem krytycznym ani Awarią lub Wadą Dokumentacji;

- w odniesieniu do zarzutu 3.3. przez wskazanie, że zakres certyfikacji, o której mowa w pkt 2.1.6. wzoru umowy, dotyczy produktu technologicznie zgodnego z Systemem Informatycznym;

- w odniesieniu do zarzutu 4.2. przez zmianę postanowień wzoru umowy w ten sposób, że wykonawca nie zostanie obciążony karami umownymi z tytułu nieprawidłowej kwalifikacji zgłoszenia przy dochowaniu ustalonego czasu reakcji na zgłoszenie i stosowną zmianę pkt 3.4. Załącznika Nr 9;

- w odniesieniu do zarzutu 8.2. w części dotyczącej pkt 14.17 wzoru umowy przez jego skreślenie;

- w odniesieniu do zarzutu 9.1. przez wyszczególnienie w formularzu ofertowym pozycji na wskazanie ceny ryczałtowej za usługi okresu przejściowego;

1.1.2. zarzuty opisane w pkt 1.3, 1.7, 2.1., 2.2., 2.3., 3.1 w części dotyczącej sprzeczności pkt 2.8.15 załącznika 2B z definicją zawartą w pkt 2.1.34 wzoru umowy, 4.1., 4.3, 4.4, 4.5, 6.1. w części dotyczącej pkt 5.3.6 oraz pkt 15.3 wzoru umowy, 6.2, 7.1, 8.1, 8.2. w części dotyczącej żądania przyznania wykonawcy wynagrodzenia za produkty dostarczone przez wykonawcę do czasu ich odebrania, 9.3. odwołania uznaje za niepotwierdzone;

1.1.3. umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutów opisanych w punktach 1.4, 1.5, 1.6, 1.8, 2.4., 5.1, 6.3. odwołania oraz zarzutu 6.1 w części dotyczącej pkt 5.2.1. wzoru umowy;

1.2.1. oddala odwołanie Comarch Polska S.A. w Krakowie (sygn. akt KIO 1901/18) co do zarzutów opisanych w punktach odwołania 1, 4-7 odwołania;

1.2.2. umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutów opisanych w punktach 2 i 3 odwołania;

1.3.1. uwzględnia odwołanie Asseco Poland S.A. w Rzeszowie (sygn. akt KIO 1903/18) co do zarzutu opisanego w punkcie 1 odwołania i nakazuje Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez zdefiniowanie pojęcia Wady zawartego w pkt 2.1.34 wzoru umowy z uwzględnieniem, że nieprawidłowość Systemu Informatycznego polega na działaniu niezgodnym z dokumentacją;

1.3.2. zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp opisane w pkt 1 w części dotyczącej definicji Awarii, 5, 7 w części dotyczącej 2.3. i 2.7. Załącznika nr 2B do wzoru umowy, 9 odwołania uznaje za niepotwierdzone;

1.3.3. umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutów opisanych w punktach 2, 3, 4, 6, 7 w części dotyczącej pkt 2.4. Załącznika Nr 2B do wzoru umowy, 8, 10, 11 odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie oraz Comarch Polska S.A. w Krakowie i:

2.0. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 45.000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców DXC Technology Polska Sp. z o. o. w Warszawie, Comarch Polska S.A. w Krakowie, Asseco Poland S.A. w Rzeszowie tytułem wpisów od odwołania, w wysokości 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) od każdego z wykonawców;

2.1. zasądza od Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie na rzecz DXC Technology Polska Sp. z o. o. w Warszawie kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od Comarch Polska S.A. w Krakowie na rzecz Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie kwotę 3.280 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dwieście osiemdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.3. zasądza od Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie na rzecz Asseco Poland S.A. w Rzeszowie kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

**Sygn. akt KIO 1896/18**

**Sygn. akt KIO 1901/18**

**Sygn. akt KIO 1903/18**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zakup usługi Utrzymania i Rozwoju Aplikacji ZSZiK, IACSplus, GIS, SIZ, PZSiPplus, PA oraz eWniosekPlus na okres 47 miesięcy. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11 września 2018 r. pod pozycją 2018/S 174 - 395011. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

21 września 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostały wniesione odwołania wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako: „SIWZ” przez wykonawców: DXC Technology Polska Sp. z o. o. w Warszawie (KIO 1896/18), Comarch Polska S.A. w Krakowie (KIO 1901/18) oraz Asseco Poland S.A. w Rzeszowie (KIO 1903/18). Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy. Odwołujący Asseco Poland S.A. podniósł również zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a Pzp, odwołujący DXC Technology Polska Sp. z o. o. podniósł również zarzuty naruszenia art. 29 ust. 3a ustawy, art. 38 ust. 4a ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., art. 387 k.c., art. 644 k.c., art. 483 k.c., art. 484 § 2 k.c. w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy, art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 106i ust. 1, 2 i 7 ustawy o podatku od towarów i usług, art. 17 i 43 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

Odwołujący wniesli o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonanie zmian SIWZ zgodnie z żądaniami wskazanymi w odwołaniach.

Do postępowań odwoławczych przystąpienia zgłosili wykonawcy: DXC Technology Polska Sp. z o. o. w Warszawie - w sprawach KIO 1901/18 i KIO 1903/18, Comarch Polska S.A. w Krakowie - w sprawach KIO 1896/18 i KIO 1903/18, Asseco Poland S.A. w Rzeszowie w sprawach - KIO 1896/18 i KIO 1903/18), oraz Imagis S.A. w Warszawie w sprawach - KIO 1896/18, KIO 1901/18 i KIO 1903/18. Wszyscy wykonawcy przystąpili do

postępowania odwoławczego po stronie odwołujących, zachowali termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli o uwzględnienie odwołań.

Pierwotnie wyznaczony termin posiedzenia 3 października 2018 r. na wniosek zamawiającego został zmieniony na 11 października 2018 r. Po otwarciu posiedzenia zamawiający złożył pisemne odpowiedzi na odwołanie, w związku z czym odwołujący się wykonawcy wnieśli o odroczenie posiedzenia.

Podczas posiedzenia wznowionego 23 października 2018 r. Izba ustaliła, że odwołanie nie podlegają odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

**Odwołanie wniesione przez DXC Technology Polska Sp. z o. o. (sygn. akt KIO 1896/18):**

Odwołujący następująco sformułował zarzuty, ich podstawę faktyczną (postanowienia dokumentacji postępowania, uzasadnienie oraz żądania odwołania:

„1. Niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, brak wskazania wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, nieprecyzyjny zakres zobowiązań, niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia przez nieprecyzyjne zdefiniowanie pojęć zawartych w dokumentacji postępowania, naruszenie zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, naruszenie zasad proporcjonalności i przejrzystości, oraz zasad współżycia społecznego przez naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy, art. 387 k.c.

**1.2. Zgodnie z pkt 3.7 wzoru umowy, Zamawiający wymaga:**

„3.7 Przez okres obowiązywania Umowy Zamawiający uprawniony jest do jednostronnego zawieszenia świadczenia Wykonawcy w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) oraz Grupy Usług Administracji Systemem Informatycznym (G3), a Wykonawca wyraża na to zgodę. Zamawiający poinformuje Wykonawcę na piśmie o zawieszeniu świadczenia Wykonawcy w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) lub Grupy Usług Administracji Systemem Informatycznym (G3) na co najmniej 1 miesiąc przed dniem, w którym nastąpi zawieszenie świadczenia Usług w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) lub Grupy Usług Administracji Systemem Informatycznym (G3).

Zamawiający może przekazać informację o zawieszeniu również w czasie trwania Okresu Przejściowego. Zawieszenie świadczenia Usług w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) lub Grupy Usług Administracji Systemem Informatycznym (G3) obowiązywać może również począwszy od daty rozpoczęcia świadczenia Usług w rozumieniu pkt 6.8 i 6.9 Umowy. W piśmie Zamawiający wskaże datę, od której Wykonawca nie będzie świadczyć Usług w ramach Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) lub Grupy Usług Administracji Systemem Informatycznym (G3). Przez okres, w którym Wykonawca nie będzie świadczyć Usług w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) lub Grupy Usług Administracji Systemem Informatycznym (G3), Wykonawcy nie należy się wynagrodzenie ryczałtowe przypisane do tej Grupy Usług. Zamawiający uprawniony jest do jednostronnego wznowienia świadczenia Usług w ramach Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) oraz Grupy Usług Administracji Systemem Informatycznym (G3). Wznowienie nastąpi z co najmniej 3 miesięcznym wyprzedzeniem, przez wskazanie Wykonawcy daty wznowienia świadczenia Usług w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) lub Grupy Usług Administracji Systemem Informatycznym (G3) na piśmie. Jeżeli początek zawieszenia lub wznowienia świadczenia Usług w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) lub Grupy Usług Administracji Systemem Informatycznym (G3) przypada na inny dzień, niż pierwszy dzień miesiąca, wynagrodzenie należne Wykonawcy za świadczenie Usług w ramach Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) lub Grupy Usług Administracji Systemem informatycznym (G3) za miesiąc, w którym Usługi te były świadczone w niepełnym wymiarze czasowym zostanie ustalone proporcjonalnie do czasu przez jaki Usługi w ramach Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) lub Grupy Usług Administracji Systemem Informatycznym (G3) były świadczone w takim miesiącu."

Powyższe postanowienie umowne uprawniające do jednostronnego zawieszenia świadczenia przez wykonawcę usług w ramach Usług G1 i G3, oznacza, że Zamawiający w dowolnym momencie może zawiesić i w dowolnym momencie odwieść obowiązek świadczenia przez Wykonawcę Usług w ramach G1 i G3 i to na dowolny okres. Odwołujący wskazuje, że w skrajnym przypadku może w ogóle nie dojść do świadczenia przez wykonawcę Usług w ramach Grupy G1 i G3, jeżeli Zamawiający zawiesi świadczenie Usług G1 i G3 począwszy od daty rozpoczęcia świadczenia Usług (patrz pkt 6.8 i 6.9 Umowy) i nie wznowi ich do końca okresu obowiązywania umowy. Okres świadczenia usług jest jednym z kluczowych parametrów jakie każdy wykonawca, i to niezależnie od branży, bierze pod uwagę szacując m.in. zasoby niezbędne do świadczenia usług oraz związane z tym koszty. W efekcie wskazane wyżej postanowienie skutkuje tym, że wykonawcom nie jest znany zakres zamówienia, gdyż pomimo określenia czasu trwania umowy, pkt 3.7 Umowy w obecnym brzmieniu powoduje, że w żaden sposób wykonawca sporządzając ofertę nie może

przewidzieć przez jaki okres będzie świadczył Usługi G1 i G3. Jednocześnie wykonawca narażony jest na poniesienie kosztów związanych z utrzymaniem w pełnej gotowości zasobów dedykowanych do świadczenia tych usług przez cały okres trwania umowy, w tym w okresach zawieszenia świadczenia usług G1 i G3. Postanowienie z pkt. 3.7 wzoru umowy uniemożliwia kalkulację i rzetelne przygotowanie oferty.

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie przepisów m.in. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o doprecyzowanie postanowień pkt 3.7. Umowy w ten sposób, aby Zamawiający był uprawniony do zawieszenia świadczenia usług nie częściej niż dwukrotnie w trakcie trwania umowy dla danej grupy Usług, przy czym łączny czas zawieszenia danej grupy Usług nie powinno przekraczać sześciu miesięcy.

**1.3.** Dotyczy pkt. 8.10. wzoru umowy i Załącznika nr 4 Opis Grupy Usług Rozwoju, pkt 3.1.1 Umowa pkt. 8.10:

8.10. Wynagrodzenie z tytułu wykonania poszczególnych Modyfikacji stanowić będzie iloczyn Punktów Funkcyjnych zatwierdzonych przez Zamawiającego dla danej Modyfikacji oraz jednostkowej stawki Punktu Funkcyjnego ustalonej jako (...) zł netto słownie: (...) powiększonej o należny podatek od towarów i usług, co stanowi kwotę brutto ( ) zł, słownie: (...). Wycena każdej Modyfikacji będzie dokonywana w oparciu o metodykę opisaną Załączniku nr 4C do Umowy. Wynagrodzenie za Punkt Funkcyjny zawiera w sobie pełne wynagrodzenie należne Wykonawcy za prace związane z wykonaniem poszczególnych Modyfikacji, jak również koszty związane z przygotowaniem Propozycji. W sytuacjach i na zasadach określonych w Załączniku 4 oraz Załączniku 4C wynagrodzenie z tytułu wykonania poszczególnych Modyfikacji zostanie powiększone z uwagi na skrócenie terminu wykonania Modyfikacji.

Załącznik nr 4 Opis Grupy Usług Rozwoju, pkt 3.1.1:

3. Szczególne zasady świadczenia Usług w G4:

3.1. Wynagrodzenie za przygotowanie Propozycji

3.1.1. Świadczenia Wykonawcy poprzedzające zawarcie Zamówienia na wykonanie Modyfikacji w szczególności wstępna analiza potrzeb Zamawiającego, przygotowanie harmonogramu oraz wyceny, w tym modelu IFPUG wykonywane są przez Wykonawcę odpłatnie. Wartość wynagrodzenia należnego z tytułu świadczeń, o których mowa w tym punkcie, jest zawarta w wynagrodzeniu za Punkt Funkcyjny. Wynagrodzenie należne jest

wyłącznie w przypadku zawarcia Zamówienia na realizację Modyfikacji. Wynagrodzenie zostanie uwzględnione przez Wykonawcę w fakturze wystawionej przez Wykonawcę w związku z realizacją danej Modyfikacji.

W tym miejscu należy przede wszystkim zwrócić uwagę na to, że wstępna analiza potrzeb Zamawiającego, przygotowanie harmonogramu oraz wyceny, w tym modelu IFPUG, to są konkretne produkty, mające określoną wartość ekonomiczną dla Zamawiającego, których wytworzenie łączy się również z poniesieniem przez wykonawcę określonych kosztów. Nie mówimy w tym wypadku o kosztach przygotowywania ofert na usługi, jakie każdy wykonawca ponosi ubiegając się o zamówienia na swoje usługi, ale o kosztach wytworzenia konkretnych produktów. Z tego też względu Zamawiający słusznie przyjął, że wytworzenie tych produktów Wykonawcy należy się wynagrodzenie, które jest ujęte w cenie Punktu Funkcyjnego. Jednakże, w przypadku niezamówienia realizacji Modyfikacji, poprzedzonej wcześniejszą analizą przeprowadzoną przez wykonawcę stosownie do postanowień pkt 3.1.1. Załącznika nr 4, wytworzenie i dostarczenie Zamawiającemu produktów wytworzonych przez wykonawcę w ramach takiej analizy nastąpi bez wynagrodzenia.

Wykonawca nie ma wpływu na to, jaką liczbę Punktów Funkcyjnych Zamawiający zrealizuje i czy w ramach jednej czy też np. kilkunastu Propozycji, a tylko to pozwalałoby Wykonawcy na uwzględnienie w cenie Punktu Funkcyjnego również kosztów wytworzenia tych produktów, które nie zostaną sfinansowane na skutek niezamówienia Modyfikacji. Tym samym SIWZ uniemożliwia Wykonawcy rzetelne określenie kosztów przygotowania Propozycji, ponieważ Wykonawca nie ma możliwości rzetelnego skalkulowania kosztów wytworzenia produktów, które następnie nie zostaną opłacone przez Zamawiającego na skutek niezamówienia Modyfikacji. W efekcie Wykonawca wykona pracę, która nie zostanie opłacona przez Zamawiającego.

Ponadto niejasnym jest sformułowanie, że „wynagrodzenie za Punkt Funkcyjny zawiera w sobie pełne wynagrodzenie należne Wykonawcy za prace związane z wykonaniem poszczególnych Modyfikacji jak również koszty związane z przygotowaniem Propozycji”, zapis ten jest niejasny i nieprecyzyjny ponieważ nie określa, w jaki sposób mają być rozliczone prace nieujęte w cenie Punktu Funkcyjnego.

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie przepisów m.in. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o uzupełnienie umowy o postanowienia regulujące zasady wynagradzania wykonawcy za produkty dostarczone w

ramach wstępnej analiza potrzeb Zamawiającego, przygotowania harmonogramu oraz wyceny, w tym modelu 1FPUG, w przypadku niezamówienia Modyfikacji związanej z tymi produktami.

**1.4.** Zgodnie z pkt. 8.3. ppkt 8.3.3. oraz pkt. 8.23 wzoru umowy:

8.3. Na kwotę określoną w punkcie 8.1 Umowy składają się (...)

8.3.3. łączne wynagrodzenie z tytułu zwiększenia ryczałtu miesięcznego Usługi Administracji Środowiskami lub Usługi Monitorowania Dostępności i Wydajności, zgodnie z Załącznikiem nr 8 do Umowy.

8.32. Strony zgodnie postanawiają, że stworzenie Modyfikacji powiększających System Informatyczny nie stanowi przesłanki do wzrostu wynagrodzenia za świadczenie Usług z grup G1, G2 i G3.

Odwołujący wskazuje, że Modyfikacje powiększające System Informatyczny bez wątplenia zwiększają pracochłonność związaną ze świadczeniem Usług z Grup G1, G2 i G3. Powyższa teza, jako fakt powszechnie znany, nie wymaga dowodu. Jednak w razie kwestionowania przez Zamawiającego powyższej tezy - Odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu usług IT, na okoliczność zwiększonej pracochłonności związanej ze świadczeniem Usług z Grup G1, G2 i G3 w wyniku wdrożenia Modyfikacji powiększających System Informatyczny.

Obecne brzmienie pkt, 8.32 wzoru umowy wyraźnie określa, że stworzenie Modyfikacji powiększających System Informatyczny nie stanowi przesłanki do wzrostu wynagrodzenia za świadczenie Usług z grup G1, G2 i G3. Jednocześnie Zamawiający nigdzie w dokumentacji Postępowania, tym bardziej we wzorze umowy nie gwarantuje, że System Informatyczny ulegnie zwiększeniu o konkretną lub nawet przewidywaną ilość Punktów Funkcyjnych w danym roku, podczas gdy zwiększenie Systemu Informatycznego może być nawet kilkukrotne. Tym samym ponownie - opis przedmiotu zamówienia nie został sporządzony w sposób jednoznaczny i precyzyjny, ze wskazaniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. To z kolei oznacza dla Wykonawcy, że nie mając żadnych informacji nawet o przybliżonej skali zwiększenia Systemu Informatycznego, nie ma możliwości uwzględnienia tego zwiększenia w ryczałcie. Powyższe skutkuje niemożliwością dokonania prawidłowej kalkulacji i rzetelnego przygotowanie oferty.

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie przepisów m.in. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o dodanie mechanizmu waloryzacji wynagrodzenia za świadczenie Usług z grup G1, G2 i G3 w wyniku rozwoju Systemu Informatycznego na skutek wdrożonych Modyfikacji.

**1.5.** Zgodnie z pkt. 8.3 ppkt 8.3.2 oraz pkt. 8.6. wzoru umowy:

8.3. Na kwotę określoną w punkcie 8.1 Umowy składają się:

8.3.2. wynagrodzenie za Usługi świadczone podczas Okresu Przejściowego oraz w okresie Przekazania Usług (skalkulowane w ryczałtowej płatności za świadczenie Usług w ramach G2);

8.6. Wynagrodzenie za usługi świadczone przez Wykonawcę w ramach Okresu Przejściowego oraz okresu Przekazania Usługi uwzględnione jest w wynagrodzeniu ryczałtowym należnym za świadczenie Usług zgodnie z Załącznikiem nr 8 do Umowy.

Wykonawca wskazuje, że ww. postanowienia wzoru umowy są wzajemnie sprzeczne, gdyż wynagrodzenie za Usługi świadczone podczas Okresu Przejściowego uwzględnione jest w wynagrodzeniu za usługi świadczone w ramach Grupy G2, zgodnie z pkt. 8.3.2 wzoru umowy, natomiast w kolejnym postanowieniu w pkt. 8.6 wzoru umowy wynagrodzenie za Usługi świadczone podczas Okresu Przejściowego uwzględnione jest w wynagrodzeniu ryczałtowym za świadczenie wszystkich Usług. Wskazana sprzeczność postanowień wzoru umowy powoduje, że wykonawca nie wie w jaki sposób skalkulować ceny za świadczone usługi, gdyż nie zna ich zakresu w ramach poszczególnych Grup Usług, co oznacza, że opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny i uniemożliwia dokonanie rzetelnej wyceny.

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie przepisów m.in. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o precyzyjne ustalenie zasad wynagradzania za usługi świadczone w trakcie Okresu Przejściowego.

**1.6.** Zgodnie z pkt. 8.13 wzoru umowy:

8.13. W przypadku zmiany liczby elementów Środowiska Produkcyjnego, w stosunku do liczby określonej w Załączniku nr 10 do Umowy, ryczałt miesięczny dla Usługi Administracji Środowiskami lub Usługi Monitorowania Dostępności i Wydajności ulegnie zmniejszeniu lub zwiększeniu, zgodnie z zasadami określonymi w Załączniku nr 10 do Umowy.

Odwołujący wskazuje, że pkt. 8.13 wzoru umowy odnosi się do zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany liczby elementów Środowiska Produkcyjnego i odsyła do wartości określonych w Załącznik 10 do Umowy, jednak Załącznik 10 do Umowy definiuje zmianę wynagrodzenia w przypadku zmiany Mocy Obliczeniowej Środowisk. Odesłanie

zawarte w pkt. 8.23 wzoru umowy do Załącznika nr 10 do Umowy nie pozwala na wyliczenie zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany liczby elementów Środowiska Produkcyjnego.

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie przepisów m.in. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o zmianę w pkt 8.13 wzoru umowy poprzez określenie kiedy i na jakich zasadach wynagrodzenie ulega zmianie w przypadku zmiany liczby elementów Środowiska Produkcyjnego oraz o precyzyjne określenie tego, co jest elementem Środowiska Produkcyjnego w rozumieniu pkt. 8.13 wzoru umowy.

Dodatkowo Odwołujący wnosi o jednoznaczne określenie przez Zamawiającego tego, w jaki sposób zmiana Środowiska Produkcyjnego, do której odnosi się pkt 8.13. wzoru umowy, ma przekładać się na zmianę Mocy Obliczeniowej Środowisk i w efekcie stosowanie procedury określonej w Załączniku nr 10 do wzoru umowy regulującej zmianę ceny w oparciu o zmianę Mocy Obliczeniowej Środowisk.

#### **1.7. Zgodnie z pkt. 15.2.wzoru umowy:**

15.2. Wykonawca zobowiązany jest przez cały okres obowiązywania Umowy do utrzymywania:

15.2.1. dokumentacji architektury Systemu Informatycznego,

15.2.2. rejestru zmian (funkcjonalnych, nefunkcjonalnych oraz infrastrukturalnych) jakie zostały wprowadzone do Systemu Informatycznego,

15.2.3. oraz wszelkich informacji, jakie są niezbędne do przekazania Usług Zamawiającemu.

Odwołujący wskazuje przede wszystkim na to, że zakres usług z 15.2 powinien być ograniczony do rzeczywistego zakresu usług świadczonego przez Wykonawcę z uwzględnieniem mechanizmu zawieszania lub wypowiedzania poszczególnych usług. W innym przypadku zobowiązania wynikające z tego przepisu będą niemożliwe do spełnienia, ponieważ Wykonawca nie będzie w stanie przedstawić dokumentacji i rejestru odnoszących się do tych elementów Systemu Informatycznego, które nie są objęte świadczeniami przez niego usługami. Dodatkowo, wymóg określony przez Zamawiającego w ppkt 15.2.3 wzoru umowy, jest nieprecyzyjny, przez co nie jest w sposób konkretny określony zakres obowiązków wykonawcy. Jeśli Zamawiający wymaga przekazania wszelkich informacji niezbędnych do przekazania Usług Zamawiającemu, to powinien w sposób szczegółowy określić zakres wymaganych informacji, tak, aby każdy z wykonawców składających ofertę

wiedział jaki zakres informacji w ocenie Zamawiającego jest niezbędny do przekazania Usług. Wykonawcy mają różny poziom wiedzy, doświadczenia swoich pracowników i każdy z nich może mieć różny zakres informacji, które w jego ocenie są niezbędne do świadczenia Usług. Niedoprecyzowanie zakresu wymaganych informacji do przekazania ma bezpośredni wpływ na skalkulowanie przez wykonawców ceny oferty, gdyż każdy z nich może uwzględnić inny zakres informacji niezbędny do świadczeni usług a zatem, różna będzie pracochłonność ich przygotowania co ma końcowy wpływ na cenę oferty.

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie przepisów m.in. art. naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 29 ust. 3a ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., art. 378 k.c. w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Wykonawca wnosi o zmianę w pkt. 15.2 poprzez doprecyzowanie zakresu usług wynikających z tego przepisu i ich ograniczenie do rzeczywistego zakresu usług świadczonego przez wykonawcę oraz o wykreślenie pkt. 15.2.3. lub zmianę tego punktu przez stworzenie zamkniętej listy informacji.

#### **1.8 Zgodnie z pkt. 15.5 wzoru umowy:**

15.5. Ponadto, Wykonawca udzieli Zamawiającemu wsparcia w przygotowaniu Planu Przekazania Usługi. Wsparcie Wykonawcy będzie polegać na opracowaniu wskazanych przez Zamawiającego części Planu Przejęcia Usługi w zgodzie z celami Planu Przekazania Usługi, określonymi przez Zamawiającego, tj. regulacji zasad przekazania poszczególnych Usług, określenia zasad przekazania Dokumentacji, określenia zasad zakończenia wykonywania poszczególnych Zamówień, wskazania najważniejszych ryzyk związanych z przeniesieniem Usług oraz innych elementów, których celem będzie uregulowanie zasad sprawnego przekazania Usług. Plan Przekazania Usługi będzie zawierać kryteria pomyślnego wykonania wsparcia w zakresie przeniesienia Usługi przez Wykonawcę oraz harmonogram tego wsparcia.

W pkt. 15.5. wzoru umowy Zamawiający nakłada na wykonawcę kolejny nieprecyzyjny obowiązek, tym razem polegający na udzieleniu wsparcia w przygotowaniu Planu Przekazania Usługi. Odwołujący wskazuje, że treść pkt. 15.5 jest sformułowana w sposób ogólny, nie określa w sposób jednoznaczny zakresu obowiązków wykonawcy. Określenie „udzieli Zamawiającemu wsparcia” jest nieprecyzyjne, udzielenie wsparcia może oznaczać zaangażowanie wykonawcy na poziomie od kilku do nawet kilkuset roboczodni w zależności od wielkości wymaganego „wsparcia”. Podobnie, również zakres prac w ramach,

których wykonawca miałby udzielić wsparcia Zamawiającemu jest nieprecyzyjny, gdyż poza wymienieniem wprost następujących elementów: „regulacji zasad przekazania poszczególnych Usług, określenia zasad przekazania Dokumentacji, określenia zasad zakończenia wykonywania poszczególnych Zamówień, wskazania najważniejszych ryzyk związanych z przeniesieniem Usług" pada określenie „oraz innych elementów, których celem będzie uregulowanie zasad sprawnego przekazania Usług." Wykorzystując określenie „innych elementów", Zamawiający może oczekiwać od wykonawcy wykonania zakresu prac, których wykonawca nie jest w stanie przewidzieć składając ofertę, co oznacza, że również nie jest w stanie skalkulować kosztu świadczenia usługi określonej w pkt. 15.5. wzoru umowy. Ponadto, zgodnie z kwestionowanym przepisem Wykonawca, w ramach udzielanego wsparcia, będzie zobowiązany do opracowania wskazanych przez Zamawiającego części Planu Przejęcia Usługi w zgodzie z celami Planu Przekazania Usługi, określonymi przez Zamawiającego. Tym samym ostateczny kształt i zakres usług związanych ze wsparciem w przygotowaniu Planu Przekazania Usługi zostanie arbitralnie ustalony przez Zamawiającego i to dopiero po zawarciu umowy, co skutecznie uniemożliwia wycenę tych usług na etapie składania ofert. Zachowując to postanowienie w niezmienionej postaci, Zamawiający powinien jednocześnie przewidzieć w umowie mechanizm późniejszego ustalania wynagrodzenia za tego rodzaju usługi. Dodatkowo, dopiero Plan Przekazania Usługi, czyli dokument ustalony już po zawarciu umowy, w skrajnym przypadku - ustalony jednostronnie przez Zamawiającego, będzie zawierać kryteria pomyślnego wykonania wsparcia w zakresie przeniesienia Usługi przez Wykonawcę oraz harmonogram tego wsparcia. To oznacza, że to Zamawiający jest uprawniony do arbitralnego ustalenia przesłanek pozwalających na ocenę tego, czy usługa wsparcia w zakresie przeniesienia Usługi, została wykonana przez Wykonawcę w sposób należyty. Zamawiający-również arbitralnie, będzie uprawniony do określenia terminów realizacji poszczególnych świadczeń w ramach tej usługi (ustalenie harmonogramu). Bez wątpliwości brak tych parametrów na etapie składania ofert uniemożliwia wykonawcom rzetelne skalkulowanie oferty.

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie przepisów m.in. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o wykreślenie pkt. 15.5 ze wzoru umowy lub, alternatywnie, o zmianę tego postanowienia poprzez wyraźne wskazanie zakresu usługi, w szczególności tych części Planu Przejęcia Usługi, które mają być zrealizowane przez Wykonawcę, określenie kryteriów pomyślnego wykonania tego wsparcia oraz planowanego harmonogramu.

**1.9. Zgodnie z pkt. 15.8 wzoru umowy:**

15.8. Wykonawco zobowiązany jest do wykonania czynności określonych w niniejszym punkcie niezależnie od przyczyn zakończenia obowiązywania Umowy. W celu uniknięcia wątpliwości Strony potwierdzają, że wynagrodzenie za spełnienie świadczeń określonych w niniejszym punkcie ujęte jest w wynagrodzeniu wskazanym w punkcie 8 Umowy.

Zgodnie z pkt. 15.8 wzoru umowy Wykonawca zobowiązany jest do wykonania czynności z zakresu przekazania Usług, niezależnie od przyczyn zakończenia obowiązywania Umowy. Jednocześnie treść ww. pkt. 15.8 wzoru umowy określa, że wynagrodzenie za spełnienie świadczeń określonych w niniejszym punkcie ujęte jest w wynagrodzeniu wskazanym w punkcie 8 Umowy. Odwołujący wskazuje, że wynagrodzenie, o którym mowa w pkt 8 wzoru umowy, jest sumą wynagrodzeń za precyzyjnie wskazane w pkt. 8.3 wzoru umowy i w Załączniku nr 8 Usługi i w żadnym miejscu nie odnosi się do wynagrodzenia za czynności z zakresu przekazania Usług.

Zatem treść postanowienia pkt 15.8 wzoru umowy sugeruje, że w wynagrodzeniu za świadczone Usługi wykonawca powinien dodatkowo dodawać wynagrodzenie za inne świadczenia poza daną Usługą, w tym związane z przekazaniem usług po zakończeniu obowiązywania umowy. Wynagrodzenie określone w pkt 8 wzoru umowy jest sumą wynagrodzeń za wskazane usługi. Zatem wykonawca nie jest uprawniony do dodawania do wynagrodzenia za Usługi określone w pkt. 8 Umowy kosztów wykonania innych czynności, w tym tych określonych w pkt. 15 wzoru umowy. Ponadto, ewentualne ujęcie kosztów usługi przekazania w cenie innych Usług nie jest też możliwe z tego względu, że Zamawiający, biorąc pod uwagę inne postanowienia wzoru umowy, w szczególności mechanizm zawieszenia usług oraz szeroki zakres przyczyn upoważniających Zamawiającego do odstąpienia od umowy określony w pkt. 14 wzoru umowy, może praktycznie w dowolnym momencie trwania umowy zaprzestać wypłaty wynagrodzenia za dowolną usługę. Zatem, jeżeli nawet wykonawca oszacowałby koszt wykonania czynności określonych w pkt. 15 wzoru umowy, to w jaki sposób miałby ten koszt doliczyć do kosztu świadczonych Usług określonych w pkt. 8 wzoru umowy, skoro jest to wynagrodzenie ryczałtowe miesięczne, które może być równie dobrze opłacane przez cały okres trwania kontraktu, jak też przez kilkanaście miesięcy.

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie przepisów m.in. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o usunięcie zdania drugiego w pkt 15.8 wzoru umowy oraz wyszczególnienie w formularzu ofertowym pozycji na wskazanie ceny ryczałtowej za wykonanie czynności określonych w pkt. 15 wzoru umowy.

**2.** Nieprecyzyjny zakres zobowiązania wykonawcy, brak wskazania wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, naruszenie zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, naruszenie zasad proporcjonalności i przejrzystości, oraz zasad współżycia społecznego, mające wpływ na koszt oferty przez naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

### **2.1.** Zgodnie z treścią Załącznika nr 4C - Sposób wyceny Usługi Modyfikacji, pkt. 8

Pkt 8 (...) Wykonawca zobowiązany jest do dysponowania zasobami gwarantującymi zapewnienie całkowitej wydajności realizacyjnej na poziomie minimum 6000 PF IFPUG w każdym miesiącu obowiązywania Usługi Rozwoju."

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek utrzymania zespołu na poziomie minimum 6000 PF IFPUG w każdym miesiącu obowiązywania Usługi Rozwoju, co po stronie wykonawcy wiąże się ze znaczącym kosztem miesięcznym, który to koszt wykonawca musi uwzględnić w cenie oferty. Jednocześnie w żadnym miejscu w dokumentacji Postępowania Zamawiający nie gwarantuje jakiegokolwiek poziomu miesięcznych zamówień na modyfikację co oznacza, że w przypadku braku jakichkolwiek zamówień, a nawet w przypadku zamówień o wartości znacznie poniżej 6000 PF miesięcznie wykonawca będzie ponosił koszt utrzymania nadmiernych zasobów, których szacunkowy koszt jest równoważny kosztowi utrzymania nawet kilkuset osobowego zespołu.

Wykonawca podkreśla, że Zamawiający ww. postanowieniem zamawia u wykonawcy usługę gotowości do świadczenia usług w wymiarze 6000 PF IFPUG natomiast nigdzie nie przewidział wynagrodzenia za taką gotowość. Wynagrodzenie takie nie jest uwzględnione w wycenie PF IFPUG (patrz. pkt. 7 Załącznika 4C), ani w żadnej innej usłudze..

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie przepisów m.in. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o uwzględnienie niezależnej pozycji kosztowej w formularzu ofertowym związanej z zapewnieniem gotowości do świadczenia usług lub wykreślenie zobowiązania do utrzymania zespołu na poziomie min. 6000 PF (pkt 8 Załącznika nr 4C)

**2.2.** Zgodnie z pkt. 6.3, 3.11, 4.12 w zw. z pkt. 3.7 wzoru umowy:

6.3. Do końca Okresu Przejściowego Wykonawca zaangażuje kompletny zespół Wykonawcy dedykowany do świadczenia Usług oraz przedstawi ten zespół Zamawiającemu.

3.11. Do realizacji przedmiotu Umowy Wykonawca przez cały czas trwania Umowy będzie utrzymywał zespół pracowników i współpracowników w składzie, który będzie posiadał kompetencje i certyfikaty zgodne z wymaganiami jakościowymi i ilościowymi wskazanymi w Załączniku nr 19 do Umowy. Wykonawca dostosuje liczebność zespołu Wykonawcy tak, aby zapewnić należyte wykonywanie Umowy. W przypadku zmian personalnych Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia osoby o co najmniej tych samych kwalifikacjach i doświadczeniu, jak osoba zastępowana. Każdorazowo zmiany personalne, o których mowa w zdaniu poprzednim wymagają zgody Zamawiającego, z wyjątkiem przypadków, gdy odsunięcie od realizacji Umowy następuje z przyczyn pozostających poza kontrolą Wykonawcy, np. ustanie stosunku pracy, zdarzenie losowe. W celu uniknięcia wątpliwości Strony potwierdzają, że wszelkie konsekwencje zmian osób uczestniczących w realizacji Umowy po stronie Wykonawcy obciążają Wykonawcę. Zamawiający zastrzega sobie prawo do naliczenia Wykonawcy kary umownej w wysokości 20 000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek naruszenia któregokolwiek z wymagań, o których mowa w zdaniach poprzednich.

4.12 Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub przez podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności, o których mowa w pkt 4.11, w związku z tym, że wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2018 r. poz. 917, z późn. zm.). Ww. osoby powinny być zatrudnione w całym okresie realizacji zamówienia. W przypadku rozwiązania stosunku pracy przed zakończeniem tego okresu Wykonawca lub podwykonawca jest zobowiązany do niezwłocznego zatrudnienia w to miejsce innej osoby."

Zamawiający oczekuje zaangażowania kompletnego zespołu niezbędnego do świadczenia wszystkich Usług przez Wykonawcę, a jednocześnie zastrzega sobie możliwość dowolnego zawieszania i odwieszania Usług (pkt. 3.7. wzoru umowy). Co oznacza, że w skrajnym przypadku wykonawca będzie zobowiązany umową do utrzymania niezbędnego zespołu dla danej Usługi przez cały okres trwania Umowy, a może w ogóle jej nie świadczyć w związku z zawieszeniem świadczenia Usługi, do czego uprawniony jest Zamawiający. Odwołujący podkreśla, że zgodnie z treścią pkt. 3.7 wzoru umowy, wykonawca w czasie zawieszenia świadczenia usługi nie otrzymuje wynagrodzenia ryczałtowego. Jednocześnie, w świetle postanowień pkt 4.12., Wykonawca będzie zobowiązany do zatrudnienia osób wskazanych w pkt 4.11., przez cały okres realizacji zamówienia.

Wykonawca nie jest w stanie sensownie określić ile razy, w odniesieniu do których Usług i na jak długo nastąpi zawieszenie i odwieszenie świadczenia Usług. Wszystko to jest zależnie od jednostronnej decyzji Zamawiającego. To w efekcie uniemożliwia Wykonawcy rzetelne skalkulowanie ceny ofertowej.

Należy też wskazać na sprzeczność zdania 2 pkt. 3.11 z pkt. 4.12 wzoru umowy. Zamawiający z jednej strony obliguje Wykonawcę do dostosowania liczebności zespołu Wykonawcy tak, aby zapewnić należyte wykonywanie Umowy (zdanie 2 pkt. 3.11), co jest zasadnym oczekiwaniem, a jednocześnie nakazuje Wykonawcy, aby w razie rozwiązania stosunku pracy z określoną osobą przed zakończeniem okresu realizacji zamówienia Wykonawca lub podwykonawca zobowiązali się do niezwłocznego zatrudnienia w to miejsce innej osoby.

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie przepisów m.in. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o usunięcie sprzeczności zdania 2 z pkt. 3.11 z pkt. 4.12 poprzez usunięcie z pkt. 4.12 zdania 2 i 3 oraz zmianę pkt. 3.11 w taki sposób, aby wykonawca był uprawniony do możliwości zapewnienia liczebności zespołu adekwatnie do aktualnego zakresu świadczonych usług oraz możliwości optymalizacji wielkości zespołu (np. w razie automatyzacji prac).

### **2.3. Zgodnie z pkt. 4.12 wzoru umowy:**

4.12 Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub przez podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności, o których mowa w pkt 4.11, w związku z tym, że wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2018 r. poz. 917 ze zm.). Ww. osoby powinny być zatrudnione w całym okresie realizacji zamówienia. W przypadku rozwiązania stosunku pracy przed zakończeniem tego okresu Wykonawca lub podwykonawca jest zobowiązany do niezwłocznego zatrudnienia w to miejsce innej osoby.

Zgodnie z ww. postanowieniem osoby stanowiące personel wykonawcy powinny być zatrudnione w całym okresie realizacji zamówienia, zaś w przypadku rozwiązania stosunku pracy przed zakończeniem tego okresu Wykonawca lub podwykonawca jest zobowiązany do niezwłocznego zatrudnienia w to miejsce innej osoby.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie ze standardowym postępowaniem w wieloletnich kontraktach w początkowym okresie realizacji umowy procesy wykonawcy wymagają większej liczby osób niż te same procesy w końcowej fazie projektu. W związku z tym liczba

osób zaangażowanych do świadczenia usług będzie mniejsza w końcowej fazie projektu. Tym samym wymóg stałego zatrudnienia tej samej ilości osób jest nadmierny, zważywszy, że opis przedmiotu zamówienia jest nieprecyzyjny i zakres zobowiązań wykonawcy nie jest na tyle dokładnie określony, aby wykonawca był pewien, że konkretna ilość pracowników będzie mu niezbędna od początku do końca obowiązywania umowy. Zobowiązanie wykonawcy do utrzymywania stałej liczebności personelu jest niezasadne w sytuacji gdy dana osoba nie będzie miała już pracy do wykonania w projekcie.

W tym miejscu zwracam uwagę na to, że w świetle art. 29 ust. 3a Pzp Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2016 r. poz. 1666, 2138 i 2255 oraz z 2017 r. poz. 60 i 962). Wskazany przepis daje zatem Zamawiającemu możliwość nakładania na wykonawców obowiązku angażowania do świadczenia usług osób zatrudnionych przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę, nie daje jednak uprawnień do żądania, aby Wykonawca utrzymywał przez cały okres realizacji zamówienia niezmnijającą się liczbę pracowników etatowych.

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie przepisów m.in. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, 29 ust. 3a ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o wykreślenie zdania 2 i 3 z pkt. 4.12 wzoru umowy, tym samym modyfikację brzmienia pkt. 4.12 w następujący sposób:

4.12 Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub przez podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności, o których mowa w pkt 4.11, w związku z tym, że wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2018 r. poz. 917 ze zm.). ~~Ww. osoby powinny być zatrudnione w całym okresie realizacji zamówienia. W przypadku rozwiązania stosunku pracy przed zakończeniem tego okresu Wykonawca lub podwykonawca jest zobowiązany do niezwłocznego zatrudnienia w to miejsce innej osoby.~~

**2.4.** Zgodnie z pkt. 5.3.1 wzoru umowy:

5.3.1. Przez okres obowiązywania Umowy oraz przez 6 miesięcy po jej zakończeniu, jak również w trakcie Okresu Przejściowego, Zamawiający będzie uprawniony do

przeprowadzenia inspekcji, weryfikacji oraz audytu Wykonawcy oraz podwykonawców Wykonawcy w tym posiadanych zasobów ludzkich zaangażowanych w realizację Umowy, systemów, sieci, danych, pomieszczeń, praktyk i procedur jakie były wykorzystywane przez Wykonawcę oraz podwykonawców Wykonawcy do świadczenia Usług (dalej: „Audyty”). Zamawiający będzie uprawniony do dostępu oraz kontaktu ze wszystkim pracownikami oraz współpracownikami, którzy pracowali (na podstawie umowy o pracę) lub współpracowali (faktycznie lub na podstawie umowy cywilnoprawnej) z Wykonawcą w bezpośrednim związku ze świadczeniem Usług, a Wykonawca zobowiązany jest do bezwzględnego umożliwienia Zamawiającemu takiego dostępu i kontaktu, w terminie wskazanym przez Zamawiającego. Celem Audytu opisanego w niniejszym punkcie jest weryfikacja realizacji przez Wykonawcę Usługi zgodnie z Umową.

Odwołujący wskazuje, że sformułowanie zawarte w pkt. 5.3.1 „Przez okres obowiązywania Umowy oraz przez 6 miesięcy po jej zakończeniu, jak również w trakcie Okresu Przejściowego, Zamawiający będzie uprawniony do przeprowadzenia inspekcji, weryfikacji oraz audytu Wykonawcy oraz podwykonawców Wykonawcy w tym posiadanych zasobów ludzkich zaangażowanych w realizację Umowy (...)” wzoru umowy jest niezrozumiałe, gdyż wykonawca z treści postanowienia nie może odczytać ile i jak często takie audyty będą wykonywane, oraz nie zna zakresu kontroli. W szczególności Odwołujący wskazuje, że określenie „posiadanych” zasobów ludzkich zaangażowanych w realizację Umowy, oznacza konieczność utrzymania zespołu przez 6 miesięcy po zakończeniu Umowy, skoro w trakcie audytu wykonawca ma dokonać weryfikacji posiadanych zasobów ludzkich zaangażowanych w realizację Umowy. Ponadto zgodnie z treścią ww. postanowienia „Wykonawca zobowiązany jest do bezwzględnego umożliwienia Zamawiającemu takiego dostępu kontaktu z pracownikami, którzy pracowali przy Umowie (...)”. Zamawiający nakłada na wykonawcę obowiązek nadmierny lub nawet niemożliwy do spełnienia z uwagi na fakt, że mogą wystąpić sytuacje, w których wykonawca nie będzie mógł umożliwić kontaktu z osobą, która była zaangażowana w realizację umowy, chociażby ze względu na okoliczność, że dana osoba zmieniła pracę, miejsce zamieszkania, odmawia kontaktu. Wykonawca nie może wymusić na osobach, które nie są mu podległe w ramach stosunku pracy podjęcia kontaktu z Zamawiającym. Ponadto Odwołujący wskazuje, że wykonanie obowiązku umożliwienia dostępu i kontaktu w stosunku do osób, które w czasie audytu nie będą już w stosunku pracy z wykonawcą lub zakończą współpracę nie będzie możliwe w związku z obowiązującymi przepisami w zakresie ochrony danych osobowych. Odwołujący wskazuje chociażby na regulacje Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy

95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), tzw. klauzulą zapomnienia, art. 7 ust. 3 i 4 zgodnie z którą: Osoba, której dane dotyczą, ma prawo w dowolnym momencie wycofać zgodę. Wycofanie zgody nie wpływa na zgodność z prawem przetwarzania, którego dokonano na podstawie zgody przed jej wycofaniem. Osoba, której dane dotyczą, jest o tym informowana, zanim wyrazi zgodę. Wycofanie zgody musi być równie łatwe jak jej wyrażenie.

4. Oceniając, czy zgodę wyrażono dobrowolnie, w jak największym stopniu uwzględnia się, czy między innymi od zgody na przetwarzanie danych nie jest uzależnione wykonanie umowy, w tym świadczenie usługi, jeśli przetwarzanie danych osobowych nie jest niezbędne do wykonania tej umowy.

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie przepisów m.in. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Wykonawca wnosi o doprecyzowanie przez Zamawiającego ilości i częstotliwości możliwych do przeprowadzenia audytów, oraz modyfikację treści pkt. 5.3.1 wzoru umowy poprzez wykreślenie sformułowań : „przez 6 miesięcy po jej zakończeniu”, „posiadanych” oraz doprecyzowanie, że obowiązek zapewnienia dostępu i kontaktu dotyczy jedynie pracowników i współpracowników, którzy w czasie wykonywania audytu są w dalszym ciągu zatrudnieni przez wykonawcę lub współpracują z wykonawcą.

**3.** Nieprecyzyjny zakres zobowiązania wykonawcy, brak wskazania wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, naruszenie zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, naruszenie zasad proporcjonalności i przejrzystości, oraz zasad współżycia społecznego, mające wpływ na koszt oferty przez naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

Odwołujący zaznacza, że przedstawione dalej definicje wiążą się bezpośrednio z obowiązkami wykonawców w Postępowaniu oraz mają wpływ na jego odpowiedzialność oraz wiążą się również z wszelkimi konsekwencjami przewidzianymi przez umowę w razie nienależytego wykonania jej postanowień. Odwołujący wskazuje, że przy obecnym brzmieniu umowy i niedookreśleniu wskazanych dalej pojęć, istotnych dla prawidłowej realizacji zamówienia, uznać należy, że Zamawiający ukształtował dokumentację Postępowania w sposób, który pozwala mu na swobodne kształtowanie postanowień umowy już na etapie jej realizacji.

Powyższe prowadzi do konkluzji, zgodnie z którą Zamawiający nie dookreślił przedmiotu zamówienia, a tym samym Odwołujący nie jest w stanie przewidzieć jaką odpowiedzialność ma ponieść (w tym, czy nie zostanie mu naliczona kara umowna), w jakim dokładnie zakresie ma zrealizować zamówienie i jakie dokładnie obowiązki będą na nim spoczywały w razie uzyskania zamówienia. W tym miejscu wskazać należy, że w przypadku dokładnego i jednoznacznego zdefiniowania/opisania wskazanych definicji Odwołujący mógłby zabezpieczyć się odpowiednio od przewidzianych przez umowę ryzyk i rzetelnie skalkulować cenę oferty, która byłaby racjonalna i ukształtowana na poziomie dającym Odwołującemu możliwość dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w przedmiotowym Postępowaniu.

**3.1.** dotyczy pkt 2.1.34 wzoru umowy oraz Załącznik nr 2b pkt. 2.8.15, Wzór umowy pkt. 2.1.34:

2.1.34. Wada - każda nieprawidłowość Systemu Informatycznego, bądź nieprawidłowość Dokumentacji, w tym: Awaria, Błąd Krytyczny; Błąd Niekrytyczny; Wadą jest również stan będący rezultatem nieprawidłowej obsługi SI przez Wykonawcę;

Załącznik nr 2b pkt. 2.8.15.

2.8.15 dbać o poprawność i aktualność Dokumentacji w tym usuwać jej Wad, rozumiane jako:

2.8.15.1. w stosunku do Dokumentacji Analitycznej, Dokumentacji Technicznej i Dokumentacji Użytkownika - niezgodność z Systemem Informatycznym;

2.8.15.2. w stosunku do Dokumentacji Administratora - niezgodność z czynnościami, które są wykonywane przez administratora Systemu Informatycznego."

Na wstępie zwracam uwagę na niezgodność wskazanej wyżej definicji „Wady”, w odniesieniu do Dokumentacji, zawartej we wzorze umowy z rozumieniem Wady Dokumentacji wskazanym w załącznik nr 2b pkt. 2.8.15. Różne rozumienie tego samego pojęcia w ramach jednej umowy (załączniki są częścią umowy) powoduje brak możliwości właściwego zrealizowania usługi, co powinno być uznane za nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia oraz skutkuje brakiem możliwości rzetelnej wyceny oferty.

Zgodnie z ww. definicją Wada to każda nieprawidłowość Systemu Informatycznego bądź nieprawidłowość Dokumentacji, jednak nigdzie w SIWZ Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „nieprawidłowość”. Zatem zakres Usługi Usuwania Wad będzie arbitralnie ustalany przez Zamawiającego w trakcie realizacji Umowy. Nieprecyzyjność definicji powoduje, że zakres i sposób realizacji obowiązków oraz zakres odpowiedzialności Wykonawcy nie jest skonkretyzowany, co uniemożliwia rzetelną wycenę oferty.

Całkowicie niezrozumiałe jest też sformułowanie, że „Wadą jest również stan będący rezultatem nieprawidłowej obsługi SI przez Wykonawcę. Przede wszystkim nie jasne jest to, na czym ma polegać prawidłowa obsługa SI przez Wykonawcę. Czy mówimy o obsłudze zgodnie z umową, czy może z innymi kryteriami? Ponadto, jeżeli w wyniku jakkolwiek rozumianej nieprawidłowej obsługi SI przez wykonawcę nie dojdzie do nieprawidłowej pracy Systemu Informatycznego to czy to również powinno być Wadą?

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o doprecyzowanie definicji „Wada” przez:

- zdefiniowanie pojęcia „nieprawidłowość Systemu Informatycznego” przez odwołanie do Dokumentacji (np. działanie niezgodne z Dokumentacją);
- zdefiniowanie pojęcia „nieprawidłowość Dokumentacji” przez odwołanie do niezgodności Dokumentacji z wzorami załączonymi do umowy.

Ponadto Odwołujący wnosi o wykreślenie z pkt. 2.1.34.wzoru umowy sformułowania: „Wadą jest również stan będący rezultatem nieprawidłowej obsługi SI przez Wykonawcę.

Ponadto Odwołujący wnosi o dostosowanie opisu w Załączniku nr 2b usuwania wad dokumentacji (pkt 2.8.15.) tak, aby pojęcie Wady Dokumentacji było zgodne z proponowaną wyżej definicją Wady.

### **3.2.** dotyczy pkt. 2.1.5 wzoru umowy i załącznika nr 18 wzór umowy pkt 2.1.5.

2.1.5. Błąd Niekrytyczny - oznacza działanie lub brak działania funkcji Systemu Informatycznego opisanej w analitycznym opisie Systemu Informatycznego, które nie jest Błędem Krytycznym ani Awarią, ale skutkuje uciążliwością w eksploatacji Systemu Informatycznego dla jego użytkownika lub użytkowników lub spadkiem wydajności działania funkcji Systemu Informatycznego.

Zgodnie z powyższą definicją błędu niekrytycznego, każde działanie aplikacji (także zgodne z Dokumentacją Analityczną) może być Błędem Niekrytycznym, jeśli skutkuje niezdefiniowaną „uciążliwością” dla dowolnego użytkownika. W efekcie nawet jedno zgłoszenie subiektywnie rozumianej uciążliwości przez jednego z ok. 1,3 mln użytkowników aplikacji e-Wniosekplus, nawet jeżeli działanie aplikacji będzie zgodne z wcześniejszymi zamówieniami Zamawiającego, będzie skutkowało zgłoszeniem Błędu Niekrytycznego ze wszystkimi tego konsekwencjami.

Z definicji wynika, że Użytkownik może zgłosić każdą dowolną niedogodność pracy w systemie, która wg swojego uznania (ocena subiektywna) skutkuje uciążliwością oraz spadkiem wydajności (ocena subiektywna), a Wykonawca ma obowiązek taką niedogodność zgodnie z definicją obsługiwać w reżimie Czasu Reakcji i Realizacji Błędu Niekrytycznego, niezależnie czy ponosi odpowiedzialność za tą niedogodność, czy powstała niedogodność

(wrażenie użytkownika, np.: system działa za wolno) jest poza zakresem odpowiedzialności Wykonawcy.

Nieprecyzyjność i niejednoznaczność ww. definicji może służyć do wymuszania dokonywania modyfikacji SI w trybie usuwania Wad. Dopuszcza też sytuację, gdy działanie zgodne z dokumentacją może zostać arbitralnie uznane przez Zamawiającego za Błąd Niekrytyczny.

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie przepisów m.in. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Wykonawca wnosi o doprecyzowanie definicji Błędu Niekrytycznego w następujący sposób:

„2.1.5. Błąd Niekrytyczny - oznacza brak działania lub działanie funkcji Systemu Informatycznego niezgodne z Dokumentacją Analityczną, które nie jest Błędem Krytycznym ani Awarią lub Wadę Dokumentacji.

Odwołujący zwraca uwagę, że definicja Błędu Niekrytycznego znajduje się nie tylko we wzorze umowy w pkt. 2.1.5. ale również w treści Załącznika nr 18:

Załącznik nr 18 „Błąd Niekrytyczny

1. W odniesieniu do rezultatów prac Wykonawcy, które mają charakter oprogramowania, jest to wadliwe działanie takich rezultatów prac, w szczególności Produktu, Modyfikacji, Zlecenia Operacyjnego lub ich części:

1.1. którego skutkiem jest brak możliwości wykonania danego kroku testowego, ale możliwe jest dokończenie scenariusza testowego z pominięciem tego kroku testowego, jak również wadliwe działanie Produktu lub jego części, które uniemożliwia prawidłowe działanie określonej funkcjonalności;

1.2. Błędem Niekrytycznym jest również działanie lub brak działania funkcji użytkownika, którego rezultatem jest to, że dana funkcja nie nadaje się do celu do jakiego została zamówiona i takie działanie lub brak działania nie jest Błędem Krytycznym.

2. W odniesieniu do rezultatów prac Wykonawcy, które mają charakter dokumentacji, jest to nieczytelność, nieprzejrzystość, jak również każda wadliwość dokumentacji inna niż Błąd Krytyczny. Błędem Niekrytycznym dokumentacji są również cechy dokumentacji, które zostały wskazane przez Zamawiającego jako nieoptymalne.

Odwołujący wskazuje, że występuje niezgodność definicji Błędu Niekrytycznego we wzorze umowy i Załączniku nr 18.

W definicji zawartej w Załączniku nr 18 Błędem Niekrytycznym jest również działanie lub brak działania funkcji użytkownika, którego rezultatem jest to, że dana funkcja nie nadaje

się do celu do jakiego została zamówiona i takie działanie lub brak działania nie jest Błędem Krytycznym.

W odniesieniu do rezultatów prac Wykonawcy, które mają charakter dokumentacji, jest to nieczytelność, nieprzejrzystość, jak również każda wadliwość dokumentacji inna niż Błąd Krytyczny, Błędem Niekrytycznym dokumentacji będą również cechy dokumentacji, które zostały wskazane przez Zamawiającego jako nieoptymalne.

Powyższa definicja wskazuje na całkowitą uznaniowość określania co jest, a co nie jest Błędem Niekrytycznym. Co więcej, Odwołujący wskazuje, że zgodnie z tą definicją Błędem Niekrytycznym może być również działanie zgodne z Zamówieniem, ale po wdrożeniu subiektywnie uznane przez Zamawiającego za działanie, którego rezultatem jest to, że dana funkcja nie nadaje się do celu do jakiego została zamówiona.

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie przepisów m.in. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o zachowanie spójności definicyjnej poprzez przyjęcie definicji Błędu Niekrytycznego zgodnie z pkt. 2.1.5 wzoru umowy.

### **3.3. dotyczy pkt. 2.1.6. wzoru umowy**

2.1.6. Certyfikacja - oznacza przeprowadzany przez Wykonawcę proces weryfikacji przekazanego przez Zamawiającego produktu wykonanego na podstawie odrębnych umów lub wytworzonego przez Zamawiającego, który to produkt w ocenie Zamawiającego winien stać się częścią 5/ lub Dokumentacji, odbywający się na zasadach określonych w Załączniku nr 2C oraz 2C1 do Umowy.

Zamawiający wprowadził definicję Certyfikacji, która powoduje, że przedmiot umowy staje się zupełnie niedookreślony, uznaniowy i jednostronnie definiowany przez Zamawiającego. W ramach Certyfikacji zamawiający może swobodnie rozszerzyć zakres SIA włączając do niego dowolne aplikacje, które dotychczas nie stanowiły przedmiotu Załącznika 0. W ramach takiego rozszerzenia mogą zostać wprowadzone aplikacje w technologiach dotychczas niewskazanych w SIWZ, co może się wiązać z poważnym wzrostem kosztów, niemożliwych do wycenienia na etapie składania ofert, a nawet brakiem możliwości realizacji w przypadku niszowych technologii.

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie przepisów m.in. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o wprowadzenie stosownych regulacji do wzoru umowy skutkujących obowiązkiem certyfikacji jedynie takich rozwiązań, które są zgodne zakresem technologii wskazanych w SIWZ lub podania szczegółowego katalogu technologii dopuszczalnych w ramach Certyfikacji.

Alternatywnie, Odwołujący wnosi o wprowadzenie do wzoru umowy postanowienia umożliwiającego odmówienie przez Wykonawcę Certyfikacji, w przypadku braku zwiększenia wynagrodzenia za Utrzymanie z tego tytułu lub też każdorazowe zwiększanie wynagrodzenia wykonawcy w każdym przypadku Certyfikacji.

**4.** Naruszenie zasad proporcjonalności, oraz zasad współzycia społecznego, nadużycie prawa podmiotowego, niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, brak wskazania wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, nieprecyzyjny zakres zobowiązania wykonawcy, naruszenie zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, przez naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wskazuje, że przedstawione poniżej postanowienia Umowy obciążają wykonawcę rażąco niewspółmiernymi i niekorzystnymi obowiązkami, co jest bezpośrednim wynikiem jednostronnego ustanawiania przez Zamawiającego nadmiernych wymogów w zakresie sposobu świadczenia usług przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

**4.1.** dotyczy pkt. 2.1.4 wzoru umowy:

2.1.4. Błąd Krytyczny - oznacza działanie lub brak działania funkcji użytkownika, które uniemożliwia co najmniej jednemu użytkownikowi Systemu Informatycznego realizację przynajmniej jednej funkcjonalności opisanej w analitycznym opisie Systemu Informatycznego lub minimum 5-krotne przekroczenie czasu odpowiedzi jednej z funkcji w stosunku do parametrów niefunkcjonalnych ustalonych dla tej funkcji;"

Zgodnie z powyższą definicją Błędem Krytycznym jest działanie lub brak działania funkcji użytkownika, które uniemożliwia co najmniej jednemu użytkownikowi Systemu Informatycznego realizację przynajmniej jednej funkcjonalności opisanej w analitycznym opisie Systemu Informatycznego. Taka definicja Błędu Krytycznego wprowadza nadmierną restrykcyjność wobec wykonawcy, gdyż w praktyce wszystkie błędy będzie można uznać za Błąd Krytyczny. Biorąc pod uwagę liczbę użytkowników aplikacji eWniosekplus (ponad 1.3 mln użytkowników), niedziałanie tylko jednej funkcji tylko dla jednego użytkownika będzie uznane za Błąd Krytyczny.

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie przepisów m.in. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o zmianę definicji Błędu Krytycznego poprzez przyjęcie definicji w brzmieniu:

2.1.4. Błąd Krytyczny - oznacza brak działania lub działanie funkcji Systemu informatycznego niezgodne z Dokumentacją Analityczną, które całkowicie uniemożliwia korzystanie z określonej funkcji grupie użytkowników liczącej co najmniej 30% użytkowników korzystających z danej funkcji lub minimum 5-krotne przekroczenie czasu odpowiedzi jednej z funkcji w stosunku do parametrów niefunkcjonalnych ustalonych dla tej funkcji;"

#### **4.2. dotyczy Załącznika nr 9 Procedura obsługi Zgłoszeń, pkt. 3.4**

3.4. Czas Reakcji dla Zgłoszenia jest jednocześnie Czasem Reakcji dla stwierdzonej Wady. Wykonawca ponosi ryzyko prawidłowej diagnozy każdego Zgłoszenia, w tym nadania prawidłowego priorytetu Wady dla danego Zgłoszenia. W szczególności, jeżeli w wyniku realizacji Zgłoszenia okaże się, że Wykonawca nieprawidłowo ocenił, czy faktycznie wystąpiła Wada - odpowiada wobec Zamawiającego za opóźnienie w niedotrzymaniu Czasu Reakcji na Zgłoszenie."

Powyższa regulacja oznacza, że jeżeli w wyniku realizacji Zgłoszenia okaże się, że Wykonawca nieprawidłowo ocenił, czy faktycznie wystąpiła Wada - odpowiada wobec Zamawiającego za opóźnienie w niedotrzymaniu Czasu Reakcji na Zgłoszenie. Ten warunek niesie ryzyko, że w przypadku negatywnej diagnostyki na etapie realizacji (np. analiza Zgłoszonego problemu przez III linie wsparcia potwierdzi brak występowania Wady w odniesieniu do dokumentacji analitycznej dla opisanego w Zgłoszeniu przypadku) Wykonawca poniesie karę, której nie jest w stanie ani przewidzieć, ani tym bardziej nie ma wpływu na uniknięcie tej kary. W ciągu 8 godzin przeznaczonych na Reakcje nie wszystkie przypadki, zwłaszcza przy tak zdefiniowanym zakresie informacyjnym zdefiniowanym przez Zamawiającego w pkt 2.1. Załącznika nr 9, można w 100% zakwalifikować jako Wadę. Przy takiej konstrukcji nawet jeden przypadek pomyłki ze strony Wykonawcy niesie konsekwencje zapłacenia kary na poziomie trzymiesięcznego ograniczenia jej wysokości (maksymalny wymiar kary).

Podaję następujący przykład dla zobrazowania skutków tylko jednej pomyłki przy przyjęciu Zgłoszenia do Realizacji (zakładamy liczbę Zgłoszeń w miesiącu liczoną w tysiące) Zgłoszenie rejestrowane jest w piątek godz. 13:30 z opisem: Problem: „Wystąpił błąd aplikacji". Zgłoszenie zostaje przez konsultanta drugiej linii w piątek zweryfikowane, odtworzone na środowisku testowym, błędnie zakwalifikowane jako Wada i przekazane do

realizacji programiście. Programista przygotowuje poprawkę, która zostaje wdrożona ze środy na czwartek w następnym tygodniu. W czwartek rano o 7:30 użytkownik reklamuje Zgłoszenie. Po wykonaniu ponownej analizy przez zespół analityków okazuje się, że nie powinno być poprawki, że nie jest to Wada w rozumieniu umowy i należy obsługę tego problemu skierować na ścieżkę Modyfikacji. We wtorek o 10:30 taka informacja zostaje przekazana Zamawiającemu.

Przy takim, bardzo realnym scenariuszu, Wykonawca zapłaci karę za niedochowanie Czasu Reakcji od godz. 13:30 w poniedziałek do 10:30 w następny wtorek tj, 149 godzin x 200 zł x 2 (obniżony poziom usług) = 59.600 zł.

Jeśli przyjąć, że w miesiącu wystąpią cztery takie przypadki (byłoby 0,2 procenta Zgłoszeń przy przyjęciu średnio 2000 Zgłoszeń miesięcznie), wówczas łączny poziom kar przekroczyłby 450.000 złotych (w związku z osiągnięciem według wzoru umowy nieakceptowalnego poziomu usług, a co za tym idzie czterokrotną multiplikacją wysokości kary).

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o zmianę treści wskazanego punktu w następujący sposób:

3.4. Czas Reakcji dla Zgłoszenia jest jednocześnie Czasem Reakcji dla stwierdzonej Wady.

~~Wykonawca ponosi ryzyko prawidłowej diagnozy każdego Zgłoszenia, w tym nadania prawidłowego priorytetu Wady dla danego Zgłoszenia. W szczególności jeżeli w wyniku realizacji Zgłoszenia okaże się, że Wykonawca nieprawidłowo ocenił, czy faktycznie wystąpiła Wada odpowiada wobec Zamawiającego za opóźnienie w niedotrzymaniu Czasu Reakcji na Zgłoszenie.~~

**4.3.** dotyczy treści Załącznika nr 4 Opis Grupy Usług Rozwoju, pkt 4.2.1.

4.2. Powołanie Eksperta

4.2.1. W celu rozstrzygnięcia różnic interpretacyjnych powstałych na dowolnym etapie sporządzania lub rozliczania Propozycji Zamawiający powoła niezależnego Eksperta w zakresie wyceny prac na podstawie modelu IFPUG (dalej: „Ekspert”). Umowa zawarta między Zamawiającym oraz Ekspertem będzie zobowiązywać Eksperta do obiektywizmu i niezależności względem Stron Umowy."

Zgodnie z powyższym w celu rozstrzygnięcia różnic interpretacyjnych powstałych na dowolnym etapie sporządzania lub rozliczania Propozycji, Zamawiający powoła „niezależnego” Eksperta w zakresie wyceny prac na podstawie modelu IFPUG . Umowa zawarta między Zamawiającym oraz Ekspertem będzie zobowiązywać Eksperta do obiektywizmu i niezależności względem Stron Umowy,

Wykonawca kwestionuje możliwość zagwarantowania obiektywizmu i niezależności przez Eksperta jedynie na bazie postanowień Umowy, skoro będzie on wybierany i wynagradzany przez jedną Stronę, tj. Zamawiającego.

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie przepisów m.in. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o usunięcie z treści Załącznika nr 4 ww. postanowienia pkt. 4.2.1. lub zmianę ww. postanowienia poprzez wskazanie, że to Strony Umowy wspólnie powołają niezależnego Eksperta w zakresie wyceny prac na podstawie modelu IFPUG, oraz zobowiązanie Zamawiającego do załączenia do SIWZ wzoru umowy z Ekspertem.

#### **4.4. dotyczy pkt. 5.4.8 i pkt. 10.7 wzoru umowy:**

5.4.8. Jeżeli w ramach Usługi Usuwania Wad (Grupa Usług Zapewnienia Jakości) jedna Wada skutkuje dokonaniem wielu Zgłoszeń, wówczas Wykonawca zobowiązany jest do dochowania Czasu Reakcji dla każdego ze Zgłoszeń z osobna. Jeżeli w ramach Czasu Reakcji Wykonawca zakwalifikował Zgłoszenie jako Wadę wynikającą z innej, zgłoszonej wcześniej Wady, to Czas Realizacji dla tych Wad liczony jest jednokrotnie, tak jak dla zgłoszonej najwcześniej Wady. Jednakże, jeżeli po dostarczeniu Poprawki do zgłoszonej najwcześniej Wady, inne Wady, które Wykonawca zakwalifikował jako wynikające ze zgłoszonej wcześniej Wady będą wciąż występować, to w odniesieniu do tych Wad: (i) Czas Reakcji liczony jest od Zgłoszenia w odniesieniu do tych Wad, (ii) Czas Realizacji rozpoczyna bieg od chwili prawidłowego spełnienia obowiązków, jakie Wykonawca powinien spełnić w Czasie Reakcji"

10.7. Łączny miesięczny limit odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu kar umownych za świadczenie Usług z danej grupy Usług, z wyłączeniem Usługi Integracji i Certyfikacji, wynosi 300% miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego brutto dla tej grupy Usług, z zastrzeżeniem punktu 10.8 Umowy.

Mechanizm liczenia Czasu Reakcji zaproponowany w pkt. 5.4.8 wzoru umowy w połączeniu z SLA zawartym w Załączniku nr 11 zakłada, że Wykonawca nie popełnia błędów. Bowiem wystąpienie chociaż jednego błędnego przypisania Incydentu do Problemu będzie powodować, że praktycznie na skutek jednego błędnego przypisania Wykonawca może osiągnąć maksymalny przewidziany poziom kar za daną Usługę. Jest to szczególnie widoczne w przypadku zastosowania mechanizmu zwiększania kar umownych opisanego w pkt 4,9. Załącznika nr 11.

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie przepisów m.in. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o zmianę treści pkt. 5.4.8 w następujący sposób:

5.4.8. Jeżeli w ramach Usługi Usuwania Wad (Grupa Usług Zapewnienia Jakości) jedna Wada skutkuje dokonaniem wielu Zgłoszeń, wówczas Wykonawca zobowiązany jest do dochowania Czasu Reakcji dla każdego ze Zgłoszeń z osobna. Jeżeli w ramach Czasu Reakcji Wykonawca zakwalifikował Zgłoszenie jako Wadę wynikającą z innej, zgłoszonej wcześniej Wady, to Czas Realizacji dla tych Wad liczony jest jednokrotnie, tak jak dla zgłoszonej najwcześniej Wady. ~~Jednakże, jeżeli po dostarczeniu Poprawki do zgłoszonej najwcześniej Wady, inne Wady, które Wykonawca zakwalifikował jako wynikające ze zgłoszonej wcześniej Wady będą wciąż występować, to w odniesieniu do tych Wad: (i) Czas Reakcji liczony jest od Zgłoszenia w odniesieniu do tych Wad, (ii) Czas Realizacji rozpoczyna bieg od chwili prawidłowego spełnienia obowiązków, jakie Wykonawca powinien spełnić w Czasie Reakcji.~~

#### 4.5. Dotyczy pkt 14 wzoru umowy:

Odwołujący wskazuje na ogromną dysproporcję w zakresie możliwości wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego i Wykonawcę.

Zgodnie z treścią wzoru umowy Wykonawca tylko w przypadku określonym w pkt. 14.1 wzoru umowy ma prawo wypowiedzieć umowę, podczas gdy Zamawiający zagwarantował sobie nie tylko szereg okoliczności, które uprawniają go do wypowiedzenia umowy określone w pkt. 14.2 wzoru umowy, ale dodatkowo w pkt. 14.3 wzoru umowy Zamawiający zastrzegł, że niezależnie od pkt. 14.2 Zamawiający ma prawo wypowiedzieć umowę w całości lub w części bez podawania przyczyny. Takie ukształtowanie postanowień umowy stanowi jawny przejaw nadużycia przez Zamawiającego pozycji dominującej w Postępowaniu oraz zasad obowiązujących na gruncie prawa cywilnego art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku; który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dominuje pogląd, że Zamawiający powinien dążyć do realizacji umowy a nie odstąpienia od jej wykonania, tak np. w wyroku KIO z dnia z dnia 18 maja 2015 r. KIO 897/15: „Nie jest celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odstąpienie przez zamawiającego od umowy w dowolnym momencie jej realizacji z bliżej nieokreślonej

przyczyny. Celem postępowanie jest zrealizowanie z góry określonego i zdefiniowanego celu publicznego i, jak wskazał ustawodawca w art. 145 p.z.p., tylko w przypadku gdy dalsza realizacja owego celu publicznego nie leży w interesie publicznym zamawiający może skorzystać z prawa odstąpienia od umowy. ”

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie przepisów m.in. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o usunięcie pkt. 14.3. z wzoru umowy.

**5.** Naruszenie zasad proporcjonalności, oraz zasad współzycia społecznego, nadużycie prawa podmiotowego, naruszenie zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, poprzez naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 378 k.c. w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

**5.1.** dotyczy pkt. 4.10 wzoru umowy:

4.10. W ostatnim dniu świadczenia Usług z grupy Usług G1, 62 lub 63 Wykonawca jest zobowiązany do przekazania Zamawiającemu loginów oraz haseł dostępów do kont administracyjnych wszystkich utrzymywanych elementów SI. Na 20 Dni Roboczych przed upływem okresu świadczenia Usług z grupy Usług 61, 62 lub 63 Wykonawca zobowiązany jest do przygotowania i przekazania Zamawiającemu listy zawierającej nazwę elementu, adres IP; nazwy użytkownika (login), elementów SI, które będą podlegały przekazaniu. Kierownicy Utrzymania Stron mogą ustalić dodatkowe elementy, do których przygotowania i przekazania będzie zobowiązany Wykonawca. Weryfikacja loginów i haseł dostępów przekazanych Zamawiającemu nastąpi przy udziale nowego wykonawcy, który będzie świadczył usługi utrzymania SI. Przekazane loginy i hasła dostępów podlegać będą weryfikacji przez Zamawiającego. Wszystkie wykryte niezgodności wskazane przez Zamawiającego muszą zostać przez Wykonawcę naprawione do czasu zakończenia świadczenia Usług z grupy Usług G1, G2 lub G3.

Zgodnie z powyższym postanowieniem na 20 Dni Roboczych przed upływem okresu świadczenia Usług z grupy Usług G1, G2 lub G3 Wykonawca zobowiązany jest do przygotowania i przekazania Zamawiającemu listy zawierającej nazwę elementu, adres IP, nazwy użytkownika (login), elementów SI, które będą podlegały przekazaniu oraz ew. innych dodatkowych elementów, następnie dojdzie do weryfikacji loginów i haseł, zaś wykryte

nieprawidłowości wykonawca usunie do czasu zakończenia świadczenia Usług z grupy G1, G2, G3.

Odwołujący w tym miejscu wskazuje, że zgodnie z pkt. 3.7 wzoru umowy zawieszenie Usług następuje z 1-miesięcznym wyprzedzeniem. Zatem, mając na uwadze treść postanowienia 4.10 wzoru umowy i termin wypowiedzenia z pkt, 3.7. wzoru umowy, Wykonawca w rzeczywistości nie będzie miał 20 dni roboczych na przekazanie listy i ew. dodatkowych elementów, ale będzie musiał ten obowiązek wykonać tego samego dnia, w którym otrzymał informację o zawieszeniu świadczenia usług. Zaś w sytuacji, gdy zawieszenie zostanie przekazane wykonawcy tuż przed końcem Dnia Roboczego, warunek nie będzie możliwy do spełnienia. Możliwa jest też taka sytuacja, że termin określony w pkt 4.10 wzoru umowy będzie niemożliwy do spełnienia jeżeli w danym miesiącu, będzie mniej niż 20 Dni Roboczych, (np. w miesiącu grudniu). Jest to wymaganie obiektywnie niemożliwe w rozumieniu art. 387 § 1 k.c., ponieważ wymaganie może zostać niedotrzymane na skutek okoliczności całkowicie niezależnych od Wykonawcy ani od samego Zamawiającego.

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz 378 k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o dokonanie zmiany treści pkt 4.10 w następujący sposób:

4.10. W ostatnim dniu świadczenia Usług z grupy Usług G1, G2 lub G3 Wykonawca jest zobowiązany do przekazania Zamawiającemu loginów oraz haseł dostępów do kont administracyjnych wszystkich utrzymywanych elementów SI. Na 20 Dni Roboczych przed upływem okresu świadczenia Usług z grupy Usług G1, G2 lub G3, jednak nie wcześniej niż do 15 Dni Roboczych od poinformowania o zawieszeniu danej grupy Usług; o ile zawieszenie miało miejsce, Wykonawca zobowiązany jest do przygotowania i przekazania Zamawiającemu listy zawierającej nazwę elementu; adres IP, nazwy użytkownika (login), elementów SI, które będą podlegały przekazaniu. Kierownicy Utrzymania Stron mogą ustalić dodatkowe elementy, do których przygotowania i przekazania będzie zobowiązany Wykonawca. Weryfikacja loginów i haseł dostępów przekazanych Zamawiającemu nastąpi przy udziale nowego wykonawcy, który będzie świadczył usługi utrzymania SI. Przekazane loginy i hasła dostępów podlegać będą weryfikacji przez Zamawiającego. Wszystkie wykryte niezgodności wskazane przez Zamawiającego muszą zostać przez Wykonawcę naprawione do czasu zakończenia świadczenia Usług z grupy Usług G1, G2 lub G3."

**6.** Nieprecyzyjny zakres zobowiązania wykonawcy, naruszenie zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, naruszenie zasad proporcjonalności oraz zasad współżycia społecznego, naruszenie prawa ochrony tajemnicy

przedsiębiorstwa przez naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy oraz art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

**6.1. Dotyczy pkt 5.2.1, pkt 5.3.6, pkt 15.3 wzoru umowy:**

5.2.1. Jednym z podstawowych założeń wykonania niniejszej Umowy jest dokonanie transferu wiedzy od Wykonawcy do Zamawiającego, która umożliwi Zamawiającemu sprawne przekazanie Usług po zakończeniu obowiązywania Umowy innemu wykonawcy lub przejęcie Usług przez Zamawiającego. Transfer wiedzy dotyczy w szczególności zasad funkcjonowania, architektury, struktury, budowy i obsługi (administracji) Systemu Informatycznego, jak również wiedzy dotyczącej know-how, organizacji i zarządzania pracami programistycznymi, serwisowymi oraz utrzymaniowymi w zakresie umożliwiającym bezproblemowe rozpoczęcie świadczenia usług przez kolejnego wykonawcę. Transfer wiedzy może odbywać się w szczególności przez uczestnictwo pracowników Zamawiającego w świadczeniu.

5.3.6. W trakcie przeprowadzania Audytu Wykonawca jest zobowiązany do udostępnienia Zamawiającemu wszystkich informacji będących w jego posiadaniu i związanych z realizacją Umowy lub mających wpływ na jej realizację, w tym informacji, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Udostępniając takie informacje Wykonawca może zastrzec ich poufność zgodnie z postanowieniami punktu 16 Umowy.

15.3. Na żądanie Zamawiającego, ale nie częściej niż raz na kwartał, Wykonawca jest zobowiązany do przekazania kopii rejestrów i dokumentacji wskazanej w poprzednim punkcie. Zamawiający jest uprawniony do wykorzystania informacji, jakie uzyska od Wykonawcy we własnej działalności oraz do przekazania tych informacji wykonawcy jaki może przejąć świadczenie Usług po zakończeniu Umowy lub przekazania tych informacji organom lub podmiotom uprawnionym do kontroli działalności ARiMR (takich jak np. NIK, MRiRW, audytorzy zewnętrzni).

Odwołujący wskazuje, że postanowienia pkt. 5 wzoru umowy dotyczące Transferu wiedzy dotyczą w szczególności takich informacji jak zasady funkcjonowania, architektury, struktury, budowy i obsługi (administracji) Systemu Informatycznego, jak również wiedzy dotyczącej know-how, organizacji i zarządzania pracami programistycznymi, serwisowymi oraz utrzymaniowymi.

Wszystkie te informacje stanowią dla każdego wykonawcy jego dorobek gospodarczy, know-how, które zapewnia mu przewagę nad konkurencją. Wprowadzenie ww. postanowień do umowy, które w sposób wyraźny stanowią o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i

zmuszają wykonawcę do ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności regulacje wskazujące, że Zamawiający jest uprawniony do przekazywania informacji innym podmiotom w tym potencjalnym wykonawcom.

Podkreślić należy, że ochrona informacji, które mają wartość technologiczną jak również wypracowane zasady i systemy pracy są pod ochroną zarówno na gruncie prawa europejskiego jak i prawa polskiego.

W preambule Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem, wprost określono jak ważne i wartościowe są dla przedsiębiorcy informacje i know-how, które stanowią o ich konkurencyjności na rynku. Zgodnie z motywem 1 Preambuły Dyrektywy:

„Przedsiębiorstwa i instytuty badawcze o charakterze niekomercyjnym inwestują w pozyskiwanie, opracowywanie i wykorzystywanie know-how i informacji, które są walutą gospodarki opartej na wiedzy oraz zapewniają przewagę konkurencyjną. Inwestycja w tworzenie i wykorzystywanie kapitału intelektualnego jest czynnikiem decydującym dla konkurencyjności i osiągnięć wynikających z innowacyjności na rynku". Natomiast zgodnie z motywem 2 tej Dyrektywy tajemnica przedsiębiorstwa ma ogromną wartość i podlega szczególnej ochronie: „Przedsiębiorstwa, niezależnie od ich wielkości, uznają tajemnice przedsiębiorstwa za równie wartościowe jak patenty i inne rodzaje praw własności intelektualnej. Wykorzystują one poufność jako narzędzie zarządzania konkurencyjnością przedsiębiorstw i innowacjami w działalności badawczej, a także do szerokiej gamy informacji, wykraczających poza wiedzę techniczną i dane handlowe, takich jak informacje dotyczące klientów i dostawców, biznesplany oraz badania i strategie rynkowe. Małe i średnie przedsiębiorstwa (MŚP) cenią tajemnice przedsiębiorstwa nawet w większym stopniu i bardziej na nich polegają. Poprzez ochronę tak szerokiego zakresu, know-how i informacji na temat przedsiębiorstwa, bez względu na to, czy równocześnie z prawami własności intelektualnej, czy zamiast tych praw, tajemnice przedsiębiorstwa pozwalają twórcom i innowatorom na czerpanie korzyści z ich twórczości i innowacji, a co za tym idzie są szczególnie ważne zarówno dla konkurencyjności przedsiębiorstw; jak i dla badań i rozwoju oraz osiągnięć wynikających z innowacyjności". W polskim systemie prawa tajemnica przedsiębiorstwa również podlega ochronie, co regulują przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 11 ust. 2 tej ustawy: „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie

znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności."

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy, art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o

- doprecyzowanie w postanowieniach wzoru umowy szczegółowego katalogu odnośnie transferu wiedzy, poprzez nadanie następującego brzmienia pkt. 5.2.1.:

5.2.1. Jednym z podstawowych założeń wykonania niniejszej Umowy jest dokonanie transferu wiedzy od Wykonawcy do Zamawiającego, która umożliwi Zamawiającemu sprawne przekazanie Usług po zakończeniu obowiązywania Umowy innemu wykonawcy lub przejęcie Usług przez Zamawiającego. Transfer wiedzy dotyczy zasad funkcjonowania, architektury, struktury, budowy i obsługi (administracji) Systemu Informatycznego.

- oraz wykreślenie z postanowienia pkt. 15.3. wzoru umowy zapisów uprawniających Zamawiającego do przekazywania informacji uzyskanych od Wykonawcy podmiotom, które potencjalnie mogą być wykonawcą dla Zamawiającego, tj.:

15.3. Na żądanie Zamawiającego, ale nie częściej niż raz na kwartał, Wykonawca jest zobowiązany do przekazania kopii rejestrów i dokumentacji wskazanej w poprzednim punkcie. Zamawiający jest uprawniony do wykorzystania informacji, jakie uzyska od Wykonawcy we własnej działalności ~~oraz do przekazania tych informacji wykonawcy jaki może przejąć świadczenie Usług po zakończeniu Umowy~~ lub przekazania tych informacji organom lub podmiotom uprawnionym do kontroli działalności ARiMR (takich jak np. NIK, MRiRW, audytorzy zewnętrzni).

#### **6.2. Dotyczy pkt. 15.4 wzoru umowy:**

15.4. Na 6 miesięcy przed terminem zakończenia obowiązywania Grupy Usług Zapewnienia Jakości (G2), Wykonawca dokona aktualizacji dokumentów wskazanych w punkcie 15.2 Umowy i przekaże je Zamawiającemu oraz nowemu wykonawcy. Wykonawca będzie współdziałał w rozsądnym zakresie z Zamawiającym lub nowym wykonawcą podczas przekazywania Usług. W szczególności Wykonawca: (...)

15.4.4. umożliwi nowemu wykonawcy udział we wszystkich pracach na zasadach nie przekraczających uprawnień Zamawiającego za zgodą i przy udziale Zamawiającego.

Powyższa regulacja wprowadza obowiązek transferu wiedzy (w tym know-how) na rzecz nowego wykonawcy. Odwołujący wskazuje, że umowa łączy strony tj. Zamawiającego i

wybranego Wykonawcę, Wykonawca zobowiązany jest do świadczenia usług na rzecz Zamawiającego i to jemu ma przekazać wiedzę w ramach transferu. Dodatkowo, wskazany przepis pkt 15.4.4., przyznaje osobie trzeciej (nowy wykonawca) uprawnienia co najmniej takie, jakie w świetle umowy posiada Zamawiający. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na to, że uprawnienia podmiotowe przyznane zamawiającym w umowach zawieranych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą być cedowane na podmioty komercyjnie. Ponadto, przedstawiony przepis obliguje Wykonawcę do dopuszczenia do procesów i procedur objętych know-how i tajemnicą przedsiębiorstwa innego wykonawcę, niejako z założenia będącego konkurentem Odwołującego. Wprowadzanie do wzoru umowy takiego zobowiązania Wykonawcy stanowi m.in. o nadużyciu prawa przez Zamawiającego, poprzez działanie sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa i niezgodnym z zasadami współżycia społecznego oraz z naruszeniem zasady swobody umów, gdyż narzucenie na wykonawcę obowiązku przygotowania, a nawet nauczania nowego wykonawcy tego, jak świadczyć usługę, wykracza poza zakres przedmiotowy umowy, której przedmiotem jest świadczenie usługi Utrzymania i Rozwoju Aplikacji ZSZiK, IACSplus, GIS, SIZ, PZSiPplus, PA oraz eWniosekPlus.

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o usunięcie pkt. 15.4 z wzoru umowy.

### **6.3. Dotyczy pkt. 5.1.2 wzoru umowy**

5.1.2. Wykonawca świadczy Usługi Zamawiającemu. W szczególnych przypadkach Zamawiający może wskazać Wykonawcy; że spełnienie określonego świadczenia z zakresu Usług nastąpi na rzecz wskazanego przez Zamawiającego innego dostawcy Zamawiającego.

Odwołujący podkreśla, że Umowa jest zawierana pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą i na rzecz Zamawiającego Wykonawca świadczy usługi. Wprowadzenie do wzoru umowy postanowienia o obowiązku świadczenia usług na rzecz innego dostawcy Zamawiającego wykracza poza zakres zamówienia i nie jest związane z przedmiotem zamówienia. Dodatkowo postanowienie jest tak ogólne i nieprecyzyjne, że wykonawca składając ofertę nie wie jakie usługi w jakim zakresie i na rzecz jakiego podmiotu miałby świadczyć. Odwołujący wskazuje, że określenie „inny dostawca” może obejmować podmioty, które są bezpośrednimi konkurentami Wykonawcy, a świadczenie na rzecz takich dostawców może być sprzeczne z interesem Wykonawcy.

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o usunięcie zdania drugiego w pkt. 5.1.2 wzoru umowy. Alternatywnie - o szczegółowe określenie w jakich „szczególnych przypadkach” Zamawiający może wskazać Wykonawcy innego dostawcy Zamawiającego, na rzecz którego miałyby świadczyć usługi Wykonawca, oraz wskazanie nazwy/nazw tych innych dostawców Zamawiającego wraz z zagwarantowaniem możliwości odmówienia przez Wykonawcę świadczenia usług na rzecz innego dostawcy Zamawiającego, jeżeli byłoby to sprzeczne z interesem Wykonawcy.

**7. Nieprecyzyjny zakres zobowiązania wykonawcy, naruszenie zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, naruszenie zasad proporcjonalności oraz zasad współzycia społecznego, naruszenie prawa ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa przez naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy, art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.**

**7.1. dotyczy pkt, 5.2.2. i pkt. 5.2.4 wzoru umowy.**

5.2.2. Wykonawca zobowiązany jest umożliwić pracownikom Zamawiającego wskazanym przez Koordynatora Umowy Zamawiającego uczestnictwo w świadczeniu wskazanych przez Koordynatora Umowy Zamawiającego Usług świadczonych przez Wykonawcę oraz uczestnictwo w wykonywaniu Modyfikacji na zasadach określonych w Modyfikacjach. Zakres zaangażowania pracowników Zamawiającego w wykonanie poszczególnych Modyfikacji określać będzie treść Zamówienia.

5.2.4. Jeżeli jakiegokolwiek prace w ramach realizacji Umowy będą wykonywane przy udziale wskazanych pracowników Zamawiającego zgodnie z postanowieniem powyżej, to w żadnym wypadku nie zwalnia to Wykonawcy z odpowiedzialności za rezultaty tych prac ani za ich zgodność z wymaganiami wynikającymi z Umowy oraz Modyfikacji, w tym terminowość prowadzenia prac przez Wykonawcę.

Powyższe postanowienia umowy świadczą o nadużyciu prawa przez Zamawiającego. Zamawiający nakłada na wykonawcę dodatkowe obowiązki niezwiązane z przedmiotem zamówienia polegające na wyszkoleniu pracowników Zamawiającego, bo jak inaczej traktować uczestnictwo pracowników Zamawiającego w świadczeniu usług, co powinno być ujęte jako dodatkowa usługa w ramach świadczonych przez wykonawcę w związku z realizacją Umowy, za oddzielne wynagrodzenie.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający zmusza wykonawcę do włączenia do swojego zespołu pracowników Zamawiającego bez określenia jakichkolwiek zasad takiego „oddelegowania”. Podkreśla, że skierowanie do pracy pracowników musi być dokonane z poszanowaniem obowiązujących przepisów prawa. DXC, jako pracodawca, ponosi odpowiedzialność za swoich pracowników i jest zobowiązany do zapewnienia im odpowiednich warunków pracy. Obowiązek przyjęcia do swojego zespołu pracowników Zamawiającego wymaga szczegółowego uregulowania zasad na jakich miałyby się to odbyć. Przykładowo, Odwołujący wskazuje na następujące kwestie, które wymagałyby uregulowania: przeszkolenie pracowników Zamawiającego z zasad bhp u Wykonawcy, obowiązek przestrzegania regulaminów obowiązujących wszystkich pracowników Wykonawcy, kwestie odpowiedzialności za wypadki przy pracy, ponoszenie odpowiedzialności za zniszczenie sprzętu należącego do DXC, na którym miałyby pracować pracownicy Zamawiającego. Ponadto DXC zwraca uwagę na to jak, na podstawie obecnych postanowień wzoru umowy, Odwołujący miałyby wyjaśnić obecność pracownika Zamawiającego w swoim biurze w przypadku kontroli PIP, ZUS czy Inspekcji Sanitarnej.

Z postanowienia wzoru umowy nie wynika również, ilu pracowników Zamawiającego zechce umieścić u Wykonawcy, w związku z powyższym Wykonawca nie wie, jak oszacować koszty związane z obecnością pracowników Zamawiającego w swoim biurze, ile komputerów, licencji, biurek, krzeseł, itp. ma zapewnić aby móc umożliwić uczestnictwo tych osób w realizacji Umowy. Ponadto Odwołujący wskazuje, że zgodnie z SIWZ osoby wchodzące w zespół osób świadczących usługi muszą spełniać wymagania określone przez Zamawiającego. Zgodnie z pkt. 4.1.1 wzoru umowy Zamawiający wymaga aby Wykonawca oświadczył, że do realizacji umowy dysponuje osobami zdolnymi do wykonania umowy:

4.1. Wykonawca zapewnia Zamawiającego, że:

4.1.1. dysponuje niezbędną wiedzą, doświadczeniem i profesjonalnymi kwalifikacjami, a także potencjałem ekonomicznym i technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania Umowy.

Jednocześnie Wykonawca nie ma żadnej możliwości zweryfikowania kwalifikacji osób oddelegowanych przez Zamawiającego, przy czym w dalszym ciągu ponosi odpowiedzialności za rezultaty tych prac oraz za ich zgodność z wymaganiami wynikającymi z Umowy oraz Modyfikacji, w tym terminowość prowadzenia prac.

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy oraz art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o wykreślenie pkt. 5.2.2 i 5.2.4 z wzoru umowy.

**8.** Niezgodność z prawem - Niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, brak wskazania wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, nieprecyzyjny zakres zobowiązania wykonawcy, naruszenie zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, naruszenie zasad proporcjonalności i przejrzystości, oraz zasad współżycia społecznego przez naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy oraz art. 106i ust. 1, 2 i 7 ustawy o podatku od towarów i usług, art. 17 i 43 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych:

**8.1.** dotyczy pkt. 8.18 wzoru umowy:

8.18. Wypłata wynagrodzenia za świadczenie Usług z grup Usług G1, G2 oraz G3, z wyłączeniem Usługi Integracji i Certyfikacji, będzie następowała w terminie do 28 dni od dnia doręczenia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury, do której dołączony będzie uzgodniony przez Strony Raport Miesięczny. W przypadku Usługi Modyfikacji, Usługi Zlecenia Operacyjnego lub Usługi Integracji i Certyfikacji, wypłata wynagrodzenia będzie następowała w terminie do 28 dni od dnia doręczenia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury wraz z podpisanym przez Strony Protokołem odbioru Modyfikacji lub Protokołem odbioru Zlecenia Operacyjnego lub Protokołem odbioru Certyfikacji oraz podpisanym przez Wykonawcę godzinowym zestawieniem czasu poświęconego na realizację Usługi Modyfikacji, Usługi Zleceń Operacyjnych lub Usługi Integracji i Certyfikacji, której dotyczy faktura.

Odwołujący wskazuje, że w przypadku braku uzgodnienia przez strony Raportu Miesięcznego przez dłuższy czas, niemożliwe będzie wystawienie faktury za Usługi ciągłe w terminie wymaganym ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1221, dalej jako: „ustawa o podatku od towarów i usług”).

Zgodnie z art. 106i ust. 1 i 2 ustawy o podatku od towarów i usług:

1. Fakturę wystawia się nie później niż 15. dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym dokonano dostawy towaru lub wykonano usługę, z zastrzeżeniem ust. 2-8.

2. Jeżeli przed dokonaniem dostawy towaru lub wykonaniem usługi otrzymano całość lub część zapłaty, o której mowa w art. 106b ust. 1 pkt 4, fakturę wystawia się nie później niż 15. dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym otrzymano całość lub część zapłaty od nabywcy.

Jednocześnie z art. 106i ust. 7 ustawy o podatku od towarów i usług wynika, że:

„Faktury nie mogą być wystawione wcześniej niż 30 dnia przed: 1) dokonaniem dostawy towaru lub wykonaniem usługi; 2) otrzymaniem, przed dokonaniem dostawy towaru lub wykonaniem usługi, całości lub części zapłaty.

W związku z powyższym należy uznać, że wcześniej niż 30 dni przed dokonaniem dostawy lub wykonaniem usługi mogą być wystawione faktury dokumentujące dostawy towarów i usług uznanych za ciągłe, rozliczane z końcem ustalonych okresów rozliczeniowych.

Zgodnie z postanowieniami ustawy o podatku od towarów i usług, w art. 19a ust 3 ustawy o podatku od towarów i usług ustawodawca podał, że usługę, dla której w związku z jej świadczeniem ustalane są następujące po sobie terminy płatności lub rozliczeń, uznaje się za wykonaną z upływem każdego okresu, do którego odnoszą się te płatności lub rozliczenia, do momentu zakończenia świadczenia tej usługi.

Zgodnie z interpretacją Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 29 czerwca 2017 roku (sygn. akt: 0114-KDIP4.4012.152.2017.1.IGO) (Interpretacja indywidualna): art. 19a ust. 3 ustawy ustawodawca wprowadził unormowanie w zakresie momentu powstania obowiązku podatkowego w odniesieniu do „usługi, dla której w związku z jej świadczeniem ustalane są następujące po sobie terminy płatności lub rozliczeń”, czyli takiej usługi, która jest wykonywana w sposób ciągły przez pewien czas, natomiast rozliczenie należności za nią następuje w ramach okresu.(...) Charakter świadczonej przez Wnioskodawcę usługi, która jak wskazuje - posiada cechy nieprzerwalności oraz specyfika rozliczeń z odbiorcami takiej usługi wskazuje, że jest ona usługą o charakterze ciągłym, dla której w związku z jej świadczeniem ustalane są następujące po sobie okresy rozliczeniowe. Świadczenia Wnioskodawcy polegają na pewnym stałym zachowaniu w czasie trwania tzw. „subskrypcji”. Stałość takiego zachowania oznacza niemożliwość wyodrębnienia powtarzających się czynności Wnioskodawcy, co charakteryzuje świadczenia ciągłe. Zatem prawidłowo Wnioskodawca przyjął, że w przypadku usług wykonywanych w ramach subskrypcji - opisanych w stanie faktycznym - z uwagi na określenie przez strony w umowie okresów rozliczeniowych, obowiązek podatkowy dla tych usług powstanie w sposób przewidziany w art. 19a ust. 3, zdanie pierwsze ustawy, tj. z upływem ustalonych okresów rozliczeniowych”.

Odwołujący wskazuje, że uzależnienie możliwości prawidłowego wystawienia faktury od uzgodnienia przez Strony Raportu Miesięcznego jest w obliczu konieczności zachowania ciągłości realizowania usługi niemożliwe z punktu widzenia ustawy o podatku od towarów i usług. W przypadku bowiem przekroczenia terminu na uzgodnienie Raportu Miesięcznego, Odwołujący nie będzie w stanie wystawić prawidłowo faktury, a zatem nie będzie mógł spełnić obowiązku podatkowego wynikającego z przepisów o podatku od towarów i usług.

Biorąc powyższe pod uwagę, Odwołujący wskazuje na istnienie niezgodności z ustawą o podatku od towarów i usług, zatem treść Umowy nie może uzależniać doręczenia prawidłowo wystawionej faktury od dołączenia uzgodnionego przez Strony Raportu Miesięcznego.

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy oraz art. 106i ust. 1, 2 i 7 ustawy o podatku od towarów i usług.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o nadanie następującego brzmienie pkt 8.18 wzoru umowy:

8.18. Wypłata wynagrodzenia za świadczenie Usług z grup Usług G1, G2 oraz G3 z wyłączeniem Usługi integracji i Certyfikacji, będzie następowała w terminie do 28 dni od dnia doręczenia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury. W przypadku Usługi Modyfikacji, Usługi Zlecenia Operacyjnego lub Usługi Integracji i Certyfikacji, wypłata wynagrodzenia będzie następowała w terminie do 28 dni od dnia doręczenia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury wraz z podpisanym przez Strony Protokołem odbioru Modyfikacji lub Protokołem odbioru Zlecenia Operacyjnego lub Protokołem odbioru Certyfikacji oraz podpisanym przez Wykonawcę godzinowym zestawieniem czasu poświęconego na realizację Usługi Modyfikacji, Usługi Zleceń Operacyjnych lub Usługi Integracji i Certyfikacji, której dotyczy faktura.

**8.2.** dotyczy pkt. 14.15 ppkt 14.15.1, 14.15.2 i 14.15.3 oraz pkt. 14.17 wzoru umowy:

14.15. Jeżeli odstąpienie ma skutek wobec całego Zamówienia lub Zlecenia Operacyjnego:

14.15.1. Zamawiający nie jest zobowiązany do zapłaty Wykonawcy wynagrodzenia określonego w Zamówieniu lub Zleceniu Operacyjnym;

14.15.2. Zamawiający zwróci Wykonawcy wszelkie odebrane dotychczas rezultaty prac Wykonawcy, które powstały na podstawie Zamówienia lub Zlecenie Operacyjnego lub dokona ich zniszczenia lub usunięcia w taki sposób, aby nie było możliwe produkcyjne korzystanie z nich.

Zamawiający ma prawo do zachowania pojedynczych egzemplarzy lub kopii rezultatów prac Wykonawcy na potrzeby ewentualnego postępowania sądowego - do czasu upływu okresu przedawnienia roszczeń Stron, bez prawa produkcyjnego wykorzystania tak zachowanych egzemplarzy lub kopii;

14.15.3. Wykonawca zobowiązuje się do niepodnoszenia jakichkolwiek roszczeń w stosunku do Zamawiającego, wynikających z używania dostarczonych Zamawiającemu Produktów w okresie od ich przekazania do dnia ich zniszczenia lub zwrotu Wykonawcy.

14.17. Jeżeli Zamawiający odstępuje od Zamówienia lub Zlecenia Operacyjnego, wówczas Zamawiający uprawniony jest również do odstąpienia od tych Zamówień i Zleceń Operacyjnych, które są ściśle ekonomicznie związane z Zamówieniem lub Zleceniem Operacyjnym objętym oświadczeniem o odstąpieniu. Zamawiający może skorzystać z uprawnienia do odstąpienia określonego w tym punkcie w terminie 180 dni od daty wskazanej w Zamówieniu lub Zleceniu Operacyjnym jako data zakończenia wykonywania Zamówienia lub Zlecenia Operacyjnego, które pozostaje w ścisłym ekonomicznym związku z Zamówieniem lub Zleceniem Operacyjnym od którego Zamawiający odstąpił w pierwszej kolejności

Powyższe postanowienia oznaczają, że w przypadku odstąpienia od Zamówienia, Zamawiający mógłby wykorzystać Produkty czasowo (np. do przygotowania przetargu, lub do realizacji swojego celu biznesowego) a potem je zwrócić Wykonawcy. Zapis wyklucza możliwość dochodzenia zapłaty za takie działanie.

W świetle art. 17 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, twórcy przysługuje wyłączne prawo do korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji oraz do wynagrodzenia za korzystanie z utworu. Z kolei zgodnie z art. 43 ust. 1 tej ustawy, jeżeli z umowy nie wynika, że przeniesienie autorskich praw majątkowych lub udzielenie licencji nastąpiło nieodpłatnie, twórcy przysługuje prawo do wynagrodzenia.

Wykonawca wskazuje, że zgodnie z pkt. 7.2. wzoru umowy majątkowe prawa autorskie przechodzą na Zamawiającego w ramach wynagrodzenia za m.in. Modyfikację i Zlecenia Operacyjne:

**7.2.** Wykonawca przenosi na Zamawiającego autorskie prawa majątkowe do utworów powstałych w ramach Modyfikacji lub Zlecenia Operacyjnego, w tym modelu IFPUG, na polach eksploatacji wskazanych w punkcie 7.5 oraz 7.6 Umowy, w ramach wynagrodzenia za daną Modyfikację lub w ramach wynagrodzenia za Zlecenie Operacyjne.

Powyższe oznacza, że Zamawiający przyjął we wzorze umowy zasadą odpłatności z tytułu przeniesienia praw autorskich, tym samym nieodpłatne korzystanie z utworów będzie niezgodne z tą zasadą i w efekcie - ze wskazanymi wcześniej przepisami ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

Dodatkowo, Wykonawca wskazuje, że zgodnie z art. 644 k.c. odstąpienie może nastąpić w każdym czasie ale tylko przed ukończeniem dzieła. Zatem postanowienia umowne uprawniające do odstąpienia od Zamówienia lub Zlecenia Operacyjnego i braku konieczności zapłaty wynagrodzenia za wykonane i odebrane produkty jest niezgodna z przepisami prawa, w szczególności uprawnienie Zamawiającego określone w pkt. 14.17

wzoru umowy do odstąpienia w terminie 180 dni od już odebranych i zapłaconych Zamówienia lub Zlecenia Operacyjnego.

Natomiast w sytuacji odstąpienia od jeszcze nieodebranych Zamówień lub Zleceń operacyjnych, brak wynagrodzenia za dotychczasowe korzystanie z produktów wytworzonych w ramach Zamówienia lub Zlecenia operacyjnego stanowi nadużycie prawa przez Zamawiającego w sposób sprzeczny z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem i naruszenie zasad współzycia społecznego, i działanie na szkodę Wykonawcy.

Odnośnie pkt. 14.17 Odwołujący wskazuje, że użyte w postanowieniu określenie „ściśle ekonomiczne związanie”, jest nieprecyzyjne i w żaden sposób nie pozwala w sposób obiektywny ocenić czy odstąpienie Zamawiającego od takiego Zamówienia lub Zlecenia Operacyjnego z powołaniem się na „ściśle ekonomiczne związanie” jest prawidłowe czy też nie. W trakcie realizacji umowy Zamawiający mógłby odstąpić od każdego Zamówienia lub Zlecenia Operacyjnego powołując się na ww. określenie gdyż uzasadnienie opierałoby się na subiektywnym odczuciu Zamawiającego, skoro dane Zamówienia lub Zlecenia Operacyjne realizowane są w ramach jednej umowy można uznać, że wszystkie są ściśle ekonomicznie związane, tym samym Wykonawca byłby pozbawiony możliwości jakiegokolwiek sprzeciwu dokonania takiego odstąpienia. Wprowadzanie tego rodzaju zapisów destabilizuje umowę, ponieważ umożliwia Zamawiającemu wypowiedzenie Zamówień, które zostały zrealizowane, odebrane i zafakturowane.

Co więcej, odniesienie tego postanowienia wzoru umowy do pkt 14.15.3 wzoru umowy oznacza możliwość wykorzystania przez Zamawiającego oprogramowania lub Dokumentacji, a potem odstąpienia bez zapłaty wynagrodzenia.

Ponadto wzór umowy w jakimkolwiek miejscu nie określa momentu, w którym ma nastąpić przeniesienie praw autorskich do wskazanych w umowie utworów.

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy oraz art. 17 i 43 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o usunięcie pkt. 14.17 z wzoru umowy. Wykonawca wnosi ponadto o wprowadzenie do wzoru umowy postanowień o licencji i opłatach licencyjnych w odniesieniu do możliwości korzystania przez Zamawiającego z produktów dostarczanych przez Wykonawcę do czasu dokonania odbioru Modyfikacji lub Zlecenia Operacyjnego i przeniesienia praw autorskich na Zamawiającego.

**9. Niezgodność ogłoszenia z SIWZ - wzorem umowy i załącznikami.** Niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, brak wskazania wszystkich wymagań i

okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, nieprecyzyjny zakres zobowiązania wykonawcy, naruszenie zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, naruszenie zasad proporcjonalności i przejrzystości, poprzez naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

**9.1.** dotyczy pkt 11.2.4) 2.2.2 ogłoszenia o zamówieniu w zw. z pkt. 8.3.2. i pkt. 14.3. wzoru umowy.

Ogłoszenie o zamówieniu pkt. 11.2.4) 2.2.2.

Niezależnie od powyższych grup Usług, w zakres Usług wchodzi również świadczone przez Wykonawcę:

2.2.2. Usługi Okresu Przejściowego, szczegółowo opisane w punkcie 6 Umowy oraz Załączniku nr 7 do wzoru Umowy;"

Wzór umowy pkt. 8.3.2

„Na kwotę określoną w punkcie 8.1 Umowy składają się:

8.3.2. wynagrodzenie za Usługi świadczone podczas Okresu Przejściowego oraz w okresie Przekazania Usług (skalkulowane w ryczałtowej płatności za świadczenie Usług w ramach G2);"

Wzór umowy pkt 14.3

„Niezależnie od powyższego, Zamawiający ma prawo wypowiedzenia Umowy w całości lub w części, np. w zakresie każdej z Grup Usług, poszczególnych Usług oraz w zakresie świadczenia którejkolwiek z Usług w odniesieniu do wskazanej Aplikacji, nie wcześniej jednak niż po upływie 18 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia Usług."

Odwołujący wskazuje, że formularz cenowy nie zawiera kosztów usług okresu przejściowego, bo zgodnie ze wzorem umowy (pkt. 8.3.2) powinny one zostać skalkulowane w ryczałtowej płatności za świadczenie Usług w ramach G2. Jednak zgodnie z pkt. 14.3 wzoru umowy, Zamawiający ma możliwość wypowiedzenia każdej z grup usług, a zatem również grupy usług G2, nie wcześniej niż po upływie 18 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usług. W związku z tym nie ma możliwości uwzględnienia w kalkulacji cenowej pełnych kosztów Okresu Przejściowego, ponieważ Wykonawca nie ma wiedzy o tym na jak długi okres powinny być rozłożone takie koszty.

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o uwzględnienie niezależnej pozycji kosztowej w formularzu ofertowym związanej z Usługą Okresu Przejściowego w celu zagwarantowania możliwości prawidłowego oszacowania oferty.

**9.2.** dotyczy pkt 11.2.4) 2.2.3 ogłoszenia o zamówieniu Ogłoszenie o zamówieniu pkt 11.2.4) 2.2.3

Niezależnie od powyższych grup Usług, w zakres Usług wchodzi również świadczone przez Wykonawcę:

2.2.3. Usługi związane z Przekazaniem Usług, szczegółowo opisane w punkcie 15 wzoru Umowy.

Zamawiający w treści ogłoszenia wyraźnie wyodrębnił jako niezależne usługi - Usługi związane z Przekazaniem Usług, a nakazał wycenić je w Usłudze G2. Jednak w związku z możliwością wypowiedzenia tej usługi (podobnie jak każdej innej grupy usług) po 18 miesiącach, nie ma możliwości wycenienia tych usług w ramach usługi G2, ponieważ Wykonawca nie ma wiedzy o tym na jak długi okres powinny być rozłożone takie koszty.

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o uwzględnienie niezależnej pozycji kosztowej w formularzu ofertowym związanej z Usługą związaną z Przekazaniem Usług w celu zagwarantowania możliwości prawidłowego oszacowania oferty.

**9.3.** dotyczy pkt 11.2.4) 2.2.7 ogłoszenia o zamówieniu:

Ogłoszenie o zamówieniu pkt 11.2.4) 2.2.7:

Usługa Utrzymania i Usługa (Rozwoju) Modyfikacji finansowane będą przez Zamawiającego w ramach odrębnych dotacji pochodzących z budżetu państwa podlegających odrębnym zasadom rozliczania. Każda z usług jest usługą odrębną o określonym zakresie i realnej wartości, co powinno znaleźć odzwierciedlenie w ofercie zgodnie z Formularzem Ofertowym. W związku z powyższym wartość Usługi Modyfikacji musi stanowić minimum 60,87 % ceny oferty. Realizacja Usługi Modyfikacji będzie wynikała z bieżących potrzeb Zamawiającego.

Zapis punktu 11.2.4) 2.2.7 ogłoszenia o zamówieniu jest wewnątrznie sprzeczny, bowiem w zdaniu 2 Zamawiający stwierdza, że każda z usług jest usługą odrębną o określonym zakresie i realnej wartości, co powinno znaleźć odzwierciedlenie w ofercie zgodnie z Formularzem Ofertowym. Jednocześnie w zdaniu 3 Zamawiający stwierdza, że wartość Usługi (Rozwoju) Modyfikacji musi stanowić minimum 60,87 % ceny oferty.

Regulacja z punktu 11.2.4) 2.2.7 ogłoszenia o zamówieniu narzuca powiązanie, w wyniku którego Wykonawcy dysponujący wydajnym zespołem realizującym Usługi Rozwoju (Modyfikacji), a więc realizujący swoje zadania szybciej i bardziej efektywnie, a więc taniej, są zmuszani do sztucznego zawyżania ceny Usług Rozwoju (Modyfikacji), tak żeby spełnić narzucony przez klienta parametr, a więc żeby wartości Usługi Rozwoju (Modyfikacji) faktycznie stanowiła minimum 60,97% ceny oferty.

Wskazane postanowienia stanowią naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup> k.c., w związku z art. 14 ustawy, a także art. 139 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Odwołujący wnosi o usunięcie zapisu, który wprowadza mechanizm preferujący wykonawców posiadających nieefektywne zespoły realizujące Usługi Rozwoju (Modyfikacji).

Odwołujący wskazuje, że powyższe naruszenia wymienione w pkt 9.1. - 9.3. stanowią naruszenie przepisów PZP w szczególności art. 38 ust. 4a ustawy. Zgodnie z tym przepisem w przypadku zmian w SIWZ wymaga zmiany ogłoszenia o zamówieniu, to tym bardziej niezgodność treści tych dokumentów od początku wymaga zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Tym samym, zamawiający zamieszczając w treści ogłoszenia o zamówieniu zapisy od początku niezgodne z treścią SIWZ dopuszcza się naruszenia art. 38 ust. 4a ustawy.

**10.** Niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, brak wskazania wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, nieprecyzyjny zakres zobowiązań wykonawcy, naruszenie zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, naruszenie zasad proporcjonalności i przejrzystości, oraz zasad współzycia społecznego przez naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup>, art. 387, 483, 484 § 2 k.c. w związku z art. 14 ustawy oraz art. 139 ust. 1 ustawy.

Dotyczy Załącznika nr 11 do umowy - SLA i kary umowne.

Zamawiający, opisując poziomy usług oraz związane z niezachowaniem tych poziomów kary umowne (dotyczy praktycznie całego Załącznika nr 11), proponuje postanowienia, które świadczą jednoznacznie o nadużywaniu pozycji dominującej przez Zamawiającego w tym postępowaniu. Wskazane w Załączniku nr 11 nieracjonalne poziomy usług skutkują tym, i to bez względu na to jaki wykonawca będzie realizował umowę, że podjęcie się realizacji Zamówienia oznacza dla takiego wykonawcy ogromne ryzyko, którego nie sposób wycenić, ani którym nie sposób zarządzić. Nie istnieją systemy informatyczne pozbawione wad. Jednakże zestawiając poziomy usług oczekiwane przez Zamawiającego m.in. z rozmiarem Systemu Informatycznego Agencji, liczbą utrzymywanych i rozwijanych aplikacji oraz liczbą

użytkowników (od kilkunastu tysięcy do ponad 1.3 mln), nie sposób oprzeć się wrażeniu, że Zamawiający de facto oczekuje systemu pozbawionego Wad. Potencjalna liczba Zgłoszeń jaką może wygenerować taka liczba użytkowników tak rozległego systemu informatycznego, w zestawieniu z omówionymi wcześniej definicjami Błędu Krytycznego i Niekrytycznego, skutkuje tym, że Wykonawca zawsze będzie znajdował się w sytuacji zobowiązującej go do zapłacenia kar umownych przekraczających wartość należnego wynagrodzenia za okres, w którym kary zostały naliczone. Jest to szczególnie widoczne w przypadku zastosowania mechanizmu zwiększania kar umownych opisanego w pkt 4.9. Załącznika nr 11.

W efekcie, przestajemy mieć w tym wypadku do czynienia z zamówieniem na usługi, a zaczynamy mieć do czynienia z grą losową (grami losowymi są gry, w tym urządzone przez sieć Internet, o wygrane pieniężne lub rzeczowe, których wynik w szczególności zależy od przypadku). To, czy osiągnę wygraną (w tym wypadku wynagrodzenie za usługi), zależy od tego, czy w danym miesiącu będą miał szczęście i Zgłoszenia w ogóle nie wpłyną (zdarzenie zależne od przypadku).

Tym samym jest to wymaganie obiektywnie niemożliwe do spełnienia w rozumieniu art. 387 § 1 k.c., ponieważ wymaganie może zostać niedotrzymane na skutek okoliczności całkowicie niezależnych od jakiegokolwiek wykonawcy ani od samego Zamawiającego.

Z uwagi na obiektywne przesłanki (proponowany poziom usług) świadczenie wykonawcy na poziomie oczekiwanym przez Zamawiającego jest niemożliwe do spełnienia (jakkolwiek wykonawca nie będzie w stanie zapewnić takiego poziomu usług). Jednak w razie kwestionowania przez Zamawiającego powyższej tezy - Odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu usług IT, na okoliczność wykazania niemożliwości spełnienia świadczenia z poziomem usług oczekiwanym przez Zamawiającego, biorąc pod uwagę rozmiar Systemu Informatycznego Agencji, liczbą utrzymywanych i rozwijanych aplikacji oraz liczbą użytkowników.

Także orzecznictwo podnosi, iż fakt niemożności wykonania świadczenia przez żadnego z wykonawców stanowi umowę o świadczenie niemożliwe.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że chociaż co do zasady naliczanie kar umownych jest powszechnie stosowanym mechanizmem ochrony, to jednak wysokość i sposób naliczania kar umownych musi być zgodny z zasadami określonymi w kodeksie cywilnym, tym samym kary umowne nie mogą być rażąco wygórowane, godnie z art. 484 § 2 k.c.

Wskazane postanowienia stanowią art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy, art. 36 ust. 1 pkt 3) i pkt 16) ustawy w zw. z art. 5 k.c., art. 353<sup>1</sup>, art. 387, 483, 484 § 2 k.c. w związku z art. 14 ustawy oraz art. 139 ust. 1 ustawy

Biorąc pod uwagę wskazane naruszenia Wykonawca wnosi o zmianę treści Załącznika nr 11 do umowy w taki sposób, aby oczekiwany poziom usług i związane z tym

kary umowne odpowiadały rzeczywistemu zakresowi świadczonych usług, przy uwzględnieniu wielkości SI i liczby użytkowników.”

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 11 października 2018 r. uwzględnił zarzut opisany w pkt 3 3, w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołujący w piśmie procesowym z 18 października 2018 r. cofnął zarzuty opisane w pkt 1.4., 1.5., 1.6., 1.8., 5.1., 6.1. w części dotyczącej pkt 5.2.1. wzoru umowy oraz 6.3.

### **Odwołanie wniesione przez Comarch Polska S. A. (sygn. akt KIO 1901/18):**

Odwołujący następująco sformułował zarzuty, ich podstawę faktyczną (postanowienia dokumentacji postępowania, uzasadnienie oraz żądania odwołania:

**„1.Sformułowanie wymagania, że Wykonawca zobowiązany jest do dysponowania zasobami gwarantującymi zapewnienie wydajności realizacyjnej 6000 Punktów Funkcyjnych na miesiąc - w skutek czego niemożliwym jest dokonanie wyceny oferty.**

Zamawiający w ramach opisu przedmiotu zamówienia w rozdziale I. SIWZ w punkcie 2.1.4 wskazał, że przedmiotem świadczonych w ramach tegoż przedmiotu zamówienia usług ma być także Grupa Usług Rozwoju (Modyfikacji) (G4), szczegółowo opisana w Załączniku nr 4 i 4A do Wzoru Umowy.

Zgodnie z zapisem paragrafu 8 punkt 8.10 Wzoru Umowy:

8.10. Wynagrodzenie z tytułu wykonania poszczególnych Modyfikacji stanowić będzie iloczyn Punktów Funkcyjnych zatwierdzonych przez Zamawiającego dla danej Modyfikacji oraz jednostkowej stawki Punktu Funkcyjnego ustalonej jako i (...) zł netto (słownie:....) powiększonej o należny podatek od towarów i usług, co stanowi kwotę brutto (....) zł słownie: (....). Wycena każdej Modyfikacji będzie dokonywana w oparciu o metodykę opisaną w Załączniku nr 4C do Umowy. Wynagrodzenie za Punkt Funkcyjny zawiera w sobie pełne wynagrodzenie należne Wykonawcy za prace związane z wykonaniem poszczególnych Modyfikacji, jak również koszty związane z przygotowaniem Propozycji. W sytuacjach i na zasadach określonych w Załączniku 4 oraz Załączniku 4C wynagrodzenie z tytułu wykonania poszczególnych Modyfikacji zostanie powiększone z uwagi na skrócenie terminu wykonania Modyfikacji.

Tym samym zamawiający w SIWZ wyraźnie wskazał, że wynagrodzenie za usługi wchodzące w skład Grupy Usług Rozwoju (Modyfikacji) (G4) będzie płacone za

wykorzystaną liczbę Punktów Funkcyjnych (PF), a nie w sposób ryczałtowy. Tymczasem w załączniku 4C do Wzoru Umowy zamawiający zawarł następujący zapis:

„Wykonawca zobowiązany jest do dysponowania zasobami gwarantującymi zapewnienie całkowitej wydajności realizacyjnej na poziomie minimum 6000 PFIFPUG w każdym miesiącu obowiązywania Usługi Rozwoju.”

Wskazujemy, że tak sformułowane wymaganie, dotyczące zapewnienia zasobów gwarantujących zapewnienie zdolności do realizacji 6000 Punktów Funkcyjnych miesięcznie, nakłada na Wykonawcę obowiązek utrzymywania przez cały okres realizacji umowy zespołu zdolnego do wykonania takich modyfikacji, przy jednoczesnym ryzyku, że zespół ten nie zostanie w całości wykorzystany, a Wykonawca będzie zmuszony ponosić koszty jego utrzymania.

Wskazujemy, że nawet przyjmując wysoką wydajność wytwarzania Punktów Funkcyjnych, to aby być w stanie zapewnić zdolność do realizacji 6000 PF miesięcznie Wykonawca musi dysponować zespołem ponad dwustu osób, których nie może w tym czasie zaangażować w realizację innych zadań (gdyż musi gwarantować zdolność realizacyjną).

Należy wyraźnie podkreślić, że wymaganie nałożone przez zamawiającego dotyczące gwarantowania zdolności realizacyjnej na poziomie 6000 PF miesięcznie powoduje po stronie Wykonawcy powstanie kosztu niezależnie od tego czy Zamawiający w danym miesiącu zleci jakiegokolwiek Modyfikacje i ile rzeczywiście Punktów Funkcyjnych wykorzysta. Jest to koszt stały, gdyż wynika z wymagania „dysponowania zasobami gwarantującymi zapewnienie całkowitej wydajności realizacyjnej - z którego wynika, że Wykonawca:

- musi dysponować zasobami, a zatem ponosić ich koszt (zasobem tym są pracownicy, a kosztem ich wynagrodzenie);
- nie może skierować pracowników do innych zadań, gdyż obowiązkiem wykonawcy jest gwarantować zdolność do realizacji określonej puli prac w miesiącu, a gwarancja musi mieć oparcie w zdolności do zadysponowania tych zasobów.

Wykonawca ponosząc stały miesięczny koszt zatrudnienia pracowników w zespole dedykowanym usłudze G4, nie może wykorzystać Ich do innych zadań. Przynajmniej część tego zespołu musi bowiem pozostawać cały czas w gotowości do realizacji zleceń zamawiającego. Gdyby wykonawca przeznaczył tych pracowników do innych zadań/projektów, to naraziłby się na kary wynikające z faktu, że nie byłby w stanie zagwarantować realizacji wymagań. Gdyby zaś chciał przesunąć ich z innych projektów, to w tychże innych projektach narażałby się na kary.

Nie jest także możliwym przyjęcie, że wykonawca założy zatrudnienie odpowiedniej liczby pracowników w razie potrzeby w trybie „ad hoc” - po pierwsze cykl zatrudniania pracowników w sektorze IT jest dłuższy niż miesiąc, a znalezienie odpowiednio wykwalifikowanych osób jest znacząco utrudnione z względu na zwiększone zapotrzebowanie rynkowe na tego typu specjalistów, po drugie, realne wykonywanie prac przy systemie informatycznym wymaga poznania jego struktury merytorycznej, co skutkuje kolejnymi miesiącami wdrożenia nowych pracowników do efektywnej pracy. Wykonawca nie może więc przyjąć takiego założenia nie narażając się na kary. Musi zatem przyjąć, że aby zagwarantować spełnienie wymagania Zamawiającego, znacząca grupa osób będzie musiała pozostawać cały czas w (bezczynnej) gotowości do realizacji zleceń modyfikacji, niezależnie od tego, czy jakiegokolwiek zlecenia w danym miesiącu wpłyną.

Jednocześnie sposób wynagradzania wykonawcy za realizację usług modyfikacji powoduje, że nie sposób jest dokonać wyceny i uwzględnić w jakikolwiek sposób w cenie koszty związane z zapewnieniem takiej gotowości realizacyjnej, które mogą w najbardziej optymistycznym przypadku przekraczać milion złotych miesięcznie. Modyfikacje będą bowiem rozliczane na bazie zapłaty za wykonane produkty stosownie do liczby Punktów Funkcyjnych zużytych na ich realizację. Zamawiający nie przewidział w ramach Grupy Usług Rozwoju (Modyfikacji) (G4) żadnej pozycji w formularzu wyceny, w której Wykonawca mógłby uwzględnić koszt utrzymania zespołu w gotowości. Zamawiający w punkcie 8.10 Wzoru Umowy wręcz wskazał jakie składniki ma zawierać w sobie wynagrodzenie za realizację jednego punktu Funkcyjnego: „Wynagrodzenie za Punkt Funkcyjny zawiera w sobie pełne wynagrodzenie należne Wykonawcy za prace związane z wykonaniem poszczególnych Modyfikacji, jak również koszty związane z przygotowaniem Propozycji.” Nie wymienił w zakresie tego wynagrodzenia takiego kosztu jak utrzymywanie w gotowości zespołu zdolnego realizować 6000 Punktów Funkcyjnych.

Nawet gdyby wykonawca chciał uwzględnić koszt utrzymania zespołu w gotowości, to nie sposób przełożyć tego na cenę Punktu Funkcyjnego. Nie wiadomo bowiem, ile Punktów Funkcyjnych zostanie ostatecznie zamówione. Zamawiający w żadnym punkcie SIWZ nie gwarantuje ani tego, że wykorzysta wszystkie Punkty Funkcyjne będące przedmiotem oferty, ani też nie gwarantuje, że będzie zlecał Modyfikacje w sposób gwarantujący równomierne obłożenie zespołu.

Należy przy tym zauważyć, że zamawiający w Formularzu Oferty liczbę Punktów Funkcyjnych, które należy uwzględnić w wycenie określił na 69230. Zawarł przy tym zastrzeżenie, że „Podana przez Zamawiającego w Tabeli liczba jednostek - „Roboczodni” oraz „Punktów Funkcyjnych”- stanowi wartości wyłącznie szacunkowe służące celowi porównania ofert.” Tym samym, zamawiający może w ostatecznej umowie, już po dokonaniu

oceny ofert zmniejszyć liczbę zamawianych Punktów Funkcyjnych. W takim przypadku, nawet gdyby (czysto hipotetycznie) koszt (stały) zapewnienia gotowości zespołu do realizacji 6000 Punktów Funkcyjnych miesięcznie, był (jakkolwiek nie jest to możliwe do obliczenia w jaki sposób) uwzględniony w cenie Punktu Funkcyjnego, to przy zmniejszeniu zapisanej w umowie liczby Punktów Funkcyjnych względem Formularza Oferty, nie znalazłby on pokrycia.

Innymi słowy wykonawca nie jest w żaden sposób w stanie uwzględnić w cenie Punktu Funkcyjnego kosztu zapewnienia gotowości realizacyjnej ponieważ:

- nie wie ile ostatecznie Punktów Funkcyjnych względem liczby podanej w Formularzu Oferty zamówi zamawiający;

- nie wie, ile ostatecznie Punktów Funkcyjnych względem liczby zapisanej w Umowie zostanie finalnie wykorzystane.

Należy przy tym nadmienić, że liczba 6000 PF miesięcznie jest znacząco wygórowana. Zamawiający określił w Formularzu Oferty liczbę 69230 PF. Gdyby tę liczbę podzielić przez liczbę miesięcy realizacji umowy po okresie przejściowym (42 miesiące), otrzymamy średnio 1648,33 Punktu Funkcyjnego na miesiąc. Wykorzystanie zdolności realizacyjnej na poziomie 6000 Punktów Funkcyjnych miesięcznie, spowodowałoby, że zamawiający wykorzystałby całą pulę w około 11,5 miesiąca. Tym samym, przez pozostałe ponad 30 miesięcy wykonawca byłby zobowiązany nadal utrzymywać tę zdolność realizacyjną zupełnie bez jakiegokolwiek konieczności i celu, ponosząc koszty. Zamawiający nie przewidział bowiem żadnego mechanizmu zwalniającego wykonawcę z konieczności utrzymywania gotowości do realizacji 6000 PF miesięcznie w sytuacji kiedy pula Punktów Funkcyjnych ulegnie wyczerpaniu lub do jej wyczerpania pozostanie mniej niż 6000 PF.

Niedopuszczalnym byłoby działanie polegające na przerzuceniu do innych pozycji rozliczanych ryczałtem, kosztów utrzymania w gotowości zespołu zdolnego w ramach grupy usług G4 realizować 6000 PF miesięcznie. Jednocześnie nie ma możliwości (praktycznej - ze względu na brak możliwości przewidzenia liczby możliwych do zużycia Punktów Funkcyjnych, jak i formalnej - ze względu na treść zapisu pkt 8.10 Wzoru umowy) uwzględnienia kosztów utrzymania w gotowości zespołu w cenie Punktu Funkcyjnego.

Tym samym zamawiający wyspecyfikował w SIWZ usługę (utrzymania zdolności realizacyjnej zespołu do wykonania 6000 punktów funkcyjnych), za którą nie zamierza płacić.

Sporządzenie wyceny oferty jest w takiej sytuacji niemożliwe.

Odwołujący pragnie podkreślić, że rozumie, iż intencją zamawiającego jest zapewnienie potencjału pozwalającego na realizację dużych zmian funkcjonalnych w systemie. Zapewnienie takiego potencjału wytwórczego wiąże się jednak z kosztami, które muszą zostać poniesione i odniesione w jakiś sposób do ceny przedmiotu zamówienia.

Odwołujący nie neguje samej Istoty wymagania zamawiającego, ale postuluje dokonanie takich zmian w SIWZ aby było możliwe obliczenie i uwzględnienie tego kosztu w cenie oferty. Możliwe są następujące alternatywy sformułowania wymagań SIWZ, które umożliwiłyby skonstruowanie oferty uwzględniającej wymaganie co do zapewniania zdolności realizacyjnej:

- określenie w ramach Grupy Usług Rozwoju (Modyfikacji) (G4) ryczałtowej pozycji kosztowej związanej z zapewnieniem całkowitej wydajności realizacyjnej na poziomie minimum 6000 PF miesięcznie albo;

- urealnienie wielkości wymaganej maksymalnej zdolności wytwórczej i zadeklarowanie przez zamawiającego, że będzie systematycznie co miesiąc zamawiał określoną, stałą liczbę Punktów Funkcyjnych, dzięki czemu Wykonawcy zyskają pewność, że koszty ponoszone przez nich na zapewnienie zdolności realizacyjnej, będą mogły zostać odniesione na cenę Punktów Funkcyjnych zamówionych w minimalnej ilości w ramach tej puli. Wyliczenie liczby Punktów Funkcyjnych zamawianych minimalnie miesięcznie mogłoby zostać oparte na fakcie, że zamawiający przyjął wartość 69230 PF dla celów porównania ofert. Podzielenie tej wartości przez liczbę miesięcy (42) daje średnią liczbę około 1648PF/m-c. Można założyć, że wykonawca może w skrajnym przypadku być w stanie zwiększyć liczebność (a co za tym idzie zdolność wytwórczą) zespołu o 100%, w takim przypadku uzasadnione mogłoby być przyjęcie przykładowo minimalnej zamawianej miesięcznie wielkości PF na poziomie 1000PF I maksymalnej zdolności wytwórczej na poziomie 2000 PF na miesiąc. Wykonawcy będą mogli w takim przypadku podzielić koszt całkowity zapewniania zdolności realizacyjnych przez liczbę minimalnie przeznaczonych do zamówienia Punktów Funkcyjnych uzyskując tym samym współczynnik narzutu kosztów zapewniania gotowości na Punkt Funkcyjny. Jednocześnie zobowiązanie do zamawiania w sposób systematyczny pewnej określonej liczby PF pozwoli oszacować wielkość zespołu bazowego, dla którego przewidywane będzie stałe obciążenie i znacznie łatwiej obsługiwać wszelkie zwiększenia liczby wytwarzanych w danym miesiącu Punktów Funkcyjnych.

albo

- rezygnację z określenia sztywnej liczby punktów funkcyjnych w ramach maksymalnej gwarantowanej zdolności wytwórczej wykonawcy i zastąpienie jej mechanizmem polegającym na tym, że wykonawca w danym miesiącu określi jaką posiada zdolność wytwórczą (Ile Punktów Funkcyjnych jest w stanie wytworzyć posiadany zespół).

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania następującej modyfikacji SIWZ przez:

- modyfikację punktu 8 załącznika 4C do Wzoru Umowy, w ten sposób, aby zwolnić wykonawcę z konieczności zapewniania całkowitej wydajności realizacyjnej na poziomie minimum 6000 Punktów Funkcyjnych, w sytuacji gdyby całkowita pula Punktów Funkcyjnych uległa wyczerpaniu lub gdyby do wyczerpania całkowitej puli Punktów Funkcyjnych pozostało mniej niż 6000 PF,

- modyfikację punktu 8 załącznika 4C do Wzoru Umowy oraz paragrafu 8 Wzoru Umowy w ten sposób, aby urealnić wymaganą maksymalną zdolność wytwórczą i zagwarantować Wykonawcom zapewnienie zlecenia miesięcznie pewnej minimalnej, określonej przez Zamawiającego liczby Punktów Funkcyjnych na poziomie 1/2 maksymalnej zdolności wytwórczej (na przykład na poziomie zamawianych minimalnie 1000PF na miesiąc przy wymaganej maksymalnej zdolności wytwórczej 2000PF na miesiąc

alternatywnie:

- modyfikację punktu 8 załącznika 4C do Wzoru Umowy oraz paragrafu 8 Wzoru Umowy w ten sposób aby określić w ramach Grupy Usług Rozwoju (Modyfikacji) (G4) dodatkową ryczałtową pozycję kosztową związaną z zapewnieniem całkowitej wydajności realizacyjnej na poziomie minimum 6000PF miesięcznie

alternatywnie:

- modyfikację punktu 8 załącznika 4C do Wzoru Umowy, w ten sposób aby wykreślić wymaganie dotyczące zapewnienia całkowitej wydajności realizacyjnej na poziomie minimum 6000 PF (tj. poprzez wykreślenie treści zaczynającej się od słów „Wykonawca zobowiązany jest do dysponowania zasobami gwarantującymi zapewnienie całkowitej wydajności realizacyjnej (...)” do słów „(...) innymi słowy to dodatkowe wynagrodzenie nie ulega przeliczeniu na PF IFPUG w celu użycia do kalkulacji gwarantowanej wydajności.” oraz modyfikację następnego akapitu w ten sposób aby zastąpić sformułowania „miesięcznej gwarantowanej wydajności Wykonawcy” „gwarantowanego poziomu wydajności” i „miesięcznej wydajności” pojęciem „zadeklarowanej w danym miesiącu przez Wykonawcę zdolności wytwórczej”.

## **2. Użycie w opisie przedmiotu zamówienia pojęcia „metody Punktów Funkcyjnych IFPUG” w sposób, który może być mylący i wprowadza Wykonawców w błąd.**

Zamawiający posłużył się w Opisie Przedmiotu Zamówienia pojęciem „metody Punktów Funkcyjnych IFPUG”, która miałyby być używana do szacowania złożoności funkcjonalnej oprogramowania w zakresie Modyfikacji wykonywanych w ramach Grupy Usług Rozwoju (Modyfikacji) (G4). W szczególności odwołanie do metodyki Punktów Funkcyjnych IFPUG znajduje się w załączniku 4C do Wzoru Umowy w punkcie 2:

„Analiza złożoności funkcjonalnej oprogramowania - będąca podstawą wyceny - jest przygotowywana przez Wykonawcę w oparciu o metodę Punktów Funkcyjnych IFPUG w wersji 4.3.1 wraz z modyfikacjami i rozszerzeniami opisanymi w niniejszym dokumencie, na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów, które sporządzane jest przez Wykonawcę.”

Także w szeregu innych miejsc w SIWZ zamawiający odwołuje się do „metody Punktów Funkcyjnych IFPUG”, czy też do „Punktów Funkcyjnych IFPUG” tudzież „PF IFPUG”.

Zwracamy uwagę, że posłużenie się przez zamawiającego taką terminologią Jest mylące dla potencjalnych wykonawców i może wprowadzać ich w błąd co do metody szacowania złożoności funkcjonalnej modyfikacji. Zamawiający dokonał modyfikacji standardowej metodyki IFPUG wprowadzając własne zasady szacowania złożoności. W punkcie 5 załącznika 4C do Wzoru umowy Zamawiający wskazuje bowiem:

„Przez modyfikację i rozszerzenia metody PF IFPUG rozumie się zasady, wzorce i wyjaśnienia zawarte w dokumencie „Podręcznik stosowania metody Punktów Funkcyjnych IFPUG w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa” (dalej: Podręcznik) w wersji 2.6, który jest załącznikiem do niniejszego Załącznika.”. W samej zaś treści przywołanego podręcznika w wersji 2.6 Zamawiający wprost stwierdza: „Domyślnie wszystkie elementy opisane w dokumentach bazowych są stosowane w ARiMR, chyba że w podręczniku jawnie stwierdzono inaczej (np. że pewnych elementów metody się nie stosuje). Podręcznik może wprowadzać także elementy, które rozszerzają metodę opisaną w dokumentach bazowych.”

Zamawiający zmodyfikował zatem standardową metodykę szacowania złożoności funkcjonalnej IFPUG w ten sposób, że wykreślił z niej niektóre elementy, a inne zmodyfikował.

Zmienione zostały nawet tak podstawowe standardy jak tabele służące do wyliczenia rozmiaru funkcjonalnego (tabela do wyznaczania wskaźnika wpływu oraz tabela do wyliczania złożoności elementarnych procesów).

Przykładowo tabela do wyznaczania wskaźnika wpływu (*impact factor*) dla funkcji danych jest zdefiniowana w dokumencie „FUNCTION POINT ANALYSIS FOR SOFTWARE ENHANCEMENT GUIDELINES Version 2.2.1” opracowanym przez organizację NESMA i przywołanym w Podręczniku 2.6 jako tzw. dokument bazowy, na stronie 11 tegoż dokumentu. Tymczasem na stronie 22 Podręcznika 2.6 ta sama tabela została przedstawiona inaczej.

Odwołujący zacytował obie definicje i stwierdził, że widać wyraźnie, że zamawiający dokonał modyfikacji przedziałów. Wg oryginalnej metodyki NESMA przedział Wskaźnik wpływu wyznacza się w oparciu o powołaną tabelę, gdzie pierwszy ma granicę na poziomie

33,33%, tymczasem w zmodyfikowanej przez zamawiającego metodyce na poziomie 30%. Drugi przedział (dla którego współczynnik wynosi 0.50) rozciąga się wg. NESMA pomiędzy 33,33% a 66,66%, tymczasem w Podręczniku 2.6 pomiędzy 30% a 60%. Zmiany te mogą się wydawać nieistotne, ale powodują, że oszacowania dokonywane wg. tych dwóch tabel będą się od siebie różnić w niektórych przypadkach (granicznych) nawet dwukrotnie.

Z kolei tabela służąca do wyznaczania wskaźnika wpływu dla elementarnych procesów znajdująca się na stronie 13 w dokumencie „FUNCTION POINT ANALYSIS FOR SOFTWARE ENHANCEMENT GUIDELINES Version 2.2.1” opracowanym przez organizację NESMA i przywołanym w Podręczniku 2.6 jako tzw. dokument bazowy ma omówioną postać. Tymczasem na stronie 24 Podręcznika 2.6 ta sama tabela została przedstawiona w innej postaci.

Widać wyraźnie, że Zamawiający dokonał modyfikacji zarówno zakresów przedziałów, jak i wartości współczynników. Przykładowo dla procentowej zmiany atrybutu (DET) pomiędzy 66% a 100% i dla procentowego wskaźnika zmiany plików (FTR) w przedziale 66% do 100% współczynnik wyliczony zgodnie z oryginalną metodyką przyjmie wartość 1.00, a wyliczony zgodnie z metodyką ARIMR wartość 0.75. Podobnie dla wartości procentowych wskaźników zmiany plików i atrybutów większych od 100% wartość wyliczona zgodnie z metodyką wyniesie 1.5, a zgodnie z podręcznikiem ARIMR 1.25. oznacza to 20% różnicę w liczbie wyznaczonych tą metodą Punktów Funkcyjnych.

Zamawiający dokonał także modyfikacji tabeli dotyczącej wyliczania złożoności elementarnych procesów. W podręczniku autorstwa ARIMR wersja 2.6 tabela ta pojawia się 2 razy: na str. 21 i na stronie 35. Druga ma być zgodnie z opisem rozszerzeniem pierwszej - ale ma inne współczynniki (patrz zakresy FTR dla EO, EQ oraz EI), co samo w sobie stanowi sprzeczność w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

Parametry w tej tabeli znacząco różnią się od oryginalnych parametrów zawartych w dokumencie bazowym „Podręcznik Metody w wersji 4.3.1 (Function Point Countfng Practices Manual Release 4.3.1)’ opublikowanym przez IFPUG, w którym dla procesów elementarnych EI, EQ i EO zastosowano inne niż w Podręczniku 2.6 zakresy przedziałów dla parametru FTR oraz nie wyróżniono typu Complex (9) dla liczby DET wyższych od 60 czy 80 - dowodem czego jest fragment ze strony 117(7-19) i 118(7-20) dokumentu bazowego:

Zmiany te względem metodyki opisanej w dokumentach bazowych mają znaczenie dla wielkości oszacowania. Posługując się nie zmodyfikowaną metodą Punktów Funkcyjnych IFPUG wynik oszacowania będzie inny niż w wersji autorskiej sporządzonej przez ARIMR.

W ramach podręcznika 2.6 wyłączono także z procesu szacowania szereg procesów i funkcjonalności, które podlegają szacowaniu zgodnie z metodyką IFPUG - przyjmując, że są one wliczone w cenę punktu funkcyjnego, między innymi:

- migrację danych niezbędną dla uruchomienia nowej / zmodyfikowanej funkcjonalności,
- utworzenie lub aktualizację danych w bazie danych na potrzeby działania nowej/ zmodyfikowanej funkcjonalności,
- utworzenie lub aktualizację parametrów definiujących działanie aplikacji (w kontekście technologicznym jak i biznesowym) niezbędnych dla działania nowej/zmodyfikowanej funkcjonalności,
- zdefiniowanie i skonfigurowanie uprawnień do nowych / zmodyfikowanych funkcjonalności.

Dodatkowo szereg niejasnych zapisów zawartych w podręczniku ARIMR, a jednocześnie sprzecznych z metodyką IFPUG może uniemożliwiać rzetelną wycenę. Nie jest jasne dla Wykonawcy, które zapisy w takim wypadku należy stosować (w przypadku oczywistej sprzeczności zapisów podręcznika ARIMR i dokumentów bazowych). Skoro bowiem zamawiający zawarł w Podręczniku w wersji 2.6 zapis: „W przypadku stwierdzenia rozbieżności pomiędzy interpretacją definicji (reguł) zawartych w dokumentach bazowych, a interpretacją ich tłumaczenia zawartą w niniejszym podręczniku, należy przyjąć interpretację wynikającą z treści dokumentów bazowych.” Innym odstępstwem od zasad wyznaczonych metodyką IFPUG jest zawarcie w Podręczniku w wersji 2.6 zapisu: „W przypadku dodawania i usuwania funkcjonalności rozmiar funkcjonalny tych zmian wyznacza się jako rozmiar dodawanych lub usuwanych elementów modelu IFPUG, przy czym w przypadku usuwanych elementów stosuje współczynnik wpływu 0.40. Rozmiar funkcjonalny usuwanego elementu modelu Jest iloczynem jego rozmiaru funkcjonalnego i podanego współczynnika wpływu.

Nie jest dla Odwołującego jasne, z czego wynika taki zapis, niemniej zmiana polegająca na tym, że usunięcie funkcji danych 1 elementarnych procesów związanych z obsługą danej funkcjonalności (modułu) ma być wycenianie metoda ekspercką, a nie zgodnie z metodyką IFPUG stanowi zdaniem Odwołującego znaczące odstępstwo od standardu IFPUG.

Kolejnym przykładem jest zawarcie w Podręczniku w wersji 2.6 zapisu: „Jeżeli reguły przetwarzania są sterowane za pomocą parametrów biznesowych, które są zrozumiałe dla użytkownika, to zmiana reguł przetwarzania polegająca wyłącznie na zmianie wartości tych parametrów nie jest traktowana ani jako zmiana Elementarnych procesów, ani jako zmiana Plików danych”. Z zapisu tego wynika, że tego typu zmiany w regułach biznesowych nie podlegają wycenie. Jest to jednak zmiana w logice biznesowej procesu i zgodnie z metodyką IFPUG podlegałyby wymiarowaniu. Jest to kolejny przykład na istotne odstępstwo od metodyki określonej przez standard IFPUG.

Należy mieć na uwadze, że metodyka IFPUG jest określona międzynarodowym standardem ISO/IEC 20926. Posługiwanie się jej nazwą w stosunku do tak znacząco zmodyfikowanych przez Zamawiającego zestawów reguł może wprowadzać wykonawców w błąd. W szczególnym przypadku Wykonawcy sugerując się nazwą metodyki obliczania Punktów Funkcyjnych podaną przez Zamawiającego mogą w sposób nie wystarczająco szczegółowy oszacować wpływ zastosowania przywołanego w SIWZ podręcznika w wersji 2.6, który dokonuje modyfikacji standardu. Tym samym Wykonawcy ci mogą przy dokonywaniu oszacowania ceny jednego Punktu Funkcyjnego (która to cena w ponad 60% stanowi o cenie oferty) nie uwzględnić wpływu zmian dokonanych przez Zamawiającego i nie doszacować kosztów związanych z wykonaniem aplikacji zwymiarowanej w oparciu o tak zmodyfikowane reguły. Co również istotne - metodyka szacowania w oparciu o Podręcznik w wersji 2.6 różni się istotnie od metodyki szacowania w oparciu o starsze wersje tego Podręcznika (np. 1.0), przykładowo ze względu na rezygnację ze stosowania współczynnika VAF (Value Adjustment Factor), co może się przełożyć na różnice w poziomie oszacowania liczby Punktów Funkcyjnych nawet rzędu kilkunastu procent.

Posługiwanie się jednoznacznym nazewnictwem ma także istotne znaczenie ze względu na powszechność stosowania standardowej (nie zmodyfikowanej) metodyki szacowania Punktów Funkcyjnych zgodnie z regułami IFPUG. Wykonawcy posiadają wiedzę dotyczącą przeliczania pracochłonności wykonania standardowych określonych zgodnie z IFPUG Punktów Funkcyjnych na roboczości w zależności od zastosowanych uwarunkowań technologicznych i projektowych. Mogą przez nieuwagę próbować zastosować te same miary w niniejszym postępowaniu, co spowoduje błędne dokonanie wyceny kosztu wytworzenia Punktu Funkcyjnego, gdyż zgodnie z zapisami SIWZ Punkty Funkcyjne, którymi Zamawiający i Wykonawca będą posługiwali się w ramach rozliczania Umowy, nie będą tożsame z tymi, które byłyby wyliczone zgodnie z regułami IFPUG.

Metodyka szacowania określona zgodnie z Podręcznikiem w wersji 2.6 jest bowiem różna o standardowej metodyki IFPUG i obliczone w ten sposób Punkty Funkcyjne nie powinny być określane mianem „Punktów Funkcyjnych IFPUG” - jest to bowiem inna Jednostka miary, związana z inną pracochłonnością jej wytwarzania, obliczana według zmodyfikowanych reguł.

Innymi słowy istnieje uzasadnione ryzyko, że Wykonawcy sugerując się (błędnie) nazwą „Punkty Funkcyjne IFPUG” nie uwzględnią kosztów spowodowanych przez zmiany wprowadzone przez Zamawiającego. Skutkiem to będzie niemożnością zrealizowania zamawianych funkcjonalności w zakładanej cenie ofertowej.

Odwołujący nie neguje prawa zamawiającego do swobodnego kształtowania stosunku umownego pomiędzy stronami, wyrażonego w swobodzie kreowania zapisów

SIWZ. Swoboda ta znajduje także odzwierciedlenie w przyjętych procedurach i metodach określania złożoności funkcjonalnej Modyfikacji. Jednakże, przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób nie pozostawiający wątpliwości i przede wszystkim za pomocą zrozumiałych określeń. Określenia „Punkt Funkcyjny” i „metoda IFPUG” są nazwami konkretnych i uznanych na świecie standardów wymiarowania oprogramowania. W sytuacji, w której reguły obliczania tej złożoności zostały przez Zamawiającego dalece zmienione, wskazane jest czytelne zaznaczenie tego w SIWZ, poprzez użycie pojęcia jednoznacznie wskazującego na odrębność tej nowej jednostki miary.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- modyfikację SIWZ poprzez zastąpienie wszystkich wystąpień pojęć „Punkt Funkcyjny IFPUG” lub „PF IFPUG” pojęciami alternatywnymi wskazującymi na autorski charakter metodyki zastosowanej przez ARiMR np. „Punkt Funkcyjny ARiMR w wersji 2.6” lub „PF ARiMR v.2.6” oraz dodanie w SIWZ zapisu jednoznacznie definiującego, że pod pojęciem „Punkt Funkcyjny” nie należy rozumieć jednostki używanej w niezmodyfikowanej metodzie IFPUG.

**3. Zdefiniowanie w sposób niespójny i sprzeczny wewnątrznie metodyki liczenia Punktów Funkcyjnych w dokumencie „Podręcznik stosowania metody Punktów Funkcyjnych IFPUG w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa” (dalej: Podręcznik) w wersji 2.6, który jest załącznikiem do Załącznika 4C do Wzoru Umowy.**

W punkcie 5 załącznika 4C do Wzoru Umowy Zamawiający wskazał, że przy obliczaniu złożoności funkcjonalnej Modyfikacji należy posługiwać się dokumentem „Podręcznik stosowania metody Punktów Funkcyjnych IFPUG w Agencji Restrukturyzacji / Modernizacji Rolnictwa” (dalej: Podręcznik) w wersji 2.6. Dokument ten jest załącznikiem do załącznika 4C do Wzoru Umowy.

Zamawiający dokonał w tymże Podręczniku modyfikacji tabeli dotyczącej wyliczania złożoności elementarnych procesów. W podręczniku autorstwa ARiMR wersja 2.6 tabela ta pojawia się 2 razy: na str. 211 na stronie 35.

Druga ma być zgodnie z opisem rozszerzeniem pierwszej, jest jednak z nią niespójna ponieważ ma inne współczynniki (patrz zakresy FTR dla EO, EQ oraz EI), co stanowi sprzeczność w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

Przykładowo dla EO przy wartości parametru FTR = 4 i DET =10, zgodnie z tabelą ze strony 21 odczytujemy złożoność HIGH(7), tymczasem zgodnie z tabelą ze strony 35 odczytujemy złożoność AVERAGE(5). Dla EQ przy FTR=3 i DET=10 odczytana wartość z

tabeli na str. 21 wyniesie HIGH(5) a wg. tabeli na str. 35 będzie to wartość AVERAGE(4). Także dla EI przy analogicznych parametrach nastąpią takie rozbieżności.

Ponadto nie jest jasne czy dla zakresów DET>80 należy posługiwać się tabelą ze strony 21 (z której odczytujemy wartości AVERAGE(5) do HIGH(7)) czy tabelą ze strony 35 (w której można znaleźć wartości od HIGH(7) do COMPLEX(10)).

Takie sformułowanie dokumentu będącego podstawą do szacowania liczby Punktów Funkcyjnych dla Modyfikacji powoduje, że nieuchronnie będą pojawiały się niejasności i spory co do poprawności procesu szacowania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- dokonania modyfikacji dokumentu „Podręcznik stosowania metody Punktów Funkcyjnych IFPUG w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa” będącego załącznikiem do załącznika 4C do Wzoru Umowy w ten sposób aby wprowadzić jedną wersję tabeli dotyczącej wyliczania złożoności elementarnych procesów usuwając rozbieżności pomiędzy tabelami na str. 21 i str. 35

#### **4. Zawarcie w kryteriach oceny ofert i w procedurze wyceny modyfikacji deklaracji sztywnego powiązania rozmiaru modyfikacji z czasem jej realizacji.**

Zamawiający wprowadził w SIWZ kryterium oceny ofert „deklarowany czas przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych” o wadze 21% zgodnie z którym Wykonawcy zobowiązani są zadeklarować czasy realizacji Modyfikacji o określonych rozmiarach wyliczonych w Punktach Funkcyjnych.

1.4. Kryterium „deklarowany czas przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych”, o których mowa w pkt 8 Załącznika nr 4C wzoru Umowy stanowiącej Załącznik nr 9 do SIWZ wzoru Umowy - waga 21% (21 pkt), wg poniższych zasad.

W ramach tego kryterium oferta mogą otrzymać łącznie nie więcej niż 21 pkt. Sumowaniu będą podlegały punkty przyznane badanej ofercie w ramach danej pracochłonności. Zadeklarowane czasy zostaną wprowadzone do treści załącznika 4C i posłużą zamawiającemu do egzekwowania od Wykonawców terminów realizacji poszczególnych Modyfikacji.

Wskazujemy, że tak określone przez zamawiającego kryterium jest niemożliwe do oszacowania, a tym samym nie daje wykonawcom możliwości złożenia oferty. Zamawiający posłużył się w Opisie Przedmiotu Zamówienia pojęciem „metody Punktów Funkcyjnych IFPUG”, która miałaby być używana do szacowania złożoności funkcjonalnej oprogramowania w zakresie Modyfikacji wykonywanych w ramach Grupy Usług Rozwoju (Modyfikacji) (G4). Jak już wskazano, zamawiający dokonał modyfikacji standardowej

metodyki Punktów Funkcyjnych IFPUG. W związku z tym nie jest możliwe oszacowanie czasu realizacji modyfikacji zwymiarowanej z użyciem Punktów Funkcyjnych obliczanych zgodnie z Podręcznikiem 2.6, którego zastosowanie jest wymagane przez zamawiającego.

Pierwszym powodem, dla którego żaden z wykonawców nie jest w stanie określić czasu potrzebnego na realizację Modyfikacji zwymiarowanej w Punktach Funkcyjnych obliczonych zgodnie z Podręcznikiem w wersji 2.6 jest fakt, że Podręcznik ten nie był nigdy stosowany przez żadnego wykonawcę w ramach jakiejkolwiek umowy z ARIMR ani z żadnym innym zamawiającym. Wykonawcy nie posiadają zatem żadnych statystyk pozwalających określić, w jakim stopniu jeden Punkt Funkcyjny będzie pracochłonny i czasochłonny do wykonania. Wykonawcy nie mogą przy tym posłużyć się swoją wiedzą wyniesioną, czy to ze stosowania wcześniejszej wersji „Podręcznika stosowania metody Punktów Funkcyjnych IFPUG w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa”, ponieważ ta sama funkcjonalność zwymiarowana zgodnie z regułami nowego Podręcznika w wersji 2.6 będzie oszacowana na inną liczbę Punktów Funkcyjnych. Podobnie nie sposób posłużyć się statystykami wytwarzania z innych projektów, w których stosowano standardową, nie zmodyfikowaną metodykę IFPUG.

Drugim powodem, dla którego nie jest możliwe zadeklarowanie, że każda Modyfikacja o określonym w Punktach Funkcyjnych rozmiarze funkcjonalnym, będzie możliwa do zrealizowania w takim samym czasie, jest fakt, że metodyka Punktów Funkcyjnych (nawet ta zmodyfikowana przez ARiMR) jest metodyka statystyczną. Oznacza to, że pozwala ona oszacować złożoność funkcjonalną oprogramowania, ale nie daje gwarancji, że dwie Modyfikacje o tej samej złożoności będą realizowane dokładnie w tym samym czasie. Tymczasem tego właśnie oczekuje zamawiający i będzie naliczał wykonawcom kary za niedotrzymanie zadeklarowanych terminów.

Znacznie bardziej odzwierciedlającym rzeczywistość i możliwym do oszacowania przez Wykonawców parametrem byłoby przyjęcie pewnej średniej relacji czasu realizacji do liczby Punktów Funkcyjnych, którą to średnią relacją Wykonawcy mogliby zadeklarować w ofercie, a zamawiający egzekwować mierząc ją np. w interwale miesięcznym.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania następującej modyfikacji SIWZ przez zmianę kryterium oceny ofert „deklarowany czas przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych”, a także treści punktu 8 załącznika 4C do SIWZ w ten sposób, aby przedmiotem kryterium oceny był uśredniony statystycznie czas realizacji modyfikacji względem ich rozmiaru w Punktach Funkcyjnych.

**5. Sformułowanie kryterium oceny ofert „deklarowany czas przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych” i w procedurze wyceny**

**modyfikacji schodkowych przedziałów powiązania rozmiaru modyfikacji z czasem jej realizacji.**

Jak wskazano w treści wcześniejszego zarzutu zamawiający w ramach kryterium oceny ofert „deklarowany czas przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych”, a także w ramach procedury opisanej w pkt 8 w Załączniku 4C do Wzoru umowy zawarł szereg przedziałów, dla których wykonawcy zobowiązani są zadeklarować czas realizacji Modyfikacji o określonym rozmiarze funkcjonalnym. Zakresy tych przedziałów, najwyżej oraz najniżej punktowane czasy realizacji obrazuje wykres, z którego wynika, że przedziały te nie są ciągłe. Co więcej występują znaczące przeskok, których wykonawcy nie są w stanie zniwelować deklarując inne czasy realizacji dla przylegających do siebie przedziałów. Skutkuje to tym, że np. dla modyfikacji zwymiarowanej na 600 Punktów Funkcyjnych najdłuższy dopuszczalny czas realizacji wynosi 66 dni roboczych, ale już dla Modyfikacji wynoszącej 601 Punktów Funkcyjnych najkrótszy możliwy czas wynosi 100 dni roboczych, czyli 40 dni roboczych przy zmianie rozmiaru funkcjonalnego o jeden Punkt Funkcyjny. Zdaniem odwołującego takie skonstruowanie SIWZ i w konsekwencji wymuszenie na wykonawcach realizacji projektu w oparciu o tak skonstruowane ramy czasowe nie znajduje oparcia w metodyce ani w doświadczeniu.

Zwracamy przy tym uwagę na fakt, że określone w ten sposób na sztywno przez zamawiającego przedziały są bardzo wąskie. Dla przedziału 1-30 oraz 31-100 PF różnica maksymalnego i minimalnego czasu realizacji wynosi dwa dni robocze, dla przedziału 101-250 PF wynosi cztery dni robocze, dla przedziału 251-600 jest to sześć dni roboczych, dla przedziału 601-1500 i 1501-3000 - dziesięć dni roboczych, między 3001-5000 - dwadzieścia dni. Należy przy tym zauważyć, że szerokość przedziału rzędu kilkuset punktów funkcyjnych może przekładać się na kilkaset dni roboczych i skutkować różnicą czasu realizacji dla niektórych modyfikacji znacznie szerszą niż szerokość przedziału.

Taka konstrukcja SIWZ nie daje możliwości wykonawcom zadeklarowania rzeczywistych obliczonych lub oszacowanych przez nich (w jakikolwiek sposób) czasów realizacji dla danego wymiaru określonego w Punktach Funkcyjnych. Narusza przy tym zasady współzycia społecznego gdyż nie daje wykonawcom możliwości ukształtowania oferty w sposób adekwatnie odzwierciedlający rzeczywisty (wynikających z ich doświadczenia) czas realizacji prac, ale włącza ich w arbitralnie wyznaczone przez zamawiającego ramy, których przestrzeganie może okazać się niemożliwe i da dla granicznych przypadków absurdalne różnice w czasie realizacji zbliżonych Modyfikacji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany SIWZ przez modyfikację kryterium oceny ofert "deklarowany czas przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych" a także treści punktu 8 załącznika 4C do SIWZ w ten sposób, aby

przedmiotem kryterium oceny był deklarowany przez Wykonawców parametr odzwierciedlający w sposób ciągły relację czasu realizacji modyfikacji względem ich rozmiaru w Punktach Funkcyjnych.

## **6. Obligatoryjność i brak ograniczeń dla procedury przyspieszenia wykonywania Zamówienia.**

Zamawiający w załączniku nr 4 do Wzoru Umowy w punkcie 5 zawarł opis procedury przyspieszenia wykonywania Zamówienia:

5.1. Procedura określona w niniejszym punkcie może zostać przez Strony zastosowana wówczas, gdy czas realizacji Zamówienia (przekazania do odbioru oprogramowania zamawianej Modyfikacji), ustalony jako iloczyn liczby PF określonych w Propozycji na podstawie IFPUG oraz czasu wykonania 1 PF określonego w Załączniku nr 4C, będzie dłuższy niż czas w jakim Zamówienie powinno zostać wykonane dla zapewnienia prawidłowej realizacji zadań Zamawiającego jako akredytowanej agencji płatniczej."

Zamawiający sformułował tę procedurę w taki sposób, że zgodnie z punktem 5.3, w przypadku, gdy Koordynator Umowy Zamawiającego zwróci się do Koordynatora Umowy Wykonawcy z wnioskiem o przyspieszenie realizacji Zamówienia, Wykonawca w Propozycji określa termin przekazania oprogramowania Modyfikacji do odbioru, z uwzględnieniem przyspieszenia w stosunku do terminu wynikającego z czasu przekazania do odbioru oprogramowania Modyfikacji o określonej złożoności w PF określonego w pkt 8 Załącznika nr 4C do Umowy. Przyspieszenie realizacji Zamówienia ustalone jest w Dniach Roboczych.

Dalej w pkt 5.4 ustalił, że termin przyspieszonego wykonania Modyfikacji jest wiążący dla stron i ma takie same skutki jak nieprzyspieszony termin wykonania Modyfikacji. W szczególności termin przyspieszonego wykonania Modyfikacji jest podstawą do naliczenia ewentualnych kar z tytułu nieterminowego wykonania Modyfikacji oraz jest podstawą do kalkulacji miesięcznej wydajności określonej w Załączniku nr 4C.

Z powyższych postanowień wynika, że na wniosek Koordynatora Umowy Zamawiającego wykonawca jest zobowiązany przedstawić propozycję uwzględniającą przyspieszenie, o które wnioskuje Zamawiający. Procedura ta nie przewiduje żadnych negocjacji terminu przyspieszenia, nie przewiduje także możliwości odwołania się do zewnętrznego eksperta w przypadku sporu co do możliwości dotrzymania takiego terminu i nie przewiduje żadnego granicznego terminu przyspieszenia, którego może zażądać zamawiający.

Zamawiający przerzuca w ten sposób na wykonawcę ryzyko i koszty związane z koniecznością zapewnienia prawidłowej realizacji zadań zamawiającego jako akredytowanej

agencji płatniczej, podczas gdy mogą zaistnieć takie sytuacje, że wykonanie określonej funkcjonalności oprogramowania będzie obiektywnie niemożliwe w wyznaczonym czasie.

Doświadczenie życiowe i praktyka inżynierii wytwarzania oprogramowania wskazuje, że pewnych czynności nie da się skrócić poniżej pewnego granicznego czasu realizacji, niezależnie od zasobów, które przeznaczone zostaną do tych czynności. Wyniki badań wskazują bowiem, że istnieje pewien graniczny termin względem harmonogramu bazowego, poniżej którego nie da się skrócić realizacji zadań. Tzw. „strefa niemożliwości” obejmuje harmonogramy, dla których relacja żądanego do bazowego harmonogramu jest mniejsza niż 0,75. Czyli wszyscy badacze zgodnie uznają, że nie jest możliwe zorganizowanie projektu przy dowolnych dostępnych zasobach w ten sposób, aby wytworzyć oprogramowanie odejmując więcej niż 25% czasu od harmonogramu bazowego.

Dla projektu o konkretnym rozmiarze istnieje punkt, poniżej którego nie można w ogóle skrócić harmonogramu programowania, nie za pomocą intensywniejszej pracy, nie za pomocą mądrzejszej pracy ani nie za pomocą bardziej kreatywnych rozwiązań, czy też powiększenia zespołu - jest to po prostu niemożliwe.

Odwołujący przyjmuje przy tym do wiadomości, że może zaistnieć obiektywna potrzeba przyspieszenia realizacji niektórych prac, potrzeba ta powinna zostać jednak osadzona w realiach. Zamawiający winien zatem odpowiednio wcześniej zgłaszać wykonawcy zapotrzebowania na modyfikacje tak, aby były one wykonalne, a procedura przyspieszania ich realizacji powinna uwzględniać obiektywną niemożliwość dowolnego skracania terminu realizacji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji załącznika nr 4 do Wzoru Umowy w zakresie punktu 5 „Procedura przyspieszenia wykonywania Zamówienia” w ten sposób, aby wprowadzić graniczną wartość maksymalnego możliwego przyspieszenia wynoszącą 25% względem wartości nominalnej (tj. w ten sposób, aby harmonogram skrócony był równy nie mniej niż 75% harmonogramu bazowego).

## **7. Nieliniowość wzrostu stawki dla procedury przyspieszenia wykonania zamówienia.**

Zamawiający w załączniku nr 4 do Wzoru Umowy w punkcie 5 zawarł opis procedury przyspieszenia wykonywania Zamówienia. Jednocześnie w punkcie 5.4 określił mechanizm zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu takiego przyspieszenia:

5.4. Jeżeli oprogramowanie Modyfikacji zostanie przekazane do odbioru zgodnie z zadeklarowanym przez Wykonawcy na etapie Propozycji terminem przyspieszenia i jednocześnie oprogramowania to zostanie odebrane przez Zamawiającego najpóźniej w drugiej turze odbioru zgodnie z procedurą określoną w Załączniku nr 18 do Umowy -

wynagrodzenie należne Wykonawcy za realizację Zamówienia zostanie zwiększone w następujący sposób:

Zdaniem odwołującego przyjęte przez zamawiającego współczynniki określające % wynagrodzenia za Modyfikację za każdy Dzień Roboczy przyspieszenia są zbyt małe i zostały dobrane w oderwaniu od wiedzy naukowej, doświadczenia życiowego i inżynierii oprogramowania.

Dla zobrazowania faktu, iż współczynniki te są oderwane od reszty SIWZ i nie pozwalają one na pokrycie dodatkowych kosztów zespołu, który wykonawca będzie musiał zaangażować w związku z przyspieszeniem, odwołujący przedstawił zestawienie tabelaryczne.

Każdy profesjonalny wykonawca, szacując koszt PF (a w konsekwencji i cenę PF dla zamawiającego) musi założyć optymalny (dla zadeklarowanych czasów realizacji) skład zespołu produkcyjnego. Przyspieszenie realizacji w oczywisty sposób wiąże się z zaburzeniem tej optymalności - co oznacza (dla wykonawcy) wyższe niż optymalne koszty. Dodatkowe wynagrodzenie (za przyspieszenie realizacji) powinno co najmniej zapewnić pokrycie dodatkowych, związanych z przyspieszeniem kosztów.

Tymczasem, z powyższego zestawienia widać wyraźnie, że przykładowo gdy realizowana Modyfikacja ma wielkość 5000 PF to zespół, który będzie ją realizował musi wytwarzać co najmniej 26,32 Punkty Funkcyjne dziennie. Zatem, aby skrócić czas realizacji o jeden dzień roboczy, konieczne jest zapewnienie zasobów zdolnych wytworzyć DODATKOWO w skróconym czasie 26,32 Punkty Funkcyjne. Dodatkowe wynagrodzenie, które wykonawca otrzyma będzie równe wynagrodzeniu za 2,5 PF. Analizując choćby nadgodziny - najprostszą i (w większości przypadków) najtańszą metodę zwiększenia pojemności zespołu należy zauważyć, że oznacza ona dodatkowy koszt w wysokości od 50% (dni robocze) do 100% (noce, dni wolne). W rozważanym przypadku, wykonawca poniesie dodatkowy koszt w wysokości kosztu wytworzenia 13,16 PF (nadgodziny, 50%) a otrzyma wynagrodzenie za 2,5 PF.

Dla lepszego zobrazowania, można posłużyć się przykładem projektu zwymiarowanego na 3000 PF. Zgodnie z wymaganiami dot. harmonogramów, projekt taki musi być zrealizowany w ciągu 150 dni roboczych - co oznacza, że wymaga średniej wydajności dziennej na poziomie 20 PF. Przyjmując dla potrzeb ilustracyjnych, że jeden Punkt Funkcyjny wymaga jednego roboczodnia pracy, a dniówka programisty kosztuje 1000 zł - oznacza to, że całkowity koszt Wykonawcy to 3 mln a dzienny - 20 tys. zł.

Skrócenie czasu realizacji o jeden dzień skutkuje tym, że wykonawca w czasie krótszym musi zrealizować dodatkowe 20 roboczodni. Poniesie więc koszt rzędu 10 tys. zł

(nadgodziny, 50%), a zamawiający wypłaci mu za to dodatkowe wynagrodzenie w wysokości 2,1 tys. zł.

Oczywiście, istnieją inne niż nadgodziny metody zwiększenia pojemności zespołów (na przykład Ich przewymiarowanie w stosunku do optymalnych rozmiarów), ale ich koszt (na przykład koszt wdrożenia w projekt) zawsze jest bardzo istotny. Na podstawie analizy wpływu skracania harmonogramu na koszty projektów naukowcy Lawrence Putnam i Ware Myers w pracy opublikowanej w 1992 roku pt. „Measures for Excellence: Reliable Software On Time, Within Budget” oszacowali, że skrócenie harmonogramu o 5% skutkuje wzrostem nakładów pracy o 25%, skrócenie go o 10% powoduje wzrost nakładów pracy o 50%, a skrócenie o 15% skutkuje wzrostem nakładów pracy o 100%. Badania te powołuje Steve McConnel w książce pt. „Szacowanie Oprogramowania” (Wydawnictwo: APN Promise wydanie z 2006 roku) ISBN: 83-88440-80-2 na stronie 220 w rozdziale pt. „Szukanie kompromisu między terminem i nakładem pracy”. Takie zwiększenie nakładów pracy w wyniku skrócenia harmonogramu wynika z faktu, że przy zwiększaniu liczebności zespołu rośnie wykładniczo liczba powiązań komunikacyjnych pomiędzy jego członkami, powoduje to nieliniowy wzrost narzutów związanych z organizacją pracy, komunikacją i zarządzaniem.

Obrazuje to rażącą dysproporcję pomiędzy nakładem pracy wykonawcy, a wynagrodzeniem, które zamawiający zamierza wykonawcy zapłacić. Może więc dojść do sytuacji, w której skracając termin realizacji wykonawca będzie realizował prace de facto za darmo, co stanowiłoby naruszenie zasad współżycia społecznego. Dodatkowo należy wskazać na fakt, że sporządzona przez zamawiającego tabela zawierająca współczynnik wzrostu wynagrodzenia za przyspieszenie wykonania zamówienia zawiera nieciągłości. Ponieważ zamawiający posługuje się przedziałami dla pracochłonności (co odwołujący podważał już wcześniej w innej części odwołania) to współczynniki wzrostu wynagrodzenia zmieniają się skokowo. W skutek tego za przyspieszenie o jeden dzień projektu zwymiarowanego na 600PF Wykonawca otrzyma 0,22% wynagrodzenia dodatkowo, a za przyspieszenie o jeden dzień niewiele większego projektu zwymiarowanego na 601PF, otrzyma PRAWIE DWUKROTNIENIE MNIEJ tj. 0,12% wynagrodzenia. Przekładając to na złotówki (przyjawszy dla uproszczenia, że IPF=1000zł): projekt wyceniony na 600PF przy przyspieszeniu o jeden dzień zostanie dodatkowo wynagrodzony w kwocie  $600 \cdot 0,22\% \cdot 1000\text{zł} = 1320\text{zł}$ , z kolei projekt wyceniony na 601PF zostanie dodatkowo wynagrodzony w kwocie  $601 \cdot 0,12\% \cdot 1000\text{zł} = 721,20\text{zł}$ . Dla przykładu projektu o wymiarze 1500PF dodatkowe wynagrodzenie za dzień przyspieszenia wyniesie  $1500 \cdot 0,12\% \cdot 1000\text{zł} = 1800\text{zł}$  (przy skali projektu rzędu 1,5 mln zł), a przy projekcie zwymiarowanym na 1501PF dodatkowe wynagrodzenie wyniesie  $1501 \cdot 0,07\% \cdot 1000\text{zł} = 1050,70\text{zł}$ .

Powyższe przykłady obrazują rażące dysproporcje pomiędzy skalą projektu z jednej strony a dodatkowym wynagrodzeniem z drugiej, jak również niesprawiedliwe i nieuzasadnione OBNIŻENIE dodatkowego wynagrodzenia w przypadku gdy rozmiar projektu spowoduje zakwalifikowanie go do „wyższego proggu”.

Odwołujący nie neguje przy tym prawa Zamawiającego do tego, aby mógł on zażądać przyspieszenia wykonania określonych Modyfikacji. Przyspieszenie to powinno jednak zostać wynagrodzone adekwatnie do wzrastającego nakładu pracy, zgodnie z zasadami współżycia społecznego i najlepszą wiedzą naukową zgromadzoną przy analizie szeregu projektów realizowanych na świecie.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji:

- załącznika nr 4 do Wzoru Umowy w zakresie punktu 5 "Procedura przyspieszenia wykonywania Zamówienia" w ten sposób, aby wzrost wynagrodzenia za przyspieszenie zamówienia w stosunku do terminu nie zawierał przedziałów związanych z wielkością projektu określoną w Punktach Funkcyjnych;

- załącznika nr 4 do Wzoru Umowy w zakresie punktu 5 "Procedura przyspieszenia wykonywania Zamówienia" w ten sposób aby odzwierciedlić uzasadnione naukowo zwiększenie kosztów realizacji przyspieszonego projektu na takim poziomie, aby dodatkowe wynagrodzenie w przypadku przyspieszenia projektu o 5% skutkowało zwiększeniem wynagrodzenia o 25%, skrócenie go o 10% powodowało wzrost wynagrodzenia o 50%, a skrócenie o 15% skutkowało dodatkowym wynagrodzeniem na poziomie 100%.”

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 10 października 2018 r. uwzględnił zarzut opisany w pkt 3, w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołujący w piśmie procesowym z 18 października 2018 r. podtrzymał zarzuty odwołania za wyjątkiem zarzutu opisanego w pkt 3.

#### **Odwołanie wniesione przez Asseco Poland S.A. (sygn. akt KIO 1903/18):**

Odwołujący następująco sformułował zarzuty, ich podstawę faktyczną (postanowienia dokumentacji postępowania), uzasadnienie oraz żądania odwołania:

**„1. Załącznik nr 9 do SIWZ - Wzór Umowy, pkt 2,1.3 [str. 4] - definicja Awarii oraz pkt 2.1.34 [str. 6] - definicja Wady**

Zamawiający w SIWZ następująco określił Awarię i Wadę:

Awaria - oznacza Wadę powodującą brak możliwości wykorzystywania którejkolwiek z funkcji Aplikacji w danym momencie przez wszystkich użytkowników w przynajmniej jednej

lokalizacji Zamawiającego [Biuro Powiatowe (BP) lub Oddział Regionalny (OR) lub Centrala], jak również nieprawidłowe działanie Środowiska lub jego elementu.

Wada - każda nieprawidłowość Systemu Informatycznego bądź nieprawidłowość Dokumentacji w tym: Awaria, Błąd Krytyczny, Błąd Niekrytyczny; Wadą jest również stan będący rezultatem nieprawidłowej obsługi SI przez Wykonawcę.

Zgodnie z powyższą definicją, Wadą jest każde nieprawidłowe działanie Systemu Informatycznego, niezależnie od przyczyny takiej nieprawidłowości. A zatem wadą jest także przykładowo:

- nieprawidłowe działanie spowodowane działaniem pracowników zamawiającego, w tym także działaniem celowym;

- nieprawidłowe działanie spowodowane działaniem innych wykonawców z wyłączeniem oprogramowania certyfikowanego przez Wykonawcę, równolegle wykonujących umowy dotyczące SI, w tym także działania celowe;

- nieprawidłowe działanie spowodowane siłą wyższą.

Zapewne można podać szereg innych przykładów, zgodnie z którymi wykonawca odpowiadałby za usunięcie Wady, pomimo iż powstanie Wady nie wynika z okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność. Taka definicja jest sprzeczna z zasadami współzycia społecznego oraz dobrymi praktykami obowiązującymi na rynku IT. Jest także sprzeczna z zasadą odpowiedzialności kontraktowej określoną w art. 471 k.c. Zamawiający pragnie ukonstytuować odpowiedzialność kontraktową Wykonawcy na zasadzie ryzyka, zamiast na zasadzie winy.

Zamawiający nie wskazuje w definicji Wady, co stanowi podstawę do rozstrzygnięcia przez Strony, czy w Systemie Informatycznym występuje nieprawidłowość, czy też jej nie ma. Podstawą do takiego rozstrzygnięcia powinna być Dokumentacja SI. Dokumentacja opisuje bowiem całościowo system informatyczny oraz jego prawidłowe działanie.

Dodatkowo zamawiający definiuje Wadę poprzez priorytety obsługi Zgłoszeń - tj.: Awaria, Błąd Krytyczny, Błąd Niekrytyczny, co jest błędem logicznym, gdyż definicja Wady powinna być pojęciem podstawowym, określającym co w odniesieniu do Systemu Informatycznego strony przez nią rozumieją, natomiast definicje priorytetów obsługi zgłoszeń powinny odnosić się do zakresu wpływu danej Wady na System Informatyczny zamawiającego. Wymienione przez Zamawiającego: Awaria, Błąd Krytyczny, Błąd Niekrytyczny są tylko rodzajami Wady, różnymi ze względu na priorytety ich obsługi. Zgodnie z konstrukcją Umowy nie istnieje inny rodzaj Wady, zatem zastosowanie przez zamawiającego w definicji Wady przykładowego wyliczenia „w tym” jest wadliwe.

Z kolei definicja Awarii jest niezbędna do obiektywnej oceny priorytetu obsługi Zgłoszenia i powinna odnosić się do sytuacji krytycznych dla funkcjonowania Systemu

Informatycznego Zamawiającego. Tymczasem Zamawiający ogólnym zapisem w definicji: jak również nieprawidłowe działanie Środowiska lub jego elementu" rozszerza definicję Awarii o sytuację, kiedy to każda nieprawidłowość Środowiska lub jego elementu, tj. również taka, która w ogóle nie wpływa na pracę użytkowników Aplikacji, może być przez zamawiającego traktowana jako Awaria i skutkować zgłoszeniem, które Wykonawca zobowiązany będzie obsłużyć na najwyższym zdefiniowanym w Umowie priorytecie obsługi Zgłoszeń. Przy obecnej definicji Awarii wykonawca, na etapie oferty, nie może dokonać rzetelnej wyceny oferty, gdyż nie da się na podstawie SIWZ oszacować liczby Awarii. A to wobec tego, że Zamawiający może dowolnie każdą Wadę uznać za Awarię, stwierdzając, że jest to „nieprawidłowe działanie”.

W/w postanowienia SIWZ powodują, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób niejasny, nieprecyzyjny i otwarty. Wykonawca na etapie sporządzania oferty powinien mieć możliwość szacowania liczby Wad, które mogą zaistnieć w Systemie w okresie realizacji Umowy. Można takiego szacowania dokonać tylko w przypadku, gdy definicja Wady jest konkretna, odwołuje się do obiektywnych czynników, takich jak działanie zgodne/niezgodne z Dokumentacją Systemu. Nie jest jednak w stanie przewidzieć liczby Wad określanych zgodnie z obecną definicją - bowiem obecnie Wadą jest jakaś nieprawidłowość Systemu, w tym nieprawidłowość w wyniku działania czy to Zamawiającego, czy to osób trzecich i taka nieprawidłowość, która nie odnosi się w ogóle do Dokumentacji. Nieprawidłowy opis przedmiotu umowy przez dopuszczenie całkowicie otwartego zakresu obowiązków wykonawcy w zakresie usuwania Wad narusza przepis art. 29 ust. 1 ustawy.

Podkreślić należy, iż priorytet obsługi Zgłoszenia determinuje różne zakresy zobowiązań Wykonawcy wynikające z umowy. SIWZ powinien tak określić poszczególne rodzaje Wady, aby były to pojęcia rozłączne, wynikające w sposób jednoznaczny z SIWZ. Obecna otwarta definicja Awarii uniemożliwia ustalenie przez Wykonawcę zakresu swoich obowiązków. Zatem w tym przypadku mamy do czynienia także z otwartym i niepełnym zakresem przedmiotu umowy w zakresie świadczonych usług.

Odwołujący wniósł o:

1. wykreślenie z treści definicji Awaria frazy „(...), jak również nieprawidłowe działanie Środowiska lub jego elementu”;

2. wykreślenie treści dotychczasowej definicji Wady i wpisanie w to miejsce:

„Wada - brak funkcjonowania lub funkcjonowanie Systemu Informatycznego niezgodne z jego Dokumentacją; Wadą jest również stan będący rezultatem nieprawidłowej obsługi SI przez Wykonawcę oraz nieprawidłowość Dokumentacji.”

## **2. Załącznik nr 9 do SIWZ - Wzór Umowy, pkt 3.10 (str. 8) - dostosowanie Oprogramowania Bazowego do Oprogramowania Wspierającego oraz pkt 2.1.19 - definicja Oprogramowania Wspierającego**

SIWZ definiuje zobowiązania Wykonawcy w zakresie współdziałania Oprogramowania Bazowego z Oprogramowaniem Wspierającym następująco:

„Wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia współdziałania Oprogramowania Bazowego z Oprogramowaniem Wspierającym. W razie wątpliwości czy zapewnienie współdziałania powinno nastąpić po stronie Oprogramowania Bazowego czy po stronie Oprogramowania Wspierającego, Strony przyjmują, że współdziałanie powinno zostać zapewnione po stronie Oprogramowania Bazowego i zapewnienie tego współdziałania obciąża Wykonawcę.

Jednocześnie zamawiający definiuje Oprogramowanie Wspierające jako:

„Oprogramowanie Wspierające - oznacza oprogramowanie wspierające prawidłowe działanie Oprogramowania Bazowego w szczególności oprogramowanie baz danych, serwerów aplikacyjnych, które Zamawiający może aktualizować lub wymieniać.

Jak wynika z powyższego wykonawca zobowiązany będzie świadczyć usługi nie tylko w stosunku do Oprogramowania Bazowego, ale także do zmian szeroko rozumianego Oprogramowania Wspierającego. Tymczasem obecnie SIWZ nie określa, w ramach których usług miałyby być realizowane zapewnienie takiego współdziałania.

Warunkiem koniecznym do uznania zapisów SIWZ za dookreślone w kontekście zobowiązania wykonawcy do zapewnienia współdziałania Oprogramowania Bazowego z Oprogramowaniem Wspierającym jest zatem określenie trybu, w jakim zlecane byłyby takie usługi zapewnienia współdziałania. Na przykład poprzez wskazanie, że usługi takie zlecane będą Wykonawcy w ramach Modyfikacji lub Zleceń Operacyjnych. Z obecnych postanowień SIWZ nie wynika jednak w sposób jednoznaczny, iż taka jest właśnie intencja zamawiającego. A zatem Wykonawca musiałby przyjąć, że zamawiający będzie zlecał przedmiotowe usługi w ramach wynagrodzenia ryczałtowego. Tymczasem na etapie sporządzania oferty nie można przewidzieć nawet rzędu wielkości liczby takich usług - tym samym oszacowanie takiego wynagrodzenia ryczałtowego jest niemożliwe.

W związku z powyższym odwołujący nie jest w stanie w sposób należyty sporządzić (skalkulować) oferty, nie jest w stanie wycenić swoich usług, ani oszacować zakresu swoich obowiązków. W efekcie przy obecnym brzmieniu SIWZ odwołujący nie jest w stanie złożyć rzetelnej i profesjonalnej oferty. Narusza to w sposób oczywisty art. 29 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wniósł o wskazanie w SIWZ, że zobowiązanie wykonawcy do zapewnienia współdziałania Oprogramowania Bazowego z Oprogramowaniem Wspierającym będzie zlecane przez zamawiającego w trybie Modyfikacji lub Zlecenia

Operacyjnego, przykładowo przez dodanie w punkcie 3.10 Wzoru Umowy nowego zdania trzeciego:

„Wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia współdziałania Oprogramowania Bazowego z Oprogramowaniem Wspierającym. W razie wątpliwości czy zapewnienie współdziałania powinno nastąpić po stronie Oprogramowania Bazowego czy po stronie Oprogramowania Wspierającego, Strony przyjmują, że współdziałanie powinno zostać zapewnione po stronie Oprogramowania Bazowego i zapewnienie tego współdziałania obciąża Wykonawcę. Zapewnienie współdziałania Oprogramowania Bazowego z Oprogramowaniem Wspierającym będzie zlecane przez Zamawiającego w trybie Modyfikacji lub Zlecenia Operacyjnego.”

### **3. Załącznik nr 9 do SIWZ - Wzór Umowy, pkt 5.3 (str. 11) - Audyt**

W punkcie 5.3 wzoru Umowy zamawiający zawarł regulacje dotyczące możliwości przeprowadzenia audytu wykonawcy w celu weryfikacji realizacji przez Wykonawcę Usługi zgodnie z Umową:

5.3.1. Przez okres obowiązywania Umowy oraz przez 6 miesięcy po jej zakończeniu, jak również w trakcie Okresu Przejściowego, Zamawiający będzie uprawniony do przeprowadzenia inspekcji, weryfikacji oraz audytu Wykonawcy oraz podwykonawców Wykonawcy w tym posiadanych zasobów ludzkich zaangażowanych w realizację Umowy, systemów, sieci, danych, pomieszczeń, praktyk i procedur jakie były wykorzystywane przez Wykonawcę oraz podwykonawców Wykonawcy do świadczenia Usług (dalej: „Audyt”). Zamawiający będzie uprawniony do dostępu oraz kontaktu ze wszystkim pracownikami oraz współpracownikami, którzy pracowali (na podstawie umowy o pracę) lub współpracowali (faktycznie lub na podstawie umowy cywilnoprawnej) z Wykonawcą w bezpośrednim związku ze świadczeniem Usług, a Wykonawca zobowiązany jest do bezwzględnego umożliwienia Zamawiającemu takiego dostępu i kontaktu, w terminie wskazanym przez Zamawiającego. Celem Audytu opisanego w niniejszym punkcie jest weryfikacja realizacji przez Wykonawcę Usługi zgodnie z Umową. (...)

5.3.6. W trakcie przeprowadzania Audytu Wykonawca jest zobowiązany do udostępnienia Zamawiającemu wszystkich informacji będących w jego posiadaniu i związanych z realizacją Umowy lub mających wpływ na jej realizację, w tym informacji; które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Udostępniając takie informacje Wykonawca może zastrzec ich poufność zgodnie z postanowieniami punktu 16 Umowy. (...)

5.3.8. Zamawiający może zlecić przeprowadzenie Audytu wskazanemu przez siebie podmiotowi. Uprawnienia Zamawiającego przewidziane w pkt 5.3 stosuje się odpowiednio do podmiotu wskazanego do przeprowadzenia Audytu.”

O ile zrozumiałe są postanowienia umożliwiające przeprowadzenie audytu prac Wykonawcy w czasie ich wykonywania, to z całą pewnością zbyt daleko idące jest żądanie Zamawiającego, aby Wykonawca był zobowiązany udostępniać „praktyki i procedury jakie były wykorzystywane przez Wykonawcę oraz podwykonawców do świadczenia Usługi” dowolnej stronie trzeciej oraz, aby taki audyt mógł zostać wykonany już po zakończeniu Umowy.

Podkreślić należy, że wskazane przez zamawiającego „praktyki i procedury” w każdym przypadku będą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy. Tym samym Wykonawca jest uprawniony do żądania, aby dostęp do nich był odpowiednio regulowany w Umowie, poprzez ograniczenie podmiotów, które będą miały do nich dostęp. Tymczasem zamawiający w umowie zawarł regulację: „Zamawiający może zlecić przeprowadzenie Audytu wskazanemu przez siebie podmiotowi” - oznacza to, że audytorem może być podmiot, który prowadzi działalność konkurencyjną wobec Wykonawcy i uzyskane w trakcie audytu informacje może wykorzystać w prowadzeniu własnej działalności. A zatem obecna regulacja stanowi naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż zamawiający wymaga, aby wykonawca przekazał swoją tajemnicę przedsiębiorstwa dowolnej osobie trzeciej, w tym także swojemu konkurentowi.

Dodatkowo Zamawiający w pkt 5.3.1 wzoru Umowy zastrzega sobie możliwość przeprowadzenia audytu w okresie trwania Umowy oraz przez 6 miesięcy po jej zakończeniu. Jednocześnie w tym samym punkcie Umowy:

„Zamawiający będzie uprawniony do dostępu oraz kontaktu ze wszystkim pracownikami oraz współpracownikami którzy pracowali (na podstawie umowy o pracę) lub współpracowali (faktycznie lub na podstawie umowy cywilnoprawnej) z Wykonawcą w bezpośrednim związku ze świadczeniem Usług, a Wykonawca zobowiązany jest do bezwzględnego umożliwienia Zamawiającemu takiego dostępu i kontaktu, w terminie wskazanym przez Zamawiającego”.

O ile zobowiązanie takie jest zrozumiałe w trakcie trwania umowy, o tyle „przez 6 miesięcy po jej zakończeniu” wymaga od Wykonawcy podpisania odpowiednich umów z podwykonawcami i współpracownikami, na podstawie których dostęp wymagany przez Zamawiającego byłby możliwy. Umowy takie oczywiście powodują powstawanie dodatkowych kosztów, które wpływają na wartość oferty. Co więcej - żądanie takie jest zupełnie nieuzasadnione z punktu widzenia realizacji umowy. Zamawiający nie wskazał, jaki jest cel przeprowadzania audytu już po zakończeniu realizacji umowy. Nie wskazał też podstawy prawnej przeprowadzania takiego audytu. Skoro umowa została zakończona, to należy uznać, że strony podpisały protokół końcowy odbioru. Protokół taki potwierdzać

będzie należyłą realizację Umowy. SIWZ nie określa, jaki właściwie miały być cel przeprowadzania audytu już po odbiorze od Wykonawcy przedmiotu umowy.

Powyższe postanowienia naruszają przepis art. 29 ust. 2 ustawy, gdyż opis uprawnień zamawiającego narusza uczciwą konkurencję. Zamawiający dopuszcza bowiem sytuację, w której podmioty konkurencyjne wobec wykonawcy pozyskają jego tajemnicę przedsiębiorstwa. Z kolei określanie obowiązków wykonawcy w okresie wykraczającym poza zakres obowiązywania umowy powoduje, że przedmiot zamówienia opisany jest w sposób niejasny i niejednoznaczny. Nie wiadomo bowiem, jak właściwie Wykonawca ma określić swoje wynagrodzenie za wykonanie obowiązków, które miały realizować po zakończeniu umowy.

Odwołujący wniósł o:

1) Zmianę zapisów pkt 5.3.8 w taki sposób, aby audyt mogły prowadzić wyłącznie podmioty które nie prowadzą działalności konkurencyjnej względem Wykonawcy np. Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji;

2) Ograniczenie możliwości przeprowadzenia audytu do okresu trwania umowy.

#### **4. Załącznik nr 9 do SIWZ - Wzór Umowy, pkt 5.7.3 (str. 14) - dokumentowanie pracochołności modyfikacji.**

W pkt 5.7.3 wzoru Umowy Zamawiający zawarł zobowiązanie Wykonawcy do prowadzenia rejestru czasu pracy poświęconego na wykonywanie poszczególnych produktów Modyfikacji:

„5.7.3. Wykonawca zobowiązany jest do prowadzenia rejestru czasu poświęcanego na wykonanie poszczególnych Produktów w ramach Modyfikacji z dokładnością do jednej godziny zegarowej. Zamawiający uprawniony jest do żądania od Wykonawcy przekazania raportów zawierających rejestr czasu pracy w odniesieniu do poszczególnych Produktów lub Modyfikacji. Wykonawca prześle Zamawiającemu raport w terminie 7 dni od otrzymania żądania. Raporty zostaną przekazane na piśmie i będą zawierać własnoręczne podpisy osób, które wykonywały prace, przy poszczególnych zakresach prac.”

Zgodnie z zapisami wzoru Umowy, Modyfikacje wyceniane są poprzez punkty funkcyjne IFPUG i ich cena nie jest uzależniona bezpośrednio od poświęconego na ich wykonanie czasu pracy, ale od wskazanej w ofercie ceny za punkt funkcyjny IFPUG i liczby punktów. W związku z tym, czas jaki Wykonawca poświęcił na wytworzenie określonej funkcjonalności nie ma znaczenia dla realizacji Umowy czy też dla kontroli przez Zamawiającego prawidłowości realizacji Umowy przez Wykonawcę. Zatem sama konstrukcja Umowy nie uzasadnia przedmiotowego żądania Zamawiającego i tworzenia po stronie Wykonawcy kolejnego obowiązku. Zamawiający nie wskazał też w SIWZ, czemu właściwie

miałyby służyć przedkładane raporty zawierające rejestr czasu pracy, w dodatku własnoręcznie podpisane przez poszczególnych członków zespołu. Żądanie takie miałyby sens tylko wtedy, gdyby Zamawiający w SIWZ wymagał realizacji Modyfikacji wyłącznie przez konkretny Zespół, np. wskazany w ofercie oraz gdyby wynagrodzenie Wykonawcy było pochodną czasu pracy poświęconego na realizację Modyfikacji przez konkretne osoby. Tymczasem takich zapisów w SIWZ nie ma, zaś sam Zamawiający zdecydował się na rozliczanie Modyfikacji nie poprzez roboczogodziny, ale poprzez punkty funkcyjne. Zatem przedmiotowa regulacja narusza przepis art. 29 ust. 1 ustawy, gdyż opisuje obowiązki wykonawcy w sposób niejednoznaczny i niejasny. Zamawiający nie może tworzyć obowiązków Wykonawcy, które nie mają żadnego znaczenia dla realizacji przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo, w przypadku prowadzenia przez Wykonawcę prac w zespołach rozproszonych (w różnych lokalizacjach) przygotowywanie raportów zawierających własnoręczne podpisy osób wykonujących prace jest skomplikowane logistycznie i powoduje nieuzasadnione zwiększenie kosztów, a tym samym wzrost ceny zawartej w ofercie. Takie zapisy naruszają też dyscyplinę finansów publicznych - Zamawiający tworzy zupełnie niepotrzebne obowiązki po stronie Wykonawcy, obowiązki, które nie mają znaczenia dla realizacji przedmiotu zamówienia. Tymczasem każdy wykonawca musi ująć w cenie oferty koszty związane z realizacją takich obowiązków.

Odwołujący wniósł o wykreślenie punktu 5.7.3.

#### **5. Załącznik nr 9 do SIWZ - Wzór Umowy, pkt 6.14 (str. 16) - obowiązki Wykonawcy w Okresie Przejściowym**

SIWZ w pkt.6.14 i 6.15 wzoru Umowy określa zobowiązania Wykonawcy w sposób następujący:

„6.14 Wykonawca w trakcie Okresu Przejściowego jest zobowiązany do weryfikacji, czy przejmowany przez niego System Informatyczny nie posiada wad i czy poprzedni wykonawca przekazał Wykonawcy wszelkie informacje, które będą potrzebne do należytego świadczenia Usług. Jeżeli Wykonawca stwierdza istnienie wady lub brak informacji, które są potrzebne do należytego świadczenia Usług, to jest zobowiązany, aby w trakcie Okresu Przejściowego zgłosić taki brak Zamawiającemu oraz żądać usunięcia wady i lub dostarczenia informacji potrzebnych do należytego świadczenia Usług od poprzedniego wykonawcy. Nieusunięcie wad lub niedostarczenie informacji, o których mowa w poprzednim zdaniu, nie zwalnia Wykonawcy z zobowiązania do należytego świadczenia Usług.

6.15. Strony zgodnie postanawiają, że brak zgłoszenia żądań usunięcia wady lub dostarczenia informacji potwierdza przekazanie Wykonawcy Systemu Informatycznego wraz

ze wszystkimi informacjami (w tym Dokumentacją} w stanie, który umożliwiają należyte świadczenie Usług po Okresie Przejściowym. Po zakończeniu Okresu Przejściowego Wykonawca jest odpowiedzialny za wszelkie wady Systemu informatycznego i Dokumentacji. Po zakończeniu Okresu Przejściowego Wykonawca staje się odpowiedzialny również za te wady lub braki informacji, które zostały zgłoszone przez Wykonawcę zgodnie z punktem 6.14 Umowy i nie zostały usunięte przez Zamawiającego lub poprzedniego wykonawcę."

Taka konstrukcja zobowiązań powoduje, że ich zakres staje się otwarty i nieokreślony, gdyż w chwili przygotowywania oferty nie jest znana jakość Systemu Informatycznego. Oczywistym powinno być, że Wykonawca nie może odpowiadać za błędy popełnione przez innych wykonawców w produktach odebranych przez Zamawiającego na podstawie innych umów. Oczywiście, w przypadku powzięcia wiedzy o istnieniu takich błędów Wykonawca powinien je zgłosić Zamawiającemu, ale to rolą Zamawiającego jest spowodowanie ich usunięcia i przekazanie Systemu wolnego od wad. Zrozumiałym jest także, że okres na zgłaszanie spostrzeżonych wad nie może trwać w nieskończoność, a co za tym idzie oczywistym jest ograniczenie czasu, w którym Wykonawca może wykazywać wady innych wykonawców. Niemniej, zgłoszenie wady powinno wiązać się ze zwolnieniem odpowiedzialności za jej usunięcie. W ten sposób, Zamawiający zyskuje w nowym Wykonawcy swoistego „testera”, który zmotywowany jest, aby dokładnie zweryfikować jakość przejmowanego Systemu, To Zamawiający posiada narzędzia (np. w postaci gwarancji) do usunięcia ujawnionych w takim procesie wad. Brak zwolnienia Wykonawcy za ujawnione przez niego wady skutkować może natomiast zupełnie przeciwnym efektem - motywacja Wykonawcy do ujawniania wad jest zdecydowanie niższa, gdyż musi się on liczyć z faktem, że to do niego należeć będzie jej usunięcie.

W pierwszej kolejności zaznaczyć jednak należy, że taka konstrukcja powoduje, że zakres zamówienia jest otwarty. Nie sposób jest bowiem w chwili obecnej stwierdzić jakiej jakości jest System Informatyczny. Nie sposób jest także ocenić, ile takich wad może się ujawnić i jak kosztowne może być ich usunięcie, a Wykonawca musi przyjąć, że jest to jego zobowiązaniem. Zatem w tym przypadku mamy do czynienia z otwartym i niepełnym zakresem przedmiotu umowy w zakresie świadczonych usług. Zamawiający nienależycie opisał przedmiot umowy, co narusza przepis art. 29 ust. 1 ustawy.

Nie bez znaczenia jest także fakt, że co prawda wykonawca mógłby liczyć, iż zgłoszenie wady zrealizowane zgodnie z pkt. 6.14 powinno skutkować regresem Zamawiającego wobec wykonawcy, który zobowiązany jest do jej usunięcia, to jednak brak zwolnienia Wykonawcy z obowiązku należytego świadczenia usług w takim przypadku spowoduje, że będzie on zmuszony podjąć samodzielne działania zmierzające do jej

usunięcia nie czekając na jej usunięcie przez Zamawiającego. Oznacza to, że Zamawiający de facto zapłaci dwukrotnie za tę samą usługę - zarówno przez Wykonawcę zobowiązanego do należytego świadczenia usług, jak i wykonawcę utworu obarczonego wadą. Stoi to w sprzeczności z dyscypliną wydatkowania finansów publicznych.

Odwołujący żądał wprowadzenia następujących zmian we wzorze Umowy:

„6.14 Wykonawca w trakcie Okresu Przejściowego jest zobowiązany do weryfikacji czy przejmowany przez niego System Informatyczny nie posiada wad i czy poprzedni wykonawca przekazał Wykonawcy wszelkie informacje, które będą potrzebne do należytego świadczenia Usług. Jeżeli Wykonawca stwierdza istnienie wady lub brak informacji, które są potrzebne do należytego świadczenia Usług, to jest zobowiązany, aby w trakcie Okresu Przejściowego zgłosić taki brak Zamawiającemu oraz żądać usunięcia wady lub dostarczenia informacji potrzebnych do należytego świadczenia Usług od poprzedniego wykonawcy. Nieusunięcie wad lub niedostarczenie informacji, o których mowa w poprzednim zdaniu, nie zwalnia Wykonawcy z zobowiązania do należytego świadczenia Usług, z wyłączeniem Usług w zakresie ujawnionych wad, do czasu ich usunięcia.

6.15 Strony zgodnie postanawiają, że brak zgłoszenia żądań usunięcia wady lub dostarczenia informacji potwierdza przekazanie Wykonawcy Systemu Informatycznego wraz ze wszystkimi informacjami (w tym Dokumentacją) w stanie, który umożliwiają należyte świadczenie Usług po Okresie Przejściowym. Po zakończeniu Okresu Przejściowego Wykonawca jest odpowiedzialny za wszelkie wady Systemu informatycznego i Dokumentacji. ~~Po zakończeniu Okresu Przejściowego Wykonawca staje się odpowiedzialny również za te wady lub braki informacji, które zostały zgłoszone przez Wykonawcę zgodnie z punktem 6.14 Umowy i nie zostały usunięte przez Zamawiającego lub poprzedniego wykonawcę.~~”

#### **6. Załącznik nr 9 do SIWZ – wzór umowy, pkt 15.7 (str. 27) – wspieranie nowego wykonawcy.**

W pkt 15 wzoru Umowy Zamawiający zawarł postanowienia związane z przekazywaniem Usług Zamawiającemu lub nowemu wykonawcy. Jednym z tych postanowień jest pkt 15.7: wspieranie nowego wykonawcy.

„15.7. Przez okres 3 miesięcy od daty zakończenia świadczenia Usług i przekazania Usług nowemu wykonawcy lub Zamawiającemu; Wykonawca jest zobowiązany do udzielenia wyjaśnień, przekazywania informacji oraz w uzasadnionym zakresie, do wspierania Zamawiającego lub nowego wykonawcy w świadczeniu Usług.”

O ile w ramach przekazywania Usług nowemu wykonawcy w okresie końcowym realizacji Umowy zrozumiałe jest udzielanie wyjaśnień i przekazywanie informacji, a nawet

wspieranie Zamawiającego, to zupełnie niezrozumiałe jest obowiązek świadczenia takich usług już po zakończeniu Umowy, a do tego wskazanie, że Wykonawca ma wspierać nowego wykonawcę. Nowy wykonawca będzie przecież wyłoniony w nowym postępowaniu, będzie dysponował odpowiednią wiedzą i doświadczeniem oraz zapewne odbędzie odpowiednie przeszkolenie (analogicznie do obecnych postanowień SIWZ). Co więcej nowemu wykonawcy będzie przysługiwał zapewne Okres Przejściowy, w którym właśnie będzie nabywał dodatkową wiedzę o systemie. A mimo to Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę do transferu wiedzy w tym właśnie okresie.

Wskazać też należy, że analogiczny obowiązek nie ciąży na obecnym wykonawcy, tj. firmie DXC (następca prawny HP Polska). Nie jest zatem zrozumiałe, dlaczego nagle Zamawiający uznał, że konieczne jest, aby Wykonawca wspierał bezpośrednio innego wykonawcę.

Niezrozumiałe jest zobowiązanie Wykonawcy do wspierania w świadczeniu Usług nowego wykonawcy, który jest przecież podmiotem prowadzącym konkurencyjną działalność. I co więcej-aby usługi te były świadczone przez Wykonawcę za darmo - a to wobec faktu, że już po zakończeniu Umowy, gdy Wykonawca nie będzie otrzymywał wynagrodzenia.

Narusza to przepis art. 29 ust. 1 jak i art. 29 ust. 2 ustawy, Wykonawca nie może w oparciu o obecne postanowienia SIWZ złożyć oferty, gdyż nie wie, jak właściwie miałby wycenić swoje usługi świadczone po zakończeniu Umowy. Co więcej - Zamawiający oczekuje, aby Wykonawca, z naruszeniem art. 29 ust. 2 Ustawy PZP wspierał swoją konkurencję w realizacji obowiązków umownych, do wykonywania których samodzielnie zobowiązuje się składając świadomie ofertę.

Odwołujący wniósł o zmianę pkt 15.7 w sposób następujący:

„15.7. W okresie obowiązywania Umowy Wykonawca jest zobowiązany do udzielenia wyjaśnień, przekazywania informacji oraz w uzasadnionym zakresie oraz do wspierania Zamawiającego w świadczeniu Usług.”

#### **7. Załącznik nr 2B do wzoru Umowy, pkt 2.3.2.4 (str. 1) pkt 2.7 (str. 2) – odpowiedzialność Wykonawcy za Wady Dokumentacji wytworzonej przez innych wykonawców.**

SIWZ w ww. punktach określa zobowiązania Wykonawcy w sposób następujący:

„2.3 W celu uniknięcia wątpliwości Strony potwierdzają, że usuwanie Wad Dokumentacji i dokumentacji projektowej realizowane jest przez Wykonawcę w ramach wynagrodzenia ryczałtowego bez względu na to czy Wykonawca ponosi odpowiedzialność za powstanie Wady Dokumentacji.”

„2.4 W trakcie obowiązywania Umowy Wykonawca zobowiązany jest do ciągłej weryfikacji i uzupełniania całej Dokumentacji zgodnie z zasadami określonymi w Załącznikach nr 4B, 4D oraz 4F-4H do Umowy.”

„2.7. Obowiązki opisane w niniejszym Załączniku obejmują całość Dokumentacji, tym Dokumentację przekazaną na dzień rozpoczęcia świadczenia Usług według stanu jej przekazania, dokumentację wytwarzaną przez Wykonawcę, przekazywaną Wykonawcy przez Zamawiającego oraz inne podmioty, w tym podmioty świadczące Usługi należące do innych grup Usług.”

Jednocześnie definicja Dokumentacji brzmi:

„2.1.9. Dokumentacja - oznacza kompletny zestaw opisów, rysunków i innych informacji, koniecznych do instalacji, odtworzenia, działania, użytkowania, utrzymania oraz rozwoju Systemu Informatycznego, w tym Dokumentację Techniczną, Użytkownika, Analityczną i Administratora; wykonane w ramach Usług poszczególne dokumenty stanowią składowe Dokumentacji”

Zamawiający nie dołączył do SIWZ Dokumentacji. W pkt 1.1.1. SIWZ wskazano, że dokumentacja i kody źródłowe do systemu ZSIK, IACSPPlus, GIS, SIZ, PZSIPPlus, eWniosekPlus stanowią część SIWZ o poufnym charakterze i zostaną przekazane Wykonawcom w trybie wskazanym w SIWZ. Należy zatem przyjąć, że w/w dokumentacja jest pełną i całościową dokumentacją Systemu Informatycznego, wykonawcy nie są związani inną dokumentacją i tylko na podstawie przekazanej dokumentacji i SIWZ wykonawcy mają sporządzić oferty. Tymczasem opisując przedmiot zamówienia Zamawiający nie odwołał się w ogóle do przedmiotowych postanowień SIWZ i do zakresu udostępnionej dokumentacji. Brak takiego odwołania w definicji Dokumentacji jest oczywistym naruszeniem przepisu art. 29 ust. 1 Ustawy PZP Opis przedmiotu zamówienia musi zawierać wszystkie informacje, które mają wpływ na sporządzenie oferty. Podstawowym dokumentem jest zawsze dokumentacja systemu. Tylko bowiem w oparciu o taką dokumentację Wykonawca może określić zakres swoich obowiązków oraz koszty związane z ich realizacją. Tym samym Zamawiający powinien tak stworzyć definicję Dokumentacji, aby wiadomo było, że Dokumentacja obejmuje tylko te dokumenty udostępnione zgodnie z SIWZ.

Zamawiający powinien też udostępnić w w/w trybie dokumentację w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne do sporządzenia oferty - czyli *de facto* całość dokumentacji dla Systemu Informatycznego. Tymczasem Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu w ramach wykonania złożonego wniosku całości takiej dokumentacji, np. nie udostępniono dokumentacji administratora oraz dokumentacji technicznej aplikacji eWniosekPlus. pomimo iż jest ona wskazana jako dokumentacja, która podlega przekazaniu. Zamawiający nie wskazał, dlaczego akurat tej części dokumentacji nie udostępnił. Takie zaniechanie

Zamawiającego skutkuje domniemaniem, że Zamawiający nie jest w posiadaniu takiej dokumentacji, gdyż nie została ona wytworzona przez obecnego wykonawcę, firmę DXC pomimo iż system eWniosekPlus jest częścią Systemu Informatycznego i ma być objęty utrzymaniem przez Wykonawcę. Zaniechanie takie uniemożliwia wykonawcom innym niż DXC oszacowanie ceny oferty. Można też spodziewać się, że Zamawiający w ramach niniejszego zamówienia zażąda wytworzenia takiej dokumentacji od wykonawcy, zgodnie z przytoczonymi powyżej zapisami SIWZ. Byłoby to niedopuszczalne o tyle, że firma DXC otrzymała zlecenie zarówno na wytworzenie samego systemu eWniosek Plus, jak i jego dokumentacji. Jeśli zlecenie zostało odebrane i system eWniosekPlus stał się częścią Systemu Informatycznego, to należałoby z tego wnioskować, że także dokumentacja do tego systemu została wykonana. Zamawiający zatem powinien przekazać Wykonawcom także dokumentację administratora oraz dokumentację techniczną aplikacji eWniosekPlus.

Kolejną niejasnością SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia jest kwestia aplikacji Portalu IRZplus. Otóż w pkt 1.1.1. SIWZ Zamawiający w ogóle nie wymienił dokumentacji aplikacji Portalu IRZplus. Należy z tego wnioskować, że aplikacja ta nie jest objęta przedmiotem zamówienia. Tymczasem w SIWZ Zamawiający wymaga wskazania w Formularzu ofertowym w tabeli 1 kosztów realizacji usług w zakresie aplikacji Portal IRZplus. Ponadto w załączniku nr 0 do umowy w pkt 1.8 Zamawiający wymienił i opisał aplikację Portal IRZplus. Zatem z kolei z tych postanowień SIWZ wynika, że jednak Zamawiający uważa, że aplikacja Portal IRZplus jednak jest objęta przedmiotem zamówienia. Z całą pewnością obecnie SIWZ jest wewnętrznie sprzeczny i nie zawiera wszystkich informacji, które są niezbędne do sporządzenia oferty, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy.

Wykonawca nie powinien odpowiadać za błędy popełnione uprzednio przez innych wykonawców przy tworzeniu Dokumentacji. Rolą Zamawiającego jest udostępnienie Dokumentacji wolnej od wad. Zwłaszcza, że za wykonanie takiej dokumentacji poprzedni wykonawcy otrzymali wynagrodzenie, zatem mają obowiązek wykonać ją należycie. Zaś w przypadku, gdy poprzedni wykonawca wykonał nienależycie jakąś część dokumentacji to Zamawiający po prostu nie powinien jej odebrać i nie powinien włączać w zakres oficjalnej dokumentacji systemu.

Dodatkowo zobowiązanie Wykonawcy do usuwania wszelkich wad Dokumentacji powoduje zwolnienie innych wykonawców z obowiązku naprawy takich wad z tytułu gwarancji. Odwołujący nie widzi powodu, aby jasno i bezspornie wykazane usterki tej Dokumentacji miałyby obciążać przyszłego Wykonawcę, a nie wykonawcę dotychczasowego, który je spowodował. Jest to kolejny przykład faworyzowania przez Zamawiającego firmy DXC.

Dodatkowo, o ile zobowiązanie do świadczenia Usługi G2U2 - Usługa Zarządzania Kodem i Dokumentacją, jest zrozumiałe po zakończeniu Okresu Przejściowego i rozpoczęciu świadczenia Usługi, to niezrozumiałe jest zobowiązanie Wykonawcy do świadczenia tej usługi w Okresie Przejściowym, podczas którego Wykonawca będzie wykonywał tylko prace przygotowujące go do pełnego i sprawnego świadczenia wszystkich Usług objętych Umową. W tym czasie dotychczasowy wykonawca (firma DXC) będzie świadczył swoje usługi, do których zobowiązany jest na podstawie umowy zawartej z Zamawiającym. Tymczasem obecne postanowienia SIWZ wskazują, że wolą Zamawiającego jest zwolnienie firmy DXC z wykonywania takich obowiązków.

W sytuacji, gdy SIWZ nie zawiera pełnej Dokumentacji Systemu Informatycznego, za którą Wykonawca ma wziąć pełną odpowiedzialność w ramach świadczenia Usługi Zarządzania Kodem i Dokumentacją, niemożliwe jest pozyskanie informacji niezbędnych do przygotowania oferty. Taka konstrukcja powoduje, że zakres zamówienia jest otwarty. Nie sposób jest bowiem w chwili obecnej określić zakres zobowiązań Wykonawcy. Zatem w tym przypadku mamy do czynienia z otwartym i niepełnym zakresem przedmiotu umowy w zakresie świadczonych usług. Zamawiający nienależycie opisał przedmiot umowy, co narusza przepis art. 29 ust. 1 ustawy.

Odwołujący żądał, aby Zamawiający wprowadził zmiany w Załączniku nr 2B do wzoru Umowy, które pozwolą na realne konkurowanie z obecnym wykonawcą innym oferentom zainteresowanym pozyskaniem zamówienia:

1) Zmianę pkt 2.1.9. w sposób następujący:

„Dokumentacja - oznacza kompletny zestaw opisów, rysunków i innych informacji; koniecznych do instalacji, odtworzenia; działania; użytkowania, utrzymania oraz rozwoju Systemu Informatycznego, w tym Dokumentację Techniczną, Użytkownika, Analityczną i Administratora, przekazane Wykonawcy przez Zamawiającego w trybie wskazanym w pkt 1.1.1. SIWZ. Wykonane w ramach Usług poszczególne dokumenty stanowią składowe Dokumentacji;

2) Wskazanie w pkt 1.1.1. SIWZ, że przekazaniu podlega także dokumentacją administratora oraz dokumentacja techniczna aplikacji eWniosekPlus. dokumentacji do aplikacji Portal IRZplus oraz przekazanie tej dokumentacji;

3) Usunięcie sprzeczności SIWZ w zakresie aplikacji Portal IRZplus - według wyboru Zamawiającego:

a. usunięcia z SIWZ wszystkich postanowień dotyczących aplikacji Portal IRZplus; albo

b. Wskazanie w pkt 1.1.1. SIWZ, że przekazaniu podlega także dokumentacja do aplikacji Portal IRZplus oraz przekazanie tej dokumentacji;

4) Usunięcie pkt 2.3;

5) Zmianę treści pkt. 2.4 na następującą:

„2.4. W trakcie świadczenia Usług Wykonawca zobowiązany jest do ciągłej weryfikacji i uzupełniania całej Dokumentacji zgodnie z zasadami określonymi w Załącznikach nr 4B, 4D oraz 4F-4H do Umowy”

6) Zmianę treści pkt. 2.7. na następującą:

„2.7. Obowiązki opisane w niniejszym Załączniku obejmują Dokumentację przekazaną na dzień rozpoczęcia świadczenia Usług według stanu jej przekazania, dokumentację wytwarzaną przez Wykonawcę, przekazywaną Wykonawcy przez Zamawiającego oraz inne podmioty, w tym podmioty świadczące Usługi należące do innych grup Usług, przy czym Wykonawca nie ponosi odpowiedzialność za Wady Dokumentacji spowodowane przez innych wykonawców i Zamawiającego.”

## **8. Załącznik nr 10 do SIWZ przedstawiono opis Środowisk**

W załączniku nr 10 SIWZ przedstawiono opis Środowisk, a jednocześnie Zamawiający zastrzega sobie prawo do jednostronnej zmiany Mocy Obliczeniowej tych Środowisk, m.in w ramach następujących zapisów:

„1.2. Zamawiający ma prawo do zmiany Mocy Obliczeniowej Środowisk dla każdej Aplikacji w stosunku do Mocy Obliczeniowej wynikającej z niniejszego Załącznika. Moc Obliczeniowa określana jest jako liczba core lub VCPU (liczba fizycznych lub wirtualnych procesorów), dalej: „Moc Obliczeniowa”. Zmiana Mocy Obliczeniowej może zostać dokonana w dowolny sposób, również poprzez usunięcie lub dodanie nowych serwerów wraz z zainstalowanym oprogramowaniem. Zmiana Mocy Obliczeniowej nie wymaga zmiany niniejszego Załącznika. Zamawiający notyfikuje Wykonawcę o zmianie w formie dokumentowej.

1.3. Zmiany (tj. zmniejszenie lub zwiększenie) Mocy Obliczeniowej Środowisk danej Aplikacji do 20% w stosunku do Mocy Obliczeniowej wynikającej z niniejszego Załącznika nr 10, pozostaje bez wpływu na wynagrodzenie wskazane w Załączniku nr 8 do Umowy.

1.6 Limit zmiany wysokości wynagrodzenia (miesięcznego ryczału) dla Usługi Administracji Środowiskami oraz Usługi Monitorowania Dostępności i Wydajności wynosi 30% od wyjściowej wartości wynagrodzenia (miesięcznego ryczału) za Usługi Administracji Środowiskami oraz Usługi Monitorowania Dostępności i Wydajności oddzielnie, osobno dla każdej Aplikacji. Oznacza to, że jeżeli Zamawiający zwiększy Moc Obliczeniową o 60%, to wynagrodzenie Wykonawcy wzrośnie o 30%. Odpowiednio, jeżeli Wykonawca zmniejszy Moc Obliczeniową o 70%. wówczas wynagrodzenie Wykonawcy zostanie obniżone o 30%.”

Przedstawione w Załączniku nr 10 do wzoru Umowy mechanizmy zwiększania Mocy Obliczeniowej Środowisk w powiązaniu ze zmianą wynagrodzenia Wykonawcy można uznać w świetle PZP za dopuszczalne. Zwiększenie Mocy Obliczeniowej może bowiem wynikać ze zmiany stosunków po stronie Zamawiającego w okresie realizacji Umowy. Zamawiający powinien być zatem uprawniony do dokonania takiej zmiany, jeśli jest ona na korzyść Zamawiającego.

Niedopuszczalne są natomiast zmiany polegające na zmniejszaniu Mocy Obliczeniowej Środowisk w toku realizacji Umowy, a tym bardziej - w drodze jednostronnej decyzji Zamawiającego. Zaznaczyć tutaj należy, że w ramach niniejszej umowy Wykonawca zobowiązany jest zapewnić wydajność działania funkcji Systemu Informatycznego na odpowiednim poziomie, spadek wydajności utrzymywanego przez Wykonawcę Systemu Informatycznego skutkował będzie Zgłoszeniami Błędów lub Awarii, dla których Wykonawca w określonym reżimie SLA zobowiązany będzie dostarczyć rozwiązanie. I dla takich wymagań SIWZ Wykonawca określa swoje zobowiązania, koszty konieczne do ich zrealizowania, zapewnia zespół, itp. Co więcej Moc Obliczeniowa Środowisk pozostaje w bezpośrednim związku z wydajnością Oprogramowania Bazowego, które z tych środowisk korzysta. Obniżanie Mocy Obliczeniowej Środowisk przez Zamawiającego będzie się więc wprost przekładało na zwiększenie poziomu odpowiedzialności oraz zakresu prac do wykonania po stronie Wykonawcy, a dla pewnego poziomu zmian dostarczanie skutecznych rozwiązań dla zgłaszanych problemów wydajnościowych może wręcz okazać się niemożliwe do zrealizowania. Tym samym każde zmniejszenie Mocy Obliczeniowej musiałoby wiązać się ze zmianą szeregu innych postanowień Umowy. Obecnie SIWZ nie przewiduje takich postanowień. Tym samym sama możliwość zmniejszenia Mocy Obliczeniowej przez Zamawiającego narusza przepis art. 29 ust. 1 ustawy, Wykonawca nie wie bowiem, kiedy i w jakim zakresie taka zmiana nastąpi. A ma się ona przełożyć na zmniejszenie jego wynagrodzenia. Wykonawca nie może zatem w oparciu o obecne brzmienie SIWZ dokonać rzetelnego szacowania oferty.

Odwołujący wnioskował o taką zmianę zapisów Załącznika nr 10, aby dla propozycji Zamawiającego dotyczących zmniejszania Mocy Obliczeniowej Środowisk wprowadzić zapisy mówiące o tym, że wprowadzenie każdej takiej zmiany wymaga uzgodnienia z Wykonawcą, oraz że Strony w drodze uzgodnień będą ustalały sposób wprowadzenia zmiany, jej wpływ na poziom gwarantowanych parametrów usług oraz wynagrodzenie Wykonawcy.

**9. Załącznik do wzoru Umowy - Podręcznik stosowania metody Punktów Funkcyjnych IFPUG w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa.**

Zamawiający w SIWZ Rozdział XI, w pkt 1.1 wprowadził kryterium „cena”, w pkt 1.4 wprowadził kryterium „deklarowany czas przekazania oprogramowania Modyfikacji (...)” - wspólnym i integralnym elementem tych kryteriów jest pojęcie Punktu Funkcyjnego IFPUG.

Oferowana cena za realizację jednego Punktu Funkcyjnego IFPUG, jak i deklarowany czas realizacji Modyfikacji o określonym rozmiarze w Punktach Funkcyjnych IFPUG stanowi istotną część oceny oferty.

Zamawiający zawarł w SIWZ Podręcznik stosowania metody Punktów Funkcyjnych IFPUG w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa.

Metoda Punktów Funkcyjnych IFPUG jest metoda pomiaru złożoności (ilości) oprogramowania i jest zgodna z normą ISO/IEC 14143 - jest zatem uznana w branży za metodę obiektywnego pomiaru „ilości” oprogramowania. Metoda ta zatem może być wykorzystywana do obiektywnego porównywania cen i efektywności produkcji „ilości” oprogramowania.

Z treści tego Podręcznika jednoznacznie wynika, że Zamawiający stosuje rozszerzoną, własną interpretację metody punktów funkcyjnych IFPUG, co oznacza, że wybrana metoda pomiaru „ilości” oprogramowania przez Zamawiającego nie jest zgodna z normą ISO/IEC 14143, która to norma jednoznacznie wskazuje jakie metody pomiaru „ilości” oprogramowania są uznane za obiektywne, a zatem mogące służyć do transparentnego dla stron porównywania ceny i efektywności wyprodukowania danej „ilości” oprogramowania.

W Podręczniku stosowania metody (...), rozdział Wstęp, Zamawiający jawnie stwierdza fakt stosowania własnej interpretacji metody IFPUG, wykraczającej poza normę ISO/IEC 14143 (podkreślenia Odwołującego):

„Metodę PF IFPUG stosuje się w ARiMR zgodnie z zasadami opisanymi w dokumencie „Function Point Counting Practices Manual” w wersji 4.3.1 publikowanym przez organizację IFPUG między innymi w języku angielskim/ a także publikacji organizacji NESMA (Netherlands Software Metrics Association) rozszerzającej zasady opisane w w/w dokumencie: „Function Point Analysis for Software Enhancement” ([www.nesma.org](http://www.nesma.org), dokument dostępny w języku angielskim). Zasady opisane w publikacji organizacji NESMA mają zastosowanie dla szacowania zmian oprogramowania. Dokumenty te będą nazywane dokumentami bazowymi. Domyślnie wszystkie elementy opisane w dokumentach bazowych są stosowane w ARiMR, chyba że w podręczniku jawnie stwierdzono inaczej (np. że pewnych elementów metody się nie stosuje). Podręcznik może wprowadzać także elementy, które rozszerzają metodę opisaną w dokumentach bazowych”.

Odwołujący szanuje i respektuje prawo Zamawiającego do stosowania własnej rozszerzonej i rozbudowanej interpretacji metody IFPUG. W trosce jednakże o transparentność postępowania oraz obiektywność zrozumienia „ilości” oprogramowania w

jednym Punkcie Funkcyjnym IFPUG dla każdego z Wykonawców Odwołujący stwierdza, że niezbędnym jest, by Zamawiający dołączył do treści SIWZ dokumentację istniejącego modelu IFPUG oprogramowania będącego przedmiotem planowanych usług Modyfikacji. Brak dołączenia istniejącego modelu IFPUG uprzywilejowuje bowiem dotychczasowego wykonawcę, firmę DXC. Obecny wykonawca z racji wykonywania umowy zna po prostu ten model. A posiadanie tej wiedzy stanowi jego nieuzasadnioną przewagę konkurencyjną nad pozostałymi wykonawcami. Nie jest to naturalna przewaga konkurencyjna wynikająca z jego własnej wiedzy i doświadczenia. Istniejący u Zamawiającego model IFPUG jest bowiem własnością Zamawiającego, a nie firmy DXC.

Stosowane rozszerzenia metody zawarte w Podręczniku stosowania metody (...) są rozszerzeniami specyficznymi dla Zamawiającego i nie występującym i na rynku w innych przedsięwzięciach informatycznych. Przedmiotem postępowania jest rozwój istniejącego oprogramowania poprzez Modyfikację. Każda Modyfikacja bazować będzie na zmianie istniejącego oprogramowania, a „ilość” zmian tego programowania będzie wymiarowana, zgodnie z Podręcznikiem stosowania metody (...), poprzez wyznaczenie „ilości” zmian względem istniejącego oprogramowania. By Wykonawcy mogli właściwie ocenić miarę „ilości” oprogramowania zawartą w jednym Punkcie Funkcyjnym zdaniem Odwołującego niezbędne jest przeanalizowanie istniejącego modelu IFPUG oprogramowania Systemu Informatycznego Zamawiającego mającego podlegać Modyfikacji, gdyż ten istniejący model ustanawia (wyznacza) punkt odniesienia dla przyszłych pomiarów „ilości” zmian w ramach Modyfikacji.

Niezależnie od powyższej argumentacji model IFPUG istniejącego oprogramowania Systemu Informatycznego Zamawiającego stanowi dokumentację publiczną. Zatem zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. z 2001 Nr 112 poz. 1198 ze zm.) takie dokumenty powinny zostać udostępnione niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku. Odwołujący jednakże, zachowując sobie prawo do złożenia takiego wniosku, mając jednakże na względzie transparentność postępowania dla wszystkich Stron oraz maksymalną obiektywność kryterium oceny ofert, wnosi o dołączenie modelu IFPUG istniejącego oprogramowania Systemu Informatycznego do SIWZ. Przedmiotowy brak narusza art. 29 ust. 1 i 2 ustawy.

Odwołujący wniósł o zmianę SIWZ przez dołączenie do SIWZ pełnego modelu IFPUG oprogramowania Systemu Informatycznego Zamawiającego w postaci plików projektowych narzędzia Enterprise Architect i/lub raportów z tego narzędzia uwzględniających wszystkie elementy tego modelu.

**10. SIWZ, Rozdział III, pkt 1.2.2. - warunek udziału w postępowaniu w zakresie certyfikatu Oracle Certified Professional Java EE7 Application Developer.**

W Rozdz. III, pkt. 1.2.2 SIWZ Zamawiający wskazał podmiotowe warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami o określonym doświadczeniu i kompetencjach. Wykonawca musi m.in. wykazać, że dysponuje 2 osobami posiadającymi następujący certyfikat:

„1.2.2.3 dwoma Programistami Java Enterprise, z który każdy posiada:

1.2.2.3.2. certyfikat Oracle Certified Professional Java EE7 Application Developer lub Równoważny.

Według najlepszej wiedzy Odwołującego certyfikat Oracle Certified Professional Java EE7 Application Developer dostępny jest dopiero od końca czerwca 2018 roku. Wynika to z faktu, że sama firma Oracle wskazała, że dopiero od czerwca 2018 roku wystawia takie certyfikaty.

Oczywistym jest, że wymaganie posiadania przez członków dedykowanego zespołu certyfikatów, które są wydawane dopiero od czerwca 2018 roku jest warunkiem nadmiernym i naruszającym zasady uczciwej konkurencji. Obecnie nie istnieją nawet statystyki, które wskazują, ile osób pozyskało już taki certyfikat. Niemniej jednak słusznym jest twierdzenie, że takich osób jest niewiele. Nie są też obecnie wydawane żadne certyfikaty równoważne w tym zakresie, właśnie ze względu na zupełną nowość tego certyfikatu.

Można też przypuszczać, że certyfikat taki posiadają osoby wchodzące w skład zespołu obecnego wykonawcy - a to ze względu na okoliczność, iż technologia Oracle Java EE7 Application jest na bieżąco wykorzystywana przez firmę DXC u Zamawiającego. Firma DXC mogła zakładać, że taki certyfikat może być wymagany i w związku z tym już wcześniej pozyskała odpowiedni certyfikat. Wskazać należy, że brak certyfikatu nie jest jednoznaczny z brakiem odpowiedniego doświadczenia u danego specjalisty. Zamawiający może żądać wykazania się doświadczeniem w wykorzystywanej w Systemie technologii oraz posiadaniem certyfikatu dotyczącego poprzedniej wersji (Java EE 6), wystawianego od wielu lat.

Odwołujący wnosi o zmianę brzmienia punktu 1.2.23.2 w Rozdz. III SIWZ na:

„1.2.23.2. certyfikat Oracle Certified Expert Java EE6 lub równoważny,”

**11. SIWZ, Rozdział III, pkt 1.2.2. - warunek udziału w postępowaniu w zakresie wartości projektów, co do których należy wykazać się doświadczeniem.**

W punkcie 1.2.2. Zamawiający wskazał dla wszystkich członków zespołu, że muszą oni posiadać odpowiednie doświadczenie (inne dla każdego członka zespołu) zdobyte w każdym przypadku „przy realizacji zamówień o zakresie jak w pkt 1.2.1.1.”

Wskazać należy, że w pkt 1.2,1.1 Zamawiający określił warunek doświadczenia, jakie musi posiadać wykonawca, wskazując na projekt, który spełnia poniższe przesłanki:

„1.2.1.1. co najmniej trzy usługi, z których każda z nich o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00 zł brutto (słownie: pięć milionów złotych 00/100) (bez kosztów infrastruktury sprzętowej i licencji), z których każda polegała na: (i) wykonaniu analizy, zaprojektowaniu i wytworzeniu oprogramowania systemu informatycznego lub na (ii) rozbudowie systemu informatycznego obejmującej wykonanie analizy i wytworzenie oprogramowania, gdzie system w obu tych przypadkach (i) - (ii) spełniał łącznie następujące wymagania:

1.2.1.1.1. system został wykonany w technologii wielowarstwowej.

1.2.1.1.2. system został wykonany z wykorzystaniem relacyjnych baz danych.

1.2.1.1.3. system wykorzystywany był lub jest przez pracujących równocześnie minimum

300 użytkowników oraz posiadał ponad 3 000 użytkowników “

Powyższe wymagania są wymaganiami restrykcyjnymi, odpowiadającymi swoim zakresem systemowi objętemu przedmiotem zamówienia.

Tymczasem w pkt 1.2.2 Zamawiający postawił warunki dla członków zespołu, który ma realizować przedmiot zamówienia, wymagając osób do pełnienia różnych funkcji i w związku z tym posiadających różne doświadczenie. Nie jest zrozumiałe, dlaczego Zamawiający odwołuje się tutaj do projektu referencyjnego. Przykładowo - jeśli Zamawiający wymaga Analityka GIS czy Architekta rozwiązań ESB, to nie ma większego znaczenia, czy taki specjalista nabył swoje doświadczenie w projekcie o wartości 5.000.000 złotych wykorzystującym relacyjną bazę danych wykorzystywaną przez ponad 3000 użytkowników. Analityk GIS może bowiem nabyć większe doświadczenie w innym projekcie, będącym specjalistycznym projektem GISowym, a mającym np. mniejszą wartość czy też mającym mniej użytkowników. Ta uwaga dotyczy wszystkich specjalistów wskazanych w pkt 1.2.2.

Zamawiający nie wskazał w SIWZ przyczyn powiązania doświadczenia danego specjalisty z akurat takim projektem. Nie jest to zatem warunek proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a jest warunkiem nadmiernym. Dodatkowo należy wskazać, że kolejny raz Zamawiający preferuje w ten sposób obecnego wykonawcę, tj. firmę DXC, bowiem firma DXC posiada taki zespół z doświadczeniem w takim referencyjnym projekcie, gdyż system SI A spełnia te wszystkie wymagania.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o zmianę brzmienia punktu 1.2.2. w Rozdz. III SIWZ przez wykreślenie wszędzie zwrotu „przy realizacji zamówień o zakresie jak w pkt 1.2.1.1.”

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzuty opisane w pkt 2, 3,, 6, 7 w zakresie pkt 5 oraz zarzut z pkt 10. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołujący w piśmie procesowym z 18 października 2028 r. cofnął zarzut opisany w pkt 11.

### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

W toku postępowania odwoławczego zamawiający uwzględnił część zarzutów podniesionych w odwołaniach, część została wycofana przez odwołujących się wykonawców.

W związku z tym na rozprawę nie zostały skierowane zarzuty:

1. podniesione przez DXC Technology Sp. z o.o. (KIO 1896/18) opisane jako 1.4, 1.5, 1.6, 1.8, 2.4., 5.1, 6.3. oraz zarzut 6.1 w części dotyczącej pkt 5.2.1. wzoru umowy. Zarzut opisany jako 2.4. został uwzględniony przez zamawiającego i pomimo wdania się co do niego przez strony w spór na rozprawie, Izba uznała, że nie podlega on rozpoznaniu. Uwzględnienie zarzutów odwołania w całości albo w części powoduje brak możliwości orzekania co do ich zasadności, gdyż w procedurze odwoławczej nie znajduje zastosowania art. 213 § 2 k.p.c., zgodnie z którym sąd jest związany uznaniem powództwa, chyba że uznanie jest sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego albo zmierza do obejścia prawa. Izba nie ma podstaw do oceny stanowiska zamawiającego co do uwzględnienia zarzutów odwołania w całości albo w części, lecz jest zobowiązania do umorzenia postępowania odwoławczego w stosownym zakresie;
2. podniesiony przez Comarch Polska S.A. (KIO 1901/18) opisany w pkt 3;
3. podniesione przez Asseco Poland S.A. (KIO 1903/18) opisane jako 2, 3, 4, 6, 7 w części dotyczącej pkt 2.4. Załącznika Nr 2B do wzoru umowy oraz 8, 10, 11.

Oświadczeniem złożonym na rozprawie odwołujący Comarch S.A. cofnął zarzut opisany w pkt 2.

Izba uznała, że wszyscy odwołujący się wykonawcy jako podmioty zainteresowane uzyskaniem zamówienia spełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp.

Przed odniesieniem się do zarzutów podniesionych w poszczególnych odwołaniach należy wskazać na pryncypia, którymi kierował się skład orzekający, porządkujące podejście do zarzucanych zamawiającemu naruszeń przepisów ustawy.

Przede wszystkim mając na uwadze przepisy dotyczące procedury odwoławczej należy ocenić znaczenie zmian SIWZ dokonywanych przez zamawiającego po wniesieniu odwołania, które nie były związane z uwzględnieniem przez zamawiającego zarzutów odwołania. Zamawiający oświadczył w odpowiedziach na odwołania, że dokonuje zmian SIWZ pomimo tego, że nie zgadza się z podniesionymi zarzutami. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyrażana bywa myśl, zgodnie z którą skutkiem zmiany przez zamawiającego skarżonych postanowień SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu odpada podstawa faktyczna zarzutów odwołania, w związku z czym ewentualne naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy nie ma już wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Powoduje to skutek w postaci oddalenia odwołania z powodu braku spełnienia przesłanki koniecznej uwzględnienia odwołania wskazanej w art. 192 ust. 2 Pzp. Nie można jednak pomijać, że art. 191 ust. 2 Pzp stanowi, że wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

W postępowaniu odwoławczym instytucja opisana w art. 191 ust. 2 Pzp powinna być wykładana podobnie jak art. 316 k.p.c. W wyroku z dnia 19 marca 1999 r. II CKN 241/98 (niepubl.) Sąd Najwyższy wywiódł, że w myśl art. 316 k.p.c. sąd pierwszej instancji wydaje wyrok biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili orzekania. „Stanem rzeczy” w rozumieniu art. 316 k.p.c. są zarówno przepisy prawa, na których podstawie ma być wydane rozstrzygnięcie, jak i okoliczności faktyczne. Według chwili orzekania sąd ten uwzględnia i ocenia wszelkie zmiany powstałe w toku sprawy w zakresie stanu prawnego i faktycznego. Zatem po myśli przywołanego stanowiska badając zarzuty dotyczące treści SIWZ Izba nie powinna koncentrować się wyłącznie na samym fakcie dokonania przez zamawiającego nowej czynności w postępowaniu (zmiany skarżonych postanowień), ale ocenić, czy czynność ta dezaktualizuje zarzut odwołania. Dopiero wówczas można bowiem stwierdzić, że zgodnie z ustalonym stanem rzeczy ewentualne naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy nie wywiera już wpływu na wynik postępowania. W konsekwencji o uwzględnieniu albo oddaleniu odwołania nie może przesądzać sam fakt dokonania przez zamawiającego zmiany SIWZ, ale treść tej czynności. Zbieżne stanowisko zostało wyrażone w orzeczeniach Izby z 14 stycznia 2013 r. w sprawie KIO 2888/13, z 21 lutego 2013 r. w sprawie KIO 272/13 i KIO 285/13 oraz z 22 lutego 2013 r. w sprawie KIO 292/13, KIO 295/13 oraz KIO 309/13 (w: Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze Zeszyt Nr

15, tezy 251, 254, 255 str. 121 i 122), gdzie powodem oddalenia odwołania nie był sam fakt dokonania zmiany SIWZ, lecz dokonanie takiej zmiany zgodnie z żądaniem odwołania.

Jakkolwiek w okolicznościach sporu zamawiający dokonywał zmiany SIWZ w toku postępowania odwoławczego, to w wielu przypadkach zmiana SIWZ nie dotknęła istoty zarzutu i nie spowodowała jego dezaktualizacji, czego skład orzekający nie mógł pominąć. Przy badaniu zarzutów i formułowaniu sentencji wyroku oceniono znaczenie zmiany SIWZ dla zarzutów odwołań (podobnie w wyroku Izby z 30 marca 2015 r. w sprawie KIO 513/15 w: Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze Zeszyt Nr 21, teza 194, str. 139 oraz w wyroku z 19 września 2016 r. w sprawie KIO 1626/16, KIO 1632/16 i KIO 1636/16 niepubl.)

Dyrektywa oceny stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania wyrażona w art. 191 ust. 2 Pzp miała również znaczenie dla rozstrzygnięcia w tym sensie, że dla oceny zarzutów odwołania doniosłe było nie tylko literalne brzmienie skarżonych postanowień SIWZ, ale również argumentacja prezentowana w toku rozprawy przez strony i przystępujących. Zadaniem Izby nie jest ustalenie prawdy obiektywnej, ale ocena czynności zamawiającego (za uzasadnieniem wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu w sprawie X Ga 652/13 niepubl.), a ocenę dokonaną przez skład orzekający na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego należy uznać za prawidłową, jeżeli jest logicznie poprawna i zgodna z zasadami doświadczenia życiowego (za uzasadnieniem wyroku SO w Kaliszu z 21 lutego 2013 r. w sprawie II Ca 680/12 w: Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze Zeszyt Nr 18, teza 202, str. 174) .

Dla oceny podniesionych zarzutów istotne znaczenie miało to, że zamawiający zamierza zawrzeć umowę na okres 42 miesięcy, na cztery grupy usług, dysponując łącznym budżetem ok. 160 mln zł, tymczasem gwarantowanym zakresem usług są jedynie dwie grupy (G1 i G3) oraz 20% usług z grupy G4 w odniesieniu do całego okresu obowiązywania umowy, zatem wykonawca może spodziewać się uzyskania 44 mln zł. Bardzo duży margines niepewności co do zakresu i rozmiarów rzeczywistego świadczenia z całą pewnością ma znaczenie dla wyceny usług stanowiących przedmiot zamówienia oraz ryzyk, których wliczenia w cenę oferty zamawiający oczekuje od wykonawców.

Kolejno należy stwierdzić, że choć umowy w sprawie zamówienia publicznego zbliżone są w swojej naturze do umów adhezyjnych, w których ograniczenie zasady równości stron kontraktu jest szczególnie widoczne, to przyzwolenie na jednostronne kształtowanie przez zamawiającego wymagań stawianych przedmiotowi zamówienia oraz

powinności stron przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego nie jest nieograniczone. Granicami dyskrejonalnego działania zamawiającego są bowiem przepisy ustawy o charakterze bezwzględnie obowiązującym oraz zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp. Art. 29 ust. 1 Pzp jest przepisem *iuris cogentis* i jego wymagania powinny być przestrzegane przez zamawiającego. Z katalogu zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp w okolicznościach sporu szczególne znaczenie uzyskała zasada przejrzystości. Zasada ta w ocenie składu orzekającego oznacza nie tylko obowiązek dokumentowania przez zamawiającego czynności dokonanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia, ale również – zwłaszcza na etapie formułowania dokumentów postępowania – jako obowiązek tworzenia jasnych i czytelnych reguł oceny warunków udziału w postępowaniu oraz oceny ofert. Tak rozumiana zasada przejrzystości jest warunkiem *sine qua non* zachowania pozostałych zasad prowadzenia postępowania, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Skład orzekający badając odwołania uznał również, że postanowienia wzoru umowy, w zakresie, w jakim kształtują zakres świadczenia wykonawcy stanowią jednocześnie opis przedmiotu zamówienia oraz podlegają ocenie pod względem spełnienia przesłanek wymaganych w art. 29 ust. 1 Pzp.

#### **Odwołanie wniesione przez DXC Technology Sp. z o.o. (KIO 1896/18):**

Kwestionowane postanowienia SIWZ zostały przywołane przez odwołującego zgodnie z ich brzmieniem, zatem ich ponowne przytaczanie jest zbędne.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty znalazły potwierdzenie.

Izba odniosła się w pierwszej kolejności do stwierdzonych naruszeń przez zamawiającego przepisów ustawy, z zachowaniem systematyki zarzutów odwołania.

**Ad. 1.2.** W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zmiana brzmienia pkt 3.7. wzoru umowy dokonana przez zamawiającego w toku postępowania odwoławczego nie zdezaktualizowała zarzutu, lecz jedynie ograniczyła jego zakres przedmiotowy do usług z grupy G1. Istota zarzutu pozostała jednak nie zmieniona, gdyż wykonawca na etapie

przygotowania oferty w dalszym ciągu nie ma wiedzy, czy tę usługę będzie świadczył, a jeśli tak, to w jak długim okresie czasu.

Izba nie neguje uprawnienia zamawiającego do dostosowania zakresu świadczenia do swoich potrzeb, zatem zamysł zamawiającego przejścia do samodzielnego wykonywania usług z grupy G1 może zostać „przełożony” na brzmienie postanowień umowy. Realizacja celu, który postawił sobie zamawiający, nie może jednak doprowadzić do sytuacji, w której wykonawca nie będzie miał żadnej pewności, nie tylko co do długości okresu świadczenia, ale nawet co do tego, czy w ogóle do wykonania zobowiązania z jego strony dojdzie, gdyż do skorzystania przez zamawiającego z uprawnienia do zawieszenia świadczenia usług z grupy G1 może nastąpić już w okresie przejściowym. Brzmienie pkt 3.7. nie zawiera żadnej treści, z której należałoby wywieść twierdzenie przeciwne.

Taki stan rzeczy narusza art. 29 ust. 1 Pzp. To, że zamawiający w jasny sposób opisał swoje wymaganie, nie oznacza jeszcze wypełnienia wymagań wynikających z tego przepisu. Art. 29 ust. 1 Pzp nakazuje jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, a użycie dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, jest środkiem wskazanym przez ustawodawcę do osiągnięcia tego celu. Z pkt 3.7. wynika natomiast to jedynie, że do świadczenia usług z grupy G1 może nie dojść w ogóle, a jeśli już to nastąpi nie wiadomo jak długo będzie trwało. Przedmiot zamówienia nie został więc opisany w sposób jednoznaczny. Sytuacja taka nie spełnia również wynikającego z art. 29 ust. 1 Pzp wymagania podania przez zamawiającego wszystkich okoliczności mających wpływ na przygotowanie oferty.

Pogląd zamawiającego, że art. 29 ust. 1 Pzp pozwala na pewną niedookreśloność przedmiotu zamówienia bywa trafny jednak w odniesieniu do takich sytuacji, gdy na etapie wszczęcia postępowania nie jest wiadome, jaką dokładnie treść będzie miało zobowiązanie wykonawcy. Tak jest na przykład w postępowaniu na roboty budowlane, gdzie obowiązkiem wykonawcy jest również przygotowanie projektu (tzw. formuła „Zaprojektuj i wybuduj”). Tymczasem w badanym postępowaniu zamawiający wie, czego wymaga od wykonawcy, jednak zastrzega sobie całkowicie arbitralne prawo do decyzji, czy do danego świadczenia dojdzie, a jeśli tak, to w jakim zakresie i jak długo będzie trwało. Nie mieści się to w zakresie normowania art. 29 ust. 1 Pzp.

Niezasadnie powołuje się zamawiający na analogię dotyczącą prawa opcji. Pojęcie opcji nie zostało zdefiniowane ani w przepisach ustawy, ani na gruncie dyrektyw w sprawie zamówień publicznych. Przyjmuje się jednak w ślad za poglądem wyrażonym przez TSUE w wyroku z 16 grudnia 1975 r. (sygn. akt TS 40/73) że prawo opcji jest dodatkową klauzulą umowną pozwalającą na skorzystanie przez zamawiającego z prawa opcji, co oznacza zakup dodatkowych ilości za cenę już ustaloną. Prawo opcji polega zatem na ustaleniu

minimalnego zakresu świadczenia, który zamawiający gwarantuje wykonawcy i wskazaniu dodatkowego zakresu, który zostanie zrealizowany w oznaczonych okolicznościach. Prawo opcji stanowi zatem warunki rozszerzenie zakresu świadczenia wykonawcy i nie pozbawia go prawa do świadczenia podstawowego. Jest to sytuacja daleko odmienna od okoliczności faktycznych badanego zarzutu, gdzie zamawiający nie wskazał gwarantowanego minimalnego rozmiaru świadczenia w ramach usług z grupy G1.

Za stanowiskiem zamawiającego nie przemawia również wskazanie, że usługi z grupy G1 to jedynie ok. 5% wartości całej umowy. Po pierwsze: skoro budżet zamawiającego wynosi ok. 160 mln złotych, 5% od tej kwoty nie jest wartością bagatelną. Po drugie: pod uwagę należy wziąć również znaczenie tej grupy usług dla wykonania całej umowy. Ponieważ usługi z grupy G1 polegają na administrowaniu systemem, są one niezbędne do wykonywania umowy i ich znaczenie nie może być uznane za pomijalne.

Nie zasługuje na uwzględnienie pogląd, że w sytuacji braku pewności, co do rzeczywistego rozmiaru świadczenia wykonawca powinien dla potrzeb obliczenia ceny oferty przyjąć zakres maksymalny. Może on być uznany za słuszny jedynie pod względem kalkulacyjnym. Natomiast całkowicie pomija to, że przygotowanie do świadczenia usług z grupy G1 jest realnym ciężarem ekonomicznym.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp, nie będąc jednak związaną żądaniem odwołania uznała, że wystarczające jest nakazanie zamawiającemu wskazanie, gwarantowanego wykonawcy rozmiaru (czasu trwania) świadczenia usług z grupy G1, tak aby mógł on ustalić minimalny zakres swojego świadczenia.

Jeśli zamawiający zamierza podtrzymać możliwość wielokrotnego przerywania świadczenia usług przez wykonawcę oraz ponownego powierzenia mu świadczenia usług z grupy G1, to uprawnienie takie nie może być nieograniczone. Obecne brzmienie pkt 3.7. pozwala na sytuację, w której dwumiesięczne lub dowolnie ustalone przez zamawiającego dłuższe okresy świadczenia usługi przez wykonawcę mogą być przerywane okresami świadczenia usługi przez personel zamawiającego również o nieustalonej długości. Izba uznała, że niezależnie od gwarantowanemu wykonawcy minimalnego okresu świadczenia usług zamawiający winien wskazać ramy w jakich będzie realizował swoje uprawnienie, przykładowo jako maksymalny okres, w jaki wykonawca może usług nie świadczyć, albo maksymalną liczbę przerw w świadczeniu.

Nie uwzględniono żądania odwołania sumującego i konkretyzującego te postulaty uznając je za zbyt daleko idące oraz ingerujące w uprawnienie zamawiającego, który może i powinien je ukształtować samodzielnie.

**Ad. 1.9, 9.1, 9.2.** Izba dokonała łącznej oceny tych zarzutów dotyczących wyceny usług okresu przejściowego i usług przekazania, gdyż ich istota sprowadza się do dwóch takich samych elementów. Odwołujący kwestionuje wymaganie zamawiającego wliczenia ceny świadczenia tych usług w cenę usług z grupy G2 oraz domaga się możliwości odrębnej ich wyceny.

Izba uznała, że kwestionowane postanowienie dotyczy w istocie sposobu obliczenia ceny oferty. Podanie tych informacji jest obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp, którego wykonanie powinno być oceniane w świetle zasad wynikających z art. 7 ust. 1 Pzp.

Wymaganie zamawiającego wliczenia wynagrodzenia za usługi okresu przejściowego i przekazania w cenę innych usług prowadzi do braku przejrzystości. Obowiązkiem zamawiającego jest prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób transparentny. Tymczasem zamawiający przez swoje wymaganie zmusza wykonawców do obliczenia ceny oferty w sposób nieprzejrzysty. Zarówno odpowiedź na odwołanie, jak i stanowisko prezentowane przez zamawiającego na rozprawie nie dostarczyło żadnej argumentacji uzasadniającej takie działania, gdyż pogląd zamawiającego sprowadzał się w istocie do stwierdzenia, że może wymagać od wykonawców łącznego wycenienia usług (w domyśle, nie jest to działanie zabronione ustawą). Skoro, co podniósł odwołujący, zarówno usługi okresu przejściowego jak i usługi przekazania zostały wyodrębnione oraz opisane przez zamawiającego niezależnie od usług z grupy G2, brak jest racjonalnych podstaw do łącznego ich traktowania w ramach obliczenia ceny oferty. Jest to szczególnie widoczne w odniesieniu do usług okresu przejściowego, w którym wykonawca jest zobowiązany do dokonania czynności, świadczenia określonego rodzaju, a nie – jak chciałby zamawiający – jedynie „uczenia się systemu”, ale świadczy jeszcze usługi z grupy G2.

Nie bez znaczenia jest szczególna okoliczność badanego postępowania, polegająca na tym, że usługi z grupy G2, z których ceną zamawiający chciałby sumować cenę usług okresu przejściowego oraz przekazania mogą być świadczone w okresie od 18 do 42 miesięcy. Brak pewności, co do okresu czasu, w jakim będą świadczone usługi z grupy G2 jest istotnym argumentem przeciwko dopuszczalności połączenia cen usług. Zdaniem składu orzekającego niezależnie od materialnego związku między usługami, które miałyby podlegać łącznej wycenie, jej warunkiem jest pewność co do długości okresu świadczenia usług, gdyż wówczas wykonawca miałby możliwość wliczenia tych usług proporcjonalnie do całego okresu obowiązywania umowy.

Nie zasługuje na aprobatę stanowisko zamawiającego, że wykonawcy winni cenę za usługi okresu przejściowego oraz przekazania obliczyć w odniesieniu do okresu 18 miesięcy (gwarantowanego okresu świadczenia usług z grupy G2), a w razie dłuższego okresu

obowiązania umowy jest gotów płacić cenę zawyżoną. Pogląd ten w istocie przemawia za koniecznością oddzielnej wyceny usług i wskazuje na wybiórcze traktowanie przez zamawiającego pojawiającego się w trakcie rozprawy oraz widocznego w pismach procesowych argumentu dotyczącego racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Argument ten podnosił zamawiający odpierając zarzut 2.1., a jednocześnie traci go z pola widzenia w odniesieniu do możliwości nieracjonalnej zapłaty w razie świadczenia usług z grupy G2 w okresie dłuższym niż gwarantowany

Izba uwzględniła również, że wymaganie zamawiającego łączenia ceny za usługi z grupy G2 z usługami okresu przejściowego i przekazania oraz brak ich odrębnego wyszczególnienia i wyceny może utrudnić badanie ofert pod kątem art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp. Skoro zamawiający żądając łącznej wyceny usług nie ustalił żadnych reguł, wykonawcy mają w tym zakresie całkowitą dowolność, co w specyficznych warunkach danego postępowania może prowadzić do nieporównywalności ofert.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że doszło do naruszenia przepisów ustawy i uwzględniła żądania odwołującego.

**Ad. 3.1.** zarzut znalazł potwierdzenie jedynie w części dotyczącej braku jednoznaczności sformułowania pojęcia „nieprawidłowość systemu informatycznego”.

Zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym przez zamawiającego, intencją było zapewnienie sprawności działania systemu przez wykonawcę. Rozwijając ten pogląd należy dojść do przekonania, że wykonawca jest odpowiedzialny za usunięcie wady niezależnie od źródła jej powstania w ramach umówionego wynagrodzenia i w rygorach odpowiedzialności przewidzianej w umowie. W okolicznościach badanej sprawy z poglądem takim nie sposób się zgodzić, co prowadzi do uznania, że zamawiający naruszył art. 29 ust.1 Pzp oraz art. 353<sup>1</sup> k.c.

Zamawiający nie zdefiniował nigdzie co rozumie pod pojęciem „nieprawidłowość systemu”, a stanowisko zamawiającego zajmowane na rozprawie (również co do podobnego zarzutu podniesionego przez Asseco Poland S.A.), zgodnie z którym powinno ono oznaczać już to brak działania systemu, mimo jego zgodności z dokumentacją, już to brak działania będący skutkiem nieprawidłowej dokumentacji, potwierdza brak jasności definicji oraz wynikającą z tego uznaniowość zamawiającego przy ustalaniu zakresu przedmiotowego odpowiedzialności wykonawcy.

Nie przekonuje stanowisko zamawiającego, zgodnie z którym to on będzie musiał wykazać wykonawcy, że wada jest skutkiem nieprawidłowości działania systemu, a nie jest wynikiem nieprawidłowego działania sprzętu lub infrastruktury, za które wykonawca nie jest odpowiedzialny np. serwera.

Przede wszystkim zamawiający nie wskazał, żeby jakiegokolwiek postanowienie dokumentów postępowania regulowało tą kwestię wprost, zatem SIWZ tego nie przesądza, ani nie zawiera żadnych reguł dotyczących sposobu działania wykonawcy w przypadku, gdy oceni on, że zgłoszona wada dotyczy sprzętu, a nie systemu. Oznacza to nie tylko brak jednoznaczności wymagań stawianych wykonawcy ale również grozi sporami, co do odpowiedzialności za usunięcie wady. Pojęcie nieprawidłowości działania systemu może obejmować sytuacje, w której owa nieprawidłowość jest wynikiem: niezgodności systemu z dokumentacją, nieprawidłowej obsługi SI przez wykonawcę, przyczyn leżących po stronie zamawiającego lub przyczyn leżących po stronie osób trzecich.

Taka konstatacja prowadzi do dwóch wniosków. Po pierwsze dla wypełnienia wymagań wynikających z art. 29 ust. 1 Pzp przesądzające znaczenie mają w tym przypadku postanowienia umowy oraz dokumentacja systemu, ponieważ to właśnie dokumentacja powinna zawierać prawidłowy, zgodny z rzeczywistością oraz zapewniający poprawne działanie opis systemu. Nie ma przy tym znaczenia, że system oraz dokumentacja mogą być cały czas rozwijane (w tym również w okresie przejściowym). Skoro zamawiający definiuje w pkt 2.1.15 Załącznika nr 2B wadę dokumentacji, jako jej niezgodność z systemem, to system działający z dokumentacją powinien być uznany za prawidłowy.

Położenie szczególnego nacisku na dokumentację, jako podstawę odpowiedzialności wykonawcy, jest korzystne dla obu stron umowy. Z punktu widzenia wykonawcy sprawne i szczegółowe opisanie rozwoju systemu w dokumentacji jest w jego interesie, gdyż sprzyja ustaleniu, czy dana wada wynika z działania systemu. Z punktu widzenia zamawiającego jest korzystne z uwagi na możliwość przekazania możliwie kompletnej informacji podmiotowi, który po wykonaniu umowy przez wykonawcę, będzie kontynuował świadczenie usług.

Kolejno podnieść należy, że brak jasności pojęcia „nieprawidłowość systemu” powoduje, że wykonawca wchodzi w restrykcyjne reguły związane z usuwaniem wady, nawet w sytuacji, gdy nie odpowiada za jej powstanie. Prowadzi do nałożenia na wykonawcę odpowiedzialności za działania osób trzecich, co nie powinno mieć miejsca.

Za rażąco niesprawiedliwe należy uznać obciążenie wykonawcy, działającego z należytą starannością oraz świadczącego usługi zgodnie z dokumentacją i opisanymi w niej wymaganiami, konsekwencjami działania podmiotów trzecich. Zamawiający mając faktyczną przewagę nad wykonawcami, nie może narzucać im warunków umowy, które są dla nich widocznie krzywdzące. Takie działanie narusza zasady współżycia społecznego, przez co jest sprzeczne z art. 353<sup>1</sup> k.c. (za wyrokami Sądu Najwyższego z 18 marca 2008 r. IV CSK 478/07 oraz z 25 maja 2011 r. II CSK 528/10).

Zobowiązanie wykonawcy nie może być kształtowane po zawarciu umowy, co umożliwia brak jasnego wskazanie zakresu przedmiotowego pojęcia „nieprawidłowość

działania systemu” i zależne od działań lub zaniechań podmiotu, na który wykonawca nie ma wpływu. Pogląd, że wykonawca umowy w sprawie zamówienia publicznego nie powinien być obciążany konsekwencjami działania podmiotów trzecich, na zachowanie których wykonawca nie ma wpływu, był wyrażony już w orzecznictwie Izby (*vide* przykładowo wyroki Izby z 24 marca 2014 r. w sprawie KIO 399/14 oraz z 16 października 2016 r w sprawach KIO 1626/16, 1632/16 i 1636/16).

W ocenie składu orzekającego nie można tu uznać, że wymaganie zamawiającego jest dopuszczalne na gruncie przepisów kodeksu cywilnego. Art. 473 § 1 k.c. stanowi bowiem, że dłużnik może przez umowę przyjąć odpowiedzialność za niewykonanie lub za nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu oznaczonych okoliczności, za które na mocy ustawy odpowiedzialności nie ponosi.

Zamawiający nie wskazał okoliczności, za które wykonawca umowy miałby ponieść odpowiedzialność, co uniemożliwia odpowiedzialność wykonawcy na zasadzie ryzyka. Okoliczności dotyczące odpowiedzialności wykonawcy nie mogą być ustalane, ani tym bardziej domniemywane w toku wykonywania umowy, gdyż powinny być jasno wskazane w samej umowie. „Przepis art. 473 § 1 k.c. wymaga oznaczenia w umowie okoliczności zaostrzających odpowiedzialność dłużnika (wskazania szerszego lub węższego zamkniętego kręgu tych okoliczności). W umowie można wprowadzić wskazać, że dłużnik ma odpowiadać za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z powodu ściśle określonych okoliczności przypadkowych, a nawet za siłę wyższą, niemniej ogólne stwierdzenie o pełnej odpowiedzialności bez ich oznaczenia jest niewystarczające” (wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 29 listopada 2002 r. IV CKN 1553/00). Tym bardziej za nieprawidłowy należy uznać brak jakiegokolwiek stwierdzenia dotyczącego odpowiedzialności wykonawcy, czego skutkiem jest brak jakichkolwiek granic tej odpowiedzialności.

Przeciwko nieograniczonemu zakresowi odpowiedzialności wykonawcy przemawiają również szczególne okoliczności badanego postępowania tzn., że jedynym pewnym świadczeniem ze strony wykonawcy jest wykonywaniu usług z grupy G2 i G3 przez okres 18 miesięcy, nieoznaczony okres świadczenia usług z grupy G1 oraz mierzony jedynie pośrednio zakres usług z grupy G4, gwarantowany na poziomie 20%. W ocenie składu orzekającego brak pewności co do rozmiarów i czasu świadczenia uniemożliwia prawidłowe oszacowanie ryzyka przez wykonawcę, zwłaszcza, że zakres tego ryzyka nie został nigdzie zdefiniowany.

Odwołanie się przez zamawiającego do słownikowej definicji pojęcia „nieprawidłowość” w istocie przemawia na niekorzyść zamawiającego. Skoro zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN, nieprawidłowość to fakt lub zjawisko niezgodne z przepisami, normami,

prawidłami, to punktem odniesienia przy ocenie, czy do nieprawidłowości rzeczywiście doszło powinna być dokumentacja.

Mając na uwadze powyższe Izba nakazała zamawiającemu powiązanie definicji pojęcia „nieprawidłowość sytemu” z dokumentacją systemu.

**Ad. 3.2.** Podobny brak jednoznaczności obciąża definicję błędu niekrytycznego ustalonego w pkt 2.1.5. wzoru umowy. Nie ma racji zamawiający, uznając zarzut odwołania za bezzasadny, z tego powodu, że pierwsza część tej definicji wskazuje, że zdarzenie które może być uznane za błąd niekrytyczny ma być opisane w analitycznym opisie Systemu Informatycznego. Zamawiający pomija, że dalsza część definicji wskazuje, że błąd niekrytyczny skutkuje uciążliwością w eksploatacji Systemu Informatycznego lub spadkiem wydajności działania funkcji Systemu Informatycznego. Oba kryteria mają charakter niedookreślony oraz wysoce subiektywny. Uciążliwość w eksploatacji może mieć tyle desygnatów w rzeczywistości, ilu jest eksploatorów systemu. To, co jest uciążliwe, zależy nie tylko od rozwiązań systemu, ale również od wiedzy, umiejętności oraz indywidualnych upodobań każdego z użytkowników. W konsekwencji działanie aplikacji zgodne z Dokumentacją Analityczną, może być błędem niekrytycznym, jeśli skutkuje niezdefiniowaną „uciążliwością” dla dowolnego użytkownika. W efekcie nawet jedno zgłoszenie subiektywnie rozumianej uciążliwości przez jednego z ok. 1,3 mln użytkowników aplikacji e-Wniosekplus, może być uznane za błąd niekrytyczny.

Należy przyznać rację odwołującemu, że z definicji wynika, że użytkownik może zgłosić każdą dowolną niedogodność pracy w systemie, która jego subiektywnego uznania skutkuje uciążliwością lub spadkiem wydajności, a wykonawca ma obowiązek taką niedogodność zgodnie z definicją obsługiwać w reżimie Czasu Reakcji i Realizacji Błędu Niekrytycznego, niezależnie czy ponosi odpowiedzialność za tą niedogodność, czy powstałe wrażenie użytkownika jest poza zakresem odpowiedzialności Wykonawcy.

Ponieważ Izba stoi na stanowisku, że przy ocenie zobowiązania wykonawcy punktem odniesienia powinna być dokumentacja systemu, nakazała zmianę postanowienia pkt 2.1.5. wzoru umowy zgodnie z żądaniem odwołującego. Izba uznała, że obecna definicja przez swoją niedookreśloność oraz wynikającą z niej możliwość wysoce subiektywnych ocen, czy zaistniał błąd niekrytyczny narusza art. 29 ust. 1 Pzp.

**Ad. 3.3.** W ocenie składu orzekającego pkt 2.1.6. wzoru umowy narusza art. 29 ust. 1 Pzp.

Izba nie kwestionuje uprawnienia zamawiającego do rozszerzania SI o aplikacje lub produkty wytworzone przez inne podmioty lub samego zamawiającego, w sytuacji, gdy jest to uzasadnione jego potrzebami. Jednak realizacja tych potrzeb powinna przebiegać w

granicach wyznaczonych przez przepisy ustawy oraz zgodnie z wymogiem wynikającym z art. 7 ust. 1 Pzp w sposób przejrzysty. Brzmienie kwestionowanego postanowienia wzoru umowy zobowiązuje wykonawcę do certyfikacji oraz wzięcia odpowiedzialności za utrzymanie produktów nieokreślonych technologicznie. Oznacza to, że opis przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji wynikający z niego zakres zobowiązania wykonawcy pozostaje nieokreślony przedmiotowo oraz co do rozmiaru. Zamawiający nie wskazał w treści SIWZ, nawet w sposób rodzajowy, granic, w jakich jego zdaniem może nastąpić rozbudowa systemu, a tym samym obowiązek certyfikacji.

Wykonawca przygotowując ofertę powinien mieć podstawy do racjonalnej oceny, nawet jeśli miało on nastąpić na dużym poziomie ogólności, czy posiada odpowiedni potencjał do wykonania zamówienia, zasoby ludzkie i finansowe oraz zaplecze technologiczne.

Mając na uwadze, że ze stanowisk stron zajętych na rozprawie wynikało niespornie, że zakres certyfikacji powinien dotyczyć aplikacji lub produktów zgodnych technologicznie z SI, według stanowiska zamawiającego w ramach jednego kodu źródłowego, Izba nakazała zamawiającemu dokonanie stosownej zmiany pkt 2.1.6. wzoru umowy.

**Ad. 4.2.** Na ocenę wymagania zamawiającego opisanego w pkt 3.4. Załącznika nr 9 jako niezgodnego z art. 29 ust. 1 Pzp wpłynęło stanowisko zaprezentowane na rozprawie.

Zamawiający stwierdził, że jeżeli po czasie reakcji okaże się, że wykonawca uznał za wadę nieprawidłowe funkcjonowanie systemu wynikające ze złej pracy serwera, zamawiający ponosi szkodę wynikającą z późniejszego zgłoszenia tego do producenta. Zdaniem Izby, z opisanego poglądu wynika, że zamawiający obciąża tu wykonawcę konsekwencjami własnego niestaranego działania, zwłaszcza że, co sam podkreślał, weryfikuje on zgłoszenia przed przekazaniem ich wykonawcy.

Zadaniem wykonawcy jest utrzymanie i rozwój systemu informatycznego. Tymczasem procedury przewidziane przez zamawiającego powodują, że wykonawca może zostać obciążony negatywnymi konsekwencjami tego, że zamawiający nie ocenił, czy źródłem nieprawidłowego działania systemu nie jest infrastruktura lub sprzęt, za które sam odpowiada. Należy zatem przyznać rację odwołującemu, że wymaganie zamawiającego cechuje nieuzasadniona restrykcyjność. Ocena stanowisk zaprezentowanych przez strony doprowadziła skład orzekający do przekonania, że istota problemu zakreślona granicami odwołania leży w restrykcyjnym reżimie odszkodowawczym, który stanie się udziałem wykonawcy w sytuacji, gdy w czasie przewidzianym na reakcję popełni błąd błędnej kwalifikacji, a finalnie pomimo tego stwierdzone uchybienie zostanie usunięte w terminie przewidzianym umową.

W związku z tym Izba stanęła na stanowisku, że w sytuacji spełnienia wymagania dotyczącego czasu realizacji obciążenie wykonawcy karami umownymi z tytułu nieprawidłowej kwalifikacji zgłoszenia w ramach ustalonego czasu reakcji na zgłoszenie jest nadmiernie restrykcyjne. Obciąża je również brak dostatecznej jednoznaczności, gdyż z jego literalnego brzmienia nie wynika, że dotyczy on błędnej kwalifikacji w ramach stwierdzonej wady systemu albo wyboru między usunięciem wady a koniecznością wykonania modyfikacji. Ze stanowiska zamawiającego wynika jednak, że sytuacja ta dotyczy również błędnej kwalifikacji jako wady nieprawidłowości systemu wynikającego z działania sprzętu. Ponieważ rozpoznając zarzut 3.1. odwołania Izba sprzeciwiła się temu, rozważania tam zawarte pozostają w pełni aktualne również w odniesieniu do niniejszego zarzutu. W związku z tym Izba nie będąc związana żądaniami odwołania nakazała zamawiającemu nieobciążanie wykonawcy karami umownymi z tytułu nieprawidłowej kwalifikacji zgłoszenia przy dochowaniu ustalonego czasu reakcji na zgłoszenie i stosowną zmianę pkt 3.4. Załącznika Nr 9;

**Ad. 8.2.** W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zmiana brzmienia pkt 14.17. wzoru umowy dokonana przez zamawiającego w toku postępowania odwoławczego nie zdezaktualizowała zarzutu, gdyż zamawiający pojęcie powiązania ekonomicznego zastąpił pojęciem „powiązanie technologiczne”. Istota zarzutu pozostała jednak nie zmieniona, gdyż zamawiający w dalszym ciągu zastrzega sobie prawo do odstąpienia od umowy w części, w jakiej została ona wykonana i rozliczona.

Zasadniczo wszystkie zamówienia lub Zlecenia Operacyjne będą ze swej istoty w mniejszym lub większym związku technologicznym, ponieważ dotyczą tego samego Systemu Informatycznego. W praktyce więc zamawiający dowolnie i zupełnie arbitralnie może zdecydować o odstąpieniu od umowy w części dotyczącej odebranych już produktów, co do których nie miał zastrzeżeń w momencie ich odbioru. Modyfikując SIWZ Zamawiający zamienił jedno nieostre pojęcie kolejnym nieostrym pojęciem i w żaden sposób nie usunął wątpliwości co do okoliczności, w jakich będzie mógł skorzystać z prawa do odstąpienia. Stosowanie pojęć nieostrych, niejasnych i nieprecyzyjnych, otwierających drogę do różnych interpretacji jest niedozwolone w świetle art. 29 ust. 1 ustawy.

Izba stwierdziła również, że kwestionowane postanowienie pkt 14.17 wzoru umowy narusza przepisy art. 644 i 395 k.c. W tym zakresie Izba w całości podzieliła stanowisko odwołującego zawarte w uzasadnieniu odwołania oraz w piśmie procesowym z 18 października 2018 r. Do zamówień lub zleceń operacyjnych zastosowanie znajdą w przeważającym stopniu *per analogiam* przepisy dotyczące umowy o dzieło, gdyż dla

wywiązania się wykonawcy z przyjętych na siebie zobowiązań istotne jest osiągnięcie zakładanego rezultatu.

Istota problemu sprowadza się do zastrzeżenia przez zamawiającego na swoją rzecz prawa do odstąpienia od umowy, która została wykonana a dzieło odebrane. Wyraźnie sprzeciwia się temu art. 644 k.c., zgodnie z którym dopóki dzieło nie zostało ukończone, zamawiający może w każdej chwili od umowy odstąpić płacąc umówione wynagrodzenie. Natomiast nadużycie przez zamawiającego uprawnienia wynikającego z art. 395 k.c. wynika z tego, że termin zastrzeżony dla skorzystania z prawa do odstąpienia od zamówienia lub Zlecenia Operacyjnego wynosi 180 dni od daty wskazanej jako data ich zakończenia. W ocenie Izby jest to termin zbyt długi i należy go uznać za obejście art. 396 § 2 k.c., ponieważ prawo do odstąpienia „odrywa się” od przedmiotu Zlecenia lub Zamówienia Operacyjnego.

Izba uwzględniła okoliczności sprawy – danie wykonawcom jedynie pewności co do realizacji usług z grupy G2 i G3 w okresie 18 miesięcy oraz niepewność co do zakresu i czasu wykonania umowy w dalszym okresie i w odniesieniu do usług z grupy G1 i G4. W związku z tym uznała, że niezależnie od naruszenia przez zamawiającego przepisów kodeksu cywilnego postanowienia pkt 14.17 wzoru umowy wiąże się z ryzykiem wykonawcy, którego w przypadku tego zamówienia nie sposób racjonalnie oszacować.

Izba uznała, że zamawiający może ukształtować umowne prawo odstąpienia jednak powinno to nastąpić z poszanowaniem przepisów prawa oraz z uwzględnieniem szczególnych okoliczności danej umowy.

W związku z naruszeniem przez zamawiającego art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 353<sup>1</sup>, art. 395 oraz art. 644 k.c. nakazała skreślenie pkt 14.17 wzoru umowy.

Podsumowując tą część wywodów uzasadnienia należy stwierdzić, że potwierdziła się część zarzutów odwołania dotycząca naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 Pzp. Przepis ten przez użycie sformułowań „jednoznaczny”, „wyczerpujący” w sposób ścisły powiązany jest w zasadą przejrzystości. Uwzględniając odwołanie w części Izba miała na uwadze, że wymagania zamawiającego stawiane przedmiotowi zamówienia, dotyczące obliczenia ceny oferty nie powinny rodzić niepewności na dalszych etapach postępowania. Ograniczenie uprawnień podmiotowych zamawiającego do swobodnego ukształtowania treści stosunku zobowiązaniowego było zasadne, z uwagi na pominięcie przez zamawiającego szczególnych okoliczności danej sprawy oraz arbitralność.

Pozostałe zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

**Ad. 1.3.** Kwestionowane postanowienia nie naruszają żadnego z powołanych przez odwołującego przepisów prawa. Wykonanie modyfikacji systemu przez wykonawcę jest zbliżone charakterem do umowy o dzieło tzn. wynagrodzenie należy się za rezultat i w cenie tego rezultatu tj. punktu funkcyjnego powinny być uwzględnione koszty, które wykonawca poniesie w związku z jego wykonaniem. Jest słusznym prawem zamawiającego zapłata wynagrodzenia jedynie za dokonaną modyfikację, a nie za każdą analizę potrzeb, przygotowanie harmonogramu oraz wyceny w tym modelu IPFUG, które będą podstawą do wykonania modyfikacji. Skarżone wymaganie sprzyja przygotowaniu przez wykonawcę propozycji racjonalnych pod względem merytorycznymi i ekonomicznym, co nie narusza zasad sprawiedliwości kontraktowej. Nie można pominąć również, że zamawiający zmianą SIWZ z 10 października 2018 r. zagwarantował wykonawcy zamówienie modyfikacji na poziomie 20% PF. Mając ponadto na uwadze, że budżet, którym dysponuje zamawiający na wykonanie modyfikacji jest znany i wynosi 100.000.000 zł wykonawcy otrzymali w ocenie Izby wystarczającą informację umożliwiającą poprawne przygotowanie oferty w odniesieniu do wyceny punktu funkcyjnego.

**Ad. 1.7.** Żądanie przez zamawiającego gromadzenia przez wykonawcę „wszelkich innych informacji, jakie są niezbędne do przekazania zamawiającemu” nie narusza żadnego z przywołanych przez odwołującego przepisów. Uzasadniony on jest deklarowanym przez zamawiającego przejęciem usług stanowiących przedmiot zamówienia.

W ocenie Izby skarżone postanowienie umowy zakłada współdziałanie stron polegające na tym, że wykonawca gromadzi informacje, które mogą być użyteczne w związku ze świadczeniem usług, a zamawiający ze swojej strony (jeśli taką wiedzę posiada) sygnalizuje zakres informacji, jakim jest zainteresowany. Wykazanie niezbędności danych informacji jest bowiem powinnością zamawiającego. Kwestionowane postanowienie jest zgodne z art. 354 k.c. stanowiącym o współdziałaniu stron w związku z wykonaniem umowy. Na zastosowanie tego przepisu w związku z wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego jako umowy wzajemnej wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 5 czerwca 2014, IV CSK 626/13 niepubl.).

**Ad. 2.1.** Zarzut został rozpoznany, gdyż zmiana SIWZ dokonana przez zamawiającego polegała jedynie na zmniejszeniu wydajności realizacyjnej zespołu i odwołujący go nie cofnął.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Jak już wskazano wcześniej, wynagrodzenie za usługi rozwoju systemu (grupa G4) jest płacone w związku z osiągnięciem zamierzonego rezultatu (wykonania modyfikacji), w związku z czym

brak jest racjonalnych podstaw do wynagrodzenia samej gotowości wykonawcy do świadczenia.

Podzielono stanowisko zamawiającego, zgodnie z którym celem wprowadzenia wymogu polegającego na dysponowaniu przez wykonawcę zasobami gwarantującymi określoną wydajność realizacyjną w każdym miesiącu świadczenia Usług Rozwoju jest zagwarantowanie, że wybrany wykonawca będzie w stanie wykonywać te usługi w sposób należyty, zgodnie z bieżącymi potrzebami zamawiającego. Zamawiający chce zapewnić sobie sprawne wykonanie umowy w sytuacji, gdy w danym miesiącu zamawiający zleci wykonawcy wykonanie Modyfikacji o wysokiej pracochłonności (zużyje dużo Punktów Funkcyjnych) lub też dojdzie do kumulacji zleceń na wykonanie kilku, a nawet kilkunastu Modyfikacji jednocześnie. W takiej sytuacji, odwołujący nie uzyskawszy wcześniej informacji odnośnie do zakładanego, minimalnego poziomu wydajności realizacyjnej w danym miesiącu, mógłby nie być w stanie zrealizować powierzonych mu zleceń lub zrealizować je w sposób nienależyty (np. nieterminowy ze względu na brak odpowiednich zasobów osobowych).

Izba uznała również, że skoro zamawiający określił wartość budżetu przeznaczonego na wykonanie prac w ramach Grupy Usług Rozwoju (G4), to profesjonalni wykonawcy, dysponujący odpowiednim doświadczeniem wynikającym z wcześniej wykonanych umów, powinni umieć skalkulować cenę jednego Punktu Funkcyjnego. Brak pewności odwołującego, co do liczby Punktów Funkcyjnych, które w danym miesiącu zużyje zamawiający, nie jest zatem okolicznością uniemożliwiającą odwołującemu wycenę oferty. Ryzyko, że w danym miesiącu zamawiający zużyje mniej PF lub nie zużyje ich wcale, jest standardowym ryzykiem kontraktowym na rynku usług IT, które obciąża w równym stopniu wszystkich potencjalnych wykonawców biorących udział w Postępowaniu i powinno zostać przez nich w kalkulowane w cenę oferty.

Prezentowana ocena oraz brak podstaw do twierdzenia przeciwnego prowadzi do przekonania, że zamawiający nie może zagwarantować odwołującemu, że miesięcznie będzie zlecał realizację określonej, minimalnej ilości Punktów Funkcyjnych, bowiem zlecenia na poszczególne Modyfikacje będą wynikały z bieżących potrzeb zamawiającego w znaczącym stopniu podyktowanych zmianą prawa.

**Ad. 2.2. - 2.3.** Zarzuty nie znalazły potwierdzenia

Żądanie wykonawcy ma w istocie na celu zapewnienie sobie korzystniejszych warunków wykonywania usługi. Nie dopatrzone się naruszenia żadnego z przepisów ustawy powołanych przez wykonawcę.

Zmianą SIWZ z 10 października 2018 r. zamawiający zwolnił wykonawcę z obowiązku utrzymywania zespołu pracowników i współpracowników, jeżeli nastąpi zawieszenie świadczenia Usług lub rozwiązanie Umowy i nie będą świadczone usługi o których mowa w pkt 4.11 wzoru umowy. W związku z tym nie będzie miał wówczas zastosowania pkt 4.12 ani konieczność utrzymania kompletnego zespołu.

Ponadto zmianą z 10 października 2018 r. zamawiający wskazał, że gwarantuje wykonanie usług z grupy G4 na poziomie 20%. Dokonane zmiany mają znaczenie dla obliczenia ceny oferty w związku z wynagrodzeniem pracowników.

Nie dopatrzone się wewnętrznej sprzeczności SIWZ. Pkt 3.11 wzoru umowy nakłada na wykonawcę obowiązek dostosowania liczebności zespołu do wymaganej przez zamawiającego zdolności realizacyjnej, natomiast pkt 4.12 wskazuje na podstawę prawną zatrudnienia wymaganego personelu. Zamawiający wprost wskazał, że klauzula jest ograniczona do czynności wskazanych w pkt 4.11, tj. do czynności polegających na przyjmowaniu zgłoszeń w Czasach Reakcji oraz prowadzenia Biura Projektu Wykonawcy (w określonym zakresie). Z klauzuli wynika, że dotyczy ona zatrudnienia w okresie realizacji zamówienia oraz, że zobowiązuje do niezwłocznego zatrudnienia nowej osoby, zatem dotyczy sytuacji rozwiązania stosunku pracy z dotychczasowym pracownikiem i ma na celu zapewnienie ciągłości wykonywania czynności w rozumieniu art. 22 § 1 k.p. przez osoby zatrudnione na umowę o pracę. Zamawiający nie określa liczby pracowników, którzy muszą być zatrudnieni przez wykonawcę, lecz zobowiązuje wykonawcę (zgodnie z art. 29 ust. 3 a Pzp) do zapewnienia wykonywania czynności, o których mowa w art. 22 § 1 k.p. przez osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę.

**Ad. 3.1.** Poza wadliwą definicją pojęcia wada Izba po zbadaniu zarzutu podzieliła stanowisko zamawiającego, zgodnie z którym postanowienie zawarte w pkt 2.8.15 załączniku 2B doprecyzowuje definicję zawartą w pkt 2.1.34 wzoru umowy. Nie dopatrzone się również przyczyn, dla których należałoby skreślić zastrzeżenie, że wadą jest nieprawidłowa obsługa SI przez wykonawcę. Usunięcie przez wykonawcę konsekwencji jego wadliwego działania mieści się w oczywisty sposób w odpowiedzialności wykonawcy za prawidłowe wykonanie swego zobowiązania. Pojęcie wad dokumentacji, jest w ocenie Izby sformułowane jasno i brak jest jakichkolwiek podstaw do jego zmiany.

**Ad. 3.2.** Nie dopatrzone się niezgodności definicji Błędu Niekrytycznego zawartych w dokumentacji postępowania. Za logiczne i przekonujące uznano stanowisko zamawiającego, że definicja ujęta we wzorze głównej umowy odnosi się do produkcyjnego funkcjonowania SI, natomiast opis Błędu Niekrytycznego zawarty w załączniku 18 definiuje stan zgłoszeń na etapie Testów Akceptacyjnych. Celem testów jest weryfikacja, czy zamówiony produkt jest

zgodny z zamówionymi wymaganiami i oczekiwaniami Zamawiającego, zatem odmiennej specyfice etapów produkcyjnego funkcjonowania SI oraz Testów Akceptacyjnych towarzyszą odrębne opisy błędów.

**Ad. 4.1.** Odwołujący nie wskazał, na czym miałyby polegać naruszenie prawa skutkiem sformułowanej przez zamawiającego definicji pojęcia „Błąd krytyczny”. W ocenie Izby jest ono jasne, wyczerpujące i nie nakłada na wykonawcę nadmiernego ryzyka. Izba uznała, że żądanie wykonawcy ma w istocie na celu zapewnienie sobie korzystniejszych warunków wykonywania usługi. Nie dopatrzone się naruszenia żadnego z przepisów ustawy powołanych przez wykonawcę.

**Ad. 4.3.** Izba stwierdziła, że możliwość powołania Eksperta oraz wydanie przez Eksperta opinii nie narusza żadnego z przepisów prawa powołanych przez wykonawcę. Z punktu widzenia wykonawcy twierzącego, że liczba ekspertów jest ograniczona i, że łączy ich współpraca z zamawiającym, może być realizacja tego postanowienia. W tej mierze należy dostrzec, że zamawiający nie nadał opinii wiążącego charakteru oraz zobowiązał do zachowania bezstronności oraz do powstrzymania się od wywierania wpływu na działania podejmowane przez powołanego Eksperta.

**Ad. 4.4.** Izba uznała, że skarżone postanowienie nie narusza prawa. Dla oceny miało znaczenie stanowisko odwołującego, który w czasie rozprawy wskazał, że reguły, zaproponowane przez zamawiającego, powodują faktycznie, że zgłoszone błędy nie będą grupowane przez wykonawców. W związku z tym Izba uznała, że nie doszło do naruszenia reguł sprawiedliwości kontraktowej, ponieważ wykonawca ma możliwość w sytuacji, gdy nie jest pewny czy daną wadę należy zgrupować, do niedokonania grupowania, wówczas uniknie obowiązku zapłaty kary umownej. Zatem zarzut ma na celu jedynie stworzenie wykonawcy lepszych warunków wykonania usługi.

**Ad. 4.5.** Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zróżnicowanie prawa odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego nie może być poczytane w okolicznościach badanego postępowania za naruszenie równowagi stron kontraktu. Dostrzec należy, że zamawiający nie ma swobody w wyborze partnera kontraktu. Szeroko przyznane zamawiającemu prawo do odstąpienia uzasadnia z jednej strony zamiar przejęcia usług stanowiących przedmiot zamówienia. Lektura żądań dotyczących rozpoznawanego zarzutu wskazuje, że odwołujący nie chce w istocie wyrównania swojej pozycji jako strony kontraktu przez przyznanie mu szerszego uprawnienia do odstąpienia od umowy, lecz chce polepszyć

swoją pozycję kontraktową przez pozbawienie zamawiającego uprawnień do odstąpienia od umowy, jako że żąda wykreślenia stosownych postanowień wzoru umowy.

**Ad. 6.1. i 6.2. oraz 7.1.** Zarzuty zostały rozpoznane łącznie, gdyż łączy je kwestionowanie przez odwołującego możliwości uzyskania przez zamawiającego wiedzy związanej z wykonywaniem usług, z zastrzeżeniem, że zarzut 6.1. pozostał aktualny w odniesieniu do pkt 5.3.6 oraz 15.3 wzoru umowy.

Izba uznała, że zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Jest słusznym prawem zamawiającego zapewnienie sobie takiego poziomu dostępu do informacji związanych z przedmiotem zamówienia, by kontynuacja świadczenia usług przez innego wykonawcę albo samego zamawiającego mogła przebiegać sprawnie. Na uczestnikach rynku zamówień publicznych w związku z zasadami udzielania zamówień spoczywa obowiązek udostępniania informacji dotyczących ich działalności w szerszym zakresie niż w obrocie prywatnym. Ponadto odwołujący nie wykazał, jakiego rodzaju konkretne informacje miałyby być tu chronione. Co do uczestnictwa pracowników zamawiającego w wykonywaniu umowy Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów Pzp.

**Ad. 8.1.** W ocenie składu orzekającego wymaganie zamawiającego nie narusza przepisów prawa, uzgadnianie raportów miesięcznych mieści się w obowiązku współdziałania stron umowy wskazanym w art. 354 k.c. Zasadne jest też oczekiwanie zamawiającego, że będzie on miał prawo do potwierdzania wykonania usług, za które ma być wystawiona faktura.

Dodatkowo stwierdzić należy, że kwalifikacja usług świadczonych przez odwołującego w ramach umowy jako usług ciągłych nie jest oczywista. Istotą świadczenia ciągłego jest bowiem to, że wyznacznikiem zarówno rozmiaru, jak i treści świadczenia jest czas. Tymczasem w okolicznościach sprawy czynnikiem równie istotnym, o ile nie istotniejszym, są zmiany legislacyjne wyznaczające rozmiar świadczenia (konieczność dokonywania modyfikacji SI, które nie muszą być takie same).

**Ad. 8.2.** Izba sprzeciwiła się szerokiemu uprawnieniu do odstąpienia przez zamawiającego od umowy w zakresie już wykonanym, jednak za niezasadne uznała żądanie ustanowienia licencji i wynagrodzenia za licencję za produkty do czasu ich odbioru przez zamawiającego. Żądanie takie jest nieuzasadnione ekonomicznie, gdyż niezasadna jest zapłata za produkt, który nie został jeszcze zweryfikowany i nie wiadomo, czy zamawiającego przyjmie oraz formalnoprawnie, gdyż jest to sytuacja dozwolona na gruncie art. 75 ust. 1 prawa autorskiego.

**Ad. 9.3.** Wymagania zamawiającego narzucające wykonawcom pewne rygory kalkulacyjne w związku z obliczaniem ceny oferty przez ustanowienie parytetu wartości usług utrzymania oraz usług rozwoju systemu nie naruszają przepisów ustawy. Przeciwnie, przez swą czytelność sprzyjają zachowaniu zasad uczciwej konkurencji w związku z ubieganiem się o zamówienie oraz zapewniają zapłatę wykonawcom na etapie wykonania umowy według bardziej realnych rynkowo wartości.

Rozprawa nie dostarczyła żadnych argumentów, ani dowodów na twierdzenie przeciwne. W szczególności nie zostało wykazane, by realny udział tych usług w przedmiocie zamówienia albo ich relacje cenowe były zasadniczo odmienne od wskazanych przez zamawiającego. Za dokonany podziałem przemawia również zakres finansowania uzyskanego przez zamawiającego na wymienione grupy usług.

Negatywne skutki braku reguł dotyczących obliczenia ceny oferty na usługi utrzymania i rozwoju SI u zamawiającego (w sytuacji, gdy usługa utrzymania jest wynagradzana ryczałtowo, a usług rozwoju według ceny za punkt funkcyjny) były już przedmiotem rozstrzygnięć, tak Izby, jak i SO w Warszawie. W wyroku Izby z 23 maja 2016 r. sygn. akt KIO 542/18, KIO 550/18 i KIO 552/18 podtrzymanym w tym zakresie przez wyrok SO w Warszawie z 14 marca 2017 sygn. akt XIII Ga 967/16 zauważono i uznano za czyn nieuczciwej konkurencji taki sposób obliczenia ceny oferty, w ramach którego usługa utrzymania była wyceniona na poziomie znacznie przewyższającym usługę rozwoju systemu. We wskazanych orzeczeniach organy rozpoznające środki ochrony prawnej sprzeciwiły się praktyce ukształtowanej przy braku parytetów cenowych usługi utrzymania i usługi modyfikacji.

**Ad. 10.** Zarzut dotyczący załącznika nr 11 do umowy nie został przez wykonawcę skonkretyzowany w odwołaniu w sposób umożliwiający jego rozpoznanie.

Zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Nie jest zadaniem składu orzekającego domniemywanie okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania, gdyż zarzuty powinny być bezwzględnie podniesione w odwołaniu kierowanym do Prezesa Izby. Art. 192 ust. 7 Pzp nie pozwala na rozpoznanie zarzutów nie podniesionych w odwołaniu. Jakkolwiek pojęcie zarzutu odwołania nie posiada definicji legalnej, to orzecznictwo wypracowało pogląd, że zarzut stanowi zespół okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy w związku z czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na

podstawie przepisów ustawy. Takie okoliczności związane z podniesionym zarzutem dotyczącym naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy nie zostały wskazane w odwołaniu. Opisanie ich w piśmie procesowym jest spóźnionym działaniem odwołującego.

Podsumowując należy podkreślić, że Izba może uwzględnić odwołanie tylko w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy mające wpływ lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania, o czym stanowi art. 192 ust. 2 Pzp. Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści SIWZ, jeżeli treść nadana przez zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. Stąd odwołanie w zakresie zarzutów nieuwzględnionych Izba oddaliła.

### **Odwołanie wniesione przez Comarch Polska S.A. (sygn. akt KIO 1901/18):**

Kwestionowane postanowienia SIWZ zostały przywołane przez odwołującego zgodnie z ich brzmieniem, zatem ich ponowne przytaczanie jest zbędne.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

**Ad. 1.** W odniesieniu do tego zarzutu ocena wyrażona przez Izbę przy rozpoznawaniu analogicznego zarzutu podniesionego przez DXC Technology Polska Sp. z o.o. (zarzut 2.1.) jest w całości aktualna i Izba ją ponawia oraz podtrzymuje bez ponownego przytaczania. Wypada jedynie odnieść się do dwóch elementów różniących argumentację odwołujących.

Odwołujący w tym postępowaniu za pomocą wyliczeń matematycznych próbował wykazać nieracjonalność wymagania zamawiającego i jego nadmiarowy charakter, jednak całkowicie pominął specyfikę przedmiotu zamówienia. Nie jest bowiem tak, że to zamawiający decyduje o liczbie punktów funkcyjnych, które może zlecić wykonawcy w danym okresie czasu. Przeciwnie, potrzeba wykonania, charakter i rozmiar modyfikacji w przeważającym stopniu są wynikiem okoliczności od zamawiającego niezależnych (przede wszystkim zmian stanu prawnego). Jest zatem słusznym prawem zamawiającego zabezpieczenie możliwości wykonania modyfikacji o wysokiej pracochłonności lub większej liczby modyfikacji jednocześnie.

Uwzględnić przy tym należy, że zamawiający nie narzucił wykonawcom liczby osób mających zapewnić zakładaną miesięczną wydajność realizacyjną, ani też nie nakazał przypisania tych osób wyłącznie do wykonywania usług z grupy G4. W tej sytuacji dla ustalenia kosztów związanych z zapewnieniem wydajności realizacyjnej duże znaczenie ma

wiedza, doświadczenie i organizacja pracy wykonawcy. Izba uznała również, że skoro zamawiający określił wartość budżetu przeznaczanego na wykonanie prac w ramach Grupy Usług Rozwoju (G4), to profesjonalni wykonawcy, dysponujący odpowiednim doświadczeniem wynikającym z wcześniej wykonanych umów, powinni umieć skalkulować cenę jednego Punktu Funkcyjnego, stosownie szacując ryzyko.

Uczynienie zadość żądaniu odwołującego, aby to wykonawca określał zdolność realizacyjną w danym miesiącu nie ma oparcia w uzasadnionych specyfiką zamówienia potrzebach zamawiającego.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Jak już wskazano wcześniej, wynagrodzenie za usługi rozwoju systemu (grupa G4) jest płacone w związku z osiągnięciem zamierzonego rezultatu (wykonania modyfikacji), w związku z czym brak jest racjonalnych podstaw do wynagrodzenia samej gotowości wykonawcy do świadczenia.

Zadaniem Izby zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp jest ocena zgodności czynności zamawiającego z przepisami ustawy. Jeśli do naruszenia przepisów ustawy nie dochodzi Izba nie ma podstaw do oceny wymagania zamawiającego pod kątem jego racjonalności, *nota bene* pojęcia subiektywnego, które może być inaczej postrzegane przez zamawiającego, a inaczej przez wykonawcę.

Ocena argumentacji odwołującego skłania do konstatacji, że brak jest podstaw do twierdzenia, aby skarżone wymagania uniemożliwiło wykonawcom przygotowanie oferty. Żądania odwołującego zmierzają do zapewnienia mu pewności uzyskania wynagrodzenia w kolejnych miesiącach. Jednak brak tej pewności nie stanowi w okolicznościach sporu naruszenia przepisów ustawy.

**Ad. 4 i 5.** Zarzuty zostały rozpoznane łącznie, gdyż oba dotyczą kryteriów oceny ofert.

Należy uwzględnić, że celem ustalania kryteriów oceny ofert jest uzyskania przez zamawiającego dostaw, usług lub robót budowlanych w najwyższym stopniu spełniających jego oczekiwania i odpowiadających jego potrzebom. Ukształtowanie kryteriów oceny ofert jest suwerenną decyzją zamawiającego i ewentualna ingerencja w brzmienie kryteriów powinna mieć charakter wyjątkowy.

Taka sytuacja nie ma miejsca w okolicznościach sprawy. Odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego żadnego z przepisów ustawy, ani żadnej z zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp. Nie zostało wskazane, ani dowiedzione, aby skarżone kryteria były niejasne, niezrozumiałe, miały rażąco dyskryminacyjny charakter, albo nie miały związku ze specyfiką postępowania i potrzebami zamawiającego.

Zarzuty odwołania zostały rozpoznane w granicach zakreślonych zarzutami odwołania zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, z pominięciem stanowisk procesowych wyrażonych na rozprawie modyfikujących zarzuty opisane w odwołaniu.

Izba uznała, że powiązanie rozmiaru modyfikacji z czasem jej realizacji w ramach kryteriów oceny ofert nie narusza prawa. Żaden wykonawca biorący udział w postępowaniu nie jest przymuszany do tego, aby deklarować w ofercie czas realizacji, który byłby dla niego niemożliwy do osiągnięcia.

Argumentacja odwołującego, że żaden z wykonawców nie jest w stanie określić czasu potrzebnego na realizację Modyfikacji zwymiarowanej w Punktach Funkcyjnych obliczonych zgodnie z Podręcznikiem w wersji 2.6, ponieważ podręcznik ten nie był nigdy stosowany przez żadnego wykonawcę w ramach jakiegokolwiek umowy z ARIMR ani z żadnym innym zamawiającym co oznacza, że wykonawcy nie posiadają zatem żadnych statystyk pozwalających określić, w jakim stopniu jeden Punkt Funkcyjny będzie pracochłonny i czasochłonny do wykonania, nie przemawia za uwzględnieniem zarzutu. Skoro wykonawca nie jest w stanie dokonać obliczeń, to spełnienie żądania miesięcznego uśrednienia czasu realizacji nie jest właściwym remedium rozwiązującym ten problem, bo jego sens polegać będzie jedynie na złagodzeniu konsekwencji niedochowania deklarowanego czasu.

W tym stanie sprawy Izba uznała, że odwołujący przez swoje żądanie dąży do zapewnienia lepszych warunków wykonywania umowy.

Uwzględniono, że czasy realizacji są deklarowane przez wykonawcę w ramach wyznaczonych przez czas maksymalny i minimalny, które nie były kwestionowane przez wykonawcę. Nie zostało również wykazane, że poszczególne przedziały są niemożliwe do osiągnięcia, w szczególności że zespół gwarantujący wymaganą przez zamawiającego wydajność realizacyjną na poziomie 6.000, nie jest w stanie ich dotrzymać. Jeśli jednak takie są uwarunkowania odwołującego, jest uprawniony do tego, aby zadeklarować jedynie czas minimalny.

Żądanie liniowego powiązania rozmiaru modyfikacji z czasem jej realizacji jest niezasadne również w świetle dowodów złożonych na rozprawie, z których wynika, że modyfikacje o zbliżonej złożoności są wykonywane w różnych czasach, a w tym samym czasie są wykonywane modyfikacje bardzo różniące się rozmiarem.

**Ad. 6.** Przede wszystkim Izba stwierdziła, że w podstawie faktycznej zarzutu odwołujący pominął treść pkt 5.2. załącznika nr 4 do wzoru umowy, gdyż oparł twierdzenia wyłącznie na brzmieniu pkt 5.1 oraz 5.3 – 5.4.

Pełna ocena postanowień pkt 5 prowadzi do przyznania racji zamawiającemu. O ile stwierdzić należy, że procedura przyspieszenia jest obligatoryjna dla wykonawcy w sytuacji, gdy czas przekazania do odbioru zamawianej modyfikacji jest dłuższy niż czas, w którym zamówienie powinno być wykonane dla zapewnienia prawidłowej realizacji zadań zamawiającego jako akredytowanej jednostki płatniczej, o tyle zamawiający nie jest uprawniony do jednostronnego narzucenia wykonawcy długości okresu przyspieszenia.

Z pkt 5.2. wynika bowiem, że propozycja przyspieszenia składana przez wykonawcę w odpowiedzi na wniosek Koordynatora Umowy Zamawiającego poddawana jest negocjacom.

Wynikający z pkt 5.4 wiążący termin przyspieszonego wykonania Modyfikacji oznacza, że ma on takie same skutki jak nieprzyspieszony termin wykonania Modyfikacji, w tym jest podstawą do naliczenia ewentualnych kar z tytułu nieterminowego wykonania Modyfikacji.

Z powołanych przez odwołującego postanowień umowy nie wynika jednak, aby zamawiający mógł jednostronnie narzucić wykonawcy okres przyspieszenia niemożliwy do dotrzymania lub wykonawca miał być karany za brak akceptacji terminu pożądanego przez zamawiającego.

Izba uznała, że zamawiający nie naruszył żadnego z przepisów ustawy wskazanych przez odwołującego. Podzielono również pogląd zamawiającego, że procedura przyspieszenia uzasadniona jest istotnymi potrzebami zamawiającego, co wynika wprost z brzmienia pkt 5.1.

**Ad. 7.** Izba uznała, że opis mechanizmu wzrostu wynagrodzenia związanego z przyspieszeniem nie narusza przepisów ustawy. Dostrzec należy, że i sam odwołujący nie wskazywał, jakie przepisy miałby naruszyć zamawiający, a odwołał się jedynie do zasad współżycia społecznego.

Tymczasem samo wskazanie naruszenia zasad współżycia społecznego przez czynność lub zaniechanie jest niewystarczające, gdyż w każdym przypadku powinno być związane z wskazaniem konkretnego przepisu naruszonego przez zamawiającego, co w tym przypadku nie miało miejsca.

Omawiany zarzut Izba uznała za skierowany na zapewnienie sobie przez odwołującego bardziej korzystnych warunków wykonywania umowy, co zresztą sam odwołujący oświadczył w uzasadnieniu odwołania.

Reasumując, Izba stwierdziła, że rozpoznawane zarzuty nie wskazały na jakiegokolwiek naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, które należałoby usunąć przez

nakazanie zamawiającemu stosownych zmian w dokumentacji postępowania. Zarzuty zmierzające do nadaniu wzorowi umowy brzmienia preferowanego przez odwołującego, w sytuacji gdy ich kwestionowane brzmienie nie narusza prawa, nie mogą zostać uwzględnione.

#### **Odwołanie wniesione przez Asseco Poland S.A. (sygn. akt KIO 1903/18):**

Kwestionowane postanowienia SIWZ zostały przywołane przez odwołującego zgodnie z ich brzmieniem, zatem ich ponowne przytaczanie jest zbędne.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, pomimo tego, że nie wszystkie zarzuty skierowane na rozprawę znalazły potwierdzenie.

**Ad. 1.** Izba uwzględniła zarzut w części dotyczącej definicji pojęcia Wada uznając, że niedookreślony co do zakresu przedmiotowego termin „nieprawidłowość systemu” narusza przepisy prawa. W szczególności powoduje brak dostatecznego opisu przedmiotu zamówienia, czego wymaga art. 29 ust. 1 Pzp oraz obciąża wykonawcę ryzykiem odpowiedzialności za okoliczności, które nie zostały opisane w umowie.

Uzasadnienie stanowiska Izby znajduje się w pkt ad. 3.1. uzasadnienia odwołania w odniesieniu do takiego samego zarzutu podniesionego przez DXC Technology Polska S.A.

Izba podtrzymuje w pełni to stanowisko w odniesieniu do badanego zarzutu Asseco Poland S.A. bez jego ponownego powołania. Naruszenie przez zamawiającego przepisu ustawy powinno zostać usunięte przez nakazaną zmianę SIWZ polegającą na zdefiniowaniu pojęcia Wady zawartego w pkt 2.1.34 wzoru umowy z uwzględnieniem, że nieprawidłowość Systemu Informatycznego polega na działaniu niezgodnym z dokumentacją.

Odwołujący nie wycofał zarzutu w części dotyczącej definicji pojęcia Awaria. Zarzut odwołania w tym zakresie wskazywał, że definicja ta ma charakter rozszerzający, gdyż dotyczy sytuacji, w których każda nieprawidłowość Środowiska lub jego elementu, tj. również taka, która w ogóle nie wpływa na pracę użytkowników Aplikacji, może być przez zamawiającego traktowana jako Awaria. Przy kwestionowanej definicji Awarii wykonawca, na etapie oferty, nie może dokonać rzetelnej wyceny oferty, gdyż nie da się na podstawie SIWZ oszacować liczby Awarii.

Izba uwzględniła, że zamawiający zmianą SIWZ dokonaną w toku postępowania odwoławczego doprecyzował definicję pojęcia Awaria w ten sposób, że dotyczyć ma ono nieprawidłowego działania Środowiska Produkcyjnego lub jego elementu. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że niedookreśloność definicji, tak, jak postrzegał ją odwołujący, ustała. Nie ulega wątpliwości, a przynajmniej wątpliwości takie nie zostały podniesione na

rozprawie, że prawidłowe działanie Środowiska Produkcyjnego wpływa na pracę użytkowników Aplikacji.

Uwzględniono również, że odwołujący zarzucając definicji brak dostatecznej precyzji, nie żądał, jak w przypadku pojęcia Wada jego doprecyzowania, ale w istocie ograniczenia zakresu przedmiotowego tego pojęcia przez skreślenie elementu definicji. Odwołujący nie przedstawił uzasadnienia, dlaczego owo skreślenie jest niezbędne, a doprecyzowująca zmiana SIWZ jest niewystarczająca. Izba uznała zatem, że dookreślenie przez zamawiającego pojęcia Awaria przez wskazanie, że dotyczy ono nieprawidłowości Środowiska Produkcyjnego lub jego elementu stanowi wystarczającą odpowiedź w związku z zarzutem naruszenia art.29 ust. 1 Pzp. W związku z tym naruszenie przez zamawiającego tego przepisu nie ma już wpływu na wynik postępowania, co skutkuje oddaleniem odwołania w tej części.

Pozostałe zarzuty okazały się niezasadne.

**Ad. 5.** Izba zważyła, że przewidziany przez zamawiającego mechanizm przejścia odpowiedzialności za System polegający na tym, że po upływie okresu przejściowego wykonawca jest odpowiedzialny za usunięcie wad, które zgłosił zamawiającemu, o które nie zostały usunięte przez zamawiającego lub poprzedniego wykonawcę, nie narusza prawa. Wbrew twierdzeniom odwołującego, taka konstrukcja zobowiązań nie powoduje, że ich zakres staje się otwarty i nieokreślony. Przeciwnie, wymaganie zamawiającego w sposób jasny i precyzyjny kreuje odpowiedzialność wykonawcy na zasadzie ryzyka, wskazując okoliczności, za które będzie on ponosił odpowiedzialność, czyli wady systemu nie usunięte w okresie przejściowym.

Izba uznała, że kwestionowane wymaganie jest niezbędne do prawidłowego wykonania umowy przez kolejnego wykonawcę. Uczynienie zadość żądaniu odwołującego prowadziłoby do sytuacji, w której należyte wykonanie umowy nie byłoby możliwe z powodu braku usunięcia wady przez poprzedniego wykonawcę oddziałującej na bieżące działanie systemu. Wydaje się również, że mechanizm przewidziany przez zamawiającego mobilizuje wykonawcę do jak najbardziej wnikliwego zapoznania się z systemem już od pierwszego dnia okresu przejściowego, aby wykryte wady jak najwcześniej zgłosić zamawiającemu.

W ocenie składu orzekającego przekazana wykonawcom dokumentacja systemu oraz posiadane doświadczenie w zakresie usług podobnych powinno umożliwić wykonawcom prawidłowe oszacowanie ryzyka związanego z zaistnieniem wad, które nie zostaną usunięte w okresie przejściowym.

Zamawiający należycie opisał przedmiot umowy i nie naruszył art. 29 ust. 1 ustawy.

**Ad. 7.** Zarzut w części dotyczącej pkt 5 został uwzględniony przez zamawiającego, natomiast w części dotyczącej 2.3. i 2.7. Załącznika nr 2B do wzoru umowy pozostał aktualny.

Zarzut prezentowany na rozprawie inaczej identyfikował istotę problemu, niż zapisany w odwołaniu. Zarzut odwołania dotyczył odpowiedzialności wykonawcy za dokumentację systemu i obligu jej prawidłowości nawet w stosunku do wad, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Natomiast podczas rozprawy akcentowany był obowiązek przekazywania przez zamawiającego całości dokumentacji wytwarzanej przez wykonawcę obecnie wykonującego usługę, nawet partiami, do dnia otwarcia ofert.

Odnosząc się do obu tych kwestii Izba zważyła, że po pierwsze kwestionowane postanowienia pozostają w zgodzie z pkt 6.14 i 6.15. wzoru umowy, z których wynika przejście odpowiedzialności wykonawcy za system i dokumentację po zakończeniu okresu przejściowego. Te postanowienia czytane łącznie z 2.3. i 2.7. Załącznika nr 2B do wzoru umowy oznaczają, że wykonawca ponosi odpowiedzialność za wady przekazanej mu dokumentacji w zakresie, w jakim wady te nie zostały usunięte przez poprzedniego wykonawcę.

Takie wymaganie zamawiającego nie narusza prawa. Rozważania w tym zakresie zamieszczone w pkt ad. 5 znajdują zastosowanie i do tego zarzutu.

Dodatkowo Izba podkreśla, że ze względu na znaczenie dokumentacji w badanym postępowaniu, obowiązek jest sprawnego, aktualnego i kompletnego prowadzenia nie powinien zostać pomniejszany.

Natomiast odnosząc się do poglądu, że zamawiający powinien na bieżąco przekazywać wykonawcom zainteresowanym zamówieniem wytworzoną dokumentację Izba stwierdza, że pogląd taki nie ma dostatecznego oparcia w przepisach ustawy, a jego ewentualna realizacja nie pozwalałaby na sfinalizowanie postępowania o udzielenie zamówienia.

Uwzględniono stanowisko zamawiającego, że niezależnie od opisu przedmiotu zamówienia dokonanego w SIWZ przekazał wykonawcom dodatkowo dokumentację wskazaną w odwołaniu, natomiast dokumentację wytworzoną przez obecnego wykonawcę po wszczęciu postępowania otrzyma wybrany wykonawca w okresie przejściowym.

Izba uwzględniła, że zarzut odwołania nie wskazuje, że postanowienia SIWZ zawierają bezpośrednią preferencję obecnego wykonawcy. Ze stanowiska odwołującego wynika natomiast, że przewagi tej upatruje w wiedzy, którą obecny wykonawca nabył w związku z realizacją umowy. Zdaniem składu orzekającego taka możliwość teoretycznie istnieje we wszystkich usługach świadczonych w sposób ciągły na rzecz zamawiającego, co do zasady, nie stanowi naruszenia przepisów ustawy.

**Ad. 9.** Izba uznała zarzut za niezasadny.

Nie dopatrzone się podstaw do kwestionowania stanowiska zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie, że wprowadził on postanowienia precyzujące zasady wymiarowania określone w normie ISO/IEC 14143 dla SIA i rozszerzają je tam, gdzie norma może mieć ograniczone zastosowanie. Sprzyja to jednakowemu rozumieniu wymagań zamawiającego przez wykonawców oraz przejrzystemu porównywaniu cen. Odwołujący nie uzasadnił, dlaczego model IFPUG wytworzony w obecnym postępowaniu jest mu niezbędny do przygotowania oferty, a sam podręcznik IFPUG oraz przekazana dokumentacja są niewystarczające. Za przekonujące uznano stanowisko zamawiającego, że wobec zmiany Podręcznika stosowania metody Punktów Funkcyjnych IFPUG na potrzeby tego postępowania znajomość modelu wytworzonego na podstawie poprzedniego podręcznika nie ma znaczenia i nie buduje przewagi konkurencyjnej obecnego wykonawcy.

Obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 29 ust. 1 Pzp jest opis przedmiotu zamówienia w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający uczynił.

Nie doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

Reasumując, Izba stwierdziła, że rozpoznawane zarzuty nie wskazały na jakiegokolwiek naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, które należałoby usunąć przez nakazanie zamawiającemu stosownych zmian w dokumentacji postępowania. Zarzuty zmierzające do nadaniu wzorowi umowy brzmienia preferowanego przez odwołującego, w sytuacji gdy ich kwestionowane brzmienie nie narusza prawa, nie mogą zostać uwzględnione.

Stosownie do art. 192 ust. 1 Pzp o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oceny zarzutów odwołania. Natomiast rozstrzygnięcie zawarte w pkt 2 i 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania i zarzutów odwołania uwzględnionych przez zamawiającego albi wycofanych przez odwołujących, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Również Sąd Najwyższy w z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15 (niepubl.) sprzeciwił się praktyce zamieszczania rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania w uzasadnieniu orzeczenia.

Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe

orzeczenie musiało przybrać postać wyroku. Na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp Izba wydała wyrok będący orzeczeniem łącznym zgodnie z art. 192 ust. 8 Pzp.

Stosownie do z art. 192 ust. 9 Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że obowiązuje w nim podobnie jak w procedurze przed sądem powszechnym zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.).

Ponieważ odwołanie podlegało uwzględnieniu z racji stwierdzonych przez Izbę naruszeń przepisów ustawy, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania, to odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił zamawiający, którego jako stronę przegrywającą Izba obciążyła w całości kosztami tego postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 2 i 3 Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji, wydając orzeczenie łączne na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp. O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty pełnomocnika odwołującego DXC Technology Polska Sp. z o.o. w sprawie KIO 1896/18 związane z wynagrodzeniem pełnomocnika, w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.). Na podstawie powołanych przepisów Izba uwzględniła koszty pełnomocnika zamawiającego w związku z oddaleniem odwołania Comarch Polska S.A. w sprawie KIO 1901/18, w kwocie 3.280 zł. Pełnomocnik zamawiającego złożył jeden rachunek dotyczący zastępstwa procesowego we wszystkich trzech sprawach odwoławczych na kwotę 9.840 zł. Izba dokonała jej stosunkowego podziału i zasądziła 1/3 wartości stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....